Gemeindeautonomie im Wandel

Eine Studie zu Art. 50 Abs. 1 BV
unter Berücksichtigung der Europäischen Charta der Gemeindeautonomie

Dissertation
der Universität St. Gallen,
Hochschule für Wirtschafts-, Rechts- und
Sozialwissenschaften (HSG)
zur Erlangung der Würde eines
Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Kilian Meyer
von
Därligen (Bern)

Genehmigt auf Antrag der Herren

Prof. Dr. Bernhard Ehrenzeller
und
Prof. Dr. Thomas Pfisterer

Dissertation Nr. 3838

Books on Demand GmbH, Norderstedt, 2011

Die Universität St. Gallen, Hochschule für Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften (HSG), gestattet hiermit die Drucklegung der vorliegenden Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

St. Gallen, den 26. Oktober 2010

Der Rektor:

Prof. Ernst Mohr, PhD

für Sandy & meine Eltern

Danksagung

Viele Menschen haben mir in den letzten Jahren geholfen, dieses Buch zu schreiben. Ihnen allen danke ich sehr herzlich.

Meinem Doktorvater Prof. Dr. Bernhard Ehrenzeller danke ich für die sehr gute Betreuung. Er ist mir mit verlässlichem Gespür stets zum richtigen Zeitpunkt mit Rat und Tat zur Seite gestanden. Meinem Koreferenten Prof. Dr. Thomas Pfisterer danke ich für seine Gesprächsbereitschaft und seine vielen wichtigen Anregungen.

Prof. Dr. Jörn Ipsen danke ich für die freundliche Aufnahme als Gastforscher am Institut für Kommunalrecht der Universität Osnabrück. Die hervorragende Atmosphäre am Institut behalte ich als Sternstunde meiner Studienzeit in Erinnerung. Dafür bedanke ich mich bei allen Mitarbeitern des Instituts ganz herzlich.

Zu Dank verpflichtet bin ich dem Schweizerischen Gemeindeverband, der mir Einsicht in vielfältige Materialien und einen grosszügigen Forschungsbeitrag gewährte. Ebenfalls danke ich der Konferenz der Kantonsregierungen, die ihr Archiv für mich öffnete und mir wichtige Unterlagen zur Verfügung stellte.

Für informative Gespräche mit verschiedenen Fachpersonen danke ich diesen, namentlich Dr. Robert Baumann, Prof. Dr. Yvo Hangartner, Prof. Dr. Thorsten Koch, Ulrich König, Dr. Ulrich Isch, Thomas Minger und Prof. Dr. Dian Schefold.

Zahlreiche Freunde haben mich in den letzten Jahren unterstützt. Dafür bin ich ihnen sehr dankbar, namentlich insbesondere Daniela De Marco, Paul-Lukas Good, Madeleine Keel, Benjamin Kohle, Patrik Louis, Maik Möller, Stefan Ossege, Denis Taubert und Beat Zumstein. Besonders erwähnen möchte ich Walter Engeler, der am Schluss die ganze Arbeit Korrektur gelesen hat, und Roger Nobs, der mir in den letzten Jahren ein toller „älterer Doktorbruder“ gewesen ist.

Zuletzt, dafür aber umso herzlicher, danke ich meiner Familie, insbesondere meinen lieben Eltern Kurt und Theres Meyer und meiner geliebten Verlobten Sandy Schön. Sie haben mich in den letzten Jahren in jeder erdenklichen Weise unterstützt. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Wil, Dezember 2010 Kilian Meyer

Zusammenfassung

Die alte Bundesverfassung von 1874 konzipierte einen dualistischen Staatsaufbau und wies den Gemeinden keine selbständige Stellung zu. Bestand, Rechtsstellung und Autonomie der Gemeinden fielen ausschliesslich unter die kantonale Organisationshoheit. Faktisch bilden die Gemeinden indessen seit der Gründung des Bundesstaates im Jahre 1848 die dritte staatliche Ebene.

Die Bundesverfassung vom 18. April 1999 begründet einen dreistufigen Bundesstaat und gewährleistet die Gemeindeautonomie nach Massgabe des kantonalen Rechts. Seit dem Beitritt der Schweiz zur Europäischen Charta der Gemeindeautonomie gelten zudem für Bund und Kantone gleichermassen verbindliche Grundsätze der Gemeindeautonomie. Dessen ungeachtet wird die Gemeindeautonomie in Lehre und Praxis bis heute als kantonales verfassungsmässiges Recht bezeichnet.

Diese Studie gelangt anhand einer umfassenden Verfassungsauslegung und unter Berücksichtigung der Europäischen Gemeindeautonomiecharta zum Ergebnis, dass die Gemeindeautonomie zur *Garantie der Bundesverfassung* und zum konstitutiven Element des Bundesstaates geworden ist. Der Gemeindeartikel der Bundesverfassung beinhaltet einen Grundentscheid zugunsten eines dreistufigen Bundesstaates von *Bund, Kantonen und Gemeinden*. Die Gemeindeautonomie ist das Recht und die tatsächliche Fähigkeit der Gemeinden, im Rahmen des kantonalen Rechts einen wesentlichen Teil der öffentlichen Angelegenheiten in eigener Verantwortung zu gestalten. Dieses fundamentale Verfassungsprinzip beinhaltet einen Kerngehalt, eine justiziable Schicht sowie eine programmatische Dimension.

Als verfassungsmässiges Recht vermittelt Art. 50 Abs. 1 BV den Gemeinden einen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch auf Rundumschutz gegen unzulässige Eingriffe in den Schutzbereich der Gemeindeautonomie. Gleichzeitig wirkt die Gemeindeautonomie programmatisch in die gesamte Rechtsordnung hinein. Als Gestaltungsprinzip verpflichtet sie Bund und Kantone zu gemeindefreundlichem Verhalten und fordert alle staatlichen Organe auf, den Gemeinden möglichst erhebliche Gesetzgebungs-, Vollzugs- und Mitwirkungsautonomie sowie angemessene Finanzmittel zu gewähren. Nur wenn sich die Gemeindeautonomie in all diesen Dimensionen voll entfalten kann, vermag sie ihre für das Funktionieren des Bundesstaates äusserst bedeutsamen demokratischen, rechtsstaatlichen und wirtschaftlichen Funktionen zu erfüllen.

Résumé

L'ancienne Constitution fédérale de 1874 prévoyait un Etat doté d'une structure dualiste et n'accordait aucun statut propre aux communes. L'existence, le statut juridique et l'autonomie des communes étaient de l'unique ressort de la souveraineté des cantons en matière d'organisation. Toutefois, dans les faits, les communes constituent le troisième niveau étatique depuis la création de l'Etat fédéral en 1848.

La Constitution fédérale du 18 avril 1999 consacre l'Etat fédéral à trois échelons et garantit l'autonomie des communes dans les limites du droit cantonal. Par ailleurs, depuis que la Suisse a adhéré à la Charte européenne de l'autonomie locale, la Confédération et les cantons sont également liés par des principes concernant l'autonomie communale. Nonobstant ce qui précède, la doctrine et la pratique ont défini jusqu'à présent l'autonomie des communes comme étant un droit constitutionnel cantonal.

Cette étude parvient à la conclusion que l'autonomie communale est devenue une *garantie de la Constitution fédérale* et un élément constitutif de l'Etat fédéral. L'art. 50 al. 1 Cst. renferme une décision de principe en faveur d'un Etat fédéral à trois niveaux comprenant la *Confédération, les cantons et les communes*. L'autonomie communale est le droit et la capacité effective pour les communes de régler et gérer, dans le cadre du droit cantonal, sous leur propre responsabilité une part importante des affaires publiques. Ce principe constitutionnel fondamental comprend un noyau intangible, un aspect opposable et une dimension programmatique.

L'art. 50 al. 1 Cst. confère aux communes un droit constitutionnel à une protection complète contre les restrictions illicites du domaine protégé par l'autonomie communale. En même temps, l'autonomie communale se répercute de manière programmatique sur l'ensemble de l'ordre juridique. En tant que principe formateur, elle oblige la Confédération et les cantons a adopté un comportement favorable aux communes et incite toutes les instances étatiques à octroyer aux communes la plus grande autonomie possible en matière de législation, d'exécution et de coopération et à leur accorder des moyens financiers adaptés. Ce n'est que si l'autonomie communale peut pleinement se développer dans toutes ces dimensions qu'elle peut remplir ses fonctions, essentielles au fonctionnement de l'Etat fédéral, sur le plan de la démocratie, de l'Etat de droit et de l'économie.

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis XI
Abkürzungen XXVII
Literatur XXXIII
Materialien XLIX

Einleitung 1

Teil 1 Grundlagen 7

§ 1. Die Gemeinden im Bundesstaat 7
§ 2. Kleine Geschichte der Gemeindeautonomie 22
§ 3. Die Bedeutung selbständiger Gemeinden 44
§ 4. Das herkömmliche Verständnis des Art. 50 Abs. 1 BV 62

Teil 2 Rezeption der Europäischen Charta der Gemeindeautonomie 77

§ 5. Europäische Charta der Gemeindeautonomie 77
§ 6. Geschichte des schweizerischen Chartabeitritts 101
§ 7. Wirksamkeit der Gemeindeautonomiecharta 116
§ 8. Bedeutung für die Bundesstaatskonzeption 133

Teil 3 Auslegung des Art. 50 Abs. 1 BV 141

§ 9. Methodik 141
§ 10. Grammatikalisches Element 145
§ 11. Historisches Element 154
§ 12. Systematisches Element 194
§ 13. Völkerrechtskonformes Element 234
§ 14. Teleologisches Element 255
§ 15. Zeitgemässes Element 273
§ 16. Synthese: Neuinterpretation der Gemeindeautonomie 278

Teil 4 Auswirkungen einer neu interpretierten Gemeindeautonomie 313

§ 17. Der dreistufige Bundesstaat 313
§ 18. Rechtlicher Schutz der Gemeindeautonomie 320
§ 19. Gemeindefusionen 363
§ 20. Bund und Gemeinden 396

Schlussbetrachtungen 413

I. Schlussthesen 413
II. Schlusswort 418

Anhang 421

I. Europäische Charta der Gemeindeautonomie 421
II. Zusatzprotokoll 434

Sachregister 441

Lebenslauf 452

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungen XXVII
Literatur XXXIII
Materialien XLIX

Einleitung 1

Teil 1 Grundlagen 7

§ 1. Die Gemeinden im Bundesstaat 7

I. Vorbemerkung 7

II. Begriffe 7

A. Gemeinde 7

B. Autonomie 8

C. Gemeindeautonomie 9

III. Die Gemeinden und die Grundstruktur des Bundesstaates 9

A. Zwei- oder dreistufiger Staatsaufbau? 9

B. Die Gemeinden in der Bundesverfassung 10

IV. Die Gemeinden im kantonalen Staatsrecht 12

A. Kantonale Zuständigkeit 12

B. Gemeindearten 13

C. Aufgaben 15

D. Autonomie 16

1. Allgemeine Garantie 16

2. Besondere Garantien 17

E. Demokratie 18

F. Finanzen 20

V. Ergebnis 20

§ 2. Kleine Geschichte der Gemeindeautonomie 22

I. Vorbemerkung 22

II. Alte Eidgenossenschaft 22

III. Helvetische Republik 24

IV. Mediation, Restauration und Regeneration 25

V. Erste Bundesverfassung 28
VI. Bundesverfassung von 1874 (aBV) 29
VII. Bundesgerichtlicher Rechtsschutz 31
A. Anerkennung als kantonales verfassungsmässiges Recht 31
B. Entwicklung gemeineidgenössischen Rechts 32
1. Beschwerdelegitimation 33
2. Autonomiebereich 34
3. Autonomieverletzung 35
4. Kerngehalt 36
5. Bestandesgarantie 36
C. Kein ungeschriebenes Verfassungsrecht 37
VIII. Neue Rechtsgrundlagen 39
A. Bundesverfassung von 1999 39
B. Föderalismusreform 39
C. Europäische Charta der Gemeindeautonomie 41
IX. Ergebnis 42

§ 3. Die Bedeutung selbständiger Gemeinden 44
I. Vorbemerkung 44
II. Staat, Einheit und Vielfalt 44
III. Gemeindeautonomie als föderalistisches Prinzip 45
IV. Funktionen der Gemeindeautonomie 47
A. Systemebene 47
1. Demokratische Funktion 47
2. Rechtsstaatliche Funktion 48
3. Wirtschaftliche Funktion 49
4. Friedenserhaltende Funktion 50
B. Individualebene 51
1. Politische Freiheit 51
2. Persönliche Freiheit 52
3. Identitätsstiftende Funktion 52
V. Die Gemeinden im Wandel 53
VI. Probleme und Gefahren der Gemeindeautonomie 57
VII. Würdigung 59

§ 4. Das herkömmliche Verständnis des Art. 50 Abs. 1 BV 62

I. Vorbemerkung 62

II. Traditionalistische Sicht 62

III. Institutionelle Sicht 66

IV. Praxis des Bundesgerichts 69

V. Das Schattendasein der Charta 73

VI. Kritik 74

Teil 2 Rezeption der Europäischen Charta der Gemeindeautonomie 77

§ 5. Europäische Charta der Gemeindeautonomie 77

I. Einleitung 77

II. Grundlagen 77

A. Ziele 77

B. Titel 78

C. Rechtsnatur und Geltungsbereich 80

D. Entstehungsgeschichte 80

1. Gemeindefreiheit als Rettung Europas 80

2. Der lange Weg zum völkerrechtlichen Vertrag 82

3. Inkrafttreten und Verbreitung 85

III. Regelungsgehalte 86

A. Vorbemerkungen 86

B. Verfassungsgrundlage 87

C. Begriff der Gemeindeautonomie 87

D. Umfang der Gemeindeautonomie 88

E. Materielle Garantien 90

1. Schutz der Gemeindegrenzen 90

2. Angemessene Verwaltungsstrukturen 90

3. Rechtsstellung der Gemeindevertreter 91

4. Staatsaufsicht 92

5. Finanzgarantien 92

6. Vereinigungsrecht 93

F. Rechtsweggarantie 94

IV. Weiterentwicklung 94

V. Internationale Kontrolle 96
A. Monitoring 97
B. Beschwerdeverfahren 97
VI. Ergebnis 98

§ 6. Geschichte des schweizerischen Chartabeitritts 101

I. Vorbemerkung 101
II. Hindernisse 101
III. Wiederbelebungsversuche 102
IV. Einigung im föderalistischen Dialog 103
V. Behandlung in den Räten 105
A. Verhandlung der APK N 105
B. Verhandlung im Nationalrat 106
C. Verhandlung der APK S 108
D. Verhandlung im Ständerat 109
VI. Kein Staatsvertragsreferendum 110
A. Entscheid der Bundesversammlung 110
B. Kritik 112
VII. Ergebnis 114

§ 7. Wirksamkeit der Gemeindeautonomiecharta 116

I. Vorbemerkung 116
II. Direkte Geltung 116
III. Rang 117
IV. Art der Anwendbarkeit 118
A. Vorbemerkung 118
B. Grundlegung 118
C. Kein reiner Programmvertrag 120
D. Sicht der Behörden 122
E. Justiziabilität 124
F. Kategorisierung 125
1. Konsultationsrechte 125
2. Aufgabenautonomie 126
3. Organisationsautonomie 126
4. Aufsichtsgarantien 127

5. Finanzgarantien 127
6. Vereinigungsrecht 128
7. Rechtsweggarantie 129
8. Mittelbar anwendbare Garantien 130

V. Ergebnis 131

§ 8. Bedeutung für die Bundesstaatskonzeption 133

I. Vorbemerkung 133

II. Umsetzung der Charta 133
A. Grundlegung 133
B. Verantwortung der Kantone 133
C. Verantwortung des Bundes 134
1. Bindung des Bundes an die Charta 134
2. Bundesaufsicht 134
D. Justiziabler Gehalt 135

III. Stärkung des dreigliedrigen Bundesstaates 136

IV. Keine neue Bundeskompetenz 137

V. Würdigung 138

Teil 3 Auslegung des Art. 50 Abs. 1 BV 141

§ 9. Methodik 141

I. Vorbemerkung 141

II. Verfassungsauslegung 141

III. Methodenwahl 143

§ 10. Grammatikalisches Element 145

I. Vorbemerkung 145

II. Terminologie 145
A. Gemeinden 145
B. Die Gemeindeautonomie... 146
C. ... ist nach Massgabe des kantonalen Rechts ... 148
D. ... gewährleistet. 150

III. Rechtsprinzip 151

IV. Normhypothese 153

§ 11. Historisches Element 154

I. Vorbemerkung 154

II. Ausgangslage 154

III. Verfassungsrevision als Weg in die Zukunft 157

A. Ursprung: Helvetisches Malaise 157

B. Bericht Wahlen (1973) 157

C. Entwurf Furgler (1977) 159

D. Bericht und Modellstudie 85 160

IV. Der Weg zur neuen Bundesverfassung 160

A. Nachführung des Verfassungsrechts 160

B. Art. 33 Abs. 2 VE 95 161

C. Druck der Kommunalpolitiker 162

D. Der erste Gemeindeartikel (Art. 41 VE 96) 164

E. Verhandlungen in den Verfassungskommissionen 165

1. Anhörung der Kantons- und Gemeindevertreter 165

2. Art. 41 VE 96 166

2.1 VK S Sub 3 (17./18. Februar 1997) 166

2.2 VK N Sub 3 (26./27. März 1997) 167

2.3 VK S (30. April/1. Mai 1997) 168

2.4 VK N (3.-5. September 1997) 169

3. Art. 177 Abs. 1 lit. b VE 96 170

3.1 VK N Sub 2 (27. März/15. Mai 1997) 170

3.2 VK S Sub 2 (15. Mai 1997) 171

3.3 VK N (26. Mai 1997) 172

3.4 VK S (23.-25. Juni 1997) 173

F. Verhandlungen im Parlament 173

1. Art. 41 Abs. 1 173

1.1 Ständerat (21. Januar 1998) 173

1.2 Nationalrat (28. April 1998) 174

2. Art. 177 Abs. 1 lit. b 175

G. Differenzbereinigung 176

1. Ständerat I (4./5. und 18. Juni 1998) 176

2. Nationalrat (2./3. und 23. September 1998) 176

3. Ständerat II (1. und 7. Oktober 1998) 177

H. Volksabstimmung 179

V. Normhypothese 180
A. Rechtsnatur 180
1. Verfassungsgarantie 180
2. Verfassungsmässiges Recht 182
3. Rechtsprinzip 182
4. Institutionelle Garantie? 183
5. Zwischenergebnis 186
B. Träger 186
C. Verpflichtungsadressat 187
D. Autonomiebereich 188
E. Autonomieverletzung 191
F. Gewährleistung 192

§ 12. Systematisches Element 194

I. Vorbemerkungen 194
II. Gemeinden in der Bundesverfassung 194
A. Gemeindeartikel (Art. 50 BV) 195
B. Bürgerrechte (Art. 37 f. BV) 197
C. Ausübung der politischen Rechte (Art. 39 BV) 199
D. Rechtsschutz (Art. 189 Abs. 1 lit. e BV) 200
E. Weitere Verfassungsnormen 201
III. Bundesstaatsprinzip 202
IV. Begriffe im Verfassungskontext 204
A. Gewährleistung 204
B. Autonomie 204
V. Gemeinden in der Bundesgesetzgebung 205
A. Bundesdurchgriffe 205
B. Mitwirkungsrechte 207
C. Zwischenfazit 209
VI. Wechselwirkungen 209
A. Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 BV) 210
1. Legalitätsprinzip 210
1.1 Grundlegung 210
1.2 Erfordernis der gesetzlichen Grundlage 211
1.3 Bindung an das vorgegebene Recht 211
1.4 Konnex zur Praxis des Bundesgerichts 212

1.5 Verpflichtungsadressaten 216
2. Öffentliches Interesse 216
3. Verhältnismässigkeit 217
B. Grundrechte 219
1. Gemeindeautonomie und Grundrechte 219
2. Analoge Anwendung des Art. 36 BV? 219
3. Gemeinden als Grundrechtsträger 221
C. Subsidiaritätsprinzip (Art. 5a BV) 224
1. Normativer Gehalt 224
2. Konnex zur Gemeindeautonomie 226
3. Konnex zur Verhältnismässigkeit 227
D. Kantonales Recht 228
1. Grundlegung 228
2. Konkretisierung der Trägerschaft … 229
3. … des geschützten Autonomiebereichs … 229
4. … und der Eingriffsschranken 230
VII. Normhypothese 231

§ 13. Völkerrechtskonformes Element 234

I. Vorbemerkung 234
II. Harmonisierende Auslegung 234
A. Bekräftigung der Gewährleistung 234
B. Definition der Gemeindeautonomie 235
C. Konkretisierung der Gemeindeautonomie 237
III. Kerngehalt 239
IV. Justiziable Schicht 241
A. Rechtsträger 241
B. Verpflichtungsadressaten 242
C. Konkretisierung des Schutzbereichs 242
1. Vorbemerkung 242
2. Elemente 243
2.1 Aufgaben 243
2.2 Eigenverantwortlichkeit 245
2.3 Mitwirkungsrechte 248
2.4 Bestand 248
D. Eingriffsschranken 249

V. Programmatische Schicht 250
VI. Gewährleistung 251
VII. Normhypothese 252

§ 14. Teleologisches Element 255

I. Vorbemerkung 255
II. Die Zwecke … 255
A. … der Gemeindeautonomie 255
B. … des Gemeindeartikels 255
C. … der Verfassung 256
III. Rechtsnatur 257
IV. Träger 258
V. Adressat 259
VI. Massgabe des kantonalen Rechts 260
VII. Kerngehalt 261
VIII. Justiziable Schicht 262
A. Schutzbereich 262
1. Die geschützten Autonomieaufgaben 263
2. Mitwirkungsrechte 265
3. Bestand 266
B. Eingriffsschranken 267
1. Bedeutung 267
2. Begriff des Eingriffs 268
IX. Programmatische Schicht 268
X. Gewährleistung 270
XI. Normhypothese 270

§ 15. Zeitgemässes Element 273

I. Vorbemerkung 273
II. Gemeindeautonomie als Grundprinzip des Bundesstaates 273
III. Schutzbereich der Gemeindeautonomie 275
IV. Bindung des Bundes 276
V. Normhypothese 277

§ 16. Synthese: Neuinterpretation der Gemeindeautonomie 278

I. Einleitung 278

II. Grundprinzip der Bundesverfassung 278

A. Bundesgarantie 278

B. Begriff 279

C. Rechtsprinzip 280

D. Der Doppelcharakter der Gemeindeautonomie 280

1. Subjektive Rechtsposition der Gemeinde 281

2. Konstitutives Grundprinzip 281

3. Zwischenfazit 282

E. Die Schichten der Gemeindeautonomie 283

III. Art. 50 Abs. 1 BV, das kantonale Recht und die Charta 284

IV. Kerngehalt 285

A. Begründung 285

B. Elemente 286

1. Existenz einer Gemeindeebene 286

2. Mindestmass an Selbständigkeit 287

C. Bedeutung 288

V. Justiziable Schicht 289

A. Qualifikation als verfassungsmässiges Recht 289

B. Träger 289

C. Verpflichtungsadressaten 290

D. Schutzbereich der Gemeindeautonomie 291

1. Kritik der Standardformel des Bundesgerichts 291

2. Elemente 292

2.1 Aufgaben 292

2.2 Eigenverantwortlichkeit 295

2.3 Mitwirkungsrechte 296

2.4 Bestand 297

3. Föderalistisch variabler Schutzbereich 298

4. Modifizierte Autonomieformel 298

E. Einschränkungen der Gemeindeautonomie 299

1. Was ist eine Einschränkung der Gemeindeautonomie? 299

2. Die Bedeutung der Schrankenordnung 300

3. Eingriffsschranken 300
3.1 Legalitätsprinzip 300
3.2 Öffentliches Interesse 301
3.3 Verhältnismässigkeit 302
3.4 Kerngehalt 303
4. Föderalistisch variable Eingriffsschranken 303
F. Bedeutung 304
VI. Programmatische Schicht 305
A. Gehalt 305
B. Verdichtung durch die Charta 306
C. Wirkungsweise 307
D. Bedeutung 308
VII. Gewährleistung durch den Bund 308
VIII. Würdigung 309

Teil 4 Auswirkungen einer neu interpretierten Gemeindeautonomie 313

§ 17. Der dreistufige Bundesstaat 313
I. Vorbemerkung 313
II. Die Gemeinden als dritter föderalistischer Partner 313
III. Die asymmetrische Dreistufigkeit 315
A. Die Kantone als Gestalter der Gemeindeautonomie 315
B. Die Vollzugs- und Partizipationsfunktion der Gemeinden 316
1. Der Grundsatz der Mediatisierung 316
2. Die flexible Mediatisierung 317
C. Die Bedeutung der Asymmetrie 317
IV. Würdigung 318

§ 18. Rechtlicher Schutz der Gemeindeautonomie 320
I. Vorbemerkungen 320
II. Gemeindeautonomie und Verfassungsgerichtsbarkeit 320
III. Kantonaler Rechtsschutz 321
A. Vorbemerkung 321

B. Prinzip der richterlichen Vorinstanz 321
1. Regel: Art. 86 Abs. 2 BGG 321
2. Entscheide mit politischem Charakter 322
3. Normenkontrolle 323
C. Mindestanforderungen an das kantonale Verfahren 323
D. Bedeutung im Kontext der Gemeindeautonomie 324
IV. Die Gemeindeautonomiebeschwerde (Art. 189 Abs. 1 lit. e BV) 325
A. Das Bundesgericht als oberster Hüter der Gemeindeautonomie 325
B. Das Beschwerdeverfahren 327
1. Beschwerdeart 327
2. Verfahrensbeteiligte 328
2.1 Gemeinde als Beschwerdeführerin 328
2.2 Beschwerdegegner 329
3. Beschwerdefrist 329
4. Beschwerdeschrift 330
4.1 Form und Inhalt 330
4.2 Begehren 331
4.3 Begründung 331
5. Instruktionsstadium 335
5.1 Schriftenwechsel 335
5.2 Vorläufiger Rechtsschutz 335
5.3 Beweisverfahren 336
6. Entscheidstadium 336
6.1 Verfahren 336
6.2 Entscheid 337
6.3 Kosten 337
C. Prozessvoraussetzungen 338
1. Anfechtungsobjekt (Art. 82 BGG) 338
1.1 Entscheide 338
1.2 Kantonale Erlasse 339
1.3 Ausnahme: Art. 113 BGG 340
2. Legitimation (Art. 89 Abs. 2 lit. c BGG) 340
2.1 Gemeinde 341
2.2 Gemeindeverbände 341
2.3 Andere öffentlich-rechtliche Körperschaften 342
2.4 Legitimation des Privaten? 342

3. Vorinstanzen (Art. 86 f. BGG) 344
D. Prüfprogramm 344
E. Kognition 345
1. Vorbemerkung 345
2. Kognition i.e.S. bei der Autonomiebeschwerde 345
2.1 Eintretensfragen 346
2.2 Sachverhalt 346
2.3 Schutzbereich 347
2.4 Eingriffsschranken 348
3. Prüfungsdichte 350
V. Verhältnis von Art. 89 Abs. 1 und Abs. 2 lit. c BGG 351
A. Praxis des Bundesgerichts 351
B. Kritik 352
VI. Das Gewährleistungsverfahren 353
A. Grundlegung 353
B. Beispiel: Die Glarner Gemeindereform 354
1. Der Entscheid der Landsgemeinde 354
2. Gewährleistung durch die Bundesversammlung 355
3. Analyse 356
3.1 Kognition 356
3.2 Verfahren 357
3.3 Inhalt 359
C. Kritik 360
VII. Würdigung 361

§ 19. Gemeindefusionen 363

I. Vorbemerkung 363
II. Die Gemeindefusionsbewegung 363
III. Gemeindefusionen und Gemeindeautonomie 367
A. Einleitung 367
B. Pro-Argumente 367
1. Wirtschaftlichkeit 367
2. Demokratie 368
3. Standortattraktivität 369

C. Gegenargumente 371
1. Tradition, Heimat und Identität 371
2. Demokratie 371
3. Wirtschaftlichkeit 372
D. Stellungnahme 373
IV. Zwangsfusionen 374
A. Zulässigkeit 374
B. Zuständigkeit 375
C. Begriff 376
D. Rechtsnatur 376
1. Praxis, Lehre und Kritik 376
2. Alternativer Ansatz 377
E. Schrankenregelung 378
1. Vorbemerkung 378
2. Anhörung und Konsultation 379
2.1 Bedeutung 379
2.2 Art. 29 Abs. 2 BV 379
2.3 Art. 5 Charta 381
2.4 Art. 4 Abs. 6 Charta 382
2.5 Kantonales Recht 384
2.6 Besonderheiten bei Gebietsreformen 384
3. Legalitätsprinzip 386
3.1 Gesetzliche Grundlage 386
3.2 Bestimmtheitsgebot 386
3.3 Systemgerechtigkeit 387
4. Öffentliches Interesse 388
5. Verhältnismässigkeit 388
5.1 Eignung 389
5.2 Erforderlichkeit 389
5.3 Angemessenheit 390
5.4 Wiederherstellung einer örtlichen Identität 391
5.5 Abwägungsgebot als Verfahrenspflicht 392
6. Verfassungsmässige Rechte 392
F. Kerngehalt: örtliche Demokratie 393
V. Würdigung 394

§ 20. Bund und Gemeinden 396

I. Vorbemerkung 396

II. Vorgaben zur Gemeindeorganisation 396

A. Demokratie 396

B. Legalitätsprinzip 397

III. Bundesdurchgriffe im Vollzugsbereich 398

A. Grundsatz: Art. 46 BV 398

B. Bundesstaatliche Praxis 398

C. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit 399

IV. Mitwirkung der Gemeinden im Bund 401

A. Verfassungsrechtliche Rücksichtnahmepflicht 401

B. Grundsatz: Mediatisierung 401

C. Formen und Elemente direkter Mitwirkung 402

1. Bedeutung 402

2. Bisherige Umsetzungsmassnahmen 402

3. Direktkontakte 403

4. Verbesserungsmöglichkeiten 404

D. Schaffung eines Bundesgesetzes über die Zusammenarbeit von Bund, Kantonen und Gemeinden 404

V. Gemeindeautonomie und Aussenpolitik 406

A. Förderung der Gemeindeautonomie als aussenpolitisches Ziel 406

B. Forderungen 406

1. Nachträgliche Ratifikation weiterer Chartabestimmungen 407

1.1 Art. 4 Abs. 4 Charta 407

1.2 Art. 8 Abs. 2 Charta 408

1.3 Weitere Bestimmungen 408

2. Beitritt zum Zusatzprotokoll zur Gemeindeautonomiecharta 409

C. Rücksicht auf die Kantone 410

VI. Ergebnis 411

Schlussbetrachtungen 413

I. Schlussthesen 413

II. Schlusswort 418

Anhang **421**

I. Europäische Charta der Gemeindeautonomie 421

II. Zusatzprotokoll 434

Sachregister 441

Lebenslauf 452

Abkürzungen

Für die Kantone werden die gebräuchlichen Abkürzungen verwendet.

a	alt
A.	Auflage
a.a.O.	am angeführten Ort
AB	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung
Abs.	Absatz
aBV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (AS 1875, 1)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
a.M.	anderer Meinung
AöR	Archiv für öffentliches Recht
APK	Aussenpolitische Kommission
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
BAG	Bundesamt für Gesundheit
BB	Bundesbeschluss
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Bd./Bde.	Band/Bände
BewG	Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 16. Dezember 1983 (SR 211.412.41)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGG	Bundesgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (SR 173.110)
BGMK	Bundesgesetz über die Mitwirkung der Kantone an der Aussenpolitik des Bundes (SR 138.1)
BJ	Bundesamt für Justiz
BPR	Bundesgesetz vom 17. Dezember 1976 über die politischen Rechte (SR 161.1)
BPRAS	Bundesgesetz vom 19. Dezember 1975 über die politischen Rechte der Auslandschweizer (SR 161.5)
BR	Bundesrat
Bst.	Buchstabe
BStatG	Bundesstatistikgesetz vom 9. Oktober 1992 (SR 431.01)
BüG	Bundesgesetz vom 29. September 1952 über Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts (SR 141.0)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BV 1848	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 12. September 1848 (Offizielle Sammlung der das Schweizerische Staatsrecht betreffenden Aktenstücke, Bundesgesetze, Verträge und Verordnungen seit der Einführung der neuen Bundesverfassung vom 12. September 1848 bis 8. Mai 1850, 2. A., Bern 1850, 1)

BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts
BVG	Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982 (SR 831.40)
BZG	Bundesgesetz über den Bevölkerungsschutz und den Zivilschutz vom 4. Oktober 2002 (SR 520.1)
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947 (SR 273)
Charta	Europäische Charta der Gemeindeautonomie vom 15. Oktober 1985 (SR 0.102; neue Übersetzung s. hinten, Anhang I)
CDLR	Lenkungsausschuss des Europarates für lokale und regionale Demokratie
CDRM	Lenkungsausschuss des Europarates für regionale und kommunale Fragen (heute CDLR)
CVP	Christlichdemokratische Volkspartei
Ders.	derselbe
Diss.	Dissertation
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
E.	Erwägung
ECKS	Europäische Charta der kommunalen Selbstverwaltung vom 15. Oktober 1985 (SR 0.102; neue Übersetzung s. hinten, Anhang I)
EG	Europäische Gemeinschaft(en)
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention vom 4. November 1950 (SR 0.101)
ER	Europarat; Satzung vom 5. Mai 1949 (SR 0.192.030)
ESC	Europäische Sozialcharta vom 18. Oktober 1961
et al.	et alii (-ae, -a), (und andere)
EU	Europäische Union
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f./ff.	und folgende (Seite/Seiten)
FDP	Freisinnig-Demokratische Partei
FiLaG	Bundesgesetz über den Finanz- und Lastenausgleich vom 3. Oktober 2003 (SR 613.2)
Fn.	Fussnote
FS	Festschrift
FWG	Bundesgesetz über Fuss- und Wanderwege vom 4. Oktober 1985 (SR 704)
GATT	Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen vom 30. Oktober 1947 (SR 0.632.21)
GdG	Gemeindegesetz
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (Bundesgesetzblatt 1949, 1)
g.M.	gleicher Meinung
Habil.	Habilitationsschrift
Hrsg.	Herausgeber

HSG	Universität St. Gallen – Hochschule für Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
IDHEAP	Institut de hautes études en administration publique, Chavannes-Lausanne
Ingr.	Ingress
insb.	insbesondere
Ip.	Interpellation
i.V.m.	in Verbindung mit
IRV	Rahmenvereinbarung für die interkantonale Zusammenarbeit mit Lastenausgleich vom 24. Juni 2005
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JZ	JuristenZeitung
KdK	Konferenz der Kantonsregierungen
KGRE	Kongress der Gemeinden und Regionen Europas
KV	Kantonsverfassung
lit.	litera
LTF	Loi sur le Tribunal fédéral du 17. Juni 2005 (SR 173.110)
MG	Bundesgesetz über die Armee und die Militärverwaltung vom 3. Februar 1995 (SR 510.10)
m.(w.)H.	mit (weiteren) Hinweisen
N	Nationalrat
N.	Note, Randnote
nBV	Neue Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
NFA	Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen
NHG	Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz vom 1. Juli 1966 (SR 451)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
OG	Bundesgesetz vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (AS 60 271)
ÖZP	Österreichische Zeitschrift für Politikwissenschaft
ParlG	Parlamentsgesetz vom 13. Dezember 2002 (SR 171.10)
Po.	Postulat
Prot.	Protokoll
RK	Rechtskommission
RL ZA	Richtlinien des Bundesrates zuhanden der Bundesverwaltung betreffend die Zusammenarbeit zwischen dem Bund, den Kantonen und den Gemeinden vom 16. Oktober 2002 (BBl 2002 8385).
RPG	Bundesgesetz über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (SR 700)
Rs.	Rechtssache

RVOG	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (SR 172.010)
RWA	Rechtswissenschaftliche Abteilung
Rz.	Randziffer
S	Ständerat
s.	siehe
SEV	Sammlung der Europäischen Verträge
sGS	Systematische Gesetzessammlung des Kantons St. Gallen
SGV	Schweizerischer Gemeindeverband
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SLA	Soziodemographischer Lastenausgleich
Slg.	Sammlung
SPK	Staatspolitische Kommission
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SSV	Schweizerischer Städteverband
StG	Steuergesetz
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311)
Stn.	Stellungnahme
SP	Sozialdemokratische Partei
Sub	Subkommission
SVG	Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958 (SR 741.01)
SVP	Schweizerische Volkspartei
TAK	Tripartite Agglomerationskonferenz
u.	und
u.a.	und andere
UNO	Vereinte Nationen; Charta der Vereinten Nationen vom 26. Juni 1945 (SR 0.120).
UNO-Pakt I	Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16. Dezember 1966 (SR 0.103.1)
UNO-Pakt II	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (SR 0.103.2)
USG	Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983 (SR 814.01)
ü.M.	über Meer
VA	Verwaltungs-Archiv (Zeitschrift für Verwaltungslehre, Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik)
VE 77	Verfassungsentwurf der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, Bern 1977 (vgl. Bericht 1977 in den Materialien)
VE 95	Verfassungsentwurf 1995 (Nachführung; Separatum)
VE 95 (J)	Verfassungsentwurf 1995 (Reformvorschläge Justiz; Separatum)
VE 96	Verfassungsentwurf 1996, Vorlage A, Nachführung (BBl 1997 I 589)
VE 96 (J)	Verfassungsentwurf 1996, Vorlage C, Justizreform (BBl 1997 I 635)

Ver. TAK	Vereinbarung zwischen dem Bund, den Kantonen sowie den Städten und Gemeinden zur Schaffung einer tripartiten Agglomerationskonferenz vom 20. Februar 2001
vgl.	vergleiche
VGG	Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (SR 173.32)
VK	Verfassungskommission
VlG	Vernehmlassungsgesetz vom 18. März 2005 (SR 172.061)
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
VPR	Verordnung vom 24. Mai 1978 über die politischen Rechte (SR 161.11)
VRK	Vertragsrechtskonvention vom 23. Mai 1969 (SR 0.111)
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021)
WaG	Bundesgesetz über den Wald vom 4. Oktober 1991 (SR 921.0)
WRV	Weimarer Reichsverfassung vom 11. August 1919
WOZ	Wochenzeitung
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
Ziff.	Ziffer(n)
zit.	zitiert
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZÖR	Zeitschrift für öffentliches Recht
ZP Charta	Zusatzprotokoll zur Europäischen Charta der Gemeindeautonomie über das Recht auf Beteiligung an den Gemeindeangelegenheiten (SEV Nr. 207)
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht

Literatur

Wo nicht anders angegeben, werden die einzelnen Werke mit Autorenname, Stichwort und Seitenzahl zitiert. Weitere Literaturhinweise finden sich im Text.

AEMISEGGER HEINZ, Der Beschwerdegang in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, in: Ehrenzeller/Schweizer (Hrsg.), Bundesrechtspflege, 103-210 (zit. Beschwerdegang).

AKKERMANS PIET, The European Charter of Local Self-Government, in: Institut du fédéralisme de l'Université de Fribourg (Hrsg.), The Territorial Distribution of Power in Europe, Fribourg 1990, 271-298 (zit. Local Self-Government).

ALBERTINI MICHELE, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Diss., Bern 2000 (zit. rechtliches Gehör).

ALEXY ROBERT, Theorie der Grundrechte, 2. A., Frankfurt am Main 1994 (zit. Grundrechte).

ANDRES OLIVIER, Stärken oder schwächen Gemeindereformen das Milizsystem?, Bachelor-Arbeit, St. Gallen 2005 (zit. Milizsystem).

ARISTOTELES, Politik. Nach der Übersetzung von Franz Susemihl neu herausgegeben von Ursula Wolf, 2. A., Reinbek bei Hamburg 2003 (zit. Politik).

ARN DANIEL, Die Zuständigkeitsordnung im bernischen Gemeinderecht, Diss., Bern 1992 (zit. Gemeinderecht).

ARN DANIEL, Liegt die Zukunft in der Fusion von Gemeinden?, ZBl 1999, 241-253 (zit. Fusion).

AUBERT JEAN-FRANÇOIS, Bundesstaatsrecht der Schweiz, Fassung von 1967, Neubearbeiteter Nachtrag bis 1990, 2 Bde., Basel 1991 (zit. Bundesstaatsrecht I-II).

AUER ANDREAS, Die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit, Basel/Frankfurt am Main 1984 (zit. Verfassungsgerichtsbarkeit).

AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, Droit constitutionnel suisse, 2 Bde., 2. A., Berne 2006 (zit. Droit constitutionnel I-II).

BAUMANN ANDREAS, Die Kompetenzordnung im aargauischen Gemeinderecht, 3. A., Aarau 2005 (zit. Aargauisches Gemeinderecht).

BAUMANN ROBERT, Der Einfluss des Völkerrechts auf die Gewaltenteilung. Am Beispiel Deutschlands, Frankreichs, des Vereinigten Königreichs, der Vereinigten Staaten von Amerika, Schwedens und der Schweiz, Diss., Zürich 2002 (zit. Völkerrecht).

BÄUMLIN RICHARD, Der Schweizerische Rechtsstaatsgedanke, ZBJV 1965, 81-102 (zit. Rechtsstaatsgedanke).

BIAGGINI GIOVANNI, Entwicklungen und Spannungen im Verfassungsrecht. Versuch einer Standortbestimmung zehn Jahre nach Inkrafttreten der Bundesverfassung vom 18. April 1999, ZBl 2010, 1-41 (zit. Entwicklungen).

BIAGGINI GIOVANNI, Kommentar BV : Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2007 (zit. Kommentar BV).

BIAGGINI GIOVANNI, Verfassungsreform in der Schweiz : Die neue schweizerische Bundesverfassung vom 18. April 1999 im Zeichen von Verfassungsnachführung und Verfassungspolitik, ZÖR 1999, 433-474 (zit. Verfassungsreform).

BLAIR PHILIP, Vorbereitung der Charta im Rahmen des Europarats und gegenwärtiger Stand der Unterzeichnung und Ratifikation, in: Franz-Ludwig Knemeyer (Hrsg.), Die Europä-

ische Charta der kommunalen Selbstverwaltung, Baden-Baden 1989, 43-48 (zit. Vorbereitung der Charta)

BLECKMANN ALBERT, Begriff und Kriterien der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge, Berlin 1970 (zit. Anwendbarkeit).

BÖCKENFÖRDE ERNST-WOLFGANG, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus, 2. A., Berlin 1981 (zit. Gesetz).

Bonner Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Rudolf Dolzer et al. (Hrsg.), Bd. 1 bis 14, Losebl., 1950 ff. Stand 122. Lieferung, Januar 2008 (zit. Autor, Bonner Kommentar zu Art.).

BORNHAUSER THOMAS, Verfassungen der Kantone der schweizerischen Eidgenossenschaft, 2 Bde., Trogen 1833/1836 (zit. Verfassungen I-II).

BORSANI RETO, Völkerrecht und Föderalismus in der Schweiz : Überlegungen aus kantonaler Sicht, Bern/Zürich 2002 (zit. Völkerrecht und Föderalismus).

BRAAKER CHRISTA, Die Gemeindeautonomie, in: Fleiner et al. (Hrsg.): BV – CF 2000: die neue Bundesverfassung, Basel 2000 (zit. Gemeindeautonomie).

BRUNNER STEPHAN C., Föderalismus: Ein altes Konzept für neue Probleme? Interkantonale Zusammenarbeit als Instrument zur Bewältigung des Wandels von Vielfalt und Einheit, AJP 2009, 733-739 (zit. Föderalismus).

BUCHMANN KURT, Die Bürgergemeinde – Idee und Wirklichkeit, St. Gallen 1977 (zit. Bürgergemeinde).

BULL HANS PETER, Kommunale Selbstverwaltung heute – Idee, Ideologie und Wirklichkeit, DVBl 2008, 1-11 (zit. Selbstverwaltung).

BURCKHARDT JACOB, Weltgeschichtliche Betrachtungen. Nach dem Oerischen Text herausgegeben von Werner Kägi, Bern 1947 (zit. Weltgeschichtliche Betrachtungen).

BURCKHARDT WALTHER, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, Basel 1927 (zit. Organisation).

BURCKHARDT WALTHER, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. A., Bern 1931 (zit. Kommentar aBV).

BURCKHARDT WALTHER, Methode und System des Rechts, Zürich 1936 (zit. Methode).

BURGI MARTIN, Kommunalrecht, München 2006 (zit. Kommunalrecht).

BUSCHOR ERNST, Die Europäische Charta der kommunalen Selbstverwaltung, ZBl 1983, 97-113 (zit. Charta).

BÜTZER MICHAEL, Direkte Demokratie in Schweizer Städten. Ursprung, Ausgestaltung und Gebrauch im Vergleich, Diss., Zürich 2006 (zit. Direkte Demokratie).

BUSER DENISE, Kantonales Staatsrecht – Eine Einführung für Studium und Praxis, Basel 2004 (zit. Kantonales Staatsrecht).

CANARIS CLAUS-WILHELM, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz – entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, 2. A., Berlin 1983 (zit. Systemdenken).

CARLEN LOUIS, Die Bürgergemeinde in der Schweiz, Gestern – heute – morgen, Freiburg 1988 (zit. Bürgergemeinde).

CLEMENS THOMAS, Kommunale Selbstverwaltung und institutionelle Garantie: Neue verfassungsrechtliche Vorgaben durch das BVerfG, NVwZ 1990, 834-843 (zit. Selbstverwaltung).

CORVINI IVO LORENZO, Kommunale Rechtsetzung unter besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse im Kanton Basel-Landschaft, Diss., Basel 1998 (zit. Kommunale Rechtsetzung).

COTTIER THOMAS, Die Verfassung und das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage, 2. A., Chur/Zürich 1991 (zit. Gesetzliche Grundlage).

COTTIER THOMAS ET AL. (Hrsg.), Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht, Bern 2001 (zit. Staatsvertrag).

DIGGELMANN OLIVER, Der liberale Verfassungsstaat und die Internationalisierung der Politik, Habil., Bern 2005 (zit. Internationalisierung).

DILL MARKUS, Die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung der Gemeindeautonomie, Diss., Bern 1996 (zit. Gemeindeautonomie).

DONATSCH MARCO, Die Europäische Union auf dem Weg zur Verfassunggebung? Ein Beitrag zum „Europäischen Verfassungsrecht" unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Verfassungsdenkens, Diss., Zürich 2004 (zit. Verfassunggebung).

DONZALLAZ YVES, Loi sur le Tribunal fédéral: Commentaire, Bern 2008 (zit. Commentaire LTF).

DREIER HORST (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 2. A., Tübingen 2006 (zit. Autor, Kommentar zu Art. GG, Rz.).

DUDEN (Hrsg.), Das grosse Wörterbuch der deutschen Sprache in zehn Bänden, 3. A., Mannheim 1999 (zit. Wörterbuch).

DÜRIG GÜNTER, Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat, JZ 1953, 193-199 (zit. Verfassung und Verwaltung).

DWORKIN RONALD, Bürgerrechte ernstgenommen. Übersetzt von Ursula Wolf, Frankfurt am Main 1984 (zit. Bürgerrechte).

EHRENZELLER BERNHARD, Entwicklungen im Bereich des Bürgerrechts, in: Achermann et al. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005, 13-43 (zit. Bürgerrecht).

EHRENZELLER BERNHARD, Konzept und Gründe der Verfassungsreform, AJP 1999, 647-655 (zit. Verfassungsreform).

EHRENZELLER BERNHARD, Konzeption der Verfassungsreform, in: Yvo Hangartner/Bernhard Ehrenzeller (Hrsg.), Reform der Bundesverfassung : Beiträge zum Verfassungsentwurf vom 19. Juni 1995, St. Gallen 1995, 21-48 (zit. Konzeption).

EHRENZELLER BERNHARD, Kooperativer Föderalismus und Demokratie, in: Institut du Fédéralisme Fribourg (Hrsg.), Nationale Föderalismuskonferenz: Der kooperative Föderalismus vor neuen Herausforderungen, Freiburg 2005, 67-86 (zit. Föderalismus und Demokratie).

EHRENZELLER BERNHARD, Legislative Gewalt und Aussenpolitik, Habil., Basel 1993 (zit. Legislative Gewalt).

EHRENZELLER BERNHARD, Möglichkeiten und Grenzen der direkten Demokratie, BJM 1999, 65-91 (zit. Direkte Demokratie).

EHRENZELLER BERNHARD, Reformprozesse im Verfassungsrecht von Bund und Kantonen, in: Thürer/Aubert/Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht, § 12, 207-219 (zit. Reformprozesse).

EHRENZELLER BERNHARD/NOBS ROGER, Gemeinsamkeiten und Unterschiede der totalrevidierten Kantonsverfassungen, ZBl 2009, 1-31 (zit. Kantonsverfassungen).

EHRENZELLER BERNHARD/SCHWEIZER RAINER J. (Hrsg.), Die Reorganisation der Bundesrechtspflege – Neuerungen und Auswirkungen in der Praxis, St. Gallen 2006 (zit. Bundesrechtspflege).

EICHENBERGER KURT, Der Entwurf von 1977 für eine neue schweizerische Bundesverfassung, ZaöR 1980, 477-552 (zit. Entwurf 1977).

EICHENBERGER KURT, Stellung und Bedeutung der Gemeinde im modernen Staat, in: Der Staat der Gegenwart: ausgewählte Schriften von Kurt Eichenberger, Basel 1980 (zit. Gemeinde).

ESTERBAUER FRIED et al. (Hrsg.), Von der freien Gemeinde zum föderalistischen Europa : FS für Adolf Gasser zum 80. Geburtstag, Berlin 1983 (zit. FS Gasser).

FAGAGNINI HANS PETER, Kanton und Gemeinden vor ihrer Erneuerung. Eine interdisziplinäre Studie über den inneren Aufbau des Kantons St. Gallen, Bern 1974 (zit. Kanton und Gemeinden).

FETZ URSIN, Gemeindefusion – unter besonderer Berücksichtigung des Kantons Graubünden, Diss., Zürich 2009 (zit. Gemeindefusion).

FETZ URSIN/BÜHLER DANIEL, Leitfaden für Gemeindefusionen, Chur 2005 (zit. Leitfaden für Gemeindefusionen).

FIECHTER JULIEN, Politische Gemeinden und lokale Autonomie in der Schweiz, Cahier de l'IDHEAP 251, Chavannes-Lausanne 2010 (zit. Politische Gemeinden).

FLEINER FRITZ, Zentralismus und Föderalismus in der Schweiz, Zürich 1918 (zit. Zentralismus und Föderalismus).

FLEINER FRITZ/GIACOMETTI ZACCHARIA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949 (zit. Bundesstaatsrecht).

FLEINER THOMAS/MISIC ALEXANDER, Föderalismus als Ordnungsprinzip der Verfassung, in: Thürer/Aubert/Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht, § 27, 429-442 (zit. Föderalismus).

FREITAG MARKUS/VATTER ADRIAN, Föderalismus und staatliche Verschuldung. Ein makroquantitativer Vergleich, in: ÖZP 2004, 175-190 (zit. Föderalismus).

FREY RENÉ L., Standortwettbewerb und Neuer Finanzausgleich, in: René L. Frey (Hrsg.): Föderalismus – zukunftstauglich?!, Zürich 2005, 11-42 (zit. Neuer Finanzausgleich).

FREY RENÉ L., Steuerwettbewerb oder Steuerharmonisierung? Der schweizerische Föderalismus aus ökonomischer Sicht, in: René L. Frey (Hrsg.): Föderalismus – zukunftstauglich?!, Zürich 2005, 107-124 (zit. Steuerwettbewerb).

GALETTE ALFONS, Europäische Aspekte der kommunalen Selbstverwaltung : Zum Entwurf einer europäischen Kommunal – Charta der Europakonferenz der Gemeinden und Regionen, in: von Mutius (Hrsg.), Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft, Festgabe zum 70. Geburtstag von Georg Christoph von Unruh, Heidelberg 1983 (zit. Selbstverwaltung).

GASSER ADOLF, Gemeindefreiheit als Rettung Europas, Grundlinien einer ethischen Geschichtsauffassung, 2. A., Basel 1947 (zit. Gemeindefreiheit).

GEIGER WILLI, Die Gemeindeautonomie und ihr Schutz nach schweizerischem Recht. Diss., St. Gallen 1950 (zit. Gemeindeautonomie).

GESER HANS, Die Gemeinden in der Schweiz, in: Klöti et al (Hrsg.), Handbuch der Schweizer Politik, 3. A., Zürich 2002, 421-468 (zit. Gemeinden).

GIACOMETTI ZACCHARIA, Das Staatsrecht der Schweizerischen Kantone, Zürich 1941 (zit. Staatsrecht der Kantone).

GIACOMETTI ZACCHARIA, Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Schweizerischen Bundesgerichts, Zürich 1933 (zit. Verfassungsgerichtsbarkeit).

GLAUS PIUS, Konzeption der Gemeindeautonomie mit besonderer Darstellung der Autonomie der sanktgallischen Gemeinde, Diss., Zürich 1984 (zit. Gemeindeautonomie).

GÖRRES-GESELLSCHAFT (HRSG.), Staatslexikon : Recht, Wirtschaft, Gesellschaft, Bd. I-VII, 7. A., Freiburg 1985-1993 (zit. Staatslexikon I-VII).

GYGI FRITZ, Freie und beschränkte Prüfung im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren, in: Recht als Prozess und Gefüge. FS für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Bern 1981, 191-210 (zit. Prüfung).

HÄBERLE PETER, Europäische Rechtskultur. Versuch einer Annäherung in 12 Schritten, Baden-Baden 1994 (zit. Europäische Rechtskultur).

HÄBERLE PETER, Kommunale Selbstverwaltung unter dem Stern des Gemeineuropäischen Verfassungsrechts, JöR 2010, 301-315 (zit. Selbstverwaltung).

HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. A., Zürich 2008 (zit. Bundesstaatsrecht).

HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A., Zürich 2010 (zit. Verwaltungsrecht).

HALLER WALTER/KÖLZ ALFRED/GÄCHTER THOMAS, Allgemeines Staatsrecht, 4. A., Basel 2008 (zit. Staatsrecht).

HANGARTNER YVO, Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, SJZ 1998, 201-208 (zit. Völkerrecht und Landesrecht).

HANGARTNER YVO, Grundsatzfragen der Einbürgerung nach Ermessen, ZBl 2009, 293-314 (zit. Einbürgerung nach Ermessen).

HANGARTNER YVO, Neuere Entwicklungen der Gemeindeautonomie, ZBl 1983, 521-535 (zit. Gemeindeautonomie).

HANGARTNER YVO, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Bd. I: Organisation, Zürich 1980; Bd. II: Grundrechte, Zürich 1982 (zit. Staatsrecht I-II).

HANGARTNER YVO, Rechtsetzung durch Gemeinden, in: Francis Cagianut et al. (Hrsg.): Aktuelle Probleme des Staats- und Verwaltungsrechts, FS für Otto K. Kaufmann zum 75. Geburtstag, Bern 1989, 209-220 (zit. Rechtsetzung).

HANGARTNER YVO, Richterliche Zurückhaltung in der Überprüfung von Entscheiden von Vorinstanzen, in: Benjamin Schindler/Patrick Sutter (Hrsg.), Akteure der Gerichtsbarkeit, Zürich/St. Gallen 2007, 159-174 (zit. Richterliche Zurückhaltung).

HANGARTNER YVO, Unmittelbare Anwendbarkeit völker- und verfassungsrechtlicher Normen, ZSR 2007, 137-158 (zit. Anwendbarkeit).

HANGARTNER YVO, Verfassungsmässige Rechte juristischer Personen des öffentlichen Rechts, in: Walter Haller et al. (Hrsg.): Festschrift für Ulrich Häfelin zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, 111-125 (zit. Verfassungsmässige Rechte).

HANGARTNER YVO/KLEY ANDREAS, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2000 (zit. Demokratische Rechte).

HÄNNI PETER, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 5. A., Bern 2008 (zit. Planungs-, Bau- und Umweltrecht).

HEBERLEIN HORST, Die Europäische Charta der kommunalen Selbstverwaltung, in: Jörn Ipsen/Hans-Werner Rengeling (Hrsg.), Gemeinden und Kreise in einem vereinten Europa, 9. Bad Iburger Gespräche, Osnabrück 1999, 55-68 (zit. Charta).

HERDEGEN MATTHIAS, Völkerrecht, 9. A., München 2010 (zit. Völkerrecht).

HESSE KONRAD, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Neudruck der 20. A., Heidelberg 1999 (zit. Verfassungsrecht).

HEUSCH ANDREAS, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Staatsorganisationsrecht, Berlin 2003 (zit. Verhältnismässigkeit).

HIS EDUARD, Geschichte des neuern Schweizerischen Staatsrechts, 3 Bde., Basel 1920/1929/1938 (zit. Staatsrecht I-III).

HILTHY CARL, Die Bundesverfassungen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern 1891 (zit. Bundesverfassungen).

HÖHN ERNST, Praktische Methodik der Gesetzesauslegung, Zürich 1993 (zit. Gesetzesauslegung).

HOLTZ UWE (Hrsg.), 50 Jahre Europarat, Baden-Baden 2000 (zit. Europarat).

HOLZER PATRICK, Die Ermittlung der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Vertragsbestimmungen, Zürich 1998 (zit. Anwendbarkeit).

HOPPE WERNER/RENGELING HANS-WERNER, Rechtsschutz bei der kommunalen Gebietsreform, Frankfurt am Main 1973 (zit. Kommunale Gebietsreform).

HORBER-PAPAZIAN KATIA, Les Communes, in: Klöti et al. (Hrsg.), Schweizer Politik, 233-258 (zit. Communes).

HUBER HANS, Über den Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Verwaltungsrecht, ZSR 1977, 1-29 (zit. Verhältnismässigkeit).

HUBER MAX, Vom Wesen und Sinn des Schweizerischen Staates, in: Heimat und Tradition – Gesammelte Aufsätze von Max Huber, Zürich 1947, 35-83 (zit. Wesen und Sinn).

HUWYLER FRIEDRICH, Gemeindeorganisation des Kantons Schwyz, Schwyz 2009 (zit. Gemeindeorganisation Schwyz).

IMBODEN MAX, Gemeindeautonomie und Rechtsstaat, in: Demokratie und Rechtsstaat, Festgabe zum 60. Geburtstag von Zaccaria Giacometti, Zürich 1953, 89-106 (zit. Gemeindeautonomie).

IMBODEN MAX, Die staatsrechtliche Problematik des schweizerischen Föderalismus, ZSR 1955, 209-241 (zit. Föderalismus).

IPSEN JÖRN, Niedersächsisches Kommunalrecht, 3. A., Stuttgart u.a. 2006 (zit. Kommunalrecht).

IPSEN JÖRN, Schutzbereich der Selbstverwaltungsgarantie und Einwirkungsmöglichkeiten des Gesetzgebers, ZG 1994, 194-212 (zit. Selbstverwaltungsgarantie).

IPSEN JÖRN/RENGELING HANS WERNER, Gemeinden und Kreise in einem vereinten Europa, Osnabrück 1999 (zit. Europa).

ISENSEE JOSEF, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht. Eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft, Berlin 1968 (zit. Subsidiaritätsprinzip).

ISENSEE JOSEF/KIRCHHOF PAUL (Hrsg.), Handbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band IV Finanzverfassung – Bundesstaatliche Ordnung, 2. A., Heidelberg 1999 (zit. Autor, in: Isensee/Kirchhof, §, Rz.).

JAAG TOBIAS, Die Gemeindeaufsicht im Kanton Zürich, ZBl 1993, 529-555 (zit. Gemeindeaufsicht).

JAAG TOBIAS, Die Rechtsstellung der Kantone in der Bundesverfassung, in: Thürer/Aubert/Müller, Verfassungsrecht, § 30, 473-489 (zit. Rechtsstellung der Kantone).

JAGMETTI RICCARDO, Die Stellung der Gemeinden, ZBl 1972, 219-400 (zit. Gemeinden).

JAKOBS MICHAEL CH., Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Mit einer exemplarischen Darstellung seiner Geltung im Atomrecht, Diss., Köln u.a. 1985 (zit. Verhältnismässigkeit).

KÄGI-DIENER REGULA, Föderalismus: Ein altes Konzept für neue Probleme? Möglichkeiten und Grenzen des Föderalismus zur Regulierung kultureller Vielfalt, AJP 2009, 727-732 (zit. Föderalismus).

KÄGI-DIENER REGULA, Mitwirkung und Gemeinden im Wandel, in: RWA HSG (Hrsg.), Rechtliche Rahmenbedingungen des Wirtschaftsstandortes Schweiz, Zürich/St. Gallen 2007, 183-202 (zit. Gemeinden im Wandel).

KÄGI-DIENER REGULA, Zweck und Aufgaben der Eidgenossenschaft aus bundesstaatlicher Sicht, ZSR 1998, 491-645 (zit. Zweck).

KÄGI WERNER, Persönliche Freiheit, Demokratie und Föderalismus, in: Die Freiheit des Bürgers im Schweizerischen Recht, Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, Zürich 1948, 53-73 (zit. Freiheit).

KÄLIN WALTER, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. A., Bern 1994 (zit. Beschwerde).

KÄLIN WALTER, What makes Decentralised Government work? Lessons from Switzerland, Nepal Law Society, 27/1998, 1-19 (zit. Decentralised Government).

KÄLIN WALTER, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie: Funktionen der staatsrechtlichen Beschwerde, Bern 1987 (zit. Verfassungsgerichtsbarkeit).

KÄLIN WALTER/BOLZ URS (Hrsg.), Handbuch des bernischen Verfassungsrechts, Bern 1995 (zit. Autor, Bernisches Verfassungsrecht).

KÄLIN WALTER/EPINEY ASTRID/CARONI MARTINA/KÜNZLI JÖRG, Völkerrecht, 2. A., Bern 2006 (zit. Völkerrecht).

KALTENBORN JENS, Der Schutz der kommunalen Selbstverwaltung im Recht der Europäischen Union, Diss., Baden-Baden 1996 (zit. Selbstverwaltung).

KAYSER MARTIN/RICHTER DAGMAR, Die neue schweizerische Bundesverfassung, ZaöRV 1999, 985-1105 (zit. Neue Bundesverfassung).

KELLER HELEN, Rezeption des Völkerrechts, Habil., Berlin u.a. 2003 (zit. Rezeption).

KESSLER FRANZ, Die Anfänge der Gemeindeautonomie im Kanton Zürich – eine Skizze, in: Isabelle Häner (Hrsg.), Nachdenken über den demokratischen Staat und seine Geschichte, Beiträge für Alfred Kölz, Zürich 2003 (zit. Anfänge).

KETTIGER DANIEL, Gemeindefusion - Ein Thema mit vielen Facetten, Bern 2004, im Internet: www.gemeindefusion.ch/pdf/Aufsatz-Gemeindefusion-def.pdf [Stand 05.01.2009] (zit. Gemeindefusion)

KIENER REGINA, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, in: Tschannen (Hrsg.), Neue Bundesrechtspflege, 219-280 (zit. Beschwerde).

KLÖTI ET AL. (Hrsg.), Handbuch der Schweizer Politik, 4. A., Zürich 2006 (zit. Schweizer Politik).

KLÖTI ULRICH/HALDEMANN THEO/SCHENKEL WALTER, Die Stadt im Bundesstaat – Alleingang oder Zusammenarbeit?, Chur/Zürich 1993 (zit. Stadt im Bundesstaat).

KNAPP BLAISE, Le fédéralisme, ZSR 103 II 1984, 275-430 (zit. Fédéralisme).

KNAPP BLAISE/ALEXANDER RUCH/RAINER J. SCHWEIZER, Kommentierung des nachgeführten Verfassungsentwurfs, in: KdK (Hrsg.), Verfassungsreform als Föderalismusreform: Der

Verfassungsentwurf 1995 aus der Sicht der Kantone, Zürich 1997, 17-59 (zit. Verfassungsentwurf).

KNEMEYER FRANZ-LUDWIG, Die Vorgeschichte der Europäischen Kommunalcharta, in: Ders. (Hrsg.), Die Europäische Charta der kommunalen Selbstverwaltung, Baden-Baden 1989 (zit. Vorgeschichte).

KNEMEYER FRANZ-LUDWIG, Gemeindefreiheit – kommunale Selbstverwaltung – als Stütze der Demokratie, in: Fried Esterbauer et al. (Hrsg.): Von der freien Gemeinde zum föderalistischen Europa, FS für Adolf Gasser zum 80. Geburtstag, Berlin 1983, 285-302 (zit. Gemeindefreiheit).

KNEMEYER FRANZ-LUDWIG, Entstehung der Charta der kommunalen Selbstverwaltung: ein langer, aber letztendlich erfolgreicher Weg, EUROPA kommunal 4/2005, 123-125 (zit. Entstehung der Charta).

KNEMEYER FRANZ-LUDWIG/WEHR MATTHIAS, Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung nach Art. 28 Abs. 2 GG in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, VA 2001, 317-343 (zit. Kommunale Selbstverwaltung).

KOHLER GEORG, Bürgertugend und Willensnation. Über den Gemeinsinn und die Schweiz, Zürich 2010 (zit. Bürgertugend).

KOLLER ARNOLD, Die unmittelbare Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge und des EWG-Vertrages im innerstaatlichen Bereich, Bern 1971 (zit. Anwendbarkeit).

KÖLZ ALFRED, Geschichtliche Grundlagen, in: Thürer/Aubert/Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht, § 7, 111-127 (zit. Geschichtliche Grundlagen).

KÖLZ ALFRED, Neuere Schweizerische Verfassungsgeschichte, Ihre Grundlinien vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848, Bern 1992 (zit. Verfassungsgeschichte I).

KÖLZ ALFRED, Neuere Schweizerische Verfassungsgeschichte, Ihre Grundlinien in Bund und Kantonen seit 1848, Bern 2004 (zit. Verfassungsgeschichte II).

KÖLZ ALFRED, Quellenbuch zur neueren schweizerischen Verfassungsgeschichte, Vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848, Bern 1992 (zit. Quellenbuch I).

KÖLZ ALFRED, Quellenbuch zur neueren schweizerischen Verfassungsgeschichte, Von 1848 bis in die Gegenwart, Bern 1996 (zit. Quellenbuch II).

KÖLZ ALFRED/KUSTER SUSANNE, Der Städteartikel der neuen Bundesverfassung, ZSR 2002, 137-169 (zit. Städteartikel).

Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Jean-François Aubert et al. (Hrsg.), Basel 1987-1996 (zit. Autor, Kommentar aBV zu Art.).

KRAMER ERNST A., Juristische Methodenlehre, 2. A., Bern u.a. 2005 (zit. Methodenlehre).

KREIS GEORG, Totalrevisionen als soziale Bewegungen : Zu den fünf Verfassungsphasen der neueren Schweizergeschichte, in : Beat Sutter-Liver (Hrsg.), Herausgeforderte Verfassung : Die Schweiz im globalen Kontext, Freiburg 1998, 169-197 (zit. Totalrevisionen).

KÜBLER DANIEL, Agglomerationen, in: Klöti et al. (Hrsg.), Handbuch, 259-286 (zit. Agglomerationen).

LADNER ANDREAS, Politische Gemeinden, kommunale Parteien und lokale Politik. Eine empirische Untersuchung in den Gemeinden der Schweiz, Zürich 1991 (zit. Politische Gemeinden).

LADNER ANDREAS, Die Schweizer Gemeinden im Wandel: Politische Institutionen und lokale Politik, Cahier de l'IDHEAP 237, Chavannes-Lausanne 2008 (zit. Gemeinden im Wandel).

LADNER ANDREAS/BÜHLMANN MARC, Demokratie in den Gemeinden. Der Einfluss der Gemeindegrösse und anderer Faktoren auf die Qualität der lokalen Demokratie, Zürich/Chur 2007 (zit. Demokratie).

LARENZ KARL, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. A., Berlin u.a. 1991 (zit. Methodenlehre).

LARENZ KARL, Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik, München 1979 (zit. Richtiges Recht).

LERCHE PETER, Übermass und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Erforderlichkeit, Köln 1961 (zit. Übermass).

LEUTHOLD MATTHIAS, Die Prüfungsdichte des Bundesgerichts im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte, Diss., Bern 1992 (zit. Prüfungsdichte).

LIEBESKIND W.A., L'Autonomie Communale, in: Die Freiheit des Bürgers im Schweizerischen Recht. Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, Zürich 1948, 233-242 (zit. Autonomie Communale).

LINDER WOLF, Schweizerische Demokratie: Institutionen – Prozesse – Perspektiven, 2. A., Bern 2005 (zit. Schweizerische Demokratie).

LIVER PETER, Gemeinderecht, ZBl 1949, 40-51 (zit. Gemeinderecht).

LIVER PETER, Von der Freiheit in der alten Eidgenossenschaft und nach den Ideen der französischen Revolution, in: Die Freiheit des Bürgers im Schweizerischen Recht. Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, Zürich 1948, 37-52 (zit. Freiheit).

MAGER UTE, Einrichtungsgarantien : Entstehung, Wurzeln, Wandlungen und grundgesetzgemässe Neubestimmung einer dogmatischen Figur des Verfassungsrechts, Tübingen 2003 (zit. Einrichtungsgarantien).

V. MANGOLDT HERMANN/KLEIN FRIEDRICH/STARCK CHRISTIAN, Das Bonner Grundgesetz, 3 Bde., 5. A., München 2005 (zit. Autor, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zu Art.).

MANN THOMAS/PÜTTNER GÜNTER (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 1 Grundlagen und Kommunalverfassung, 3. A., Berlin u.a. 2007 (zit. Autor, in: Mann/Püttner, Handbuch).

MARTENET VINCENT, La fusion de communes entre elles ou avec le canton, in: Tanquerel/Bellanger (Hrsg.), Communes, 177-247 (zit. Fusion).

MASTRONARDI PHILIPPE, Verfassungslehre. Allgemeines Staatsrecht als Lehre vom guten und gerechten Staat. Bern/Stuttgart/Wien 2007 (zit. Verfassungslehre).

MAURER HARTMUT, Verfassungsrechtliche Grundlagen der kommunalen Selbstverwaltung, DVBl 1995, 1037-1046 (zit. Selbstverwaltung).

MATTER HANS PETER, Die Legitimation der Gemeinde zur staatsrechtlichen Beschwerde. Diss., Bern 1965 (zit. Legitimation der Gemeinde).

MERTEN DETLEF/PAPIER HANS JÜRGEN (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VII/2: Grundrechte in der Schweiz und in Liechtenstein, Heidelberg/Zürich/St. Gallen 2007 (zit. HGR VII/2).

MERZ TURKMANI GABRIELLE, Die Gemeindereorganisation des Kantons Thurgau, Travaux de cours et mémoires de l'IDHEAP Nr. 7, Chavannes-près-Rennes 1997 (zit. Gemeindereorganisation Thurgau).

MEYER HANNES ANTON, Wandlungen im Bestande der Gemeinden, Diss., Zürich 1978 (zit. Bestande der Gemeinden).

MEYLAN JEAN, Problèmes actuels de l'autonomie communale, ZSR 1972 II, 1-219 (zit. Autonomie communale).

MEYLAN JEAN, Die Schweizer Gemeinden, Lausanne 1987 (zit. Gemeinden).

MEYLAN JEAN/GOTTRAUX MARTIAL/DAHINDEN PHILIPPE: Schweizer Gemeinden und Gemeindeautonomie, Lausanne 1972 (zit. Gemeindeautonomie).

MÖLLER MAIK, Subsidiaritätsprinzip und kommunale Selbstverwaltung, Diss., Osnabrück 2008 (zit. Selbstverwaltung).

MÜLLER GEORG, Inhalt und Formen der Rechtsetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung, Basel 1979 (zit. Rechtsetzung).

MÜLLER JÖRG PAUL, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Bern 1982 (zit. Grundrechtstheorie).

MÜLLER JÖRG PAUL, Grundrechte, in: Thürer/Aubert/Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht, § 39, 621-645 (zit. Grundrechte).

MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz – Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. A., Bern 2008.

MÜLLER JÖRG PAUL/WILHABER LUZIUS, Praxis des Völkerrechts, 3. A., Bern 2001 (zit. Praxis des Völkerrechts).

VON MURALT LEONHARD, Alte und neue Freiheit in der helvetischen Revolution, Zürich 1941 (zit. Alte und neue Freiheit).

NEIDHART LEONHARD, Die politische Schweiz – Fundamente und Institutionen, Zürich 2002 (zit. Politische Schweiz).

NIGGLI MARCEL/UEBERSAX PETER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008 (zit. Autor, Basler Kommentar zu Art. BGG).

NOBS ROGER, Volksinitiative und Völkerrecht. Eine Studie zur Volksinitiative im Kontext der schweizerischen Aussenpolitik unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses zum Völkerrecht, Diss., St. Gallen 2006 (zit. Volksinitiative und Völkerrecht).

NOHLEN DIETER/SCHULTZE RAINER-OLAF (Hrsg.), Lexikon der Politikwissenschaft: Theorien − Methoden − Begriffe, 3. A., München 2005 (zit. Lexikon der Politikwissenschaft).

NUSPLIGER KURT, Bernisches Staatsrecht und Grundzüge des Verfassungsrechts der Kantone, 3. A., Bern 2008 (zit. Bernisches Staatsrecht).

OPPERMANN THOMAS/CLASSEN CLAUS DIETER/NETTESHEIM MARTIN, Europarecht, 4. A., München 2009 (zit. Europarecht).

Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Jean-François Aubert/Pascal Mahon (Hrsg.), Zürich u.a. 2003 (zit. Autor, Petit commentaire ad Art.).

PEYER HANS CONRAD, Verfassungsgeschichte der alten Schweiz, Zürich 1978 (zit. Verfassungsgeschichte).

PFISTERER THOMAS, Auslandbeziehungen der Kantone, in: Thürer/Aubert/Müller, Verfassungsrecht, § 33, 525-546 (zit. Auslandbeziehungen).

PFISTERER THOMAS, Der gelebte Föderalismus in der neuen Bundesverfassung, in: KdK (Hrsg.), Verfassungsreform als Föderalismusreform : Der Verfassungsentwurf 1995 aus der Sicht der Kantone, Zürich 1997, 63-78 (zit. Föderalismus).

PFISTERER THOMAS, Der kantonale Gesetzgeber vor der Reform der Bundesrechtspflege, in: Ehrenzeller/Schweizer (Hrsg.), Bundesrechtspflege, 257-349 (zit. Bundesrechtspflege).

PFISTERER THOMAS, Die Bundesverfassung vor Vielfalt und Einheit im Wandel, AJP 2009, 706-726 (zit. Vielfalt und Einheit).

PFISTERER THOMAS, Die neuere Entwicklung der Gemeindeautonomie, insbesondere im Kanton Aargau, ZBl 1989, 1-33 (zit. Gemeindeautonomie).

PFISTERER THOMAS, Die verfassungsrechtliche Stellung der aargauischen Gemeinden bei der Erfüllung der öffentlichen Aufgaben. Zu einer verfassungsrechtlichen Erneuerung der Gemeindeautonomie, St. Gallen 1983 (zit. Gemeinden).

PFISTERER THOMAS, Von der Kompetenzverteilung zur besseren Erfüllung der Bundesaufgaben, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen. FS für Yvo Hangartner zum 65. Geburtstag, Zürich/St. Gallen 1998, 713-748 (zit. Kompetenzverteilung).

PIGUET JEAN-MICHEL, La Jurisprudence du Tribunal fédéral suisse en matière d'autonomie communale: une „charte prétorienne" de l'autonomie locale, in: Revue Genevoise de Droit Public 3/1992, 145-159 (zit. Charte prétorienne).

RAUE JULIA, Instrumente des Europarats zur Einflussnahme auf die Verfassungsentwicklungen seiner neuen Mitgliedsstaaten, Diss., St. Gallen 2005 (zit. Europarat).

REICH MARKUS, Grundzüge der föderalistischen Finanzverfassung, in: Thürer/Aubert/ Müller, Verfassungsrecht, § 76, 1199-1210 (zit. Finanzverfassung).

REINHARDT PETER, Zweiter Länderbericht Schweiz, in: Franz-Ludwig Knemeyer (Hrsg.), Die Europäische Charta der kommunalen Selbstverwaltung, Baden-Baden 1989, 87-90 (zit. Länderbericht Schweiz).

REISER CHRISTIAN, Autonomie et démocratie dans les communes genevoises, Basel 1998 (zit. Communes genevoises).

RENGELING HANS-WERNER, Rechtsgrundsätze beim Verwaltungsvollzug des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Köln u.a. 1977 (zit. Rechtsgrundsätze).

RENNEFAHRT HERMANN, Überblick über die Entwicklung des Schweizerbürgerrechts, ZSR 1952, 695-755 (zit. Schweizerbürgerrecht).

RHINOW RENÉ, Bundesstaatsreform und Demokratie. Der schweizerische Föderalismus aus rechtlicher Sicht, in: René L. Frey (Hrsg.): Föderalismus – zukunftstauglich?!, Zürich 2005, 63-92 (zit. Bundesstaatsreform).

RHINOW RENÉ, Grundrechtstheorie, Grundrechtspolitik und Freiheitspolitik, in: Recht als Prozess und Gefüge. FS für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Bern 1981, 427-446 (zit. Grundrechtstheorie).

RHINOW RENÉ, Rechtsetzung und Methodik : Rechtstheoretische Untersuchungen zum gegenseitigen Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsanwendung, Basel 1979 (zit. Rechtsetzung und Methodik).

RHINOW RENÉ/SCHEFER MARKUS, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. A., Basel 2009 (zit. Verfassungsrecht).

RICHLI PAUL, Zum rechtlichen Gehalt und zur Prozeduralisierung des Subsidiaritätsprinzips, ZSR 2007, 47-83 (zit. Subsidiaritätsprinzip).

RIKLIN ALOIS, Machtteilung. Geschichte der Mischverfassung, Darmstadt 2006 (zit. Machtteilung).

RIKLIN ALOIS, Schweizerisches Staatsverständnis, in: Christian Brünner et al. (Hrsg.), Kultur der Demokratie. FS für Manfried Welan zum 65. Geburtstag, Wien u.a. 2002, 257-269 (zit. Staatsverständnis).

ROTH-CUONY URS PHILIPP, Die Übertragung von Bundesaufgaben an die politischen Gemeinden, Diss., Zürich 1978 (zit. Übertragung von Bundesaufgaben).

ROUSSEAU JEAN-JACQUES, Vom Gesellschaftsvertrag oder Grundsätze des Staatsrechts. In Zusammenarbeit mit Eva Petzcker neu übersetzt und herausgegeben von Hans Brockard, Stuttgart 2004 (zit. Gesellschaftsvertrag).

SACHS MICHAEL, Grundgesetz-Kommentar, 4. A., München 2007 (zit. Autor, in: Sachs, Kommentar zu Art. GG).

SÄGESSER THOMAS, Vernehmlassungsgesetz. Bundesgesetz vom 18. März 2005 über das Vernehmlassungsverfahren, Bern 2006 (zit. Kommentar zu Art. VlG).

SALADIN PETER, Bund und Kantone, Autonomie und Zusammenwirken im schweizerischen Bundesstaat, ZBl 1984, 431 ff. (zit. Bund und Kantone).

SALADIN PETER, Grundrechte im Wandel, Die Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts zu den Grundrechten in einer sich ändernden Umwelt, Bern 1982 (zit. Grundrechte).

SALADIN PETER, Lebendiger Föderalismus, in: Die Kunst der Verfassungserneuerung, Schriften zur Verfassungsreform 1968-1996, Basel 1998, 167-188 (zit. Lebendiger Föderalismus).

SALADIN PETER, Zur Organisations- und Verfahrenshoheit der schweizerischen Kantone, in: Esterbauer et al. (Hrsg.), FS Gasser, 339-355 (zit. Organisationshoheit).

SALADIN PETER, Wozu noch Staaten? Zu den Funktionen eines modernen demokratischen Rechtsstaats in einer zunehmend überstaatlichen Welt, Bern 1995 (zit. Staaten).

SCHAFFARZIK BERT, Der Schutz der kommunalen Selbstverwaltung im europäischen Mehrebenensystem, in: Mann/Püttner (Hrsg.), Handbuch Kommunale Wissenschaft, § 14 (zit. Selbstverwaltung).

SCHAFFARZIK BERT, Handbuch der Europäischen Charta der kommunalen Selbstverwaltung, Stuttgart u.a. 2002 (zit. Handbuch).

SCHAFFHAUSER RENÉ, Bürgerrechte, in: Thürer/Aubert/Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht, § 19.

SCHAFFHAUSER RENÉ, Die direkte Demokratie in den komplexen Formen der Gemeindeorganisation, Diss. St. Gallen 1978 (zit. Gemeindeorganisation).

SCHAUB MARTIN, Verfassungsrechtliche Aspekte der Glarner Gemeindefusion, AJP 2007, 1299-1307 (zit. Glarner Gemeindefusion).

SCHEFOLD DIAN, Der Schutz der kommunalen Selbstverwaltung durch den Europarat, in: Stephan Breitenmoser et al. (Hrsg.), Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaat. Liber amicorum Luzius Wildhaber, Zürich/St. Gallen 2007 (zit. Selbstverwaltung).

SCHEFOLD DIAN, Zur Gestalt der Regionen, in: Charlotte Gaitanides et al. (Hrsg.), Europa und seine Verfassung, FS für Manfred Zuleeg zum siebzigsten Geburtstag, Baden-Baden 2005 (zit. Regionen).

SCHINK ALEXANDER, Kommunale Selbstverwaltung im kreisangehörigen Raum, VerwArch 1990, 385-414 (zit. Selbstverwaltung).

SCHLINK BERNHARD, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, in: Peter Badura/Horst Dreier (Hrsg.), Klärung und Fortbildung des Verfassungsrechts, Tübingen 2001, 445-465 (zit. Verhältnismässigkeit).

SCHLUEP WALTER R., Einladung zur Rechtstheorie, Bern 2006 (zit. Rechtstheorie).

SCHMAHL STEFANIE, Die brandenburgische Gemeindegebietsreform auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand, DVBl 2003, 1300-1309 (zit. Gemeindegebietsreform).

SCHMID MARTIN, Gemeinde- und Gebietsreform im Kanton Graubünden, SJZ 2010, 441-443 (zit. Gebietsreform).

SCHMIDT MANFRED G., Demokratietheorien, 3. A., Opladen 2000 (zit. Demokratietheorien).

SCHMIDT-ASSMANN EBERHARD/RÖHL HANS CHRISTIAN, Kommunalrecht, in: Eberhard Schmidt-Assmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 13. A., Berlin 2005 (zit. Kommunalrecht).

SCHMIDT-JORTZIG EDZARD, Die Einrichtungsgarantien der Verfassung, Göttingen 1979 (zit. Einrichtungsgarantien).

SCHMIDT-JORTZIG EDZARD, Kommunalrecht, Stuttgart u.a. 1982 (zit. Kommunalrecht).

SCHMITT CARL, Verfassungslehre, unveränderter Neudruck der 1. A. (1928), Berlin 1954 (zit. Verfassungslehre).

SCHNEIDER MATTHIAS WERNER, Kommunaler Einfluss in Europa, Die Einflussnahme der Kommunen beim Europarat als Modell für die Europäische Union, Frankfurt am Main 2004 (zit. Kommunaler Einfluss).

SCHOLZ RUPERT, Subsidiaritätsprinzip und zu erneuernde Staatlichkeit, in: Otto Depenheuer et al. (Hrsg.): Staat im Wort. FS für Josef Isensee, Heidelberg 2007, 295-307 (zit. Subsidiaritätsprinzip).

SCHULTHESS STEFAN/WIEDERKEHR RENÉ, Aufsicht und Legalitätsprinzip, ZBl 2009, 181-208 (zit. Legalitätsprinzip).

SCHWEIZER RAINER J./ZELGER ULRICH, Föderalismus, in: Historisches Lexikon der Schweiz, im Internet: http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/d/D46249.php [Stand am 24.09.2007] (zit. Föderalismus).

SEILER HANSJÖRG, Gemeinden im schweizerischen Staatsrecht, in: Thürer/Aubert/Müller, Verfassungsrecht, § 31, 491-506 (zit. Gemeinden).

SEILER HANSJÖRG/VON WERDT NICOLAS/GÜNGERICH ANDREAS, Bundesgerichtsgesetz (BGG), Bern 2007 (zit. Bundesgerichtsgesetz).

SPÜHLER KARL, Die Praxis der staatsrechtlichen Beschwerde, Bern 1994 (zit. Praxis).

SPÜHLER KARL/DOLGE ANNETTE/VOCK DOMINIK, Kurzkommentar zum Bundesgerichtsgesetz (BGG), Zürich/St. Gallen 2006 (zit. Kurzkommentar).

St. Galler Kommentar zur neuen Bundesverfassung, Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), 2. A., St. Gallen 2008 (zit. Autor, St. Galler Kommentar zu Art.).

STARCK CHRISTIAN (Hrsg.), Föderalismusreform, München 2007 (zit. Autor, in: Starck (Hrsg.), Föderalismusreform, Rz.).

STEINER RETO, Die Schweizer Gemeinden verändern sich, in: Schweizer Gemeinde, Heft 11/2006, 12 f. (zit. Schweizer Gemeinden).

STEINER RETO, Interkommunale Zusammenarbeit und Gemeindezusammenschlüsse in der Schweiz, Bern 2002 (zit. Zusammenarbeit).

STEINER RETO/LADNER ANDREAS, Gemeindebefragung 2005 zu Leistungsfähigkeit und Reformaktivitäten der Schweizer Gemeinden, in: Alexander Glatthard/Ulrich Isch (Hrsg.), Perspektiven für Gemeindefinanzen, Schönbühl 2005 (zit. Gemeindebefragung 2005).

STERN KLAUS, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I-V, München 1977-2006 (zit. Staatsrecht I-V).

STÜRM JOSEF, Das Bürgerrecht im Kanton St. Gallen, Diss., Zürich 1950 (zit. Bürgerrecht).

SUTER MATTHIAS, Der neue Rechtsschutz in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vor dem Bundesgericht, Diss., St. Gallen 2007 (zit. Rechtsschutz).

TANQUEREL THIERRY, Les villes dans le droit constitutionnel et administratif suisse, in: Tanquerel/Bellanger (Hrsg.), Communes, 79-104 (zit. Villes).

TANQUEREL THIERRY/BELLANGER FRANÇOIS (Hrsg.), L'avenir juridique des communes, Zürich 2007 (zit. Communes).

THÖNY BERNHARD, Der Finanzausgleich im Wettbewerbsföderalismus – Eine Theorie des Finanzausgleichs und eine Analyse der innerkantonalen Finanzausgleichssysteme in der Schweiz, Diss., St. Gallen 2005 (zit. Finanzausgleich).

THÜRER DANIEL, Bund und Gemeinden. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu den unmittelbaren Beziehungen zwischen Bund und Gemeinden in der Bundesrepublik Deutschland, den Vereinigten Staaten von Amerika und der Schweiz, Berlin u.a. 1986 (zit. Bund und Gemeinden).

THÜRER DANIEL, Die Stellung der Städte und Gemeinden im Bundesstaat, in: Daniel Thürer, Staatsrecht, 309-321 (zit. Städte und Gemeinden).

THÜRER DANIEL, Erster Länderbericht Schweiz, in: Franz-Ludwig Knemeyer (Hrsg.), Die Europäische Charta der kommunalen Selbstverwaltung, Baden-Baden 1989, 79-86 (zit. 1. Länderbericht Schweiz).

THÜRER DANIEL, Kosmopolitisches Staatsrecht – Grundidee Gerechtigkeit, Band 1, Zürich 2005 (zit. Staatsrecht).

THÜRER DANIEL, Schweizerische Gemeindeautonomie und die Europäische Charta der kommunalen Selbstverwaltung, in: Francis Cagianut et al. (Hrsg.): Aktuelle Probleme des Staats- und Verwaltungsrechts, FS für Otto K. Kaufmann zum 75. Geburtstag, Bern 1989, 221-238 (zit. Charta).

THÜRER DANIEL, Recht der internationalen Gemeinschaft und Wandel der Staatlichkeit, in: Thürer/Aubert/Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht, § 2, 37-61 (zit. Internationale Gemeinschaft).

THÜRER DANIEL, Verfassungsrecht und Völkerrecht, in: Thürer/Aubert/Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht, § 11, 179-206 (zit. Verfassungsrecht und Völkerrecht).

THÜRER DANIEL/AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MÜLLER JÖRG-PAUL (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001 (zit. Verfassungsrecht).

THÜRER GEORG, Geschichtliche Entwicklung der Gemeindeautonomie in der Schweiz, in: Veröffentlichungen der Schweizerischen Verwaltungskurse an der Handels-Hochschule St. Gallen, Band 6: Die Gemeindeautonomie, Einsiedeln/Köln 1946 (zit. Geschichtliche Entwicklung).

TIETJE CHRISTIAN, Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung, DVBl 2003, 1081-1096 (zit. Internationalisierung).

TILCH HORST/ARLOTH FRANK (Hrsg.), Deutsches Rechts-Lexikon, Band 2 G-P, 3. A., München 2001 (zit. Rechts-Lexikon).

TOCQUEVILLE ALEXIS DE, Über die Demokratie in Amerika, Bd. I/II, 1835/1840, Stuttgart 2004 (zit. Demokratie).

TÖNDURY ANDREA MARCEL, Bundesstaatliche Einheit und kantonale Demokratie. Die Gewährleistung der Kantonsverfassungen nach Art. 51 BV, Diss., Zürich 2003 (zit. Bundesstaatliche Einheit).

TSCHANNEN PIERRE, Die Auslegung der neuen Bundesverfassung, in: Ulrich Zimmerli (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung, Berner Tage für die juristische Praxis 1999, Bern 2000, 223-248 (zit. Auslegung neue BV).

TSCHANNEN PIERRE (Hrsg.), Neue Bundesrechtspflege. Auswirkungen der Totalrevision auf den kantonalen und eidgenössischen Rechtsschutz. Berner Tage für die juristische Praxis BTJP 2006, Bern 2007 (zit. Neue Bundesrechtspflege).

TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. A., Bern 2007 (zit. Staatsrecht).

TSCHANNEN PIERRE, Verfassungsauslegung, in: Thürer/Aubert/Müller, Verfassungsrecht, § 9, 149-160 (zit. Verfassungsauslegung).

TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. A., Bern 2009 (zit. Verwaltungsrecht).

TSCHENTSCHER AXEL, Grundprinzipien des Rechts, Bern 2003 (zit. Grundprinzipien).

UEBERSAX PETER, Erfahrungen und Lehren aus dem „Fall Leukerbad" – Denkanstösse für das schweizerische Gemeinderecht. ZSR Beiheft 42, Basel 2005 (zit. Fall Leukerbad).

USTERI MARTIN/JAEGGI EMIL E./BOSSARD ROBERT, Vorschlag für eine revidierte und erneuerte Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2006 (zit. Erneuerte Bundesverfassung).

VILLIGER MARK E., Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 2. A., Zürich 1999 (zit. EMRK).

VINCENZ FORTUNATO, Die Eingemeindungsfrage im Kanton Graubünden, Diss., Zürich 1974 (zit. Eingemeindungsfrage).

WAECHTER KAY, Einrichtungsgarantien als dogmatische Fossilien, Die Verwaltung 1996, 47-72 (zit. Einrichtungsgarantien).

WALTER HANS PETER, Der Methodenpluralismus des Bundesgerichts bei der Gesetzesauslegung, recht 1999, 157-166 (zit. Methodenpluralismus).

WEBER-DÜRLER BEATRICE, Zur neuesten Entwicklung des Verhältnismässigkeitsprinzips, in: Benoît Bovay/Minh Son Nguyen (Hrsg.), Théorie du droit – Droit administratif – Organisation du territoire, FS für Pierre Moor, Bern 2000, 593-608 (zit. Verhältnismässigkeitsprinzip).

WEISS BERND, Einführung und Umsetzung der Europäischen Charta der kommunalen Selbstverwaltung in Deutschland, Frankfurt am Main 1996 (zit. Charta).

WÜGER DANIEL, Die direkte Anwendbarkeit staatsvertraglichen Rechts, in: Cottier et al. (Hrsg.), Staatsvertrag, 95-250 (zit. Anwendbarkeit).

WÜGER DANIEL, Anwendbarkeit und Justiziabilität völkerrechtlicher Normen im schweizerischen Recht: Grundlagen, Methoden und Kriterien, Diss., Bern 2005 (zit. Justiziabilität).

VON WYSS FRIEDRICH, Die schweizerischen Landgemeinden in ihrer historischen Entwicklung, Abhandlungen zur Geschichte des schweizerischen öffentlichen Rechts, I, Zürich 1982 (zit. Landgemeinden).

ZAHNER BEATRIX, Gemeindevereinigungen - öffentlichrechtliche Aspekte, Diss., Zürich 2005 (zit. Gemeindevereinigungen).

ZELLWEGER VALENTIN, Die demokratische Legitimation staatsvertraglichen Rechts, in: Cottier et al. (Hrsg.), Staatsvertrag, 254-416 (zit. Legitimation).

ZIMMERLI ULRICH, Bund – Kantone – Gemeinden, in: Ulrich Zimmerli et al. (Hrsg.): Die neue Bundesverfassung : Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft, Bern 2000, 35-62 (zit. Bund – Kantone – Gemeinden).

ZIMMERLI ULRICH, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im öffentlichen Recht, ZSR 1978 II, 1-131 (zit. Verhältnismässigkeit).

ZIMMERLI ULRICH, Gemeinden, in: Kälin/Bolz (Hrsg.), Bernisches Verfassungsrecht, 195-210 (zit. Gemeinden).

ZIMMERLI ULRICH, Zum Gesetzmässigkeitsprinzip im Verwaltungsrecht, recht 1984, 73-83 (zit. Gesetzmässigkeitsprinzip).

ZIPPELIUS REINHOLD/WÜRTENBERGER THOMAS, Deutsches Staatsrecht, 31. A., München 2005 (zit. Staatsrecht).

ZIPPELIUS REINHOLD, Juristische Methodenlehre, 9. A., München 2005 (zit. Methodenlehre).

Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, Isabelle Häner/Markus Rüssli/Evi Schwarzenbach (Hrsg.), Zürich 2007 (zit. Autor, Kommentar zu Art.).

Materialien

Die Materialien werden zur besseren Auffindbarkeit nach dem im Text zitierten, kursiv gehaltenen Kurztitel geordnet.

AB N/S Verfassungsreform. Amtliches Bulletin der Bundesversammlung 1998 (Separatum).

*Argumentarium Charta.** KdK, Europäische Charta der Kommunalen Selbstverwaltung, Argumentarium: Standpunkt der Kantone, 26. Oktober 2000.[1]

Bericht 1977. Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, Bericht und Verfassungsentwurf, 2 Hefte, Bern 1977 (Separatum).

Bericht 1985. Bericht des Bundesrates über die Totalrevision der Bundesverfassung vom 30. Oktober 1985, BBl 1985 III 1.

Bericht EMRK. Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 9. Dezember 1968, BBl 1968 II 1057.

Bericht SPK N, ParlG. Parlamentarische Initiative. Parlamentsgesetz. Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 1. März 2001, BBl 2001 3467.

Bericht SPK S, Änderung Volksrechte. Parlamentarische Initiative. Beseitigung von Mängeln der Volksrechte. Bericht der Staatspolitischen Kommission des Ständerates vom 2. April 2001, BBl 2001 4083.

Bericht Wahlen. Arbeitsgruppe für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, Bde. I-V: Antworten auf die Fragen der Arbeitsgruppe, 4 Bde. und Registerband, Bern 1969 f.; Bd. VI: Schlussbericht der Arbeitsgruppe, Bern 1973 (Separatum) (zit. Bericht Wahlen I-VI).

Botschaft Bundesrechtspflege. Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001 4202.

Botschaft Charta. Botschaft zur Europäischen Charta der kommunalen Selbstverwaltung vom 19. Dezember 2003, BBl 2004 79.

Botschaft nBV. Botschaft des Bundesrates über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I/a 1.

Botschaft NFA I. Botschaft zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen (NFA) vom 14. November 2001, BBl 2002 2291.

Botschaft Verfassung SG. Die neue Verfassung des Kantons St. Gallen. Botschaft und Entwurf der Verfassungskommission vom 17. Dezember 1999. Amtsblatt Nr. 4a, Sonderausgabe 28. Januar 2000, 198. Jahrgang.

Erläuterungen VE 1995. Erläuterungen zum Verfassungsentwurf vom 26. Juni 1995 (Separatum).

Explanatory Report. Council of Europe: Explanatory Report on the European Charter of Local Self-Government, im Internet: http://www.conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/122.thm (Stand 27. April 2010).

---

[1] Die mit dem Zeichen * versehenen Materialien stammen aus dem Archiv der KdK. Sie können dort eingesehen werden.

Explanatory Report Nr. 207. Council of Europe: Explanatory Report on the Additional Protocol to the European Charter of Local Self-Government on the right to participate in the affairs of a local authority, im Internet: http://www.conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/207.htm (Stand 30. April 2010).

Kernvernehmlassung KdK. Kernvernehmlassung zur Reform der Bundesverfassung : Stellungnahme der Konferenz der Kantonsregierungen, in: KdK (Hrsg.), Verfassungsreform als Föderalismusreform, Zürich 1997, 103-136.

KGRE Empfehlung 285 (2010).▪ Regionale Demokratie in der Schweiz. Empfehlung Nr. 285 des KGRE vom 19. März 2010.[2]

KGRE Empfehlung 278 (2009).▪ Regionen mit Gesetzgebungsbefugnissen: Hin zu einem Mehrebenen-Regierungssystem. Empfehlung Nr. 278 des KGRE vom 15. Oktober 2009.

KGRE Empfehlung 270 (2009).▪ Grenzüberschreitende Zusammenarbeit in Europa. Empfehlung Nr. 270 des KGRE vom 13. Oktober 2009.

KGRE Empfehlung 240 (2008).▪ Entwurf einer Europäischen Charta der Regionalen Demokratie. Empfehlung Nr. 240 des KGRE vom 28. Mai 2008.

KGRE Empfehlung 228 (2007).▪ Entwurf Zusatzprotokoll zur Europäischen Charta der lokalen Selbstverwaltung. Empfehlung Nr. 228 des KGRE vom 21. November 2007.

KGRE Empfehlung 221 (2007).▪ Der institutionelle Rahmen der interkommunalen Kooperation. Empfehlung Nr. 221 des KGRE vom 1. Juni 2007.

KGRE Empfehlung 203 (2006).▪ Übereinstimmung der norwegischen Gesetzgebung mit Artikel 11 der Europäischen Charta der kommunalen Selbstverwaltung. Empfehlung des KGRE vom15. November 2006.

KGRE Entschliessung 195 (2005).▪ 20 Jahre Europäische Charta der kommunalen Selbstverwaltung. Entschliessung Nr. 195 des KGRE vom 1. Juni 2005.

Memorial Landsgemeinde 2006. Memorial für die Landsgemeinde des Kantons Glarus, 2006, im Internet: http://www.landsgemeinde.gl.ch/2006/pdf/mem_2006.pdf (Stand 11. März 2010).

Memorial Landsgemeinde 2007. Memorial für die Landsgemeinde des Kantons Glarus, 2007, im Internet: http://www.landgemeinde.gl.ch/2007ao/pdf/memorial.pdf (Stand 16. März 2010).

NFA Faktenblatt 12. Die Stellung der Städte und Gemeinden im Rahmen der NFA-Reform (www.nfa.ch).

*Rechtsgutachten Charta.** Thürer Daniel, Rechtsgutachten zur Europäischen Charta für Selbstverwaltung zu Handen der KdK vom 19. Juli 1996 (zit. THÜRER, Rechtsgutachten Charta).

Rechtsgutachten Art. 50 BV. Kölz Alfred, Rechtsgutachten zur Auslegung von Art. 50 Abs. 2 und 3 der Schweizerischen Bundesverfassung zu Handen des SSV und des SGV, Zürich 2001 (zit. KÖLZ, Rechtsgutachten Art. 50 BV).[3]

Statutarische Resolution (2000) 1. Ministerkomitee des Europarates: Statutarische Resolution (2000) 1 über den Kongress der Gemeinden und Regionen Europas (SR 0.192.030.23).

---

[2] Die mit dem Zeichen ▪ versehenen Materialien finden sich auf der Internet-Seite des KGRE: http://www.coe.int/t/d/congress/default_de.asp (Stand 21. November 2010).

[3] Dieses Rechtsgutachten wurde nicht veröffentlicht und dem Autor vom SGV zur Verfügung gestellt. Es kann beim Autor eingesehen werden.

Stn. BR, Änderung Volksrechte. Parlamentarische Initiative. Beseitigung von Mängeln der Volksrechte. Stellungnahme des Bundesrates vom 15. Juni 2001, BBl 2001 6080.

Vernehmlassung VE 1995. Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens zum Verfassungsentwurf vom 26. Juni 1995 (Separatum).

Vernehmlassungsergebnisse VE 1977. BJ, Totalrevision der Bundesverfassung – Vernehmlassungen zum Verfassungsentwurf von 1977, Systematisierte Vernehmlassungsergebnisse, Bern 1980.

Vox-Analyse Nr. 67. Marina Delgrande/Wolf Linder: Analyse der eidgenössischen Abstimmungen vom 18. April 1999, Mai 1999, im Internet: http://www.polittrends.ch/abstimmungen/abstimmungsanalysen/voxanalysen/991804d.html [Stand 03.02.2010].

Einleitung

I. Problemstellung

Die Gemeindeautonomie ist im Wandel. Nach wie vor erfüllen die Gemeinden einen grossen Teil der öffentlichen Aufgaben in bemerkenswerter Eigenständigkeit. Die Gemeinden erheben eigene Steuern, setzen eigenes Recht und sind mit ihren Schulen, Spitälern, Sozialämtern, Einwohnerdiensten unerlässlich für die öffentliche Aufgabenerfüllung, die lokale Vielfalt und die Integration der Bevölkerung.[4] Doch die gemeindliche Selbständigkeit ist einem Erosionsprozess ausgesetzt. So sahen sich die Gemeinden im Sommer 2009 dazu veranlasst, in einer Resolution zu fordern, Bund und Kantone sollten ihre Handlungsfähigkeit nicht immer weiter einschränken.[5] Altbekannte Probleme der gemeindlichen Tätigkeit sind aktueller denn je. Die Gemeindeaufgaben werden komplexer, kleine Gemeinden können die Milizämter oft nicht mehr besetzen. Ehemals kommunale Aufgaben werden regionalisiert oder kantonalisiert, Gemeinden fusionieren oder werden zusammengeschlossen.[6]

Dieser tiefgreifende tatsächliche Wandel ging in den letzten Jahren mit einem Wandel der rechtlichen Grundlagen einher. Die alte Bundesverfassung von 1874 (aBV) garantierte die Gemeindeautonomie nicht. Das Bundesgericht schützte sie als kantonales verfassungsmässiges Recht und entwickelte ein gemeineidgenössisches Autonomierecht. Die Bundesverfassung vom 18. April 1999 macht die Dreistufigkeit des Bundesstaates transparent und gewährleistet die Gemeindeautonomie nach Massgabe des kantonalen Rechts (Art. 50 Abs. 1 BV). Seit dem im Jahr 2004 erfolgten Beitritt zur *European Charter of Local Self-Government* – im Folgenden Europäische Charta der Gemeindeautonomie, kurz Gemeindeautonomiecharta oder Charta genannt[7] – bestehen auf Bundesebene verbindliche „principles of local self-government“[8].

---

4 PFISTERER, Vielfalt und Einheit, 717.

5 Vgl. die Resolution für starke Gemeinden des SGV vom 10. Juni 2009, zu finden im Internet: www.chgemeinden.ch/de/2-aktuell/Veranstaltungen/GV_2009/D_Resolution_GV_2009.pdf (Stand 14. November 2010).

6 Die Zahl von 3'000 Gemeinden, einst eine föderalistische Konstanten der Schweiz, gehört der Vergangenheit an. Am 1. Januar 2010 existierten noch 2596 Gemeinden. Eine Trendwende ist nicht absehbar; vgl. NZZ vom 15. April 2010, 11.

7 Dieser völkerrechtliche Vertrag wird in der Schweiz entsprechend der amtlichen Übersetzung bis anhin als Europäische Charta der kommunalen Selbstverwaltung bezeichnet; SR 0.102. Diese Studie plädiert dafür, den Begriff der Gemeindeautonomie zu verwenden. Im Anhang dieser Studie findet sich eine Neuübersetzung der Charta; s. zur Begründung hinten, Teil 2§ 5.II.B.

8 Explanatory Report, B.

Sowohl die Aufnahme der Gemeindeautonomie in die Bundesverfassung als auch der Beitritt zur Gemeindeautonomiecharta waren politisch stark umstritten. Die Kantone waren der Charta wie auch Art. 50 Abs. 1 BV gegenüber lange Zeit skeptisch eingestellt, weil sie gravierende Eingriffe in ihre Eigenständigkeit fürchteten. Angesichts der Bedeutung der Gemeindeautonomie als „eine der Grundmaximen schweizerischer Staatspolitik“[9] sollte man meinen, es bestehe längst Klarheit darüber, ob diese Befürchtungen berechtigt waren. Diese Annahme ist jedoch verfehlt.

Ein Grossteil der Staatsrechtslehre vermittelt den Eindruck, es seien lauter politische Scheingefechte geführt worden. Die Gemeindeautonomie bleibe eine unter bundesgerichtlichem Schutz stehende kantonale Rechtsfigur. Art. 50 Abs. 1 BV sei kaum mehr als ein moralischer Appell zu Gunsten der Gemeinden zu entnehmen. Das Bild der Gemeinden als „dritte staatliche Ebene“ sei nicht zutreffend, da nur Bund und Kantone bundesverfassungsrechtlich konstituiert seien und das kantonale Recht Gliederung, Zuständigkeiten und Autonomie der Gemeinden bestimme.[10] Einzelne Autorinnen[11] versuchen, aus Art. 50 Abs. 1 BV eine Institutsgarantie fruchtbar zu machen.[12] Das Bundesgericht führt seine Praxis weiter, von dieser Diskussion unbeeindruckt. In den jüngsten Entscheiden zur Gemeindeautonomie beruft es sich entweder sowohl auf die kantonale Garantie als auch auf die Bundesverfassung, nimmt teils nur auf die kantonale Garantie Bezug oder begnügt sich damit, den geschützten Autonomiebereich zu umschreiben. Mit der Gemeindeautonomiecharta hatte es sich erst in wenigen Fällen zu beschäftigen.[13] Die Staatsrechtslehre schenkt der Charta kaum Beachtung. Die rechtliche Tragweite dieses völkerrechtlichen Vertrags bleibt ungeklärt.[14] Dies kontrastiert mit der Bedeutung, die der Gemeindeautonomiecharta von Beobachtern der Europapolitik als – neben der Menschenrechtskonvention, der Sozialcharta und der Kulturkonvention – „Vierter Pfeiler des Europarates“ beigemessen wird.[15]

---

9 JAGMETTI, Gemeinden, 158.

10 I.d.S. insb. BIAGGINI, Kommentar BV, 3. Abschnitt: Gemeinden, Rz.1 f. sowie Ders., Kommentar zu Art. 50 BV, Rz. 2 ff.; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 17 Rz. 1 ff.

11 Die gängigen Formen geschlechtsneutraler Formulierung sind für einen längeren Text zu umständlich. Es werden deshalb alternierend die weibliche und die männliche Form eingesetzt.

12 Vgl. insb. KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar zu Art. 50 BV, Rz. 8; s. hinten, Teil 1§ 4.III.

13 S. zur bundesgerichtlichen Praxis hinten, Teil 1§ 4.IV.

14 Selbst in den neuesten Auflagen der meisten Standardwerke zum Staats- und Verwaltungsrecht wird die Europäische Charta der Gemeindeautonomie nicht erwähnt; s. hinten, Teil 1§ 4.V.

15 Vgl. KNEMEYER, Entstehung der Charta, 123; RAUE, Europarat, 106.

Diese Studie setzt sich zum Ziel, diese Forschungslücke zu schliessen und ein *zeitgemässes Verständnis der Gemeindeautonomie* zu entwickeln. Im Zentrum der Untersuchung steht die rechtliche Tragweite des Art. 50 Abs. 1 BV und damit insbesondere die Forschungsfrage, ob diese Verfassungsbestimmung die Gemeindeautonomie als konstitutive Verfassungsgarantie und damit den dreistufigen Bundesstaat verankert, oder ob die Gemeindeautonomie nach wie vor ausschliesslich ein Institut des kantonalen Rechts ist, das unter eidgenössischem Rechtsschutz steht.

Diese Studie geht davon aus, dass sich die Staatsrechtslehre stets mit der sich wandelnden Realität auseinandersetzen muss, will sie sich nicht dem von Jeremy Bentham an die Jurisprudenz gerichteten Vorwurf aussetzen, sie sei die Kunst, mit Methode zu ignorieren, was jedermann wisse.[16] Ziel ist es, die Verfassung zu verstehen, um dadurch der Praxis, d.h. der Anwendung und auch der Setzung des Rechts, den sicheren Weg zu weisen.[17] Will man die Gemeindeautonomie verstehen, setzt dies voraus, sich mit dem Wandel auseinanderzusetzen, den ihre rechtlichen Grundlagen im letzten Jahrzehnt erfahren haben. Dabei ist auch der tatsächliche Wandel, in dem sich die Gemeinden befinden, zu berücksichtigen. Die Erkenntnis, dass das Staatsrecht in die Völkerrechtsordnung eingebettet ist, fordert vom Verfassungsinterpreten die Bereitschaft, das Völkerrecht in sein rechtliches Weltbild aufzunehmen und die innerstaatlichen Rechtsnormen auch in dessen Licht wahrzunehmen.[18]

II. Methodik und Gliederung

Die dargelegte Problemstellung ist eine *verfassungsrechtliche*. Die Interpretation des Art. 50 Abs. 1 BV erfolgt mit Hilfe der „juristischen Handwerkerkiste“: der *Auslegungsmethodik*.[19] Die Verfassung lässt sich indessen nicht erschliessen, wenn man isoliert nur ihren Text betrachtet. Die Staatsrechtswissenschaft kann ihre Aufgabe, zur Lösung staatlicher Ordnungsprobleme schöpferisch beizutragen, nur erfüllen, wenn sie sich auf eine Vorstellung von Wesen und Zweck des Staates abstützt. Das Auffinden der ratio legis einer Verfassungsnorm erfordert die Kenntnis ihres staatsrechtlichen und geistesgeschichtlichen Hintergrundes, will man „nicht von vornherein zu politisch-konventionell geprägten Resultaten gelangen“[20].

---

16 Zit. nach THÜRER, Bund und Gemeinden, 3.

17 Vgl. BURCKHARDT, Methode und System, 17.

18 Vgl. THÜRER, Internationale Gemeinschaft, Rz. 49.

19 S. hinten, Teil 3§ 9.

20 BÖCKENFÖRDE, Gesetz, 333 f.; i.d.S. auch EHRENZELLER, Legislative Gewalt, XXIII.

Der *erste Teil* der Studie legt die für das Verständnis der Studie notwendigen *Grundlagen* dar. Einleitend werden zentrale Begriffe geklärt. Dem schliesst sich eine Darstellung der rechtlichen Stellung der Gemeinden im schweizerischen Bundesstaat an. Hiernach wird die historische Entwicklung der Gemeindeautonomie erörtert. Das darauf folgende Kapitel skizziert die Bedeutung selbständiger Gemeinden: Es behandelt die Funktionen der Gemeindeautonomie wie auch die mit ihr verbundenen Probleme und Gefahren sowie den Wandel, den die Gemeinden derzeit erleben. Zum Schluss des Grundlagenteils wird die herrschende Sicht der Gemeindeautonomie erklärt und dargelegt, weshalb sie kritisch hinterfragt werden muss.

Der *zweite Teil* beleuchtet die *Rezeption der Gemeindeautonomiecharta in der Schweiz*. Nach einem Blick auf die Ziele, den Inhalt und die Entstehungsgeschichte der Charta wird der lange Weg bis zum Chartabeitritt der Schweiz nachgezeichnet. Im Zentrum steht die Frage nach der *grundlegenden Wirkungsweise der Charta im schweizerischen Recht*. Dabei werden zunächst Geltung und Rang der Charta in der Rechtsordnung und anschliessend die Frage nach der Art der Anwendbarkeit der Chartabestimmungen behandelt. Eine Darlegung der Bedeutung des Chartabeitritts für die schweizerische Bundesstaatlichkeit rundet diesen Teil ab.

Im *dritten Teil* gilt es, einen *aktuellen, problembezogenen Normsinn des Art. 50 Abs. 1 BV zu entwickeln.* Dabei wird die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Gemeindeautonomie nach Massgabe kantonalen Rechts sowohl aus landesrechtlicher Sicht, insbesondere anhand der klassischen Auslegungselemente (Wortlaut, Entstehungsgeschichte, Systematik, Telos), als auch im Lichte der Europäischen Gemeindeautonomiecharta ausgelegt. Mit den im zweiten Teil der Studie gewonnenen Erkenntnissen wird ein völkerrechtskonformes Verfassungsverständnis erarbeitet. Der dritte Teil mündet in einer Synthese: der *Neuinterpretation der Gemeindeautonomie*.

Im *vierten Teil* wird in einem ersten Schritt die Bedeutung der gewonnenen Erkenntnisse für die grundsätzliche Konzeption des Bundesstaates untersucht. Anschliessend wird der rechtliche Schutz der Gemeindeautonomie dargelegt und die aktuelle Thematik der Gemeindefusionen vertieft. Das letze Kapitel dieser Studie widmet sich ausgewählten Aspekten des Verhältnisses von Bund und Gemeinden.

Zum *Schluss der Studie* werden die Ergebnisse in Thesen zusammengefasst. Ein Schlusswort rundet die Studie ab.

III. Relevanz

Selbständige Gemeinden erfüllen wichtige freiheits- und demokratiefördernde Funktionen und ermöglichen eine wirkungsvolle und bürgernahe Aufgabenerfüllung. In der *grossen Bedeutung der kleinen Gemeinden* liegt das Motiv zur Erstellung dieser Studie. Die schlüssige Beantwortung der wichtigsten verfassungs- und völkerrechtlichen Fragen rund um die Gemeindeautonomie soll zur Stärkung der schweizerischen Gemeinden beitragen und damit zur Stärkung von Föderalismus und direkter Demokratie, zweier Kernelemente der schweizerischen Staatsidee.[21]

Die Frage nach der rechtlichen Tragweite des Art. 50 Abs. 1 BV und der Europäischen Gemeindeautonomiecharta ist dabei nicht etwa „rein akademisch", sondern in hohem Masse praxisrelevant. Diese Studie zeigt, welchen Einfluss der verfassungsrechtliche Gemeindeartikel und die Gemeindeautonomiecharta auf die grundsätzliche Konzeption des Bundesstaates haben und *welche bundes- und völkerrechtlichen Vorgaben die Kantone bei der Ausgestaltung des Gemeindewesens beachten müssen*. Erst dies ermöglicht die adäquate Beantwortung konkreter und aktueller Fragestellungen wie etwa jene, unter welchen Voraussetzungen Gebietsreformen und Zwangsfusionen zulässig sind und welcher rechtliche Schutz den Gemeinden gegenüber Beeinträchtigungen ihres verfassungsmässigen Autonomierechts zusteht.

Damit sei einschränkend festgehalten, was *nicht* Gegenstand dieser Dissertation ist. Es ist im Rahmen dieser Studie nicht möglich, die für Städte und Agglomerationen geltenden speziellen Regelungen und Problemlagen zu berücksichtigen.[22] Auch wird weder auf das spezifische Themengebiet der Aufsicht der Kantone über die Gemeinden vertieft eingegangen, noch kann das von den Kantonen in jeweils eigenständiger Weise ausgeformte Gemeinderecht gesondert dargelegt werden.

---

21 Vgl. EHRENZELLER, Direkte Demokratie, 67; RIKLIN, Staatsverständnis, 259 ff.

22 Vgl. dazu KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar zu Art. 50 BV, Rz. 19 ff.; THIERRY TANQUEREL, Les villes dans le droit constitutionnel et administrativ suisse, in: Tanquerel/Bellanger (Hrsg.), Communes, 79-104; KÖLZ/KUSTER, Städteartikel, *passim*; DANIEL KÜBLER, Agglomerationen, in: Klöti et al. (Hrsg.), Schweizer Politik, 259-286; vgl. zudem die jüngst ergangene Empfehlung des KGRE Nr. 285 (2010) zur regionalen Demokratie in der Schweiz.

Teil 1 Grundlagen

§ 1. Die Gemeinden im Bundesstaat

I. Vorbemerkung

Die den Gemeinden im Bundesstaat zukommende Stellung wird im folgenden Kapitel in einem referierenden Sinne erörtert. Nach einer Begriffsklärung wird dargelegt, inwiefern den Gemeinden in der Bundesverfassung eine eigenständige Rolle zukommt. Im Anschluss wird dargetan, auf welche Weise die Gemeinden im kantonalen Staatsrecht in Erscheinung treten. Dadurch soll ein erstes Bild der rechtlichen Stellung der Gemeinden im schweizerischen Bundesstaat vermittelt werden.

II. Begriffe

A. Gemeinde

Der Begriff *„Gemeinde"* stammt vom althochdeutschen „gimeinida" ab. Der Wortstamm „gemein" deutet auf das dem Begriff inhärente Adjektiv „gemeinsam" hin. Sei es in der politischen Gemeinde, der Kirchgemeinde oder der Fangemeinde: immer haben und/oder tun mehrere Personen etwas *gemeinsam*.[23] Als Synonym der Gemeinde wird der Begriff „Kommune" verwendet, der vom lateinischen „communis" abstammt: mehreren oder allen *gemeinsam*, *allgemein*.[24] Stets geht es in Gemeinden darum, jene Angelegenheiten, die ein Einzelner nicht allein oder im Familienverbund zu besorgen vermag, gemeinsam an die Hand zu nehmen.

Im juristischen Sprachgebrauch werden mit dem Begriff *Gemeinde* alle *öffentlich-rechtlichen Gebietskörperschaften der untersten staatlichen Ebene*, die *zur eigenverantwortlichen Besorgung lokaler Aufgaben* von der Rechtsordnung mit einem *Mindestmass an Autonomie* ausgestattet sind, erfasst.[25] Gemeinden sind öffentlich-rechtliche Körperschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit (i.d.S. ausdrücklich Art. 2

---

23 Vgl. DUDEN (Hrsg.), Wörterbuch, Einträge „Gemeinde" u. „gemein".

24 Vgl. DUDEN (Hrsg.), Wörterbuch, Eintrag „Kommune".

25 Vgl. THÜRER, Bund und Gemeinden, 6; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 1356; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 8 Rz. 1 ff.; DIETER NOHLEN (Hrsg.), Lexikon der Politik, Bd. 7: Politische Begriffe, München 1998, Eintrag „Gemeinde". Zur Terminologie aus politologischer Sicht z.B. FIECHTER, Politische Gemeinden, 11 f. m.H.

Abs. 2 GdG BE). Es handelt sich bei ihnen um juristische Personen des öffentlichen Rechts (Art. 52 Abs. 2 ZGB).[26]

Der Fokus dieser Studie liegt auf der Autonomie der *politischen Gemeinden*. Das sind jene Gebietskörperschaften, die sich durch den Einbezug aller Einwohnerinnen und Einwohner des betreffenden Gebiets sowie durch die Vielgestaltigkeit ihres Aufgabenkreises auszeichnen.[27] Dieser Gemeindeart, die auch Einwohnergemeinde genannt wird, kommt in der schweizerischen Lebenswirklichkeit eine zentrale Bedeutung zu. Mit dem Begriff „Gemeinde" werden daher im Folgenden – entsprechend dem gewöhnlichen Sprachgebrauch – lediglich die politischen Gemeinden angesprochen, soweit nichts Abweichendes vermerkt ist oder sich aus dem Kontext ergibt.[28]

B. Autonomie

Der Begriff der „Autonomie" geht zurück auf das altgriechische „Autonomía": sich selbst („Auto") Gesetze („Nomoi") gebend. Wörtlich übersetzt, bedeutet Autonomie also *Selbstgesetzgebung*. Schon im griechischen Denken war „autonomía" jedoch eine politische Kategorie, die das Ziel der griechischen Stadtstaaten bezeichnete, ihre inneren Angelegenheiten unabhängig von anderen Mächten bestimmen zu können. Es ging vordringlich um die innere und äussere politische Freiheit im Gegensatz zur Tyrannis und zur Fremdherrschaft, in abgeschwächter Form aber bereits um bedingte Selbstbestimmung innerhalb übergreifender politischer Ordnungsformen.[29] In dieser Weise, im Sinne von *Selbständigkeit* oder von *Unabhängigkeit*, wird der Autonomiebegriff im gewöhnlichen Sprachgebrauch verwendet.[30] Dem entspricht die juristische Fachterminologie. Während der Autonomiebegriff in der Bundesrepublik Deutschland meist auf die Selbstgesetzgebung reduziert wird, wird Autonomie in der Schweiz in einem weiten Sinne als „Selbstbestimmung", „Eigenständigkeit", als Antonym der Heteronomie im Sinne von Fremdbestimmung, verstanden.[31]

---

26 Vgl. JAGMETTI, Gemeinden, 239.

27 I.d.S. ausdrücklich die Definition in § 1 GdG AG; vgl. auch JAGMETTI, Gemeinden, 246 ff. u. 268; BAUMANN, Aargauisches Gemeinderecht, 39 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 8 Rz. 21; JAAG, Kommentar zu Art. 83 KV ZH, Rz. 11 f.

28 S. zu den verschiedenen Gemeindearten hinten, Teil 1§ 1.IV.B.

29 HEINRICH OBERREUTER, Autonomie, in: Görres-Gesellschaft (Hrsg.), Staatslexikon I, 490 f.

30 DUDEN (Hrsg.) Wörterbuch, „Autonomie".

31 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 1384; LIVER, Gemeinderecht, 40; PFISTERER, Gemeinden, 1; zum Begriffsverständnis in der Bundesrepublik Deutschland vgl. statt vieler BURGI, Kommunalrecht, § 5 Rz. 2 m.H.

C. Gemeindeautonomie

Die Gemeindeautonomie kann folglich im Sinne einer ersten Annäherung als die *Selbständigkeit der Gemeinden,* d.h. der lokalen öffentlich-rechtlichen Gebietskörperschaften umschrieben werden. Dies entspricht der Terminologie der kantonalen Verfassungen. Diese sprechen jeweils von der Selbständigkeit (vgl. z.B. Art. 85 Abs. 1 KV ZH) oder der Entscheidungsfreiheit der Gemeinden (vgl. Art. 89 Abs. 2 KV SG). Das Bundesgericht verzichtet in den letzten Jahrzehnten auf eine eigentliche Definition der Gemeindeautonomie und legt stattdessen fest, wann angenommen werden müsse, dass eine Gemeinde zu autonomem Handeln befugt sei. Leitkriterium ist dabei die *relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit* (s. hinten, § 4.IV).[32]

Schon die allgemeine Begriffsumschreibung der Gemeindeautonomie als gemeindliche Selbständigkeit verdeutlicht, dass die Gemeinden im Bundesstaat *eigenständige und eigenwillige Gebietskörperschaften* sind, die sich soweit möglich „nach der eigenen Beurteilung der rechtlichen, politischen und sachlichen Gegebenheiten sowie ortsspezifischen Wertungen“[33] verhalten können.

III. Die Gemeinden und die Grundstruktur des Bundesstaates

A. Zwei- oder dreistufiger Staatsaufbau?

Die Gemeinden bilden nach dem Bund und den Kantonen die dritte staatsrechtliche Ebene. Diese Dreistufigkeit gilt als charakteristisches Element des schweizerischen Bundesstaates.[34] Dennoch wird der Bundesstaat auch in der Schweiz als „aus Gliedstaaten zusammengesetzter Staat“[35] definiert, in dem in der gesamtstaatlichen Verfassung die staatlichen Kompetenzen zwischen Gliedstaaten und Gesamtstaat aufgeteilt werden. Der Gesamtstaat entscheidet über alle Fragen, die für die Einheit und den Bestand des Ganzen wesentlich sind, während die Gliedstaaten ihre Staatlichkeit behalten, juristische Personen mit eigenem Aufgabenbereich und eigenen Organen sind und an der Willensbildung des Gesamtstaates beteiligt werden.[36] In dieser dualistischen

---

32 Das Bundesgericht umschrieb die Gemeindeautonomie in den 1960er Jahren jeweils als Zuständigkeit der Gemeinde zur selbständigen Erfüllung gewisser öffentlicher Aufgaben; vgl. BGE 94 I 451 E. 3, 456; 92 I 369 E. 2a, 375 m.H.; weiterführend JAGMETTI, Gemeinden, 316 f.

33 PFISTERER, Gemeinden, 2.

34 Vgl. RHINOW/SCHEFER, Verfassungsrecht, § 5 Rz. 620; HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Staatsrecht, 157 f.; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht, Rz. 974 ff.

35 HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht, Rz. 934.

36 HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Staatsrecht, 149.

Bundesstaatsdefinition erscheint keine Gemeindeebene. Der Bundesstaat besteht nach dieser Konzeption nur aus Bund und Kantonen. Was aber trifft nun zu: ist der Bundesstaat zwei- oder dreistufig?

B. Die Gemeinden in der Bundesverfassung

Nach Art. 1 BV bilden das Schweizervolk und die Kantone die Schweizerische Eidgenossenschaft. Dies zeugt von einer dualistischen Bundesstaatsvorstellung, welche die Staatsgewalt zwischen Bund und Kantonen verteilt.[37] Die Bundesverfassung spricht Bund und Kantonen tragende Rollen zu, während der „Gemeindeabschnitt" nur aus einem Artikel besteht (Art. 50 BV) und die Verfassung die Gemeinden ansonsten nur vereinzelt erwähnt. Die Bundesverfassung verteilt die Kompetenzen auf Bund und Kantone. Der Bund verfügt ausschliesslich über jene Befugnisse, die ihm in der Verfassung eingeräumt werden (Art. 42 BV). Was nicht dem Bund übertragen ist, obliegt gemäss deren subsidiären Generalkompetenz (Art. 3 BV) den Kantonen zur Regelung. Dieser Grundsatzentscheid gilt auch für die Finanzverfassung.[38] Die Bundesverfassung regelt die Zuständigkeiten der Gemeinden nicht. Der Partnerschaftsartikel (Art. 44 BV) verpflichtet Bund und Kantone zu gegenseitiger Rücksichtnahme und Unterstützung. Die Kantone sind Mit-Träger der verfassungsgebenden Gewalt (Ständemehr, Art. 140 Abs. 1 BV) und Wahlorgane für den Ständerat (Art. 150 BV).[39] Der Vollzugsföderalismus betrifft nach Art. 46 BV einzig die Kantone. Die Kantone erscheinen in der Verfassung als eigenständige Gliedstaaten.[40] Sie verfügen über ein eigenes Volk, ein eigenes Gebiet sowie in diesem Gebiet über die verfassungsgebende Gewalt (pouvoir constituant) und die klassischen Staatsgewalten: Legislative, Judikative und

---

37 Vgl. HAFNER/SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 1 BV, Rz. 12.

38 Vgl. REICH, Finanzverfassung, Rz. 5 m.H.; AUBERT, Bundesstaatsrecht I, Rz. 749.

39 Den Kantonen stehen weitere wichtige Mitwirkungsrechte an der innen- und aussenpolitischen Willensbildung des Bundes zu; vgl. insb. Art. 160 Abs. 1 BV, Standesinitiative, Art. 160 Abs. 1 BV; Kantonsreferendum, Art. 141 Abs. 1 BV; Teilnahme am Vernehmlassungsverfahren (Art. 147 BV); Mitwirkung an der Aussenpolitik (vgl. Art. 45, 55 und 147 BV).

40 Art. 3 BV spricht von „souveränen" Kantonen. Damit soll zum Ausdruck gebracht werden, dass die schweizerische Bundesstaatlichkeit durch Verbündung „von unten" entstanden ist; vgl. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 3 BV, Rz. 5 ff; Votum Bundesrat Arnold Koller, AB N Verfassungsreform, 254; zur Problematik des Souveränitätsbegriffs in der globalisierten Welt vgl. statt vieler HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Staatsrecht, 16 f.

Exekutive.[41] Als Gliedstaaten steht ihnen im Rahmen der Bundesverfassung Verfassungs- und Organisationsautonomie zu (Art. 3 u. 47 BV).[42]

Die herrschende Sicht in der Staatsrechtslehre betont deshalb, das Bild der Gemeinden als dritte Ebene im Bundesstaat sei aus staatsrechtlicher Sicht nicht zutreffend. Der schweizerische Bundesstaat sei gleichsam „doppelt zweigliedrig", weil sich sämtliche Kantone aus eigenem Willen in Gemeinden gliederten. Die Gemeinden seien Schöpfungen des kantonalen Staatsrechts und nicht – wie Bund und Kantone, die den Bundesstaat bildeten – bundesverfassungsrechtlich konstituiert.[43] Die Gemeinden gelten als *innere Aufbauelemente der Kantone*. Man betrachtet sie zwar als traditionsreiche lokale Gebietskörperschaften, die unerlässlich sind für die öffentliche Aufgabenerfüllung.[44] Im gleichen Atemzug wird aber betont, die Kantone, nicht der Bund, bestimmten Stellung, Organisation, Aufgaben und Autonomie der Gemeinden. Es bleibe ihnen überlassen, ob sie ihr Gebiet überhaupt in Gemeinden aufteilen und wenn ja, welche Aufgaben sie ihnen übertragen wollten.[45]

Die Bundesverfassung verdeutlicht jedoch, weshalb die Dreistufigkeit trotzdem als föderalistisches Charakteristikum gilt. Der Wortlaut des dritten Verfassungstitels lautet „Bund, Kantone und Gemeinden", und in diesem Verfassungstitel werden die Gemeinden mit einem eigenen Abschnitt, der allerdings nur aus einem Artikel besteht, bedacht. Dieser „Gemeindeartikel" (Art. 50 BV) hält fest, die Gemeindeautonomie sei nach Massgabe des kantonalen Rechts gewährleistet (Abs. 1) und verpflichtet den Bund, bei seinem Handeln die Auswirkungen auf die Gemeinden zu berücksichtigen (Abs. 2) und Rücksicht auf die besondere Situation der Städte, der Agglomerationen und der Berggebiete zu nehmen (Abs. 3). Dadurch wird die Existenz und die Bedeutung der autonomen Gemeinden im schweizerischen Bundesstaat anerkannt und eine Mitverantwortung des Bundes für die Auswirkungen seines Handelns in den Gemein-

41 FLEINER/MISIC, Föderalismus, Rz. 25.

42 Vgl. Botschaft nBV, 213; SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 3 BV, Rz. 7 f.; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel I, Rz. 961 ff.;

43 I.d.S. insb. TSCHANNEN, Staatsrecht, § 17 Rz. 3; BIAGGINI, Kommentar BV, 3. Abschnitt: Gemeinden, Rz. 2; vgl. auch KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar zu Art. 50 BV, Rz. 7; FIECHTER, Politische Gemeinden, 14 f.

44 Vgl. SEILER, Gemeinden, Rz. 4; PFISTERER, Vielfalt und Einheit, 717.

45 Vgl. i.d.S. TSCHANNEN, Staatsrecht, § 17 Rz. 3; BIAGGINI, Kommentar BV, 3. Abschnitt: Gemeinden, Rz. 2; RHINOW/SCHEFER, Verfassungsrecht, Rz. 641 f.

den verankert.[46] Durch die gesonderte Erwähnung der Gemeindeautonomie bei den Zuständigkeiten des Bundesgerichts (Art. 189 Abs. 1 lit. e BV) wird die Bedeutung der Autonomiebeschwerde mit ihren prozeduralen Besonderheiten hervorgehoben.[47] Auch die weiteren Bestimmungen der Verfassung, welche Bezug auf die Gemeinden nehmen (vgl. insb. Art. 37, 39, 89, 100, 128 f., 134 u. 189 BV), verdeutlichen deren tatsächliche Bedeutung als die dritte, staatliche Körperschaften im Bundesstaat (s. hinten, Teil 3§ 12.II). Im Vergleich zu den Kantonen spielen die Gemeinden in der Bundesverfassung sicherlich eine marginale Rolle. Grund dafür ist die relativ strikt durchgeführte „Mediatisierung" der Gemeinden. Dies bedeutet, dass sich der Bund grundsätzlich nicht direkt an die Gemeinden, sondern an die Kantone richtet und dabei regelmässig die Kantone in ihrer Gesamtheit meint, bestehend aus kantonalen und kommunalen Strukturen.[48]

IV. Die Gemeinden im kantonalen Staatsrecht

A. Kantonale Zuständigkeit

Entsprechend der kantonalen Verfassungs- und Organisationsautonomie (Art. 47 BV) sind *die Kantone* zur Regelung des Gemeindewesens zuständig. Die Gemeinden werden deshalb wahlweise als „Schöpfungen", „innere Gliederungselemente" oder „Institutionen" des kantonalen Rechts bezeichnet.[49] Die Kantone haben das Gemeindewesen in ihren Verfassungen, Gesetzen und anderen Erlassen je in eigenständiger Weise ausgeformt. Daraus resultiert eine enorme *Vielfältigkeit* des Gemeinderechts, jeder Kanton behält eine eigene „Handschrift"[50]. Im ganzen schweizerischen Staatsgebiet bestehen jedoch demokratische, mit einem gewissen Mass an Autonomie ausgestattete Gemeinden, die einen beträchtlichen Teil der öffentlichen Aufgaben erfüllen.[51]

Die Grundzüge des Verhältnisses Kanton – Gemeinde werden in den Kantonsverfassungen geregelt. Diese zählen die im Kanton existierenden Gemeindearten auf,[52]

---

46 Vgl. RHINOW/SCHEFER, Verfassungsrecht, Rz. 642 ff.; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht, Rz. 974 ff.; PFISTERER, Vielfalt und Einheit, 717.

47 Vgl. Botschaft nBV, 425; HALLER, St. Galler Kommentar zu Art. 189 BV, Rz. 35.

48 Vgl. BIAGGINI, Kommentar BV, 3. Abschnitt: Gemeinden, Rz. 2; SEILER, Gemeinden, Rz. 8; PFISTERER, Vielfalt und Einheit, 717; s. hinten, § 20.

49 Vgl. statt vieler THÜRER, Bund und Gemeinden, 204 f.; RHINOW/SCHEFER, Verfassungsrecht, Rz. 640 ff.; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 17 Rz. 3.

50 HÄBERLE, Selbstverwaltung, 305.

51 Vgl. THÜRER, Bund und Gemeinden, 204 f.; JAGMETTI, Gemeinden, 220 ff.

52 Vgl. etwa Art. 88 KV SG: politische Gemeinden, Schulgemeinden, Ortsgemeinden.

enthalten Verfassungsgrundsätze und Gestaltungsaufträge an den kantonalen Gesetzgeber wie etwa die Grundsätze der Gemeindeautonomie, der dezentralen Aufgabenerfüllung und der subsidiären Allzuständigkeit der Gemeinden.[53] Die Kantonsverfassungen legen Leitprinzipien der Gemeindeordnung und die Gemeindeverfassung fest, sie regeln die interkommunale Zusammenarbeit und unterstellen die Gemeinden der staatlichen Aufsicht. Den Kantonen kommt das Recht und die Pflicht zu, die Rechtmässigkeit kommunalen Handelns zu garantieren und dafür zu sorgen, dass die Gemeinden ihre Aufgaben wahrnehmen.[54] Die Gemeinden werden in den kantonalen Verfassungen sodann regelmässig in die Staatszielkataloge einbezogen und auch bei den Staatsaufgaben hervorgehoben.[55]

Die Verfassungskapitel über die Gemeinden unterscheiden sich in Umfang und Dichte. Während beispielsweise die St. Gallische Kantonsverfassung betreffend die politischen Rechte auf Gemeindeebene und die Grundzüge von Organisation und Finanzhaushalt auf das Gesetz verweist (Art. 94 KV SG), enthält jene des Kantons Waadt eine eigentliche „Gemeindeverfassung" im Sinne einer Teilverfassung (Art. 137 ff. KV VD).[56] Die Vorgaben der Kantonsverfassungen werden in den Gemeindegesetzen konkretisiert. Diese regeln insb. die Gemeindeorganisation, die politischen Rechte in Gemeindeangelegenheiten, den Finanzhaushalt, die interkommunale Zusammenarbeit, die Staatsaufsicht und den Rechtsschutz. Die Aufgaben der Gemeinden ergeben sich sodann regelmässig erst aus der einschlägigen Spezialgesetzgebung.[57]

B. Gemeindearten

Die wichtigste Gemeindeart ist die *politische Gemeinde*. Sie wird als Folge ihrer überragenden Bedeutung gemeinhin schlicht „die Gemeinde" genannt. Das gesamte Staatsgebiet der Schweiz ist in politische Gemeinden (Einwohnergemeinden, Univer-

53 Vgl. beispielhaft Art. 83, 85 und 96 f. KV ZH.

54 Vgl. z.B. Art. 86-89 KV ZH; Art. 90 ff. KV SG. Die Gemeindeautonomie setzt nach bundesgerichtlicher Praxis eine gewisse Aufsicht der Kantone über die Gemeinde notwendig voraus; vgl. BGE 2C.4/2000, E. 6.1.1; UEBERSAX, Fall Leukerbad, 9. Gewisse Kantonsverfassungen sehen im Bereich der Gemeindeautonomie einzig eine Rechtskontrolle vor, vgl. Art. 100 Abs. 2 KV SG; Art. 140 KV VD, § 73 KV LU; offene Kognitionsbestimmungen finden sich in Art. 96 KV NE; Art. 67 KV GR; Art. 94 KV ZH; vgl. EHRENZELLER/NOBS, Kantonsverfassungen, 25; JAGMETTI, Gemeinden, 287 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 1428.

55 Vgl. beispielsweise Art. 80 ff. KV SH; Art. 6 ff., 19 u. 100 ff. KV ZH; Art. 75 ff. KV GR; dazu auch HÄBERLE, Selbstverwaltung, 304 f.

56 EHRENZELLER/NOBS, Kantonsverfassungen, 25

57 S. zu den Aufgaben der Gemeinden hinten, Teil 1§ 1.IV.C.

salgemeinden) gegliedert.[58] Dieser Gemeindetyp zeichnet sich durch Einbezug aller Einwohnerinnen des Gemeindegebiets sowie die Universalität seines Zuständigkeitsbereichs aus. Art. 39 Abs. 4 BV vermittelt jedem Schweizer Bürger und jeder Schweizer Bürgerin das Recht, in dieser Körperschaft spätestens nach dreimonatiger Niederlassung die politischen Rechte auszuüben. Die politische Gemeinde besorgt alle lokalen öffentlichen Aufgaben, die nicht vom Kanton einer Spezialgemeinde zugewiesen werden (Aufgabenallzuständigkeit).[59]

Neben den politischen Gemeinden existieren weitere Gemeindearten. Dieser *Gemeindepluralismus* gilt als Charakteristikum des schweizerischen Gemeindewesens.[60] Die *Bürgergemeinden*[61] setzen sich aus denjenigen Personen zusammen, die das Bürgerrecht der Gemeinde besitzen, wobei für die Zugehörigkeit meist gleichzeitig die Ortsansässigkeit erforderlich ist.[62] Es handelt sich um Gebietskörperschaften mit stark personalem Element.[63] Die Bürgergemeinden sind im Laufe der Zeit aus ihrer ursprünglichen Stellung als einzige und allgemein zuständige Gemeinde verdrängt worden (s. hinten, § 2.II). In vielen Kantonen sind sie als Spezialgemeinden bis heute erhalten geblieben,[64] ihr Aufgabenkreis ist jedoch eng begrenzt. Im Vordergrund steht die Verwaltung des Gemeindevermögens, die Bewirtschaftung eigener Güter sowie die Erfüllung wohltätiger Funktionen.[65] In einigen Kantonen existieren weitere Spezial-

58 Die Terminologie der kantonalen Verfassungen ist uneinheitlich. Diese Studie verwendet durchgehend den Begriff der politischen Gemeinde (vgl. etwa Art. 83 Abs. 1 KV ZH; Art. 88 Abs. 1 lit. a KV SG; § 57 Abs. 2 KV TG), resp. spricht vereinfachend von „die Gemeinde". In manchen Kantonen ist der Begriff der Einwohnergemeinde gebräuchlich (vgl. etwa Art. 49 KV SO; Art. 67 KV UR). Ein Sonderfall ist die Einwohnergemeinde für die Stadt Basel, deren Geschäfte vom Kanton wahrgenommen werden (§ 57 KV BS).

59 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 1368 ff.; JAGMETTI, Gemeinden 268; MEYLAN/GOTTRAUX/DAHINDEN, Gemeindeautonomie, 32 f.

60 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 1377 ff.; GESER, Gemeinden, 423. Im Kanton Bern beispielsweise existieren vier verschiedene Gemeindearten (Art. 107 KV BE), im Kanton Zürich noch deren drei (Art. 83, 130 f. und 143 KV ZH). In den Kantonen der Romandie ist die Gemeindezersplitterung unter dem Einfluss des französischen Rechts überwunden worden. Die Kantone Genf, Neuenburg und Waadt kennen, abgesehen von den Kirchgemeinden, nur mehr politische Gemeinden.

61 Je nach Kanton werden diese auch Burgergemeinden (vgl. z.B. Art. 107 Abs. 2 lit. b KV BE), Ortsbürgergemeinden (vgl. z.B. Art. 64 Abs. 1 lit. c KV UR), oder Ortsgemeinden (Art. 88 Abs. 1 lit. c KV SG) genannt.

62 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 1375.

63 JAGMETTI, Gemeinden, 271 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 1374 f.; a.M. HANGARTNER, Staatsrecht I, 151; GEIGER, Gemeindeautonomie, 104 ff.

64 Vgl. die Übersicht bei GESER, Gemeinden, 423; HORBER-PAPAZIAN, Communes, 234.

65 Vgl. Art. 37 Abs. 2 BV; MEYLAN/GOTTRAUX/DAHINDEN, Gemeindeautonomie, 33.

gemeinden. So bestehen in fünf Kantonen besondere *Schulgemeinden*.[66] Zudem bestehen über alle Kantone verteilt rund 2'500 *Kirchgemeinden*.[67]

Diese Studie fokussiert auf die politischen Gemeinden. Die rechtliche Stellung der anderen Gemeindearten wird nicht näher untersucht. Mit dem Begriff „Gemeinde" werden daher im Folgenden lediglich die politischen Gemeinden angesprochen, soweit nichts Abweichendes vermerkt ist oder sich aus dem Kontext ergibt.

C. Aufgaben

Die Gemeinden vollziehen in erheblichem Masse Bundesrecht und kantonales Recht. Der Bundesstaat ist auf die Gemeinden angewiesen. Die Gemeinden nehmen eine *Doppelrolle* ein. Einerseits übertragen ihnen die Kantone Aufgaben, die zu erfüllen sie verpflichtet sind. Die Gemeinden sind aber mehr als „Vollzugsgehilfen": Sie sind vollwertige Gemeinwesen, die als eigenständige Zentren demokratischer Entscheidfindung selber entscheiden, welche öffentlichen Aufgaben sie zusätzlich zu ihren Pflichtaufgaben übernehmen. Man spricht von der „Aufgabenallzuständigkeit" der Gemeinde. Diese ist freilich auf Aufgaben beschränkt, die einen lokalen Bezug haben und zu deren Erledigung die Gemeinden in der Lage sind.[68] Auf diese Weise erbringen die Gemeinden in bedeutendem Umfang öffentliche Leistungen und sind für die Erfüllung der lokalen öffentlichen Aufgaben, aber auch für die lokale Vielfalt und die Integration der Ausländerinnen unerlässlich.[69]

Typischerweise nehmen die Gemeinden Aufgaben in den folgenden Sachbereichen wahr: Gemeindeorganisation, Bau- und Planungswesen, lokale Infrastrukturaufgaben (Strassenbau, Sportanlagen, Kultur etc.), kommunale Versorgungsbetriebe (Elektrizitätswerke, öffentlicher Verkehr, Wasserversorgung, Abfallentsorgung etc.), Kindergarten, Primar- und Sekundarschule, Sozialwesen und Gesundheit, Erteilung des Gemeindebürgerrechts, Einwohnerkontrolle, Feuerwehr, Gewerbe- und Baupolizei, Um-

66 Vgl. GESER, Gemeinden, 423; HORBER-PAPAZIAN, Communes, 234.

67 Es handelt sich um territoriale Verbände der Angehörigen einer Konfession mit öffentlichrechtlichem Status und Steuerhoheit, deren Stellung massgeblich von der kantonalen Ausgestaltung des Verhältnisses von Kirche und Staat abhängt; vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 1370 f.; GESER, Gemeinden, 423; JAGMETTI, Gemeinden, 272 f.

68 Die Kantonsverfassungen sprechen den Gemeinden dieses Recht ausdrücklich (vgl. z.B. Art. 83 Abs. 1 KV ZH; Art. 112 Abs. 2 KV BE) oder stillschweigend zu. Der Begriff der lokalen öffentlichen Aufgabe wird nicht eng verstanden; vgl. BGE 116 Ia 285 E. 3a, 287; HANGARTNER, Rechtsetzung, 209; OLGIATI, Gemeindeautonomie, 32 f.; SCHAFFHAUSER, Gemeindeorganisation, 55 ff.; MEYLAN, Autonomie communale, 24 je m.w.H.

69 PFISTERER, Vielfalt und Einheit, 717.

weltschutz, Finanzwesen.[70] Das Mass des gemeindlichen Gestaltungsspielraums variiert von Kanton zu Kanton. Während die Kantone der Romandie traditionell eher zentralistisch sind (z.B. JU, GE, VD), kommt den Gemeinden anderer Kantone eine grössere Autonomie zu (z.B. GR, TG).[71]

D. Autonomie

1. Allgemeine Garantie

Die Gemeinden erscheinen im kantonalen Staatsrecht durchwegs als *selbständige*, staatliche Hoheitsgewalt ausübende Gebietskörperschaften. Sämtliche Kantonsverfassungen sehen eine Gliederung des kantonalen Gebiets in Gemeinden vor und garantieren die Gemeindeautonomie ausdrücklich oder implizit. Die Mehrheit der kantonalen Grundgesetze (22) sieht eine allgemeine Autonomiegarantie vor. Die Verfassungsnormen unterscheiden sich bezüglich Wortlaut und inhaltlicher Ausgestaltung. Meist wird festgehalten, das kantonale Recht bestimme den Umfang der Gemeindeautonomie.[72] Der Begriff der Autonomie wird oft mit Selbständigkeit (§ 106 KV AG) oder Entscheidungsfreiheit (Art. 89 KV SG) übersetzt. Während sich einzelne Kantone mit einer inhaltsoffenen Garantie der Gemeindeautonomie begnügen, umschreiben andere Kantone diese Autonomie näher.[73]

Auch die Verfassungen kleiner Kantone oder jene der „Stadtkantone" gehen von der Existenz selbständiger Gemeinden aus. So enthält die Verfassung des Kantons Basel-Stadt eine Autonomiegarantie (§ 59 KV BS). Die Geschäfte der Einwohnergemeinde der Stadt Basel werden freilich vom Kanton besorgt (§ 57 Abs. 2 KV BS).[74] Die Urner Verfassung garantiert die Gemeindeautonomie implizit, indem sie die Gemeinden als

---

70 Für eine Übersicht vgl. etwa HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 1408 ff.; SEILER, Gemeinden, Rz. 31 ff.; STEINER, Zusammenarbeit, 50; BÜTZER, Direkte Demokratie, 44 f.; für ein Beispiel vgl. HUWYLER, Gemeindeorganisation Schwyz, 171 ff.

71 Vgl. GESER, Gemeinden, 428 ff.; HORBER-PAPAZIAN, Communes, 243 f.; STEINER, Zusammenarbeit, 46 f.; THÜRER, Bund und Gemeinden, 205; FIECHTER, Politische Gemeinden, 102 f.

72 Vgl. etwa Art. 129 Abs. 2 KV FR; Art. 65 KV GR; Art. 16 Abs. 2 KV TI; Art. 101 Abs. 1 KV AR; Art. 109 Abs. 1 KV BE erwähnt sowohl das kantonale Recht wie auch das Bundesrecht; vgl. dazu NUSPLIGER, Bernisches Staatsrecht, 89 f.

73 Beispielhaft § 45 KV BL: „Die Gemeinden sind im Rahmen von Verfassung und Gesetz befugt, sich selbst zu organisieren, ihre Behördenmitglieder sowie Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter zu wählen oder anzustellen, ihre eigenen Aufgaben nach freiem Ermessen zu erfüllen und ihre öffentlichen Sachen selbständig zu verwalten."; vgl. auch Art. 45 Abs. 2 KV SO; Art. 89 KV SG; Art. 105 KV SH; Art. 65 Abs. 2 KV GR; § 106 KV AG; § 59 KV TG; § 68 Abs. 2 KV LU; vgl. dazu EHRENZELLER/NOBS, Kantonsverfassungen, 25.

74 Vgl. zur Gemeindestruktur im Kanton Basel-Stadt BUSER, Kantonales Staatsrecht, Rz. 489 ff.

„selbständige Körperschaften" bezeichnet (Art. 65 KV UR). Auch aus den Verfassungen der Kantone Genf, Zug und Appenzell-Innerrhoden wird ersichtlich, dass sie das Bestehen selbständiger Gemeinden voraussetzen.[75]

2. Besondere Garantien

Die Gemeindeautonomie schliesst nach herkömmlicher Sicht „keineswegs auch die Befugnis der einzelnen Gemeinde in sich, über ihren Bestand und die Umgrenzung ihres Gebiets selbständig zu befinden"[76]. Die *Bestandesgarantie* wird als eine von der Gemeindeautonomie verschiedene Garantie betrachtet, wobei ein „innerer Zusammenhang" zwischen Bestandes- und Autonomiegarantie anerkannt wird, weil „die Existenz der Gemeinde Voraussetzung für deren Autonomie"[77] sei. Die Bestandesgarantien sind von unterschiedlicher Tragweite. Die Mehrheit der Kantonsverfassungen garantiert den Bestand der einzelnen Gemeinden ausdrücklich und uneingeschränkt. Solche Garantien erfolgen im gleichen Atemzug wie die allgemeine Autonomiegarantie oder in einer besonderen Verfassungsnorm.[78] Einige kantonale Verfassungen listen die Gemeinden namentlich auf, was einer uneingeschränkten Bestandesgarantie gleichkommt.[79] Weitere Kantonsverfassungen lassen Gemeindevereinigungen nur zu, wenn jede betroffene Gemeinde zustimmt (z.B. Art. 84 KV ZH).[80] Einige Kantonsverfassungen enthalten indessen nur relative Bestandesgarantien (z.B. § 58 KV TG).[81] Bestandesänderungen sind hier unter gewissen Bedingungen auch gegen den Willen der betroffenen Gemeinden möglich (s. hinten, Teil 4§ 19.IV).

---

75 Vgl. Art. 144 KV GE; §§ 11 und 70 ff. KV ZG.

76 GEIGER, Gemeindeautonomie, 133; vgl. statt vieler auch FETZ, Gemeindefusion, 21; MATTER, Gemeinde, 17; JAGMETTI, Gemeinden, 342.

77 GLAUS, Gemeindeautonomie, 50 m.H.; in diese Richtung auch JAAG, Kommentar zu Art. 84 KV ZH, Rz. 6: „Damit wird im Kanton Zürich […] die Zwangsfusion ausgeschlossen; es gibt keine Fusion gegen den Willen von beteiligten Gemeinden. Darin liegt eine Stärkung der Stellung und Autonomie der Gemeinden."

78 Vgl. insb. Art. 82 Abs. 2 KV OW: „Bestand und Selbständigkeit der Gemeinden werden durch den Kanton gewährleistet;" vgl. auch Art. 108 Abs. 1 KV BE; Art. 70 KV NW; § 58 Abs. 1 KV BS; Art. 137 KV VD; Art. 91 Abs. 1 KV NE.

79 Vgl. § 57 Abs. 1 KV BS; Art. 67 KV UR; § 24 KV ZG; Art. 2 KV AR; Art. 15 KV AI.

80 Vgl. z.B. Art. 104 Abs. 1 KV SH; Art. 84 Abs. 1 KV ZH; Art. 47 KV SO; § 46 KV BL; § 105 Abs. 1 KV AG sowie Art. 144 KV GE, der allerdings nur die Zustimmung des Conseil Municipal und nicht der Stimmberechtigten verlangt.

81 Vgl. Art. 115 Abs. 2 i.V.m. Art. 118 KV GL; § 58 KV TG; Art. 16 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 KV TI; § 74 KV LU; Art. 30 Abs. 4 KV SZ; Art. 135 Abs. 3 f. KV FR; Art. 99 Abs. 2 KV SG; Art. 63 KV GR; Art. 71 Abs. 2 KV VS; Art. 112 KV JU.

Um der Gefahr einer schleichenden Aushöhlung der Gemeindeautonomie entgegenzuwirken, wird der kantonale Gesetzgeber in jüngeren Kantonsverfassungen in stärkerem Masse auf den Schutz der Gemeindeautonomie verpflichtet. So fordert beispielsweise § 106 Abs. 2 KV AG vom Gesetzgeber, den Gemeinden „möglichst weiten Handlungsspielraum" zu gewähren. Einige weitere neuere Kantonsverfassungen enthalten vergleichbare Verpflichtungen.[82] Die Justiziabilität dieser Normen wird jedoch unterschiedlich beurteilt.[83] Viele Kantonsverfassungen enthalten daneben weitere Garantien zugunsten der Gemeinden, so beispielsweise einen Anspruch auf rechtzeitige Anhörung (Art. 85 Abs. 3 KV ZH), das Recht, den Steuerfuss festzusetzen (Art. 93 Ziff. 6 KV OW), das Recht, die Gemeindebehörden, Beamten und Angestellten selbst zu wählen (Art. 71 Abs. 2 KV NW) oder das Recht, mit anderen Gemeinden zusammenzuarbeiten und Zweckverbände zu bilden (Art. 48 Abs. 1 KV SO).

E. Demokratie

Die Gemeinden werden als *„Zellen der Demokratie"*[84] bezeichnet. Das demokratische Prinzip ist in den Gemeinden in hohem Mass verwirklicht. Die Ausübung der *politischen Rechte* in Gemeindeangelegenheiten richtet sich innert bundesrechtlichen Schranken[85] nach kantonalem Recht (Art. 39 Abs. 1 BV). Die Gemeinden sind dabei entsprechend der genossenschaftlichen Tradition als weitgehend direkt-demokratische und volksnahe Körperschaften ausgestaltet.[86]

Das kantonale Recht regelt die Grundzüge der Gemeindeorganisation und sieht regelmässig zwei verschiedene Organisationsformen vor, je eine für kleinere Gemeinden mit Gemeindeversammlung[87] und eine für grössere Gemeinden, wo ein Gemeindepar-

---

82 Vgl. insb. Art. 85 Abs. 1 Satz 2 KV ZH; Art. 109 Abs. 2 KV BE; Art. 3 Abs. 2 KV SO; § 45 Abs. 2 KV BL; Art. 101 Abs. 2 KV AR; § 68 Abs. 2 KV LU. In Art. 89 Abs. 3 KV SG und Art. 4 Abs. 2 KV TI wird der Kanton verpflichtet, bei seinem Handeln die Auswirkungen auf die Gemeinden zu berücksichtigen.

83 § 106 Abs. 2 KV AG wird als justiziabel eingestuft, vgl. PFISTERER, Gemeinden, 151 ff. Der weitgehend gleich lautende Art. 109 Abs. 2 KV BE wird demgegenüber als aufgrund des Willens des Verfassungsgebers nicht justiziabel eingestuft, vgl. ZIMMERLI, Gemeinden, 204 f. Zu Art. 85 Abs. 1 KV ZH vgl. JAAG, Kommentar zu Art. 85 KV ZH, Rz. 14, der sich jedoch zur Frage der Justiziabilität nicht klar äussert.

84 HANGARTNER/KLEY, Demokratische Rechte, Rz. 2423.

85 Insb. Art. 8 Abs. 3, Art. 34 Abs. 2, Art. 37 Abs. 2 u. Art. 39 Abs. 4 BV; s. hinten, Teil 4§ 20.II.A.

86 Vgl. THÜRER, Bund und Gemeinden, 204 m.H.

87 Die Gemeindeversammlung als Organ der Stimmberechtigten ist i.d.R. zuständig für den Erlass wichtiger Gemeindereglemente, trifft wichtige Finanzbeschlüsse und fällt Einzelfallentscheide mit politischem Spielraum. Neben Versammlungen werden meist auch Urnenabstimmungen

lament[88] die Versammlung ersetzt.[89] Hinzu kommt in beiden Fällen ein i.d.R. fünf bis neun Mitglieder umfassender Gemeinderat als Spitze der Exekutive.[90] Dieser nimmt Vollzugsaufgaben wahr, steht der Gemeindeverwaltung vor und bereitet die Geschäfte der Gemeindeversammlung oder des Gemeindeparlaments vor. Er wird aber auch rechtsetzend tätig und erlässt gewisse Reglemente selbständig.[91]

Die Stimmbürgerschaft wählt in Gemeinden mit Gemeindeversammlung i.d.R. nicht nur den Gemeinderat, den Gemeindepräsidenten, die Geschäftsprüfungskommission, andere Kommissionen und teilweise auch einzelne Beamte,[92] sondern entscheidet an der Gemeindeversammlung – und allenfalls an der Urne[93] – direkt über die wichtigsten die Gemeinde betreffenden Sachfragen. Auch in den Gemeinden mit Parlament stehen den Stimmbürgerinnen weit gehende Mitwirkungsrechte zu, insb. das Initiativ- und das Referendumsrecht.[94]

Die Gemeinden sind an das Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV) gebunden. Die für ihr Handeln erforderliche gesetzliche Grundlage findet sich häufig im einschlägigen Recht des Bundes oder des Kantons, wenn die Gemeinden in ihrer Rolle als Vollzugsorgane agieren. Die Gemeinden können indessen auch eigenes Recht erlassen. Das Gemeinderecht bildet eine genügende Rechtsgrundlage für das Handeln der Gemeinde. Wenn das Legalitätsprinzip eine formell-gesetzliche Grundlage verlangt, ist die Zustimmung

---

durchgeführt; vgl. HANGARTNER/KLEY, Demokratische Rechte, Rz. 2426 ff.; beispielhaft zur Lage im Kanton Schwyz HUWYLER, Gemeindeorganisation Schwyz, 96 ff.

88 Gemeindeparlamente sind in der Romandie weit verbreitet. In der deutschsprachigen Schweiz setzten sie sich nur in städtischen Gemeinden durch; vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 1426; LADNER, Gemeinden im Wandel, 73.

89 Vgl. SEILER, Gemeinden, Rz. 27. In den meisten Kantonen können die Gemeinden selber entscheiden, welche Organisationsform sie für sich wählen wollen, vgl. etwa Art. 12 i.V.m. Art. 24 GdG BE; § 5 GdG BL; Art. 6 GdG GR. In den Kantonen Genf und Neuenburg ist die Gemeindeorganisation mit Parlament dagegen allen politischen Gemeinden vorgeschrieben, vgl. Art. 147 ff. KV GE und Art. 95 Abs. 1 KV NE.

90 Der Gemeinderat ist jeweils als Kollegialbehörde ausgestaltet, der ein von der Stimmbürgerschaft gewählter Gemeindepräsident (Stadtpräsident, Stadt- oder Gemeindeammann, maire, syndic, sindaco) vorsteht; vgl. JAGMETTI, Gemeinden, 352; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 1427; HUWYLER, Gemeindeorganisation Schwyz, 130 ff.

91 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 1427; SEILER, Gemeinden, Rz. 28.

92 So etwa Lehrerinnen oder Gemeindeschreiber; vgl. z.B. Art. 22 GdG SG und § 3 GdG TG.

93 Vgl. z.B. Art. 41 GdG SG; HANGARTNER/KLEY, Demokratische Rechte, Rz. 2439 m.H.

94 Vgl. HANGARTNER/KLEY, Demokratische Rechte, 2438, 2440 ff.; SCHAFFHAUSER, Gemeindeorganisation, 244 ff.; JAGMETTI, Gemeinden, 351 ff.; aufschlussreich zu Ursprung und Ausgestaltung der direkten Demokratie in den Schweizer Städten BÜTZER, Direkte Demokratie, *passim*; zum Beispiel des Kantons St. Gallen vgl. Art. 109 ff. GdG SG.

eines Gemeindeparlaments oder einer Gemeindeversammlung bzw. ein fakultatives oder obligatorisches Referendum erforderlich.[95]

F. Finanzen

Die Gemeinden erheben eigene Steuern und verfügen über eigene Finanzmittel.[96] Rund siebzig Prozent ihrer Einnahmen bestehen aus Eigenmitteln, d.h. aus eigenen Steuern und Gebühren. Dies zeugt von einem im internationalen Vergleich hohen Grad kommunaler Selbständigkeit.[97] Die sogenannte „Steuerhoheit" der Gemeinden besteht jedoch nur innerhalb eines engen rechtlichen Rahmens. Die Grundsätze der Besteuerung, der Steuersatz wie auch dessen Progression werden vom übergeordneten Recht bestimmt. In allen Kantonen obliegt es aber den Gemeinden, den *Gemeindesteuerfuss* festzusetzen.[98] Neben den Einkommens- und Vermögenssteuern von natürlichen Personen als wichtigste Einnahmequelle erheben die Gemeinden einer Mehrzahl der Kantone Gewinn- und Kapitalsteuern von den juristischen Personen und, je nach Kanton, weitere Steuern.[99] Die Gemeinden können sodann regelmässig eigene Kausalabgaben einfordern.[100] In den Kantonen bestehen überdies verschiedenartige Modelle des *innerkantonalen Finanzausgleichs*. Dessen Ziel ist der teilweise Ausgleich der Unterschiede in der kommunalen Finanzkraft und Finanzbelastung, die in Folge struktureller und regionaler Verschiedenheiten, Differenzen im Steueraufkommen sowie besonderer Lasten (z.B. Zentrumslasten) entstehen.[101]

V. Ergebnis

Die politischen Gemeinden sind die wichtigste Gemeindeart und in sämtlichen Kantonen eigenständige Zentren demokratischer Entscheidfindung. Die Gemeinden sind

---

95 Vgl. BGE 133 I 77 E. 3.1, 80; 120 Ia 265 E. 2a, 266 f.; HANGARTNER, Rechtsetzung, 219 f.; CORVINI, Kommunale Rechtsetzung, 141 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 15 Rz. 6; s. dazu auch hinten, Teil 4§ 20.II.B.

96 Vgl. § 118 KV AG; Art. 113 Abs. 1 f. KV BE; Art. 84 KV SG; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 1415; SEILER, Gemeinden, Rz. 34; UEBERSAX, Fall Leukerbad, 21 f.

97 Vgl. STEINER, Zusammenarbeit, 52 ff.

98 Vgl. SEILER, Gemeinden, Rz. 35; MEYLAN/GOTTRAUX/DAHINDEN, Gemeindeautonomie, 49 f.; beispielhaft etwa § 155 StG AG; Art. 250 StG BE; Art. 6 Abs. 2 StG SG.

99 Vgl. z.B. Art. 249 Abs. 1 lit. b GdG BE; § 160 StG AG (Kurtaxe); Art. 225 StG AR (Handänderungssteuer); Art. 249 StG BE (Grundstückgewinnsteuer, Quellensteuer); Art. 237 ff. StG SG (Grundsteuer, Handänderungssteuer, Vergnügungssteuer); § 187 StG ZH (Quellensteuer).

100 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 2636 ff. sowie Rz. 2969.

101 Vgl. SEILER, Gemeinden, Rz. 38; THÖNY, Finanzausgleich, *passim*; UEBERSAX, Fall Leukerbad, 22 f. Der Finanzausgleich wurde in jüngerer Vergangenheit in den meisten Kantonen revidiert; s. hinten, Teil 1§ 2.VIII.B.

selbständige Trägerinnen staatlicher Gewalt. Sie sind Teil der gelebten Verfassungswirklichkeit, in der Bundesverfassung anerkannt und essentiell für die staatliche Aufgabenerfüllung. Dies kommt im dritten Verfassungstitel (Bund – Kantone – Gemeinden) und im Gemeindeartikel (Art. 50 BV) zum Ausdruck. Die Gemeinden erledigen in ihrer traditionellen Doppelrolle – demokratische Gebietskörperschaften mit subsidiärer Allzuständigkeit einerseits, örtliche Vollzugsorgane von Bund und Kantonen andererseits – einen wesentlichen Teil der öffentlichen Angelegenheiten. Die Selbständigkeit der Gemeinden drückt sich nicht zuletzt in ihrer finanziellen Eigenverantwortlichkeit aus. Insofern bilden die Gemeinden tatsächlich die dritte bundesstaatliche Ebene. Dieses Bild des dreistufigen Bundesstaates ist indessen nach der in der schweizerischen Staatsrechtslehre herrschenden Sicht nicht zutreffend: Der schweizerische Bundesstaat sei nur deshalb dreistufig, weil sich sämtliche Kantone aus eigenem Willen in Gemeinden gliederten. Die Gemeinden werden deshalb als innere Aufbauelemente der Kantone bezeichnet. Entsprechend der Verankerung der Gemeinden im kantonalen Staatsrecht gilt die Gemeindeautonomie als Institut des kantonalen Rechts. Das kantonale Staatsrecht umschreibe die Stellung der Gemeinden, bestimme deren Autonomie, regle ihre Zuständigkeiten und Organisation.

Diese ausschliessliche Verortung der Gemeinden und ihrer Autonomie im kantonalen Recht ist, wie das folgende Kapitel zeigen wird, in der geschichtlichen Entwicklung des schweizerischen Bundesstaates tief verankert.

§ 2. Kleine Geschichte der Gemeindeautonomie

I. Vorbemerkung

Obwohl die Dreistufigkeit als Charakteristikum des Bundesstaates gilt, unterstreicht die Staatsrechtslehre die feste Verwurzelung der Gemeinden im kantonalen Staatsrecht. Eine *kleine Geschichte der Gemeindeautonomie* wird aufzeigen, dass die Betonung der dualistischen Bundesstaatskonzeption einer alten Tradition entspringt. Die folgende historische Skizze streift die Zeit der alten Eidgenossenschaft und legt den Schwerpunkt auf die Bundesstaatskonzeption der Bundesverfassungen von 1848 und 1874 sowie die Entwicklung der bundesgerichtlichen Praxis. Im Anschluss daran ist auf die neuesten rechtlichen Grundlagen der Gemeindeautonomie einzugehen. Der Fokus dieses Kapitels liegt auf der *rechtlichen Entwicklung*. Auf den tatsächlichen Wandel der Gemeindelandschaft wird später einzugehen sein (s. hinten, § 3.V).

II. Alte Eidgenossenschaft

Eine „Gemeindeautonomie" bestand schon, bevor sie sich zu einer Verfassungsgarantie entwickelte. Die *Gemeinden sind älter als der Staat*. Sie entwickelten sich aus den altgermanischen Markgenossenschaften, die der gemeinsamen Bewirtschaftung des im genossenschaftlichen Eigentum stehenden Bodens dienten und denen mit der Zeit lokale öffentliche Aufgaben übertragen wurden.[102] Die Vorstellung der Gemeinschaftsbildung „von unten nach oben" ist im schweizerischen Staatsdenken tief verwurzelt. Gerne wird darauf hingewiesen, die Schweiz sei ursprünglich aus der Freiheitsbewegung mittelalterlicher Gemeinden entstanden.[103]

Die *alte Eidgenossenschaft* war eine auf einem Vertragsgeflecht beruhende gelebte Ordnung mit wenig Steuerungskraft.[104] Die dreizehn reichsfreien Städte und Länder bildeten einen losen Staatenbund und genossen eine uneingeschränkte genossenschaftliche Freiheit. Diese „alte Freiheit", die Freiheit der Talschaften und Städte vor fremder Herrschaft, besass höchste Priorität.[105] Weder vom Staatenbund noch vom Heiligen Römischen Reich deutscher Nation, von dem sich die Eidgenossenschaft im Jahr

---

102 Vgl. HANGARTNER, Staatsrecht I, 152; GEIGER, Gemeindeautonomie, 81 ff.; LIEBESKIND, Autonomie Communale, 233 ff.; LIVER, Freiheit, 39 ff.; MEYLAN, Gemeinden, 5.

103 Vgl. GEIGER, Gemeindeautonomie, 82; HUBER, Wesen und Sinn, 51 ff.; LIVER, Freiheit, 39.

104 KÖLZ, Geschichtliche Grundlagen, Rz. 1; ausführlich zum Wesen der alten Eidgenossenschaft etwa PEYER, Verfassungsgeschichte, 9 ff.; HILTHY, Bundesverfassungen, 5 ff.

105 KÖLZ, Geschichtliche Grundlagen, Rz. 2.

1648 auch rechtlich loslöste, waren die regierenden Orte, die man später Kantone nennen sollte, in ihrer Eigenständigkeit beschnitten.[106]

Der grössere Teil der Schweiz war *Herrschaftsgebiet*.[107] In keinem der regierenden Orte entstand jedoch eine die Landschaft durchdringende bürokratische Organisation. Weder in den Landsgemeindedemokratien,[108] noch in den Walliser und Bündner Gebirgstälern oder in den Untertanengebieten der mittelländischen Stadtstaaten kam es „zu einer eigentlichen Leitung der Gemeinden durch von der Hoheit ernannte Beamte“[109]. In den Herrschaftsgebieten beanspruchten die regierenden Orte einige wichtige Kompetenzen.[110] Die Landvögte regierten aber oft über grosse Bezirke, verfügten über keine bezahlten Hilfskräfte und sahen sich gezwungen, zur Besorgung von Verwaltung und Rechtspflege auf Dorfbewohner zurückzugreifen. Vielerorts erlaubten Ortsprivilegien der Bürgerschaft, diese Ämter selber zu besetzen. Dadurch kamen die Untertanengemeinden in den Genuss der „kleinen Freiheit“: der Gemeindeautonomie. Sie regelten ihre Angelegenheiten selbst, hatten Anteil an der Gerichtsbarkeit, stellten eigene Satzungen auf, hielten Gemeindeversammlungen ab, wählten den Dorfmeier, verwalteten ihre Gemeindegüter und regelten die Orts-, Feuer- und Sittenpolizei.[111] Die Abhängigkeit der staatlichen Verwaltung von den Gemeindeorganen führte dazu, dass die regierenden Orte den Landleuten in der Regel keine übermässigen Steuer- und Militärlasten aufbürden konnten.[112]

Ende des 18. Jahrhunderts waren alle Gemeinden – in unterschiedlichem Mass – eigenständig. Die regierenden Orte waren gleichsam souveräne Staaten, die Bündner und Walliser Talgemeinden faktisch eigenständig,[113] selbst die Gemeinden in den Un-

---

106 Vgl. AUBERT, Kommentar aBV, Geschichtliche Einleitung, Rz. 2 ff.; PEYER, Verfassungsgeschichte, 75 ff.

107 Rund achtzig Prozent der Bevölkerung wohnte vor 1798 nicht in einem der dreizehn regierenden Orte, sondern in deren Untertanenlande; vgl. KÖLZ, Verfassungsgeschichte I, 9.

108 UR, SZ, OW, NW, ZG, GL, AI, AR; vgl. KÖLZ, Verfassungsgeschichte I, 10.

109 VON WYSS, Landgemeinden, 89; vgl. auch PEYER, Verfassungsgeschichte, 145.

110 Dazu gehörte ein von den Untertanen zu leistender Gehorsamseid, das Recht, alle waffenfähigen Männer zum Kriegsdienst aufzubieten sowie das Recht zur Erhebung von Steuern; vgl. PEYER, Verfassungsgeschichte, 60.

111 Vgl. VON MURALT, Alte und neue Freiheit, 22.

112 Vgl. KÖLZ, Verfassungsgeschichte I, 15; GEIGER, Gemeindeautonomie, 84; VON MURALT, Alte und neue Freiheit, 21 f.; HUBER, Wesen und Sinn, 54.

113 Als Beispiel für die Kompetenzfülle der Bündner Gemeinde kann der *Eid der freien Walser* dienen, wie er in der Talgemeinde von Avers geschworen wurde: „Wir haben von Gottes Gnaden eine schöne Fryheit, wir haben eigen Gwalt, Macht zu setzen und zu entsetzen, wir haben eigen Stab und Siegel, Stock und Galgen, wir sind gottlob keinen frömden Fürsten und Herren nüt

tertanengebieten genossen eine teils beträchtliche Selbständigkeit. Die Existenz zahlreicher kleiner, relativ selbständiger Gemeinden prägte die alte Eidgenossenschaft. Die Gemeindeautonomie wird deshalb als *„zentrale gedankliche Verbindung zwischen der alten und der neuen Eidgenossenschaft"*[114] bezeichnet.

Die gemeindliche Selbständigkeit ging damals jedoch nur beschränkt mit demokratischen Strukturen einher, und zwar nicht „nur", weil die Frauen von der Demokratie ausgeschlossen waren. Die alte Eidgenossenschaft war eine *„Aristodemokratie"*[115]. In den regierenden Städten lag die Macht stets in wenigen Händen: entweder in jenen der Patrizier (z.B. in BE, LU) oder in jenen der Zunftmitglieder (z.B. in ZH, BS).[116] Selbst die Landsgemeindeorte wiesen aristokratische Züge auf, was auf den damals vorherrschenden Gemeindetypus der Bürgergemeinde zurückzuführen ist.[117] Nur die Gemeindebürger hatten Anspruch auf Armenunterstützung, besassen Nutzungsrechte an den Gemeindegütern und das Stimm- und Wahlrecht. Eine restriktive Einbürgerungspolitik, verbunden mit einer stetigen Zunahme kommunaler Aufgaben und steigender Mobilität der Bevölkerung bewirkte, dass sich eine politisch weitgehend rechtlose Schicht Niedergelassener (die sogenannten Hintersassen) bildete, denen die Bürger, eine Art Dorfaristokratie, gegenüberstanden.[118]

III. Helvetische Republik

Im Jahr 1798 versank die alte Eidgenossenschaft in den Stürmen der französischen Revolution. Der Eidgenossenschaft wurde ein zentralistisches „Staatskleid nach der politischen Parisermode"[119] aufgezwungen. So entstand die *eine und unteilbare Helvetische Republik*.[120] Die dreizehn regierenden Orte verloren ihre Organisationshoheit

schuldig in keiner Wis und Weg, denn allein Gott dem Allmächtigen." Zitiert nach: THÜRER, Geschichtliche Entwicklungen, 35 f.

114 GEIGER, Gemeindeautonomie, 81, m.H. auf LIVER, Freiheit, 37 f. und HUBER, Wesen und Sinn, 51 ff.

115 PEYER, Verfassungsgeschichte, 146; vgl. auch RIKLIN, Machtteilung, 263 f.

116 Vgl. VON MURALT, Alte und neue Freiheit, 23; KÖLZ, Verfassungsgeschichte I, 11 ff.; GIACOMETTI, Staatsrecht der Kantone, 548 f.

117 Vgl. RENNEFAHRT, Schweizerbürgerrecht, 715; GEIGER, Gemeindeautonomie, 85; STÜRM, Bürgerrecht, 26.

118 Vgl. KÖLZ, Verfassungsgeschichte I, 15 f.; GEIGER, Gemeindeautonomie, 86; VON WYSS, Landgemeinden, 128 f.; HIS, Staatsrecht I, 136; RENNEFAHRT, Schweizerbürgerrecht, 715; STÜRM, Bürgerrecht, 30.

119 THÜRER, Geschichtliche Entwicklung, 37.

120 Ausführlich zur Helvetik vgl. etwa AUBERT, Bundesstaatsrecht I, N. 6 ff.; HIS, Staatsrecht I, 1 ff.; KÖLZ, Verfassungsgeschichte I, 59 ff.

und damit die Kompetenz, das Gemeindewesen zu regeln. Die erste helvetische Verfassung vom 12. April 1798, das Gemeindebürgerrechtsgesetz vom 13. Februar 1799 und das Munizipalitätengesetz vom 15. Februar 1799 bestimmten neu die rechtliche Stellung der Gemeinden.[121] Es entstand die *Munizipalgemeinde*, die als Vorreiterin der politischen Gemeinde und als wichtige Errungenschaft der Helvetik gilt.[122] Jeder helvetische Bürger konnte sich in jeder Gemeinde frei niederlassen; fünf Jahre nach der Niederlassung durfte er seine politischen Rechte in der Gemeinde ausüben.[123] Den Munizipalgemeinden wurden die politischen und polizeilichen Aufgaben der Bürgergemeinden übertragen.[124] Dieser Akt markierte den *Beginn des Übergangs vom Bürger- zum Einwohnerprinzip*. Die Bürgergemeinden behielten lediglich ihre Güter und Nutzungsrechte und mussten ihre „Armengenössigen" weiter unterstützen.[125]

Die neuen Freiheiten – liberté, egalité, fraternité – galten nun mehr als die „alte Freiheit" der Gemeindeautonomie. Die neu geschaffenen Munizipalgemeinden erhielten zwar umfassende Zuständigkeiten, eigenständig waren sie jedoch nicht. Die Gemeindeversammlung hatte nur wenige Befugnisse und musste unter dem Vorsitz eines Statthalters oder Agenten abgehalten werden.[126] Die Munizipalität – ein Kollegium von 3, 5, 9 oder 11 Munizipalbeamten – hatte eine Fülle politischer, polizeilicher und verwaltender Aufgaben zu besorgen; ihre Autonomie war aber infolge der Mitspracherechte des Statthalters und der straffen zentralstaatlichen Verwaltungsaufsicht bescheiden.[127] Die Helvetische Republik wies den Gemeinden eine *subalterne Stellung* zu. Das Ideal und die Tradition der eigenständigen Gemeinde widersprach dem zentralistischen Gedankengut der Helvetik.[128]

IV. Mediation, Restauration und Regeneration

Am 19. Februar 1803 erliess Napoleon I. eine als *Mediationsverfassung* bezeichnete Vermittlungsakte, welche eine Abkehr vom helvetischen Zentralismus mit sich brach-

121 Vgl. SCHAFFHAUSER, Gemeindeorganisation, 84.

122 Vgl. HANGARTNER, Staatsrecht I, 12.

123 Vgl. Art. 28 der Helvetischen Verfassung sowie § 6 des Gemeindebürgerrechtsgesetzes.

124 Vgl. dazu HIS, Staatsrecht I, 146 f.; MEYLAN, Gemeinden, 5.

125 Vgl. SCHAFFHAUSER, Gemeindeorganisation, 84; HIS, Staatsrecht I, 139 ff; zum Ganzen ausführlich PIO CARONI, Le Origini del Dualismo communale svizzero, Bern 1964.

126 Die Gemeindeversammlung wählte die Munizipalität, setzte deren Entschädigung fest und entschied über die Gemeindesteuern. Aus Furcht vor politischen Umtrieben und Ausschreitungen wurden ihr keine weiter gehenden Kompetenzen belassen; vgl. HIS, Staatsrecht I, 145.

127 Vgl. HIS, Staatsrecht I, 146; LIEBESKIND, Autonomie Communale, 235.

128 Vgl. GEIGER, Gemeindeautonomie, 88, sowie LIEBESKIND, Autonomie Communale, 235.

te.[129] Die Kantone gewannen ihre Organisationshoheit zurück und damit ihre Kompetenz, das Gemeindewesen zu regeln. Dessen Entwicklung ging fortan uneinheitlich vonstatten. Einige Kantone statteten die Bürgergemeinden wieder mit ihren früheren Kompetenzen aus.[130] Die Munizipalgemeinden blieben insbesondere in den neu geschaffenen Kantonen als politische Gemeinden (Einwohnergemeinden) erhalten und nahmen einen teils engeren, teils weiteren Aufgabenkreis wahr.[131] Im Vergleich zur Helvetik gewannen die Gemeinden an Eigenständigkeit. Die Ämter der Statthalter und Agenten fielen weg oder wurden mit dem Amt des Gemeindepräsidenten verschmolzen. Die Aufsicht über die Gemeinden beschränkte sich nun meist auf die jährliche Prüfung und Genehmigung der Gemeinderechnungen.[132]

Der Sturz Napoleons I. führte zur Ersetzung der Mediationsverfassung durch den *Bundesvertrag vom 7. August 1815*. In der folgenden Epoche der *Restauration* kam den Bürgergemeinden wieder mehr Gewicht zu. In manchen Kantonen verschwanden die Einwohnergemeinden sogar gänzlich.[133] Ausschlaggebend für diese Abwendung vom Einwohnerprinzip waren vordringlich die materiellen Interessen der Gemeindebürger an den Gemeindegütern. Hinzu kam eine verbreitete konservative Haltung, die in der Bürgergemeinde die einzige Garantin für die Erhaltung der gesellschaftlichen Sitten und rechtlichen Traditionen erblickte.[134]

1830 begann eine Ära des politischen Umschwungs in liberaler Richtung. Diese Epoche der *Regeneration* brachte markante Veränderungen für das schweizerische Gemeindewesen mit sich.[135] Die aufkommende Industrialisierung führte zu einer steigenden Mobilität der Bevölkerung. Die wirtschaftlich-soziale Entwicklung bescherte den Gemeinden eine Vielzahl neuer Aufgaben. Die nichtortsbürgerlichen Einwohner, deren Anzahl stetig grösser wurde, waren steuerpflichtig und hatten die gleichen Lasten zu tragen wie die Ortsbürger. Die politischen Rechte aber standen ihnen nicht zu, und

---

129 Die Mediationsverfassung stellte die dreizehn alten Orte, die fortan Kantone genannt wurden, wieder her und erschuf die sechs neuen Kantone SG, GR, AG, TG, TI und VD. Daneben bestand eine äusserst schwache Bundesgewalt; vgl. dazu HANGARTNER, Staatsrecht I, 12.

130 Die Verfassung von AI beispielsweise erklärte in Art. 7 ausdrücklich, die Gemeindeordnungen sollten auf dem „ehemaligen Fuss“ wieder hergestellt werden; vgl. HIS, Staatsrecht I, 157 f.; THÜRER, Geschichtliche Entwicklung, 38.

131 Vgl. HIS, Staatsrecht I, 152; VON WYSS, Landgemeinden, 139 f.

132 Vgl. HIS, Staatsrecht I, 156 ff.

133 So etwa in den Kantonen BE, LU, GL, ZG, SO und GR; ausführlich HIS, Staatsrecht II, 668 ff.

134 Vgl. HIS, Staatsrecht II, 670; GEIGER, Gemeindeautonomie, 89 f.

135 Vgl. GEIGER, Gemeindeautonomie, 90; KÖLZ, Verfassungsgeschichte I, 209 ff. m.w.H.

auch vom Ertrag der Gemeindegüter konnten sie nicht profitieren. Dieser Rechtszustand war mit dem liberalem Gedankengut nicht vereinbar. So wurde die Regeneration auch zur Epoche des Kampfes der nichtortsbürgerlichen Einwohner um Anerkennung ihrer politischen Rechte.[136] Bis zum Jahr 1848 verwirklichten elf Kantone, vorwiegend die Regenerationskantone, das Prinzip der Einwohnergemeinde, freilich in unterschiedlich starker Ausprägung.[137] Die Vordenker der liberalen Bewegung erkannten jedoch die politische Bedeutung der Gemeinden und versuchten, die *alte Freiheit der lokalen Bevölkerung in liberaler Form neu zu beleben*. Die Gemeindeautonomie fand deshalb Eingang in sämtliche Rechtsordnungen der regenerierten Kantone.[138] Die am weitest gehende Formulierung enthielt Art. 81 Abs. 1 KV ZH 1831:[139] „Die Gmeindsversammlung ist berechtigt, innerhalb der Schranken der Verfassung und der Gesetze des Kantons die Angelegenheiten der Gemeinde zu ordnen und ihre Einrichtungen festzuhalten." Abs. 2 zählte die verfassungsrechtlich garantierten Kompetenzen der Gemeinden in nicht abschliessender Weise auf: Ausgabengenehmigung und Steuerbewilligung, Erteilung des Gemeindebürgerrechts, Wahl der Gemeindevorsteher. Während für Abs. 2 Parallelen in anderen Regenerationsverfassungen zu finden sind,[140] stand die allgemeine Garantie des Abs. 1 alleine in der Verfassungslandschaft. Dieser *Meilenstein der Gemeindeautonomie* ist Conrad Melchior Hirzel und dem einflussreichen liberalen Vordenker Ludwig Snell zu verdanken.[141] Letzterer war nicht nur von den Idealen der Französischen Revolution, sondern auch von den Ideen des Freiherrn von Stein beeinflusst, der bei der Entwicklung der kommunalen Selbstverwaltung in Deutschland eine prägende Rolle spielte.[142] Ludwig Snell propagierte eine

136 Vgl. HIS, Staatsrecht II, 670; GEIGER, Gemeindeautonomie, 90.

137 Vgl. VON WYSS, Landgemeinden, 143 f.; HIS, Staatsrecht II, 669 ff.

138 Vgl. KESSLER, Anfänge, 143 m.H.

139 Staatsverfassung für den eidgenössischen Stand Zürich vom 10. März 1831; abgedruckt bei KÖLZ, Quellenbuch I, 291 ff.

140 Vgl. Art. 19 KV TI 1830; Art. 155 KV TG 1831; Art. 167 KV VD 1831 (Texte bei KÖLZ, Quellenbuch, 243 ff., 251 ff.; 305 ff.); Art. 74 KV SH 1831; Art. 79 KV AG 1831 (Texte bei BORNHAUSER, Verfassungen I, 187 ff., 263 ff.). Die übrigen Regenerationskantone verwiesen auf die Gesetzgebung (vgl. z.B. Art. 95 KV FR 1831; Text bei KÖLZ, Quellenbuch I, 316 ff.) oder liessen die Frage, wie Solothurn, offen. Die verfassungsrechtliche Regelung der Gemeindeautonomie der KV BE 1831 beschränkte sich auf die Gemeindeordnung; vgl. Art. 94 Abs. 2 und 3 KV BE 1831 (Text bei BORNHAUSER, Verfassungen I, 35 ff.).

141 Ausführlich dazu KESSLER, Anfänge, 137 ff.

142 Vgl. dazu statt vieler MÖLLER, Selbstverwaltung, 60 f. m.H.

„freie Gemeindeverfassung“ und bezeichnete diese als „eine treffliche Vorschule zur Bildung von Repräsentanten und Staatsleuten“[143].

Die Konstruktion des Art. 81 der Zürcher Regenerationsverfassung fand in späteren kantonalen Verfassungen weitere Verbreitung. Sie schlug sich beispielsweise in den §§ 82 und 84 der Glarner Verfassung von 1836[144] nieder und diente sogar als Vorbild für § 81 der konservativen Luzernischen Verfassung von 1841.[145] In den folgenden Jahren und Jahrzehnten fand die allgemeine Garantie der Gemeindeautonomie Eingang in immer mehr Kantonsverfassungen.

V. Erste Bundesverfassung

Die erste Bundesverfassung (BV 1848) verband das Nationalstaatsprinzip mit der Achtung vor den Kantonen.[146] Nach dem Vorbild der Vereinigten Staaten von Amerika war sie *dualistisch* konzipiert und verteilte die Staatsgewalt auf *die Kantone und den Bund*. Die BV 1848 überliess die Regelung des Gemeindewesens den Kantonen.[147] Hingegen gewährte sie Niedergelassenen alle Rechte der Kantonsbürger, einschliesslich des Stimmrechts in kantonalen Angelegenheiten (Art. 41 f. BV 1848). Von dieser Regelung ausgenommen waren einzig das Stimmrecht in Gemeindeangelegenheiten sowie das Recht des Mitanteils an Gemeinde- und Korporationsgütern (Bürgernutzen). Die BV 1848 verbesserte also die rechtliche Stellung der Nichtbürger,[148] griff ansonsten aber nicht in die kantonale Organisationsautonomie ein. Art. 42 BV 1848 stülpte dem Kantonsbürgerrecht ein Schweizer Bürgerrecht über, das die politischen Rechte in eidgenössischen und kantonalen Angelegenheiten vermittelte. Das Gemeindebürgerrecht erwähnte diese Verfassungsnorm nicht. Auch eine verfassungsrechtliche Verankerung der Gemeindeautonomie stand nicht zur Debatte. Die liberalen Schöpfer der BV 1848 anerkannten die Bedeutung der Gemeindeautonomie, hielten aber eine Sicherung des kommunalen Bereichs gegenüber der damals erst mit wenigen

143 Zit. nach: KÖLZ, Verfassungsgeschichte I, 255.

144 Abgedruckt bei: KÖLZ, Quellenbuch I, 327 ff. Vgl. insb. § 82 KV GL 1836: „Jedem Tagwen, jeder Dorfschaft, jeder Kirch- und Schulgemeinde steht, wie bis anhin, das Recht zu, ihre innern Angelegenheiten innerhalb der Verfassungs- und gesetzmässigen Schranken selbstständig zu besorgen und zu verwalten, und ihre Verwalter und Angestellten zu erwählen.“

145 Abgedruckt bei: KÖLZ, Quellenbuch I, 381 ff.

146 KLEY, St. Galler Kommentar, Geschichtliche Einleitung, Rz. 18.

147 Vgl. HANGARTNER, Staatsrecht I, 16; GEIGER, Gemeindeautonomie, 91.

148 Vgl. HIS, Staatsrecht III, 926.

Kompetenzen ausgestatteten Bundesgewalt nicht für notwendig. Die Gemeinden wurden *als selbstverständlich vorausgesetzt.*[149]

Alle Kantone waren in Gemeinden gegliedert, die eigene Aufgaben wahrnahmen und zur Umsetzung der kantonalen Aufgaben in die Pflicht genommen wurden. Die Gemeinden waren in unterschiedlichem Mass stets mit Gestaltungsspielraum ausgestattet, der jedoch nicht überall durch eine Verfassungsgarantie gesichert wurde. Einige Kantonsverfassungen erklärten die Gemeinden für zuständig, „ihre Angelegenheiten selbständig zu ordnen" oder „zu verwalten".[150] Andere Kantonsverfassungen garantierten lediglich den Bestand der Gemeinden.[151] Wieder andere kantonale Verfassungen betonten die staatliche Aufsicht und die kantonale Kompetenz, das Gemeindewesen zu regeln, enthielten aber keinerlei Garantien zugunsten der Gemeinden.[152]

VI. Bundesverfassung von 1874 (aBV)

Die revidierte Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 (aBV) übernahm die *dualistische Bundesstaatskonzeption* der BV 1848. Die zweigliedrige Bundesstaatskonzeption ergab sich aus der Kompetenz- und Finanzordnung der aBV,[153] der Eigenstaatlichkeit der Kantone[154] sowie der Ausgestaltung der föderativen Mitwirkungsrechte bei der Willensbildung im Bund.[155] Die aBV brachte aber wichtige Neuerungen für die Gemeinden. Art. 43 Abs. 2 aBV sah vor, dass Schweizerbürger *am Wohnsitz* an allen eidgenössischen Wahlen und Abstimmungen teilnehmen konnten. Art. 43 Abs. 4 aBV gewährte den niedergelassenen Schweizerbürgern im Niederlassungskanton alle Rech-

149 Vgl. THÜRER, Bund und Gemeinden, 207.

150 Vgl. z.B. Art. 48 KV ZH 1869: „Die Gemeinden sind befugt, ihre Angelegenheiten innerhalb der Schranken der Verfassung und Gesetze selbständig zu ordnen. Gemeindebeschlüsse können in sachlicher Beziehung nur angefochten werden, wenn sie offenbar über die Zwecke der Gemeinde hinausgehen und zugleich eine erhebliche Belastung der Steuerpflichtigen zur Folge haben, oder wenn sie Rücksichten der Billigkeit in ungebührlicher Weise verletzen"; vgl. auch § 79 KV AG 1852 und Art. 27 KV GR 1854; KÖLZ, Quellenbuch II, 1 ff., 14 ff., 63 ff., 71; HIS, Staatsrecht III, 943 f. m.H.

151 Vgl. HIS, Staatsrecht III, 944, mit Hinweis auf die KV VD 1861 und 1885.

152 Vgl. Art. 64 KV NE 1858: „La Constitution ne reconnaît aucun Pouvoir en dehors ou à côté des trois Pouvoirs établis par elle. Elle est la Loi commune de tous les citoyens, de toutes les corporations de l'État, quelles que soient leurs dénominations." (Text bei: KÖLZ, Quellenbuch II, 30 ff., 36); vgl. auch Art. 102 ff. KV GE 1847 (Text bei: KÖLZ, Quellenbuch I, 439 f.).

153 Vgl. THÜRER, Bund und Gemeinden, 197 ff. m.H.

154 Die Kantone wurden an verschiedenen Stellen der aBV als *souveräne Gemeinwesen* bezeichnet (Art. 1, 3 und 5 aBV), welche von eigenen *Völkerschaften* (Art. 1 aBV) getragen waren; ausführlich dazu THÜRER, Bund und Gemeinden, 197 f. m.H.

155 Vgl. insb. die Art. 80, 86 Abs. 2, 89 Abs. 2, 89*bis* Abs. 2, 93 Abs. 2 und Art. 123 aBV.

te der Gemeindebürger. Ausgenommen blieben lediglich das Mitanteilsrecht an Bürger- und Korporationsgütern sowie das Stimmrecht „in rein bürgerlichen Angelegenheiten". In kantonalen und Gemeindeangelegenheiten erwarb der Niedergelassene das Stimmrecht schon nach drei Monaten (Art. 43 Abs. 5 aBV). Die politischen Gemeinden wurden auf diese Weise zur wichtigsten Gemeindeart mit allgemeinem Zuständigkeitsbereich.[156] Sie galten jedoch als „innere Aufbauelemente der Kantone"[157]. Obwohl die Gemeinden faktisch die dritte Aufbaustufe des Bundesstaates bildeten, erwähnte die dualistische aBV die Gemeinden nur vereinzelt und systemlos. Schon diese Bestimmungen zeugten aber davon, dass der Bund stillschweigend von der Existenz von Gemeinden ausging und die schweizerische Bundesstaatlichkeit „auf einem weitergespannten föderalistischen Ordnungsprinzip" beruht, „das entsprechend der historischen Entwicklung des Landes den Gemeindeföderalismus mit umfasst und nicht einfach als zufällige innere Dezentralisierung der Gliedstaaten begreift"[158]. So manifestierte sich im erwähnten Art. 43 aBV die Forderung, die politische Willensbildung solle auch in den Gemeinden auf demokratische und rechtsgleiche Art stattfinden.[159] Die Finanzverfassung zeigte auf, dass die Steuerhoheit der Gemeinden durch die Steuerkompetenzen des Bundes beschränkt war, und forderte, der Bund solle bei der Festlegung der Steuertarife die Belastung durch die kantonalen und kommunalen Steuern berücksichtigen.[160] Art. 22^{quater} Abs. 3 und Art. 24^{sexies} Abs. 2 aBV verpflichteten den Bund, bei der Erfüllung seiner Aufgaben die Bedürfnisse der Ortsplanung zu berücksichtigen und das heimatliche Ortsbild zu schonen. Diese Verfassungsnormen zeugten vom Bewusstsein des Verfassungsgebers darum, dass die Gemeinden „auch gegenüber dem Bund […] einer Schonung und eines Schutzes"[161] bedürfen.

Die aBV verdeutlichte die *dreigliedrige Konzeption des schweizerischen Bürgerrechts*. Jede Schweizerin und jeder Schweizer gehört drei Gemeinwesen an, weshalb auch drei Bürgerrechte bestehen, von denen keines für sich allein existieren kann. Dieser Grundsatz wurde nicht ausdrücklich statuiert, doch die aBV erwähnte das Gemeindebürger-

156 Vgl. GEIGER, Gemeindeautonomie, 92; GRISEL, Kommentar aBV zu Art. 43, Rz. 67; ausführlich HIS, Staatsrecht III, 927 u. 932 ff.

157 Vgl. THÜRER, Städte und Gemeinden, 313 f.

158 THÜRER, Bund und Gemeinden, 209.

159 Vgl. THÜRER, Bund und Gemeinden, 208 f.

160 Vgl. Art. 41bis und Art. 41ter aBV; vgl. auch Art. 42^{quinquies} aBV (Steuerharmonisierung) und Art. 31^{quinquies} aBV (Konjunktursteuerung).

161 THÜRER, Bund und Gemeinden, 209.

recht (Art. 43 Abs. 4) und setzte dessen Verbindung mit dem Kantons- und dem Schweizerbürgerrecht stillschweigend voraus.[162]

Die Bundesstaatskonzeption war mithin nur vordergründig „strikt dualistisch". Dies zeigt auch die Entwicklung des *Vollzugs der Bundesgesetzgebung*. In der Verfassungsdiskussion im Jahr 1874 setzte sich die Formel „Unifions, mais ne centralisons pas!"[163] als Leitprinzip durch. Seither gehört der Vollzugsföderalismus zu den wesentlichen Merkmalen schweizerischer Bundesstaatlichkeit. Die Kantone vollziehen grundsätzlich das Bundesrecht, und es steht ihnen frei, inwieweit sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben die Gemeinden beiziehen wollen.

Bereits ein Jahr nach Gründung des Bundesstaates[164] und in der Folge immer wieder, mit besonderer Intensität während der Kriegs- und Nachkriegsjahre, nahm der Bund die Gemeinden indessen auch direkt in die Pflicht. Ziel solcher Bundesdurchgriffe war stets ein wirksamer und rascher Vollzug.[165] Das damit einhergehende Subventionswesen zeigt ebenfalls auf, dass die Zweigliedrigkeit flexibel gehandhabt wurde.[166]

VII. Bundesgerichtlicher Rechtsschutz

A. Anerkennung als kantonales verfassungsmässiges Recht

Gemäss der aBV richtete es sich nach kantonalem Recht, ob und inwieweit die Gemeinden Autonomie genossen. Das Bundesgericht qualifizierte die Gemeindeautonomie aber im Jahr 1875 als kantonales verfassungsmässiges Recht im Sinne des

---

162 Vgl. FLEINER/GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht, 178 f., m.H. auf Art. 1 und Art. 4 Abs. 2 des BG betr. die Erwerbung des Schweizerbürgerrechts und den Verzicht auf dasselbe vom 25. Juni 1903 und Art. 3 des BG über die Heimatlosigkeit vom 3. Dezember 1850.

163 Das Bonmot stammt vom damaligen Bundesrat Ruchonnet; zit. nach: HIS, Staatsrecht III, 247.

164 Im BG über die Dauer und die Kosten der Niederlassungsbewilligung vom 10. Dezember 1849 erliess der Bund Bestimmungen über die den Gemeinden zustehenden Niederlassungsgebühren; vgl. AS 1, 119.

165 Vgl. THÜRER, Bund und Gemeinden, 216 f; ROTH-CUONY, Übertragung von Bundesaufgaben, 1 f. Den Gemeinden wurden wichtige administrative Aufgaben wie z.B. die Durchführung von Bundesabstimmungen oder die militärische Erfassung der Einwohner übertragen; vgl. etwa Art. 3 f. BPR; Art. 150 des BG über die Militärorganisation der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 12. April 1907. Der Bund betraute die Gemeinden auch mit wichtigen Aufgaben der militärischen und zivilen Landesverteidigung in Not- und Ausnahmesituationen. Die Zahl solcher Einschaltnormen stieg von 1848 bis 1974 auf über 170 an, wobei es sich allerdings in rund 30 Prozent aller Fälle um Subventionsbestimmungen handelte; vgl. die Beispiele aus der Weltkriegszeit bei GASSER, Gemeindefreiheit, 95 f.

166 Vgl. zur Entwicklung des Subventionswesens in der Schweiz die Untersuchung von THÜRER, Bund und Gemeinden, § 21 f.

Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 aBV.[167] Für diese Einstufung vermochte es keine „die Tragweite der vertretenen These voll erfassende dogmatische Begründung“[168] zu liefern, weil die Gemeindeautonomie als Recht der Gemeinde und die verfassungsmässigen Rechte ansonsten als Individualrechte verstanden wurden. Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 aBV sprach von verfassungsmässigen Rechten des Bürgers. Darunter verstand man „justiziable Rechtsansprüche, die nicht ausschliesslich öffentliche Interessen, sondern auch Interessen und Schutzbedürfnisse des Einzelnen betreffen und deren Gewicht so gross ist, dass sie nach dem Willen des demokratischen Verfassungsgebers oder der konsensfähigen Ansicht des Bundesgerichtes verfassungsrichterlichen Schutzes bedürfen“[169].

Die Qualifikation der Gemeindeautonomie als verfassungsmässiges Recht war die Folge eines anerkannten Rechtsschutzbedürfnisses und der politischen Bedeutung der Gemeinden.[170] Dass das Bundesgericht den Gemeinden auf diese Weise seinen Schutz gewährte, bezeichnete IMBODEN als „eine jener intuitiv richtigen, fundamentalen Entscheidungen, wie sie Ausdruck und Zeugnis einer von den lebendigen Kräften der Verfassung bestimmten und an ihren Grundwerten orientierten Rechtsprechung sind“[171]. Auch AUER stuft diese Qualifikation als „eine der bemerkenswertesten Errungenschaften der Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundesgerichts“[172] ein. Die pragmatische Gewährung des bundesgerichtlichen Rechtsschutzes war ein Meilenstein in der Entwicklung der Gemeindeautonomie von einer in der Verfassungswirklichkeit verwurzelten Einrichtung zu einem *justiziablen Rechtsanspruch*.

B. Entwicklung gemeineidgenössischen Rechts

In frühen Entscheiden schützte das Bundesgericht die Gemeindeautonomie nur, wenn die Kantonsverfassung eine explizite Garantie enthielt.[173] Im Jahr 1914 bejahte es eine Autonomiegarantie trotz Fehlen einer ausdrücklichen Norm in der neuenburgischen

167 DILL, Gemeindeautonomie, 4 f.; vgl. BGE 2 455, 459; 3 90, 93.

168 IMBODEN, Gemeindeautonomie, 98; vgl. auch MATTER, Gemeinden, 6 f.

169 KÄLIN, Beschwerde, 67; vgl. auch HALLER, Kommentar zu Art. 113 aBV, Rz. 90. Allen voran GIACOMETTI kritisierte die bundesgerichtliche Praxis. Sie bedeute eine Abkehr von der Idee der Verfassungsgerichtsbarkeit, „die primär einen Schutz der durch die verfassungsmässigen Rechte garantierten Individualinteressen“ bezwecke. Im gleichen Atemzug hielt er allerdings fest, die Anerkennung beruhe wohl auf praktischen Gründen und sei „insoweit verständlich“; vgl. GIACOMETTI, Verfassungsgerichtsbarkeit, 164.

170 I.d.S. DILL, Gemeindeautonomie, 12, m.H.

171 IMBODEN, Gemeindeautonomie, 98.

172 AUER, Verfassungsgerichtsbarkeit, 197.

173 Vgl. bereits BGE 2 455 E. 2, 458 f.

Verfassung: „Le principe de l'autonomie des communes n'est proclamé en termes exprès ni par la constitution neuchâteloise ni par la loi […], mais résulte implicitement de l'ensemble de leurs dispositions […]"[174]. Seither gilt die Gemeindeautonomie als „*gemeineidgenössisches",* allen Kantonen gemeines Recht. Diese schöpferische Rechtsprechung basiert auf einer gemeineidgenössischen Rechtsüberzeugung.[175] Im Laufe der Zeit entwickelte das Bundesgericht ein von der Ausgestaltung des kantonalen Rechts weitgehend unabhängiges Autonomierecht der Gemeinden.[176]

1. Beschwerdelegitimation

In seiner frühen Rechtsprechung liess das Bundesgericht die Gemeinden allgemein zur staatsrechtlichen Beschwerde zu.[177] Die Gemeinden konnten sich, wenn sie vom Kanton abweichende eigene Interessen verfolgten, auf jedes verfassungsmässige Recht, von dem sie als Korporation betroffen sein konnten, berufen.[178] Im Jahr 1939 sprach das Bundesgericht den Gemeinden die Beschwerdelegitimation indes grundsätzlich ab. Der Gemeinde als Trägerin von Staatsgewalt sollte die staatsrechtliche Beschwerde, die man als Rechtsmittel des Privaten gegen den Staat verstand, nicht zustehen. Diese Konzeption entsprach der Idee einer (vorgegebenen) Einheit der Staatsgewalt.[179] Weil man aber Eingriffe in die Autonomie der Gemeinden als Eingriffen in die persönliche Freiheit der Menschen ähnlich betrachtete, und wohl auch wegen der politischen Bedeutung der Gemeinden, wurde diesbezüglich eine Ausnahme als statthaft angesehen.[180] Die Autonomiebeschwerde wurde zum Sonderfall innerhalb des bundesgerichtlichen Rechtsschutzsystems. Die Beschwerdelegitimation der Gemeinde betrachtete man als gegeben, wenn ein kantonaler Entscheid eine Gemeinde als Trägerin hoheitlicher Gewalt betraf und diese die Verletzung ihrer Autonomie geltend machte. Ob der

174 BGE 40 I 272.

175 Vgl. DILL, Gemeindeautonomie, 6; PIGUET, Charte prétorienne, 148.

176 Vgl. THÜRER, Charta, 228.

177 Vgl. z.B. BGE 29 I 200 E. 2, 203 f. zu Art. 178 Abs. 2 OG 1893.

178 Vgl. z.B. BGE 31 I 374, 376 f.: Kultusfreiheit; 49 I 78, 83: Art. 4 aBV; 64 I 307, 313: Gewaltenteilung; vgl. MATTER, Gemeinden, 10 f.; DILL, Gemeindeautonomie, 5.

179 Vgl. BGE 65 I 129 E. 3, 132. Dem Kanton war die Legitimation bereits zuvor, in BGE 48 I 106 E. 1, 108, abgesprochen worden.

180 BGE 83 I 119 E. 2, 122. Diese Praxisänderung, welche zu einem massiv verringerten Schutzniveau der Gemeinden führte, war insb. auf GIACOMETTI zurückzuführen, der als Erster mit der Legitimation des Staates auch jene der Gemeinde in Frage stellte; vgl. GIACOMETTI, Verfassungsgerichtsbarkeit, 84 f., 161. Der damalige Bundesrichter KIRCHHOFER pflichtete dieser Ansicht bei mit dem Vorbehalt, die Legitimation der Gemeinden müsse gewährleistet sein, wenn sie sich auf ihre Autonomie berufe oder sie sich als Korporation auf den Boden des Privatrechts begebe; vgl. MATTER, Gemeinden, 23 m.H.

Gemeinde im betroffenen Sachbereich tatsächlich Autonomie zustand, war Gegenstand des Sachurteils und keine Frage der Legitimation.[181]

2. Autonomiebereich

Das Bundesgericht definierte die Gemeindeautonomie in seiner älteren Praxis als *„Befugnis der Gemeinden, ihre Angelegenheiten innert der verfassungs- und gesetzmässigen Schranken selbst zu ordnen",* welche den Gemeinden „ähnlich dem Freiheitsrecht des Einzelnen, gegenüber dem Staat einen eigenen selbständigen Wirkungskreis gewährt"[182]. Das Bundesgericht stützte sich für diese Definition auf den Wortlaut zahlreicher Kantonsverfassungen.[183] Es behandelte die Gemeindeautonomie als Kompetenzproblem[184] und schützte nur die ausschliesslichen Kompetenzen der Gemeinden, den *„eigenen Wirkungskreis".* Autonomieschutz genoss die Gemeinde nur in Sachbereichen, die „soit la constitution, soit la loi lui confèrent à elle seule et à l'exclusion des autorités cantonales"[185]. Ein geeignetes Kriterium zur Unterscheidung der beiden Wirkungskreise zu finden, erwies sich jedoch als problematisch. Das Bild der primär in einem isolierten eigenen Wirkungskreis tätigen Gemeinde wurde infolge der stetigen Überlagerung der Gemeindeaufgaben mit übergeordnetem Recht und der föderativen Aufgabenverflechtung mehr und mehr zum Trugbild.[186] Der eigene Wirkungskreis zerfiel und mit ihm auch der Autonomieschutz. Die nur noch minimal geschützten Gemeinden drohten „zu blossen kantonalen Verwaltungsstellen abzusinken"[187].

Das Bundesgericht änderte im Jahr 1967 seine Praxis.[188] Der von HANS HUBER und PETER LIVER vertretenen Ansicht, der Autonomiebereich solle nach der „inneren

---

181 Vgl. BGE 119 Ia 214 E. 1a, 216; 114 Ia 73 E. 1, 76; 93 I 154 E. 3, 157 f. m.w.H.

182 BGE 65 I 129 E. 2, 131; vgl. dazu GEIGER, Gemeindeautonomie, 21 f.; SCHAFFHAUSER, Gemeindeorganisation, 60, je m.w.H.

183 Vgl. statt vieler Art. 48 KV ZH 1869 (Text bei: KÖLZ, Quellenbuch II, 63 ff., 71); ZIMMERLI, Gemeindeautonomie, 259.

184 Vgl. ausdrücklich BGE 83 I 119 E. 3, 123.

185 BGE 83 I 119 E. 3, 123.

186 Vgl. PFISTERER, Gemeinden, 5 ff.; eine Übersicht der zahlreichen Abgrenzungskriterien findet sich bei SCHAFFHAUSER, Gemeindeorganisation, 61 f.

187 PFISTERER, Gemeindeautonomie, 9 f.; HANGARTNER, Gemeindeautonomie, 527.

188 Vgl. insb. BGE 93 I 154 E. 5, 160; bestätigt in BGE 93 I 427 E. 3b, 431 f. Diese Entscheide betrafen die Autonomie auf dem Gebiet des Baurechts. Die Gemeinden Volketswil und Zuchwil erhoben Beschwerde, weil der kantonale Regierungsrat die Genehmigung eines kommunalen Zonen- bzw. Bebauungsplan teilweise verweigerte. In beiden Fällen wären die Gemeinden auf Grund der alten Rechtsprechung nicht autonom gewesen; vgl. ZIMMERLI, Gemeindeautonomie, 261; SALADIN, Grundrechte, 340 und 379.

Kennzeichnung" der Gemeindeaufgaben abgegrenzt werden, folgte es nicht.[189] In Anlehnung an eine Formulierung LIVERS hielt es jedoch fest, eine Gemeinde sei in Bezug auf die Rechtsetzung „autonom, wenn ihr dabei nach Verfassung oder Gesetz eine *relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit* zukomme, ohne Rücksicht darauf, inwieweit ihre Erlasse der Kontrolle durch eine staatliche Behörde unterlägen.[190] In diesem Sinne definiert das Bundesgericht den geschützten kommunalen Autonomiebereich bis heute (s. hinten, § 4.IV). Dieses Konzept der *„tupfenweisen Autonomie"*[191] sollte verhindern, dass der bundesgerichtliche Autonomieschutz immer mehr an Wirkung verliert, weil ursprünglich vollumfänglich kommunale Tätigkeiten von übergeordneten Normen überlagert werden.[192] Während die wegweisenden 1967er Entscheide sich einzig über die Autonomie auf dem Gebiet der Rechtsetzung aussprachen, wurde der Autonomieschutz wenige Jahre später auch auf die Rechtsanwendung ausgedehnt.[193]

3. Autonomieverletzung

Der engen Umschreibung des Autonomiebereichs entsprechend betrachtete das Bundesgericht die Gemeindeautonomie in seiner älteren Praxis nur als verletzt, wenn eine kantonale Behörde ihre Kompetenzen überschritt und dadurch in den gemeindlichen Wirkungskreis eingriff.[194] Diese Praxis änderte es im Jahr 1965: Es prüfte nun auch die *materielle Verfassungsmässigkeit* eines kantonalen Entscheides. Von da hinweg weitete es den Autonomieschutz Schritt für Schritt aus. Zunächst qualifizierte es Fälle, in denen sich eine kantonale Behörde äusserlich innerhalb ihrer Zuständigkeit bewegte, inhaltlich aber darüber hinausging – z.B. indem sie unter dem Vorwand einer Rechtskontrolle eine Zweckmässigkeitsprüfung durchführte – als Autonomieverletzung.[195] Wenig später entschied es, die Gemeindeautonomie werde auch durch die willkürliche Ausübung der Rechts- und Ermessenskontrolle sowie die willkürliche

---

189 Vgl. LIVER, Gemeinderecht, 40 ff.; HANS HUBER, in: ZBJV 1964, 419 f.; BGE 93 I 154 E. 5, 158 ff.; 93 I 427 E. 3b, 431 f.

190 BGE 93 I 154 E. 5b, 160; vgl. auch LIVER, Gemeinderecht, 45, der den Begriff der relativ erheblichen Entscheidungsfreiheit selbst für zu unbestimmt hielt.

191 HANGARTNER, Gemeindeautonomie, 528.

192 Vgl. SALADIN, Grundrechte, 340.

193 BGE 96 I 718 E. II 2, 725 (Autonomie bei der Anwendung des kantonalen Rechts); vgl. zur Autonomie bei der Anwendung des eigenen Rechts schon BGE 96 I 369 E. 4, 373 f.; vgl. sodann BGE 100 Ia 272 E. 5, 274 f. (Autonomie bei der Anwendung des Bundesrechts); BGE 110 Ia 197 E. 2, 199 f.; vgl. auch DILL, Gemeindeautonomie, 9, 25 m.H.

194 Statt vieler BGE 83 I 119 E. 3, 124.

195 Vgl. BGE 91 I 39 E. 4, 42 ff.; 92 I 369 E. 2, 375; vgl. auch DILL, Gemeindeautonomie, 8.

Auslegung des Gemeinderechts verletzt.[196] Die in den folgenden Jahren wieder geschaffene Möglichkeit, dass sich die Gemeinden im Rahmen einer Autonomiebeschwerde auf andere verfassungsmässige Rechte wie etwa das Willkürverbot, die Rechtsgleichheit und das rechtliche Gehör berufen können, stellte einen weiteren Ausbauschritt des rechtlichen Schutzes der Gemeinden dar.[197]

4. Kerngehalt

Die Kantonsverfassungen garantieren die Gemeindeautonomie stets innert der Schranken kantonalen Rechts. Das Bundesgericht zog daraus den Schluss, der kantonale Gesetzgeber könne als „maître de la loi“[198] die Schranken der Autonomie enger ziehen, solange nicht durch die Verfassung gewährleistete Befugnisse oder Anforderungen verletzt würden.[199] Die Frage, ob ein auch für den Gesetzgeber unantastbares Mindestmass an Gemeindeautonomie existiere, ein „Kerngehalt“ der Autonomie, liess das Bundesgericht offen.[200] Ein Teil der Staatsrechtslehre plädierte dafür, die Gemeindeautonomie dürfe vom kantonalen Gesetzgeber nicht „materiell gegenstandslos gemacht“ werden.[201] Der Inhalt eines solchen Autonomiekerns blieb allerdings vage und offen; für die Praxis spielte diese Diskussion keine Rolle. Die Entwicklung, dass Jahr für Jahr immer mehr einstmals kommunale Aufgaben zum Kanton und zum Bund „hochgezont“ wurden, konnte dadurch jedenfalls nicht aufgehalten werden.

5. Bestandesgarantie

Die *Bestandesgarantie* umfasst das Recht der Gemeinde auf politische Existenz sowie auf die Wahrung ihres Bestandes im geografischen Sinne.[202] Nach herrschender Lehre und Praxis ist sie ein von der Gemeindeautonomie zu unterscheidendes verfassung-

---

196 BGE 93 I 154 E. 5 in fine, 160; 93 I 427 E. 3c, 432 f.; 95 I 33 E. 3, 37 f.; vgl. zu diesem Entscheid ZIMMERLI, Gemeindeautonomie, 267.

197 BGE 96 I 234 E. 2, 237 (rechtliches Gehör); 97 I 509 E. 1, 511 (Rechtsgleichheit); 98 Ia 427 E. 2 f., 431 ff. (rechtliches Gehör).

198 BGE 94 I 451 E. 4, 457.

199 Vgl. BGE 117 Ia 352 E. 4, 355 f.; 113 Ia 212 E. 3, 213 f.; 103 Ia 191 E. 3, 194 f.; DILL, Gemeindeautonomie, 89 m.H.

200 Vgl. etwa BGE 103 Ia 191 E. 3, 195.

201 MATTER, Gemeinden, 69; vgl. auch PFISTERER, Gemeinden, 160; HANGARTNER, Gemeindeautonomie, 525; JAGMETTI, Gemeinden, 344; SCHAFFHAUSER, Gemeindeorganisation, 65; ZIMMERLI, Gemeindeautonomie, 264; HUWYLER, Gemeindeorganisation Schwyz, 166; kritisch etwa DILL, Gemeindeautonomie, 18 f. und 89.

202 BGE 1P.235/1997, in: ZBl 1998, 423; BGE 104 Ia 381 E. 1, 387 f. m.H.; 56 I 327 E. 3, 331 f.; 47 I 214 E. 1, 217 f.; 27 I 324 E. 1, 328 f.; 17 622 E. 2, 628 ff.; 14 213 E. 2, 217 f.

smässiges Recht.[203] Während es sich bei der Gemeindeautonomie um die „in die Form subjektiver Rechte gekleideten Befugnisse der Gemeinde zur Ausübung öffentlicher Funktionen" handle, stehe „beim Recht der Gemeinde auf Existenz und auf Integrität ihres Gebiets «die Substanz einer Gemeinde als Rechtssubjekt» in Frage"[204]. Zahlreiche Kantonsverfassungen, welche klar zwischen Bestandes- und Autonomiegarantie unterschieden, untermauern diese Sichtweise.[205] Die Bestandesgarantie wird deshalb als „besondere Garantie zugunsten der Gemeinden"[206] charakterisiert. Immerhin wird ein Zusammenhang zwischen Gemeindeautonomie und Bestandesgarantie anerkannt: Der Bestand der Gemeinde sei eine Voraussetzung für die Autonomie.[207] Das Bundesgericht schützte die Bestandesgarantie ebenfalls schon früh als verfassungsmässiges Recht der Gemeinde. Diesen Schutz liess es auch den Gemeinden jener Kantone zukommen, deren Verfassung keine ausdrückliche Bestandesgarantie kannte: Es wäre, so die bundesgerichtliche Begründung, unverständlich, „wenn die Gemeinde sich wohl gegen die Missachtung der ihr gegenüber dem Staate vorbehaltene Freiheitssphäre zur Wehr setzen könnte, aber Verfassungsverletzungen, die ihr die Existenz oder das Gebiet, d.h. die Grundlagen und Voraussetzungen ihrer Autonomie, entziehen, hinnehmen müsste, ohne den Staatsgerichtshof anrufen zu können […]"[208].

C. Kein ungeschriebenes Verfassungsrecht

Das Bundesgericht und die überwiegende Mehrheit der Staatsrechtslehre betrachteten die Gemeindeautonomie unter Geltung der aBV als kantonales verfassungsmässiges Recht.[209] Dagegen argumentierte SALADIN, es sei „nicht einzusehen, warum die Ge-

---

203 BGE in ZBl 1998, 423; BGE 120 Ia 95 E. 1a, 97; 119 Ia 214 E. 1a, 216; 104 Ia 381 E. 1, 387; 94 I 351 E. 2, 354; 89 I 201 E. 1, 206 f.; GIACOMETTI, Staatsrecht, 73; GEIGER, Gemeindeautonomie, 133; JAGMETTI, Gemeinden, 342 f.; ZIMMERLI, Gemeindeautonomie, 258; ZAHNER, Gemeindevereinigungen, 19; REISER, Communes genevoises, 46 f.; a.M. jedoch BURCKHARDT, Kommentar aBV, 787.

204 GEIGER, Gemeindeautonomie, 133 m.H.; ähnlich GLAUS, Gemeindeautonomie, 50.

205 Vgl. z.B. §§ 45 u. 46 KV BL; Art. 110 Abs. 2 KV JU; Art. 45 u. 47 KV SO.

206 HANGARTNER, Gemeindeautonomie, 524.

207 Vgl. GLAUS, Gemeindeautonomie, 50 m.H.

208 BGE 89 I 201 E. 1, 207 m.H.; vgl. auch GLAUS, Gemeindeautonomie, 50 f.; MEYLAN, Autonomie communale, 90.

209 Vgl. etwa BGE 103 Ia 468 E. 4a, 474; 100 Ia 272 E. 5, 274: „Allerdings ist die Gemeindeautonomie eine Institution des kantonalen Rechts […]. Sie wird nicht auch durch die Bundesverfassung gewährleistet, so dass es dem eidgenössischen Gesetzgeber an sich nicht verwehrt ist, sie in den von ihm geregelten Rechtsgebieten auszuschliessen"; vgl. aus der Lehre GEIGER, Gemeindeautonomie, 126 f.; HANGARTNER, Gemeindeautonomie, 523; MEYLAN, Autonomie communale, 90; REISER, Communes genevoises, 36 f.; PFISTERER, Gemeinden, 51.

meindeautonomie nicht Verfassungsgrundsatz des Bundes sein soll, wo sie doch […] kapitales Strukturprinzip der schweizerischen Staatsordnung ist, ein Konstitutivum schweizerischer Demokratie, ein in der Geschichte ebenso verankerter wie heute noch lebendiger Leitgrundsatz“[210]. Das Bundesgericht umschreibe, was Gemeindeautonomie sei, bestimme die Möglichkeiten ihrer Verletzung und beantworte damit die Frage, „unter welchen Voraussetzungen – nicht: auf welchen Gebieten und in welchem Umfang! – die Gemeinden Autonomie geltend machen können“[211]. Die Gemeindeautonomie wie auch die Bestandesgarantie seien zum *ungeschriebenen Verfassungsgrundsatz des Bundes* geworden.

SALADIN ist insofern beizupflichten, als tatsächlich seit jeher in allen Kantonen selbständige Gemeinden bestehen und eine Vielzahl öffentlicher Aufgaben erledigen. Jede Kantonsverfassung garantiert die Gemeindeautonomie zumindest implizit, und das Bundesgericht umschreibt, was Gemeindeautonomie „ist“ und wann eine Autonomieverletzung vorliegt. Das Bundesgericht agierte jedoch unter Geltung der aBV als Hüter des *kantonalen* Verfassungsrechts, in seiner „traditionellen Rolle als «Lückenbüsser» einer fehlenden oder nur unvollständig ausgebauten kantonalen Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit“[212]. Die Gemeindeautonomie entwickelte sich zum gemeineidgenössischen Staatsrecht, doch das Bundesgericht betonte stets die Verortung der Gemeindeautonomie im kantonalen Verfassungsrecht.[213] Das gemeineidgenössische Autonomierecht wurde auf Grund und nach Massgabe der kantonalen Verfassungsgarantien entwickelt und wendete sich einzig gegen Hoheitsakte der Kantone. Es galt zudem nur *subsidiär*: Wo das kantonale Recht Originalitäten aufwies, musste das Bundesgericht sie berücksichtigen.[214] Die Gemeindeautonomie war also unter Geltung der aBV keine Garantie der Bundesverfassung.

---

210 SALADIN, Bund und Kantone, 502.

211 SALADIN, Bund und Kantone, 502; vgl. auch SALADIN, Kommentar zu Art. 3 aBV, Rz. 252 ff.

212 THÜRER, Bund und Gemeinden, 264.

213 Exemplarisch die folgende Anmerkung in einem BGE betreffend die ehemalige Ortsgemeinde Frasnacht TG: „Ob und inwieweit eine Gemeinde autonom ist, richtet sich […] gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ausschliesslich nach kantonalem Verfassungs- und Gesetzesrecht […]. Das kantonale Verfassungs- und Gesetzesrecht kann demnach darüber bestimmen, ob Gemeinden erhalten oder geschaffen werden und ob sie in einem bestimmten Bereich autonom sein sollen oder nicht“; BGE 1P.235/1997 E.4, in: ZBl 1998, 423; vgl. auch BGE 93 I 427 E. 3d, 434; 100 Ia 277 E. 4b, 283 f.; 114 Ia 80 E. 2b, 83; 119 Ia 285 E. 4b, 294 f.

214 Weil die Autonomieklauseln der Kantonsverfassungen meist allgemein gehalten waren und von der richterlichen Praxis erhebliche Vereinheitlichungstendenzen ausgingen, blieb die grundsätzlich subsidiäre Geltung des gemeineidgenössischen Autonomierechts in aller Regel ohne Folgen für die Praxis; vgl. ausführlich PFISTERER, Gemeinden, 55 ff.

VIII. Neue Rechtsgrundlagen

A. Bundesverfassung von 1999

Im Rahmen der langjährigen Diskussionen über eine Totalrevision der Bundesverfassung kam in der Staatsrechtslehre früh die Forderung auf, eine künftige Verfassung müsse „sichtbar machen, dass die Gemeinden «Glieder eines einzigen Gesamtorganismus»[215] und die Gemeindeautonomie eine der «Grundmaximen schweizerischer Staatspolitik»[216] darstellen“[217]. Auch die Gemeindeverbände und ihnen nahe stehende Parlamentsmitglieder forderten, eine neue Bundesverfassung müsse Bund, Kantone und Gemeinden als Partner des föderalistischen Gefüges anerkennen, die Gemeindeautonomie garantieren und Bund wie Kantone daran binden.[218] Die Kantone fürchteten dagegen einen Einbruch in ihre Organisationshoheit. So kam es nach einem langen Ringen um die Stellung der Gemeinden in der neuen Bundesverfassung vom 18. April 1999 zu einem Kompromiss, der als weiterer *Meilenstein für die schweizerische Gemeindeautonomie* bezeichnet werden kann. Mit dem neuen Gemeindeartikel wurde die Existenz und Bedeutung autonomer Gemeinden im Bundesstaat anerkannt und auch der Bund zur Rücksichtnahme auf die Gemeinden, Städte und Agglomerationen verpflichtet (vgl. Art. 50 BV). Sodann erhielt die Autonomiebeschwerde erstmals eine ausdrückliche Verfassungsgrundlage (Art. 189 Abs. 1 lit. e BV). Die rechtliche Tragweite des Gemeindeartikels wird als eher gering eingeschätzt (s. hinten, § 4.II). Seine Bedeutung wird primär darin erblickt, dass er die Bedeutung der Gemeinden und ihrer Autonomie unterstreiche und auf diese Weise die charakteristische Gliederung des Bundesstaates in Bund, Kantone und Gemeinden zur Geltung bringe.[219]

B. Föderalismusreform

Die Maxime der Verfassungsrevision war, die Verfassung sprachlich zu modernisieren, systematisch neu zu ordnen und sie der rechtlichen, politischen und gesellschaftlichen Verfassungswirklichkeit anzupassen.[220] In diesem Sinne wurde im Rahmen des Reformprozesses stets betont, mit der Verfassungrevision müsse auch eine Föderalis-

215 BURCKHARDT, Organisation, 162.
216 JAGMETTI, Gemeinden, 316.
217 THÜRER, Bund und Gemeinden, 300.
218 Vgl. KÄGI-DIENER, Zweck und Aufgaben, 526; s. hinten, Teil 3§ 11.IV.C.
219 I.d.S. etwa SEILER, Gemeinden, Rz. 3 und 7; RHINOW/SCHEFER, Verfassungsrecht, Rz. 642.
220 EHRENZELLER, Reformprozesse, Rz. 3.

musreform verbunden werden.[221] Die Verfassungsreform kann deshalb als *erste Etappe einer Föderalismusreform* gelten, in deren Rahmen der überlebte Kompetenzabgrenzungsföderalismus der aBV von einem die Partnerschaft der verschiedenen Staatsebenen betonenden Föderalismus abgelöst wurde.[222] Es war im Rahmen dieser ersten Reformetappe, dass die Gemeindeautonomie Eingang in die Bundesverfassung fand. Die Art. 50 und 189 Abs. 1 lit. e BV sind im Gesamtkontext der erneuerten partnerschaftlichen Bundesstaatlichkeit zu verstehen (s. hinten, Teil 3§ 12.III).

Die *zweite Etappe der Föderalismusreform* war die im Jahr 2004 von Volk und Ständen angenommene Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (NFA). Diese bezweckte die Stärkung von Bund und Kantonen in ihren jeweiligen Rollen, und zwar durch eine Aufgaben- und Finanzierungsentflechtung in Verbindung mit einem wirkungsvolleren und besser steuerbaren Finanzausgleich.[223] Es wurden indessen auch die Garantie der kantonalen Aufgaben- und Organisationsautonomie (Art. 47 Abs. 2 BV) sowie die interkantonale Zusammenarbeit (Art. 48a BV) gestärkt und wichtige föderalistische Grundsätze auf Verfassungsstufe verankert.[224] Aus Sicht der Gemeinden war die Verankerung des Subsidiaritätsprinzips in Art. 5a BV von Bedeutung. Die damit einhergende Ausdehnung des Subsidiaritätsprinzips auf das Verhältnis von Kantonen und Gemeinden verschafft dem Grundsatz der Gemeindeautonomie Nachachtung.[225] Die NFA veranlasste sodann eine grosse Mehrheit der Kantone, das entstandene Reformpotenzial für eine Neuordnung des Verhältnisses zwischen Kanton und Gemeinden zu nutzen. Die Kantone verpflichteten sich in Art. 3 IRV, die Grundsätze der Subsidiarität und der fiskalischen Äquivalenz (Art. 5a und 43a BV) auch im innerkantonalen Verhältnis zu beachten und passten ihre Finanzausgleichsverfahren den Vorgaben und Grundsätzen des Finanzausgleichs auf Bundesebene an. Die NFA wurde damit zum Referenzmodell für innerkantonale Finanz- und Lastenausgleichssysteme.[226]

---

221 Hinweise bei PFISTERER, Kompetenzverteilung, 728 ff.

222 Vgl. PFISTERER, Kompetenzverteilung, 729 f.

223 Vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht, Rz. 74a.

224 Vgl. EHRENZELLER, Föderalismus, 70 f.

225 Allerdings soll Art. 5a BV im Verhältnis von Kanton zur Gemeinde lediglich als nicht justiziable, staatspolitische Maxime gelten; vgl. Botschaft NFA I, 2339 u. 2458; Voten Bundesrat Kaspar Villiger, AB S 2002, 850 u. AB N 2003, 956 f.; s. hinten, Teil 3§ 12.VI.C.

226 Vgl. dazu insb. Art. 13 lit. g FiLAG; Art. 3 IRV; NFA Faktenblatt 12, 2 sowie den jüngst erschienen Bericht von ALFRED REY über die NFA als Impuls für Reformen in den Kantonen, NZZ vom 7. April 2010, 13.

C. Europäische Charta der Gemeindeautonomie

Die Europäische Charta der Gemeindeautonomie ist ein in der breiten Öffentlichkeit eher unbekannter völkerrechtlicher Vertrag. Dennoch wird sie von jenem Teil der Lehre, der die Charta zur Kenntnis nimmt, auf eine Stufe gestellt mit der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), der Europäischen Sozialcharta (ESC) sowie der Europäischen Kulturkonvention (EKK) und als „Vierter Pfeiler des Europarates" bezeichnet.[227] Wiewohl nicht von vergleichbar fundamentaler Bedeutung wie die Europäische Menschenrechtskonvention, nimmt die Gemeindeautonomiecharta im Strassburger Europa der Grundrechte und der Grundsätze eine wichtige Stellung ein. Die Charta beruht auf einer den Mitgliedstaaten gemeinsamen Überzeugung, dass die Gemeinden einer der Grundpfeiler jeder demokratischen Staatsform sind und dass die Stärkung der Gemeindeautonomie einen wichtigen Beitrag zum Aufbau eines Europa darstellt, das auf den Grundsätzen der Demokratie und der Dezentralisierung der Macht gründet (Präambel Charta). Aus dieser Zielsetzung heraus kodifiziert die Charta jene Grundsätze, die das den Rechtsordnungen aller Signatarstaaten gemeinsame Bild der autonomen Gemeinde prägen (Art. 2 bis 11 Charta).[228]

Die Schweiz ist der Europäischen Gemeindeautonomiecharta erst rund zwanzig Jahre nach deren Entstehung, im Jahre 2004 beigetreten; im Jahr 2005 trat die Charta in Kraft.[229] Der Chartabeitritt war nach der Aufnahme der Gemeindeautonomie in die Verfassung wenige Jahre zuvor ein *weiterer Meilenstein in der rechtlichen Entwicklung der Gemeindeautonomie*. Die Kantone hatten sich zuvor einem Chartabeitritt während Jahren widersetzt. Sie hatten befürchtet, ein solcher Schritt könnte einen gravierenden Eingriff in ihre Zuständigkeit zur Regelung des Gemeindewesens bewirken.[230] Die rechtliche Tragweite der Charta und die Bedeutung ihrer Rezeption in der schweizerische Rechtsordnung ist noch kaum geklärt. Der Chartabeitritt wirft Fragen auf, denen die Staatsrechtslehre bislang kaum Beachtung schenkte (s. hinten, § 4.V)

---

227 Vgl. SCHAFFARZIK, Handbuch, § 1 Rz 2; KNEMEYER, Entstehung der Charta, 123; RAUE, Europarat, 106.

228 Vgl. THÜRER, Charta, 224; s. hinten, Teil 2§ 5.

229 Die Ratifikationsurkunde wurde am 17. Februar 2005 hinterlegt. Am 1. Juni 2005 wurde die Charta in der AS veröffentlicht und trat an diesem Datum in Kraft; AS 2005 2391 ff.

230 Botschaft Charta, 88.

IX. Ergebnis

Die Selbständigkeit der Gemeinden ist eine Konstante in der Entwicklung des Bundesstaates und eine der zentralen gedanklichen Verbindungen zwischen der alten und der neuen Eidgenossenschaft. Die modernen Gemeinden haben allerdings wenig mit den Bürgergemeinden der alten Eidgenossenschaft gemeinsam. Die Gemeindeautonomie wuchs erst im Laufe des 19. Jahrhunderts mit dem demokratischen Gedanken zusammen. Die Helvetik darf für sich in Anspruch nehmen, mit der Munizipalgemeinde die Vorreiterin der modernen *politischen Gemeinde* geschaffen zu haben. Das grosse Verdienst der regenerierten Kantonsverfassungen war es, die alte Gemeindefreiheit in liberaler Form neu zu beleben. Dies war die Grundlage für die Entwicklung der selbständigen Gemeinden zu den Sockeln des schweizerischen Bundesstaates.

Die historische Perspektive zeigt, dass die Kantone nicht durchwegs aus einem freien Zusammenschluss von Gemeinden hervorgegangen sind.[231] Dennoch sind die Gemeinden historisch betrachtet meist älter als die Kantone,[232] wenn auch die verschiedenen Strukturen vielerorts parallel entstanden und die politischen Gemeinden und ihre Autonomie in ihrer modernen Ausprägung erst im Verlaufe des 19. Jahrhunderts entstanden sind.[233] Die Gemeinden sind *von alters her selbständige öffentlich-rechtliche Körperschaften*, die gemäss ihrer traditionellen Doppelfunktion einerseits vom Kanton als Dezentralisierungseinheit benützt werden, andererseits aber die ihnen geschichtlich zugewachsenen Aufgaben erfüllen und das Recht und die Pflicht haben, neue Gemeinschaftsaufgaben zu übernehmen und von sich aus zu erfüllen.

Wenn die öffentlichen Aufgaben der Gemeinden daher als ein Stück abgeleiteter Staatsgewalt[234] verstanden werden, so ist dieser Sicht mit Hinweis auf die geschichtliche Entwicklung zu widersprechen. Die Gemeinden wurden weder vom Bund noch von den Kantonen geschaffen, sondern von diesen stets als schon vorhanden vorausge-

---

231 Am Ehesten gilt dies für den Kanton Graubünden. Der *Freistaat der Drei Bünde* war ein Staatenbund, zusammengesetzt aus souveränen Gerichtsgemeinden. Auch das Wallis war eine auf den Gemeinden beruhende föderative Demokratie; vgl. KÖLZ, Verfassungsgeschichte I, 12; FETZ, Gemeindefusion, 13 m.H.; zur Entstehung der schweizerischen Eidgenossenschaft aus vormals „souveränen" Kantonen statt vieler SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 3 BV, Rz. 6 m.H.

232 Vgl. dazu THÜRER, Geschichtliche Entwicklung, 27 ff.; HANGARTNER, Staatsrecht I, 152.

233 Vgl. dazu JAGMETTI, Gemeinden, 361 f.; KURT EICHENBERGER, in: ZBJV 1968, 417.

234 I.d.S. etwa FLEINER/GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht, 37; GEIGER, Gemeindeautonomie, 3; GLAUS, Gemeindeautonomie, 8 m.H.

setzt: „Nur so ist es denkbar, dass Bestand und Autonomie der Gemeinde in der Verfassung garantiert werden können“[235].

Die Bedeutung der Gemeinden kam in der ersten BV von 1848 wie auch in der aBV von 1874, die beide einen dualistischen Bundesstaat konzipierten, nur zwischen den Zeilen zur Geltung. Das Bundesgericht qualifizierte die Gemeindeautonomie aber früh als kantonales verfassungsmässiges Recht und entwickelte im Laufe der Jahrzehnte ein *gemeineidgenössisches Autonomierecht*. Das Bundesgericht umschrieb, was Gemeindeautonomie „ist“, bestimmte die Möglichkeiten ihrer Verletzung und beantworte damit die Frage, „unter welchen Voraussetzungen – nicht: auf welchen Gebieten und in welchem Umfang! – die Gemeinden Autonomie geltend machen können“[236]. Diese schöpferische Rechtsprechung ist mit einer *gemeineidgenössischen Rechtsüberzeugung* von der Bedeutung der Gemeinden zu erklären.

Die neue Bundesverfassung gewährleistet die Gemeindeautonomie nach Massgabe des kantonalen Rechts (Art. 50 Abs. 1 BV). Die Europäische Charta der Gemeindeautonomie verankert diverse Grundsätze des Gemeinderechts. Nach dem herkömmlichen Verständnis der Gemeindeautonomie haben diese in jüngerer Vergangenheit in Kraft getretenen neuen rechtlichen Grundlagen an der Konzeption der schweizerischen Gemeindeautonomie wenig geändert. Die Dreistufigkeit des Bundesstaates wird als von den Kantonen geschaffenes Charakteristikum des Bundesstaates betrachtet, das die neue Bundesverfassung nun widerspiegle. Die Gemeindeautonomie gilt als Figur des kantonalen Rechts, welche, obwohl kantonal garantiert und definiert, den Schutz des Bundesgerichts geniesse (Art. 189 Abs. 1 lit. e BV).

235 MATTER, Gemeinde, 37; vgl. etwa den § 82 der KV GL 1836: „Jedem Tagwen, jeder Dorfschaft, jeder Kirch- und Schulgemeinde steht, wie bis anhin, das Recht zu, ihre innern Angelegenheiten innerhalb der Verfassungs- und gesetzmässigen Schranken selbstständig zu besorgen und zu verwalten, und ihre Verwalter und Angestellten zu erwählen.“ Diese Bestimmung lässt sich nur vom hier vertretenen Standpunkt aus verstehen. Ähnlich zu Art. 80 der alten waadtländischen Staatsverfassung MATTER, Gemeinde, 37 Fn. 14.

236 SALADIN, Bund und Kantone, 502.

§ 3. Die Bedeutung selbständiger Gemeinden

I. Vorbemerkung

Das folgende Kapitel über die Bedeutung selbständiger Gemeinden zeigt den Konnex zwischen der Gemeindeautonomie und dem föderalistischen Prinzip (II, III) und die Funktionen der Gemeindeautonomie (IV). Danach wird der Wandel aufgezeigt, in dem sich die Gemeinden befinden (V). Der folgende Abschnitt widmet sich den aktuellen Problemen und den Gefahren der Gemeindeautonomie (VI). Eine Würdigung der Bedeutung der Gemeindeautonomie im Bundesstaat rundet dieses Kapitel ab (VII). Die folgenden Darlegungen sollen ein Grundverständnis für die Bedeutung selbständiger Gemeinden im modernen Staat ermöglichen. Sie sind eine *Auslegungs- und Konkretisierungshilfe* für die spätere Lösung der spezifisch juristischen Fragestellungen.[237]

II. Staat, Einheit und Vielfalt

Die Bundesverfassung ist die *rechtliche Grundordnung des schweizerischen Bundesstaates*.[238] Der Staat wird nach der klassischen Drei-Elementen Lehre umschrieben als „der mit höchster Herrschaftsgewalt ausgestattete Verband eines Volkes auf einem bestimmten Gebiet“[239]. Diese Umschreibung wird als inhaltsleer und statisch kritisiert.[240] In der Tat scheint ein Denkmodell, welches den Staat als herrschaftliches Gebilde betrachtet, das als *eine* über den Dingen stehende Macht den Rechtsunterworfenen gegenübertritt, und das mit dieser Konzeption einhergehende Trennungsdenken (hier der Staat als „der sterbliche Gott“ [HOBBES], dort der „gesellschaftliche“ Bereich des Menschen) der hiesigen Tradition fern.[241] In der schweizerischen Staatsrechtslehre wird oft darauf hingewiesen, der Staat sei nicht ein abstraktes, in sich ruhendes und der Gesellschaft gegenübergestelltes Wesen,[242] sondern eine menschliche Wirklichkeit, „ein ständig zu verwirklichender und fortzuentwickelnder Verantwortungszusammenhang zur Befriedung, zum Schutz und zur Förderung der Daseinsbedingungen der in ihm zusammengeschlossenen Menschen“[243]. Der Staat ist eine rechtlich organi-

---

237 PFISTERER, Gemeindeautonomie, 29.

238 Vgl. statt vieler HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht, 17 ff.; WERNER KÄGI, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, Zürich 1945.

239 HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht, Rz. 930.

240 Vgl. z.B. die ausführliche Kritik von SALADIN, Staaten, 16 ff.

241 Vgl. dazu BÄUMLIN, Rechtsstaatsgedanke, 82 ff.

242 I.d.S. schon SIMON KAISER, Schweizerisches Staatsrecht II, St. Gallen 1859, 80 ff.; vgl. aus der modernen Lehre etwa HANGARTNER, St. Galler Kommentar zu Art. 5 BV, Rz. 32.

243 BÄUMLIN, Rechtsstaatsgedanke, 90.

sierte Entscheidungs- und Wirkungseinheit vergesellschafteter Menschen.[244] Die Eidgenossenschaft ist eine *differenzierte, pluralistische Demokratie*, deren staatliche Einheit eine den Rechtsgenossen ständig gestellte Aufgabe ist. Die staatliche Einheit ist ein Ziel staatlichen Handelns, sie ist aus der Vielfalt immer erst herzustellen. Nur ein solches Verständnis vermag die Verhältnisse im föderalistischen Staat mit seinen verschiedenen staatlichen Körperschaften überhaupt erst zu erfassen: „Der Staat *soll* eine Sinneinheit verwirklichen; das ist ein Postulat und nicht eine Gegebenheit“[245].

Die schweizerische Eidgenossenschaft ist ein *föderalistischer Staat*. Föderalismus (von lat. foedus: Bündnis, Vertrag)[246] bezeichnet als politisches Grundprinzip die freie Einigung von differenzierten und eigenständigen Gesamtheiten, die zu gemeinschaftlichem Zusammenwirken verbunden werden sollen. Föderalismus fordert substantielle Autonomie der kleineren Gebietskörperschaften, verlangt partnerschaftliches Zusammenwirken der Staatsebenen und widersetzt sich überbordender Zentralisierung der Macht. Die verschiedenen „Völker“, Sprachen, Kulturen, Religionsgemeinschaften und Mentalitäten sollen „in gegenseitiger Rücksichtnahme und Achtung ihre Vielfalt in der Einheit“ (Präambel BV) leben können.[247] Die föderalistische Vielfalt soll zu einem sinnstiftenden Ganzen verbunden werden. Diese Einheit ist im partnerschaftlichen Zusammenwirken der verschiedenen staatlichen Ebenen herzustellen. Dass der Staat eine Sinneinheit verwirklichen soll, ist ein Postulat; so auch der Föderalismus, der fordert, das staatliche Leben solle sich soweit möglich in kleineren, relativ selbständigen Körperschaften vollziehen.[248]

III. Gemeindeautonomie als föderalistisches Prinzip

Föderalismus ist ein politisches Grundprinzip, das eine *substantielle Autonomie* der kleineren Gebietskörperschaften und ein partnerschaftliches Zusammenwirken der verschiedenen Staatsebenen fordert. Das föderalistische Prinzip ist gerade in multikulturellen Staaten wie der Schweiz geeignet, die vielfältigen politischen und gesellschaftlichen Kräfte zu integrieren und ein friedliches Zusammenleben zu gewährleis-

244 TSCHANNEN, Staatsrecht, § 1 Rz. 6 m.H. auf die Begriffsumschreibung von HERMANN HELLER, Staatslehre, Leiden 1934, 228 ff.

245 MATTER, Gemeinden, 2 u. 36 m.H. auf BÄUMLIN, Rechtsstaatsgedanke, 83 ff.

246 SCHWEIZER/ZELGER, Föderalismus, Kap. 1.

247 Vgl. FLEINER/MISIC, Föderalismus, Rz. 7; RHINOW/SCHEFER, Verfassungsrecht, Rz. 567 ff.; HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Staatsrecht, 154; HESSE, Verfassungsrecht, § 7 Rz. 219. Das in der Präambel formulierte Toleranzgebot ist umfassend auf die gesamte Bevölkerung bezogen; vgl. EHRENZELLER, St. Galler Kommentar zur Präambel BV, Rz. 25.

248 Vgl. MATTER, Gemeinden, 36 f.

ten. Diese Wirkung resultiert primär aus einem bedeutsamen Zusammenhang zum demokratischen Gedanken. Föderalismus schafft überschaubare Lebens- und Funktionsbereiche und verbessert so die Möglichkeiten demokratischer Teilnahme.[249] Die Aufgliederung der Demokratie in Kantone und Gemeinden ist nach schweizerischem ständnis eine Voraussetzung für eine möglichst weitgehende Verwirklichung von Demokratie und Freiheit: Je kleiner die Gruppe, desto grösser ist die Selbstbestimmungsmöglichkeit der Bürgerinnen und Bürger.[250]

Weil die direkte Demokratie in Kantonen und Gemeinden besonders ausgeprägt verwirklicht ist, sind Föderalismus und Demokratie im schweizerischen Staatsverständnis untrennbar miteinander verbunden.[251] Wie der Bund dank den Kantonen, werden die Kantone dank den Gemeinden vielfältiger, bürgernäher und demokratischer.[252] Das föderalistische Prinzip verlangt einen möglichst grossen Gestaltungsspielraum für die direkte Demokratie in den kleineren, überschaubaren Räumen der Gemeinden. Die Gemeindeautonomie erweist sich als Folge ihrer eminenten Bedeutung für die direkte Demokratie als wichtige Komponente der schweizerischen Staatsidee.[253] Die Gemeindeautonomie ist ein föderalistisches Prinzip. Der schweizerische Föderalismus umfasst auch die Gemeinden. Dies erscheint seit Inkrafttreten der neuen Bundesverfassung, welche die Bedeutung selbständiger Gemeinden im Bundesstaat anerkennt (Art. 50 BV), als selbstverständlich. Zuvor wurde der Föderalismus vielfach gleichsam auf einen „Kantonalismus“ reduziert.[254] Die Gemeindeautonomie wurde indessen schon in der älteren Staatsrechtslehre als „bedeutsame Stärkung des föderativen Prinzips“[255], als „selbständiges Element des schweizerischen Föderalismus“[256] oder gar als „Wesensmerkmal des schweizerischen Staatsverständnisses“[257] bezeichnet.

---

249 HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Staatsrecht, 156 f.

250 Vgl. FLEINER/MISIC, Föderalismus, Rz. 13; MATTER, Gemeinde, 36 f.

251 EHRENZELLER, Föderalismus und Demokratie, 68.

252 Vgl. HANGARTNER, Gemeindeautonomie, 521.

253 Vgl. zum spezifisch schweizerischen Staatsverständnis etwa RIKLIN, Staatsverständnis, 259 f.

254 Vgl. die Kritik bei DIETRICH SCHINDLER, Das Zusammenwirken zwischen Bundesverwaltung und kantonalen Verwaltungen, Jahrbuch der Schweizerischen Vereinigung für politische Wissenschaft 4, Lausanne 1964, 62.

255 IMBODEN, Föderalismus, 220.

256 MATTER, Gemeinde, 34.

257 THÜRER, Bund und Gemeinden, 300.

IV. Funktionen der Gemeindeautonomie

Die Gemeindeautonomie ist ein *föderalistisches Prinzip.* Sie festigt, wie IMBODEN betonte, „das Bollwerk gegen die dem Bundesstaat gefährliche centralisation administrative".[258] Im Folgenden wird auf ihre verschiedenen *Funktionen* eingegangen. Dabei wird zwischen der System- und der Individualebene differenziert und jeweils der *Idealfall* skizziert, nämlich dass die Gemeindeautonomie ihre Funktionen erfüllt (was nicht selbstverständlich ist). Auf die Probleme und Gefahren, die mit der Gemeindeautonomie verbunden sind, wird erst anschliessend eingegangen (s. hinten, VI.).

A. Systemebene

1. Demokratische Funktion

Die Gemeindeautonomie erschafft und beschützt jenen Gestaltungsspielraum, den die lokale Demokratie benötigt. Dieser *demokratischen Funktion* der Gemeindeautonomie wird traditionell eine grosse Bedeutung beigemessen.[259] Wenn in der Präambel der Europäischen Gemeindeautonomiecharta die Gemeinden als „einer der Grundpfeiler jeder demokratischen Staatsform" bezeichnet werden, so zeigt dies eindrücklich auf, wie sehr selbständige Gemeinden als notwendiger Bestandteil einer echten und funktionierenden Demokratie empfunden werden. Die Gemeinde soll ein Ort eigenständiger demokratischer Entscheidfindung, die staatliche Machtausübung auch auf örtlicher Ebene demokratisch legitimiert sein. Gemeindeautonomie lässt Raum für örtlich besondere Wertungen und eigenständige Problemlösungen und schafft Gestaltungsspielraum für eine Vielzahl lokaler demokratischer Entscheidungsträger.[260]

Bei der Betonung der demokratischen Funktion der Gemeindeautonomie wird oftmals das Ideal der *besseren Demokratie im kleinen Raum* angerufen. Es handelt sich um eine traditionsreiche schweizerische politische Grundüberzeugung,[261] die auch der Europäischen Gemeindeautonomiecharta zugrunde liegt und in der politischen Ideengeschichte über Jahrhunderte zurückverfolgt werden kann.[262] Die Bürgerinnen können in ihrer vertrauten Umgebung unmittelbar am demokratischen Willensbildungsprozess

---

258 IMBODEN, Föderalismus, 220.

259 Vgl. PFISTERER, Gemeinden, 32; SEILER, Gemeinden, Rz. 44.

260 Vgl. PFISTERER, Gemeinden, 33.

261 Vgl. nur KÄGI, Freiheit, 68; LIVER, Freiheit, 48 ff.; PFISTERER, Gemeinden, 34.

262 I.d.S. bereits ARISTOTELES, Politik, 7. Buch 4, 304; vgl. sodann statt vieler nur ROUSSEAU, Gesellschaftsvertrag, 73; TOCQUEVILLE, Demokratie, 51 f.; BURCKHARDT, Weltgeschichtliche Betrachtungen, 81 f.

teilnehmen und ihre Ansichten mit Orts- und Sachkenntnis in die politische Diskussion einbringen. Die Problemstellungen sind regelmässig weniger komplex als jene auf Bundesebene oder im Kanton, sie betreffen die Bürger dagegen direkter und die Handlungsalternativen sowie ihre Auswirkungen sind besser erkennbar.[263]

Die Gemeindeautonomie ermöglicht und schützt die demokratische Teilhabe der Menschen an den lokalen öffentlichen Angelegenheiten. Erst dadurch können die Gemeinden ihre traditionelle Rolle als *„staatsbürgerlich-demokratische Pflanzstätten"*[264] wahrnehmen. Im kleinen Raum der Gemeinde soll die Basis des Engagements der Bürger für das öffentliche Wohl gelegt werden. Hier sollen sie erfahren, dass sie durch die Teilhabe an den öffentlichen Angelegenheiten etwas bewirken können, und verstehen, dass sie eine Mitverantwortung für das Gemeinwohl tragen. Die Gemeinden leisten insofern einen wichtigen Beitrag in der politischen Sozialisation.[265] Nicht nur die Stimmbürgerinnen, auch ihre Repräsentanten gehen durch die Schule der lokalen Demokratie. Nach wie vor beginnen viele politische Karrieren in der Gemeinde, nach wie vor wird die politische Erfahrung auf der untersten staatlichen Ebene gesammelt.

2. Rechtsstaatliche Funktion

Wenn ein bedeutender Teil der öffentlichen Angelegenheiten von selbständigen Gemeinden erledigt wird, bewirkt dies eine *vertikale Machtteilung*. Die Gemeindeautonomie hemmt die Macht von Bund und Kantonen. Sie kann deshalb als „Voraussetzung für den Bestand und die Entfaltung der sich in der Rechtsstaatsidee verkörpernden Werte"[266] bezeichnet werden. Wie der Föderalismus allgemein, errichtet die Gemeindeautonomie eine *„Schranke gegen die Staatsallmacht"*[267]. Sie erweitert die horizontale Gewaltenteilung in die Vertikale und dient demnach ebenfalls dazu, ein Gleichgewicht zwischen verschiedenen, relativ selbständigen und doch voneinander abhängigen Instanzen herzustellen.[268]

---

263 Vgl. PFISTERER, Gemeinden, 35 f.; JAGMETTI, Gemeinden, 367 f.

264 EICHENBERGER, Gemeinde, 39.

265 Vgl. BÜTZER, Direkte Demokratie, 20; TOCQUEVILLE, Demokratie, 245; KNEMEYER, Gemeindefreiheit, 293; EICHENBERGER, Gemeinde, 39; HÄBERLE, Selbstverwaltungsgarantie, 312.

266 IMBODEN, Gemeindeautonomie, 95; vgl. auch RIKLIN, Machtteilung, 420, der die Gemeinden als Element der vertikalen Gewaltenteilung hervorhebt.

267 FLEINER/GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht, 32.

268 Vgl. MATTER, Legitimation, 35 m.H.; KÄGI, Freiheit, 56; EICHENBERGER, Gemeinde, 42; PFISTERER, Gemeinden, 38 f.

TOCQUEVILLE betonte die Bedeutung der Gemeindeautonomie für den Rechtsstaat mit folgenden Worten:

> „Wie gefesselt die nationale Mehrheit […] durch ihre Leidenschaften sein mag, […] sie vermag doch nicht zu erreichen, dass sich alle Bürger allerorten auf die gleiche Weise und im gleichen Augenblick ihren Wünschen beugen. Wenn die sie repräsentierende Zentralregierung souverän angeordnet hat, muss sie die Vollziehung ihres Befehls Beamten übertragen, die oft von ihr ganz unabhängig sind und die sie nicht in jedem Augenblick lenken kann. Die verwaltenden Körperschaften der Gemeinden […] bilden daher entsprechend viele versteckte Klippen, die die Brandung des Volkswillens aufhalten oder spalten. Würde das Gesetz Unterdrückung üben, so könnte doch die Freiheit in der Art, wie man es vollzieht, noch eine Zuflucht finden; die Mehrheit kann nicht in die Einzelheiten und die, wenn ich den Ausdruck wagen darf, Kindereien der Verwaltungstyrannei hinabsteigen.“[269]

Der Einbezug der untersten staatlichen Einheit in den Vollzug der Gesetzgebung von Bund und Kantonen ermöglicht, dass Rechtsanwendung und Rechtsdurchsetzung einzelfallgerecht und den örtlichen Verhältnissen angepasst geschehen können. Der Staat erhält in den lokalen Behörden ein bekanntes und nahes Gesicht. Diese „Vermenschlichung“ des Vollzugs soll ein Gefühl des Vertrauens schaffen und die Akzeptanz der übergeordneten Gesetzgebung erhöhen.[270]

3. Wirtschaftliche Funktion

Die Gemeindeautonomie soll eine *zugleich wirkungsvolle und bürgernahe Aufgabenerfüllung* ermöglichen.[271] Die dezentrale Aufgabenerfüllung durch lokale Gebietskörperschaften wird als Garantin für gute und effiziente öffentliche Dienstleistungen angesehen. Gemäss dieser Idealvorstellung zwingen die kleinräumigen Verhältnisse die Gemeinden dazu, effektiv – d.h. gut auf die Präferenzen der Einwohner ausgerichtet – und effizient – d.h. kostengünstig und innovativ – zu arbeiten. Die räumliche und persönelle Nähe der Steuerzahler, ihr direktes Feedback und ihre demokratischen Mitwirkungsrechte verpflichten die Gemeinden, auf Bürgernähe zu achten und möglichst unbürokratisch zu agieren. Lokale Aufgaben können sachnah wahrgenommen, die örtli-

---

269 TOCQUEVILLE, Demokratie, 161; TOCQUEVILLE betrachtete diese machthemmende Funktion der Gemeindeautonomie als zentrales Mittel der Mässigung der „Tyrannei der Mehrheit“. In einer Demokratie ohne Verwaltungsdezentralisation würde „der Despotismus unerträglicher werden als in irgendeiner der absoluten Monarchien Europas“.

270 Vgl. EICHENBERGER, Gemeinde, 42; IMBODEN, Gemeindeautonomie, 95; KÄGI, Freiheit, 67; GASSER, Gemeindefreiheit, 18 ff.

271 I.d.S. ausdrücklich die Präambel der Charta; vgl. auch PFISTERER, Gemeinden, 39 f.

chen Interessen und Verhältnisse berücksichtigt werden. Wenn besondere Orts- und Personenkenntnisse vonnöten sind (wie etwa bei der Sozialhilfe) oder schnelles Handeln in Ausnahmesituationen verlangt ist (wie etwa bei der Feuerwehr), erscheinen die Gemeinden als prädestinierte Aufgabenträger.[272] Die finanzielle Selbständigkeit der Gemeinden und der daraus resultierende Steuerwettbewerb soll die Gemeinden ebenfalls zu effektiver und effizienter Aufgabenerfüllung veranlassen.[273]

Der Gemeindeautonomie kommt eine wichtige Funktion als Garantin des nötigen *Gestaltungsspielraums für innovative Problemlösungen* zu. Die Gemeinden werden regelmässig als Erste mit neuen sozio-kulturellen, demographischen und ökonomischen Entwicklungen konfrontiert. Wenn neue Armutsformen entstehen, wenn die Integration der ausländischen Bevölkerung Schwierigkeiten bietet, wenn die Jugendgewalt zunimmt, sind es stets die Gemeinden, die sich auf die Suche nach Lösungen begeben.[274] Auf diese Weise werden die Gemeinden zu Versuchslabors für innovative Problemlösungen.[275] Wenn sich Lösungen in Pioniergemeinden bewährt haben, können sie von anderen Gemeinden, vom Kanton oder gar vom Bund übernommen werden. Ein typisches Beispiel für einen solchen Ablauf ist die Drogenpolitik des Bundes mit den vier Säulen Prävention, Therapie, Schadensminderung und Repression, die als Antwort auf die wachsenden Drogenprobleme der Neunzigerjahre insbesondere in den grösseren Städten entwickelt wurde und heute eine breit akzeptierte Gesamtstrategie bildet.[276]

4. Friedenserhaltende Funktion

Die Gemeindeautonomie dient der *demokratischen Stabilität* der übergeordneten staatlichen Einheiten. Als „einer der Grundpfeiler jeder demokratischen Staatsform" (Präambel Charta) tragen die kleinen Gemeinden die Demokratie im Grossen des Staates mit. Es ist dieser Gedanke der friedenserhaltenden Wirkung der Gemeindeautonomie, der den Basler Historiker ADOLF GASSER, den Wegbereiter der Charta, zeit seines Lebens antrieb. GASSERS berühmtes Werk zur Gemeindeautonomie, dessen erste

---

272 Vgl. KÄGI-DIENER, Gemeinden im Wandel, 187; PFISTERER, Gemeinden, 39; KNEMEYER, Gemeindefreiheit, 238.

273 Vgl. FREY, Steuerwettbewerb, 115 f.; LINDER, Schweizerische Demokratie, 193.

274 Vgl. GESER, Gemeinden, 464 f.

275 So beschloss beispielsweise die Bürgerschaft der Gemeinde Niederhelfenschwil SG am 24. März 2010, eine Abbruchprämie für alte Häuser einzuführen. Diese Idee löste in den regionalen und landesweiten Medien ein grosses Echo aus. Es wäre für den schweizerischen Föderalismus typisch, wenn die Idee der Abbruchprämie – falls sie sich in Niederhelfenschwil bewährt – in Zukunft von anderen Gemeinden oder auch von Kantonen übernommen wird.

276 Vgl. dazu GESER, Gemeinden, 464 f.; BBl 2006 8573 ff.

Auflage mitten im zweiten Weltkrieg erschien, trägt den Titel „Gemeindefreiheit als Rettung Europas“. In dieser Schrift vertritt GASSER mit einem gewissen Pathos die massgeblich von TOCQUEVILLE beeinflusste These, die Demokratie besitze „nur dort im grossen Raume gesunde Entfaltungsmöglichkeiten, wo sie im kleinen Raume täglich praktisch ausgeübt und verwirklicht“[277] werde. Im Einklang mit den Thesen dieser beiden „Klassiker der Gemeindeautonomie“ anerkennt denn auch die moderne Demokratietheorie tief verwurzelte liberal-konstitutionelle Traditionen wie etwa die Gemeindeautonomie als einer der Grundpfeiler einer stabilen Demokratie.[278]

B. Individualebene

Der Gemeindeautonomie kommt, wie dargelegt, eine erhebliche Systemrelevanz zu. Sie erfüllt wichtige demokratische, rechtsstaatliche und wirtschaftliche Funktionen. Von Interesse sind indessen auch die Auswirkungen der Gemeindeautonomie auf den einzelnen Menschen. An erster Stelle wird diesbezüglich in der Regel die *freiheitliche Funktion* der Gemeindeautonomie genannt.[279]

1. Politische Freiheit

Die Bedeutung der Gemeindeautonomie für die Freiheit der Menschen wird von TOCQUEVILLE besonders betont:

> „Und doch ruht die Kraft der freien Völker in der Gemeinde. Die Gemeindeinstitutionen sind für die Freiheit, was die Volksschulen für die Wissenschaften sind; sie machen sie dem Volke zugänglich; sie wecken in ihm den Geschmack an ihrem friedlichen Gebrauch und gewöhnen es daran. Ohne Gemeindeinstitutionen kann sich ein Volk eine freie Regierung geben, aber den Geist der Freiheit besitzt es nicht.“[280]

---

277 GASSER, Gemeindefreiheit, 11. Gleich zu Beginn seines Werks zitiert GASSER die folgenden Worte von TOCQUEVILLE: „Sans institutions communales une nation peut se donner un gouvernement libre, mais elle n’a pas l’esprit de la liberté. Des passions passagères, des intérêts d’un moment, le hasard des circonstances peuvent lui donner les formes extérieures de l’indépendance; mais le despotisme refoulé dans l’intérieur du corps social reparaît tôt ou tard à la surface.“

278 Statt vieler SCHMIDT, Demokratietheorien, 450 f. Allerdings ist festzuhalten, dass es sich bei der Gemeindeautonomie um *einen Faktor* handelt, welcher die Wahrscheinlichkeit einer funktionsfähigen Demokratie erhöht. Die moderne Demokratietheorie nennt zahlreiche weitere wichtige Elemente einer stabilen Demokratie (so z.B. eine wirtschaftlich einigermassen entwickelte Gesellschaft, kulturell verankerte Werschätzung individueller Freiheit, Barrieren gegen Einparteiendominanz und regelmässige Regierungswechsel).

279 Vgl. KÄGI, Freiheit, 66 ff.; IMBODEN, Gemeindeautonomie, 356; PFISTERER, Gemeinden, 31.

280 TOCQUEVILLE, Demokratie, 52.

TOCQUEVILLE spricht nicht von der abwehrenden „Freiheit vom Staat", sondern von der *politischen Freiheit* als Freiheit zur Mitgestaltung der öffentlichen Angelegenheiten. Dieses Freiheitsverständnis ist in der schweizerischen politischen Tradition sehr gut verankert. Der in der autonomen Gemeinde existierende Gestaltungsspielraum ermöglicht die demokratische Teilhabe der Bürgerinnen an den lokalen öffentlichen Angelegenheiten. Die Gemeindebürger können ihre lokalen Angelegenheiten in Freiheit gemeinsam und demokratisch regeln. Diese „Schule der Demokratie" soll sie befähigen, von ihrer politischen Freiheit auch im Rahmen der grösseren staatlichen Einheiten vernünftigen Gebrauch zu machen.

2. Persönliche Freiheit

Der Gemeindeautonomie sind auch positive Wirkungen hinsichtlich der persönlichen Freiheit im Sinne der *Persönlichkeitsentfaltung* der Menschen zuzusprechen. Die Gemeindeautonomie hemmt die Macht von Bund und Kantonen und führt im Idealfall zu einer Rechtsanwendung, die Härtefälle vermeidet, örtliche Besonderheiten berücksichtigt und einzelfalladäquate Lösungen sucht. Wenn die finanzielle Autonomie der Gemeinden sodann den Steuerwettbewerb ermöglicht, dies die Gemeinden zu effektiver und effizienter Leistungserbringung zwingt und dadurch die Steuerbelastung in vernünftigem Rahmen gehalten wird, begünstigt dies tendenziell ebenfalls die individuelle Freiheit der Menschen.[281] Die tatsächliche „Freiheitssteigerung" ist kaum messbar. Von Bedeutung sind viel eher die Auswirkungen einer substantiellen Gemeindeautonomie auf das individuelle *Freiheitsempfinden* der Menschen: „Der Bürger fühlt sich freier, wenn er dem Träger öffentlicher Gewalt zu gehorchen hat, der sein Gemeindegenosse ist, den er kennt und an dessen Wahl in der Gemeinde er sich selber beteiligt hat. Wird das staatliche Gebot in die Anordnung des Selbstverwaltungsorgans umgesetzt, verliert es viel von der Schärfe des obrigkeitlichen Befehls, namentlich wenn seine Anwendung mit einer gewissen Ermessensfreiheit gestattet ist"[282].

3. Identitätsstiftende Funktion

In der Gemeinde manifestiert sich Staatlichkeit im Alltag. Hier interagiert die Bevölkerung auf verschiedenste Weise, hier treffen sich die Menschen bei der gemeinsamen Regelung der örtlichen Angelegenheiten.[283] Wenn der gemeindlichen Demokratie ein

---

281 Vgl. FREY, Steuerwettbewerb, 115; dies gilt jedenfalls dann, solange der Steuerwettbewerb nicht zu einem unreflektierten und schädlichen „Race to the Bottom" verkommt.

282 LIVER, Gemeinderecht, 40 f.; i.d.S. EICHENBERGER, Gemeinde, 42; PFISTERER, Gemeinden, 37.

283 Vgl. KÄGI-DIENER, Gemeinden im Wandel, 190.

substantieller Gestaltungsspielraum gewährt wird, schafft dies Möglichkeiten, dass sich die Bürger mit ihrer Gemeinde identifizieren. Eine herausragende Rolle spielen dabei das traditionelle Milizsystem und die direkte Gemeindedemokratie, welche beide der Individualisierung und der Entfremdung der Bürgerinnen vom Staat gemeinschaftsbezogene Konzepte entgegensetzen. Die Gemeindeautonomie fördert das Verantwortungsbewusstsein der Menschen und vermittelt ein Gefühl der Zusammengehörigkeit. Die Identifikation mit einer selbständigen Gemeinde verstärkt letztlich auch die Identifikation mit dem Bundesstaat.

V. Die Gemeinden im Wandel

Dass die Gemeindeautonomie die skizzierten Funktionen vollumfänglich erfüllt, ist nicht anzunehmen. Die Zeiten ändern sich, die Gesellschaft wandelt sich, und damit auch die Rolle und Bedeutung der selbständigen Gemeinden. Was TOCQUEVILLE im 19. Jahrhundert schrieb, passt für die modernen Gemeinden nicht mehr uneingeschränkt. Der Wandel der schweizerischen Gemeindelandschaft manifestiert sich am offensichtlichsten in der stark sinkenden Gemeindezahl. Bis gegen Ende des 20. Jahrhunderts gab es in der Schweiz stets etwas mehr als 3000 Gemeinden.[284] Zu Beginn der 90er Jahre setzte eine Trendwende ein, und am 1. Januar 2010 bestanden in der Schweiz „lediglich" noch 2596 Gemeinden.[285] Die schweizerischen Gemeinden sind im internationalen Vergleich immer noch sehr klein. Die Grösse der Gemeinden variiert erheblich: Während in der Stadt Zürich ungefähr 350'000 Menschen leben, gibt es weiterhin rund 800 Kleinstgemeinden mit höchstens 500 Einwohnern.[286] Es zeichnet sich jedoch ein klarer Gemeindefusionstrend ab.[287]

Die modernen Gemeinden sind keine *isolierte Schicksalsgemeinschaft* mehr, in der die Menschen wohnen und arbeiten, aufeinander angewiesen sind und die lokalen Angelegenheiten unabhängig von Nachbarn und übergeordneten staatlichen Einheiten wahrnehmen. In der individualisierten Dienstleistungsgesellschaft des 21. Jahrhunderts sind die Gemeinden für viele zu *steuerfinanzierten Dienstleistungsorganisationen* gewor-

---

284 Die Zahl der Gemeinden sank von 3203 bei der Gründung des Bundesstaates im Jahr 1848 bis ins Jahr 1994 lediglich um 182 auf 3021 Gemeinden, d.h. um weniger als sechs Prozent; vgl. GESER, Gemeinden, 426; HORBER-PAPAZIAN, Communes, 251.

285 Vgl. im Internet: http://www.portal-stat.admin.ch/gde-tool/core/xshared/gewo.php?lng=de-de (Stand 10. März 2010).

286 Vgl. HORBER-PAPAZIAN, Communes, 235 f.; KÄGI-DIENER, Gemeinden im Wandel, 187 m.H. Die Zahl dieser Klein- und Kleinstgemeinden nimmt jedoch stetig ab; s. hinten, Teil 4§ 19.II

287 Vgl. dazu KÄGI-DIENER, Gemeinden im Wandel, 188; STEINER, Zusammenarbeit, 176.

den. [288] Dies ist ein Abbild des gesellschaftlichen Wandels. Das mitgestaltende Leben in der Gemeinde hat für breite Schichten der Bevölkerung an Bedeutung verloren. Die zunehmende Mobilität, das Auseinanderfallen von Wohn- und Arbeitsort, die Erosion der Grenzen im ökonomischen und kommunikativen Leben machen die Gemeinde zum staatlichen Gemeinwesen wie andere auch.[289] Man zahlt Steuern und erwartet von der Gemeinde, dass sie professionelle Leistungen in gleicher Qualität erbringt wie die privaten Unternehmungen. Sie soll Strassen bauen, sauberes Wasser liefern, die Kultur fördern, die Umwelt schützen, den Abfall entsorgen, eine gute Schule betreiben, Hilfe in der Not leisten – sie soll schlicht ein lebenswertes Leben ermöglichen.[290] Gleichzeitig sinkt die Bereitschaft, sich ehrenamtlich zu engagieren. Dies ist eines der wichtigsten Probleme der modernen Gemeinden, wobei der frühere Präsident des Schweizerischen Gemeindeverbands ULRICH ISCH dazu Folgendes anmerkt: „[…] es ist weniger eine Frage der Gemeinde als der Interessen der Leute und der generellen Überlastung, die wir alle kennen. Es liegt aber ebenso am Freizeitangebot, an der Vielfalt der Zerstreuungsmöglichkeiten, die auch den traditionellen Vereinen immer mehr Mühe bereitet, Mitglieder zu finden“[291]. Die aus der Individualisierung fliessende Entwicklung weg vom Bürger-, hin zum Konsumentenprinzip, aber auch die zeitintensiver gewordenen Gemeindeaufgaben führen zu einer *Professionalisierung* der Gemeindearbeit und setzen das Milizsystem unter Druck. Gerade kleine und mittlere Gemeinden haben Mühe, qualifizierte Kandidatinnen für die zahlreichen Gemeindeämter zu finden.[292]

Die Gemeinden verlieren sodann immer mehr ihrer Rechtsetzungskompetenzen und wandeln sich zu Vollzugsorganen von Bund und Kantonen. Diese zogen im Laufe der Jahre viele ehemals kommunale oder neu entstandene Aufgaben an sich, blieben aber zu deren Erfüllung auf die Gemeinden angewiesen.[293] Einst freiwillige Gemeindeaufgaben wurden zu Pflichtaufgaben, bestehende Regelungen intensiviert und konkretisiert. Es gibt kaum mehr Aufgabenfelder, in denen die Gemeinden frei von jeglichem Einfluss der übergeordneten Gesetzgebung agieren. Bei vielen Vollzugsaufgaben sind sie gezwungen, in rascher Folge stets neue Weisungen und Richtlinien anzuwenden

288 Vgl. zu dieser Entwicklung PFISTERER, Gemeinden, 5 ff. m.H.

289 Vgl. dazu KÄGI-DIENER, Gemeinden im Wandel, 189; KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar zu Art. 50 BV, Rz. 22; PFISTERER, Gemeinden, 10 f.;

290 Vgl. PFISTERER, Gemeindeautonomie, 4; PFISTERER, Gemeinden, 11.

291 ULRICH ISCH, in: Schweizer Gemeinde, Nr. 6/2008, 11.

292 Vgl. STEINER, Schweizer Gemeinden, 12; ANDRES, Milizsystem, 11 f. m.H.

293 Klassische Beispiele dafür sind die Raumplanung und der Umweltschutz; vgl. PFISTERER, Gemeindeautonomie, 5; PFISTERER, Gemeinden, 13 ff.; GESER, Gemeinden, 456.

und wissenschaftliches und technisches Expertenwissen einzubeziehen.[294] Die Bindung der Gemeinden an die Grundrechte wird zudem insbesondere durch das Bundesgericht in stärkerem Masse als früher durchgesetzt. So gilt heute etwa der kommunale Einbürgerungsentscheid, früher noch als politischer Akt eingestuft, seit einigen Jahren als individuell-konkreter Rechtsanwendungsakt, bei dem es die materiellen Grundrechte wie auch die verfassungsrechtlichen Verfahrensrechte einzuhalten gilt.[295]

Die skizzierte Entwicklung der bundesgerichtlichen Praxis (s. vorne, § 2.VII.B.2) ist vor dem Hintergrund dieses gesellschaftlichen Wandels zu verstehen. Betrachtete man die Gemeindeautonomie früher als grundrechtsähnliche Freiheit der Dorfgemeinschaft, die eigenen Angelegenheiten „lokaler Natur"[296] ohne Einmischung der kantonalen Aufsichtsbehörden zu erledigen, gab es im Laufe der Zeit als Folge der Gewichtsverlagerung hin zu Kanton und Bund immer weniger Aufgabenbereiche, die nicht von gesetzlichen Regelungen überlagert waren. Als Folge der Gewichtsverlagerung hin zu Kantonen und Bund genossen die Gemeinden nur noch innerhalb bestimmter Sachbereiche Gestaltungsspielräume.[297] Die gesellschaftlich-politische Entwicklung musste zu einem Wandel der bundesgerichtlichen Rechtsprechung führen. Das Bundesgericht schützt die Gemeindeautonomie seit der wichtigen Praxisänderung Ende der Sechziger Jahre bis heute stets dann, wenn das kantonale Recht einen bestimmten Sachbereich ganz oder teilweise der Gemeinde zur Regelung überlässt und ihr dabei eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit einräumt.[298] Dieses Konzept der tupfenweisen Autonomie trägt der Tatsache verstärkt Rechnung, dass die Vollzugsautonomie heute die zentrale Autonomieform ist.[299] Weil immer mehr Aufgaben hin zum Kanton verlagert wurden, erkannte man, dass die Gemeindeautonomie nicht nur durch die Aufsichtsbehörden, sondern auch durch den Gesetzgeber bedroht wird. Die meisten neueren Kantonsverfassungen schützen deshalb die Gemeindeautonomie stärker gegen gesetzgeberische Eingriffe und verpflichten diesen, den Gemeinden möglichst weiten Handlungsspielraum zu gewähren (s. vorne, § 1.IV.D.2).

---

294 MEYLAN/GOTTRAUX/DAHINDEN, Gemeindeautonomie, 37 ff., sowie GESER, Gemeinden, 456.

295 Vgl. aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung insb. BGE 129 I 232 (SVP Stadt Zürich) sowie 129 I 217 (Emmen). Weiterführend zu dieser Thematik etwa YVO HANGARTNER, Neupositionierung des Einbürgerungsrechts, AJP 2004, 3-22; EHRENZELLER, Bürgerrecht, 13 ff.; neuerdings HANGARTNER, Einbürgerung nach Ermessen, *passim*.

296 Vgl. PFISTERER, Gemeinden, 6 ff. m.H.; BGE 65 I 129 E. 2, 131.

297 Vgl. PFISTERER, Gemeinden, 19 f.

298 BGE 133 I 128 E. 3.1, 130 f.; 129 I 410 E. 2.1, 413; zur Praxisänderung insb. BGE 93 I 154 E. 5, 160; 93 I 427 E. 3b, 431 f.; s. vorne, Teil 1§ 2.VII.B.2.

299 Vgl. ULRICH ISCH, in: Schweizer Gemeinde 6/2008, 11.

Die steigenden Erwartungen der Bevölkerung an die Gemeinden, kombiniert mit komplexer werdenden Aufgaben, sinkender Bereitschaft zu freiwilligem Engagement und knappen Ressourcen führen dazu, dass die Gemeinden an Leistungsgrenzen geraten.[300] Sie müssen ihre beschränkten finanziellen und personellen Mittel effizient einsetzen. Die interkommunale Zusammenarbeit (IKZ), d.h. die Aufgabenerfüllung gemeinsam mit anderen Gemeinden, gewinnt an Bedeutung und wird von den Kantonen gefördert. Die kantonalen Verfassungen und Gemeindegesetze regeln die IKZ relativ ausführlich.[301] Die Gemeinden arbeiten über alle kommunalen Aufgabenfelder hinweg in vielfältiger Weise mit anderen Gemeinden zusammen, am häufigsten in der Kooperationsform des Gemeindeverbands.[302] Die IKZ gerät jedoch an Grenzen; ihr wird insbesondere vorgeworfen, sie sei exekutivlastig und der direkt-demokratischen Mitwirkung der Bevölkerung weitgehend entzogen.[303]

Die beschriebene gesellschaftlich-politische Entwicklung führt zu immer mehr Gemeindefusionen. Diese werden von vielen Kantonen durch mehr oder weniger sanften Druck und finanzielle Anreizsysteme gefördert; in den letzten Jahren sind vielenorts neue gesetzliche Grundlagen geschaffen worden.[304] In manchen Kantonen können die Gemeinden gegen ihren Willen mit einer oder mehreren anderen Gemeinden vereinigt werden. Als besonders fusionsfreudig haben sich in jüngster Vergangenheit die Kantone TG, FR, TI und GL erwiesen.[305] Eine Gemeindebefragung im Jahr 2005 hat gezeigt, dass rund ein Viertel aller Gemeinden konkrete Fusionsabsichten oder in den

300 Vgl. STEINER/LADNER, Gemeindebefragung 2005, 12 f.; STEINER, Zusammenarbeit, 75 ff.

301 Vgl. zur steigenden Bedeutung der IKZ STEINER, Zusammenarbeit, 133; Botschaft Verfassung SG, 392. Vgl. z.B. das dreistufige Förderungs- und Forderungskonzept des Kantons St. Gallen, Art. 96 KV SG; Art. 134 ff. GdG SG sowie Botschaft Verfassung SG, 397. Diese St. Galler Regelung kann als repräsentativ gelten, vgl. z.B. Art. 92 KV ZH; Art. 110 KV BE; Art. 48 KV SO; Art. 62 ff. KV GR; § 108 KV AG; § 60 f. KV TG; Art. 155 KV VD; Art. 113 KV JU.

302 Gemeindeverbände sind öffentlich-rechtliche Zusammenschlüsse mehrerer Gemeinden mit dem Zweck, eine oder mehrere kommunale Aufgaben gemeinsam zu erfüllen. Einen ausserordentlich starken Grad an Zusammenarbeit weisen die Aufgabenfelder Zivilschutz und Feuerwehr, medizinische Versorgung und Schulwesen auf. Auch die Infrastrukturaufgaben (Abfallentsorgung, Kanalisation, Wasserversorgung) und die Sozialaufgaben werden von über der Hälfte der Gemeinden kooperativ erledigt; vgl. STEINER, Schweizer Gemeinden, 13; HORPER-PAPAZIAN, Communes, 250 f.; zu den Kooperationsformen STEINER, Zusammenarbeit, 90 ff.

303 Vgl. etwa die Kritik bei EICHENBERGER, Gemeinde, 53 f.; SCHMID, Gebietsreform, 441 f.

304 Vgl. HORBER-PAPAZIAN, Communes, 252; s. hinten, Teil 4§ 19.II.

305 Vgl. HORBER-PAPAZIAN, Communes, 252 m.H.; STEFF SCHNEIDER, Die Freiburger Gemeindelandschaft ist in Bewegung, in: Schweizer Gemeinde 6/06, 12-14; MERZ TURKMANI, Gemeindereorganisation Thurgau, 8; SCHAUB, Glarner Gemeindefusion, 1299 ff.

letzten fünf Jahren ein konkretes Fusionsprojekt verfolgt hat.[306] Diese Zahl dürfte sich bis heute noch erhöht haben (s. hinten, § 19).

VI. Probleme und Gefahren der Gemeindeautonomie

Selbständige Gemeinden erfüllen im demokratischen Rechtsstaat wichtige Funktionen, sowohl auf der Systemebene wie auch für die Individuen. Darob darf indessen nicht vergessen gehen, dass die modernen Gemeinden *Probleme* haben, und dass eine ausgeprägte Gemeindeautonomie *Gefahren* mit sich bringt.

Die *Probleme* der Gemeinden sind letztlich eine Folge des beschriebenen Wandels. Die zunehmende Komplexität der Aufgaben, die Milizproblematik, die knappen finanziellen Mittel, die Tendenzen zur Aufgabenverlagerung hin zu Kanton und Bund sowie zur Aufgabenerfüllung in Zweckverbänden macht es den Gemeinden zur Herausforderung, ihre Aufgaben auch weiterhin zu erfüllen. Man kann die Funktionen, die Tradition, die Bedeutung der Gemeindeautonomie lange heraufbeschwören: Wenn die Gemeinden allmählich substanzlos werden, wenn sie nur noch steuerfinanzierte Dienstleisterinnen ohne eigenen Gestaltungsspielraum sind, oder wenn sie nicht in der Lage sind, ihre Aufgaben eigenständig wahrzunehmen, dann können sie auch ihre Funktionen nicht mehr erfüllen. *Nur tatsächlich selbständige Gemeinden ermöglichen die Teilhabe der Bürgerinnen an den öffentlichen Angelegenheiten*, schaffen Raum für lokale Demokratie, gestatten innovative Problemlösungen, stärken die Freiheit der Menschen und schaffen Räume der Kommunikation und Identifikation.

Das skizzierte *Ideal der besseren Demokratie im kleinen Raum* ist sodann *zu relativieren*. Die Teilhabe an der politischen Willensbildung auf kommunaler Ebene hat an Bedeutung eingebüsst. Immer mehr für das Individuum zentrale politische Entscheide, etwa betreffend die Sozialpolitik oder den Umweltschutz, werden heute auf Bundesebene getroffen. Den Gemeinden bleibt, wie auch den Kantonen, oftmals nur noch der Vollzug bundesrechtlicher Vorgaben. Weil die Gemeindeautonomie einer inhaltlichen Erosion ausgesetzt ist, sinkt das Interesse an der Gemeindepolitik. Die lokalen Parteien kämpfen mit schwindenden Mitgliederzahlen und Nachwuchsproblemen. An den Gemeindeversammlungen beteiligen sich in der Regel weniger als zehn Prozent der Stimmberechtigten, so dass „Mehrheitsentscheidungen" oft nur von einigen wenigen Stimmberechtigten getragen werden. Die soziale Kontrolle der Meinungsäusserung

306 Vgl. STEINER, Schweizer Gemeinden, 13.

sowie der mangelnde Schutz des Stimmgeheimnisses stellen weitere problematische Aspekte der Gemeindeversammlung dar.[307]

Selbst wenn die Gemeinden diese zentralen Probleme lösen und einen substanziellen selbständigen Gestaltungsspielraum bewahren können (wozu sie auf den Bund und die Kantone angewiesen sind), bringt auch eine solche substanzielle Gemeindeautonomie diverse *Gefahren* mit sich.

Die erste, wohl wichtigste Gefahr ist, dass die Gemeindeautonomie isoliert betrachtet, verabsolutiert und gleichsam mythisch überhöht wird. Dies ermöglicht, sie zur Propagierung rechtsstaatlich fragwürdiger Anliegen zu verwenden. So behaupteten etwa die Initianten der Volksinitiative „Einbürgerungen vors Volk", welche den Rechtsweg gegen kommunale Einbürgerungsentscheide ausschliessen und auf diese Weise diskriminierende Nichteinbürgerungen faktisch erlauben wollten, sie strebten eine Stärkung der Gemeindeautonomie an.[308] Die Gemeindeautonomie ist indessen eine dienende Freiheit und darf nicht gegen die Freiheit der Menschen, die sie ja zu fördern beansprucht, ausgespielt werden. Die Gemeinde ist an die Grundrechte gebunden, willkürliches Handeln ist ihr – wie allen Trägerinnen staatlicher Aufgaben – untersagt.[309] Es darf nicht vergessen gehen, dass die direktdemokratischen Entscheide der Gemeinde keine souveränen Akte sind, sondern in einem verfassungsmässigen Entscheidungsprozess zustandekommen müssen.[310]

Die Gemeindeautonomie ist als Teil des föderalistischen Prinzips der latenten Gefahr ausgesetzt, zur Durchsetzung partikularer Interessen eingesetzt zu werden, zum politischen Kampfmittel oder gar zur Ideologie zu werden.[311] Dass es sich bei ihr um ein in der Geschichte verankertes „Wesensmerkmal des schweizerischen Staatsverständnis-

---

307 Vgl. JAGMETTI, Gemeinden, 369; GESER, Gemeinden, 444 f.; LADNER, Politische Gemeinden, 80 f. KÄGI-DIENER, Gemeinden im Wandel, 191; THÜRER, Charta, 232.

308 Diese Volksinitiative wurde am 1. Juni 2008 von Volk und Ständen klar abgelehnt. Beispielhaft für den Missbrauch der Gemeindeautonomie etwa ein Beitrag in SVP-Klartext Nr. 4/2008, 13; vgl. in diesem Kontext meine Entgegnung in der WOZ vom 8. Mai 2008, 6: „Doch Gemeindeautonomie ist wie Alkohol: Zu hoch dosiert, ist sie ungeniessbar und macht krank. Die autonomen Gemeinden sind an die Menschenrechte gebunden. Die Einbürgerungsinitiative will nun eine von allen Zügeln befreite Herrschaft der Gemeindemehrheit. Statt Menschenrechte ein Recht auf diskriminierende Nichteinbürgerungen! Derart überdosiert wird die Gemeindeautonomie ungeniessbar. Sie verliert ihre Funktion − die Demokratie zu stabilisieren − und wird zur Gefahr für den gesellschaftlichen Frieden."

309 Art. 35 Abs. 2 BV; i.d.S. auch HANGARTNER, Rechtsetzung, 213.

310 Vgl. zu dieser Gefahr allgemein EHRENZELLER, Direkte Demokratie, 73.

311 Vgl. NEIDHART, Politische Schweiz, 239.

ses“[312] handelt, kann auch missbraucht werden. Das geschieht in der politischen Diskussion, wenn die Gemeindeautonomie opportunistisch, je nach politischem Tagesbedarf und persönlichen Vorlieben, zur Abwehr missliebiger Gesetzgebungsvorhaben auf Bundes- und kantonaler Ebene herangezogen wird.

Die Gemeindeautonomie birgt weitere Gefahren. Wenn die Gemeinden *ausschliesslich* die eigenen örtlichen Interessen berücksichtigen, wenn aus dem Gemeindepräsidenten der Dorfkönig und aus Vertrautheit Vetternwirtschaft wird, wenn lokale Mehrheiten örtliche Minderheiten oder Einzelne unterdrücken, dann wird die Gemeindeautonomie zur *Gefahr für den Rechtsstaat*.[313] Es ist nicht zuletzt auf die kleinräumigen Verhältnisse der Gemeinde zurückzuführen, dass diese dazu neigt, rechtliche Schranken missachten zu wollen.[314] Deshalb muss der kantonalen Einheit neben der kommunalen Vielfalt genügend Gewicht zukommen. Der Kanton ist verantwortlich für die Gesamtordnung in seinem Gebiet und hat seine Aufsichtsfunktion wahrzunehmen – er muss der selbständigen Tätigkeit der Gemeinden Grenzen setzen.[315]

Die kommunale Aufgabenerfüllung ist sodann nicht per se effektiver und effizienter als jene der Kantone und des Bundes. Die dezentrale Aufgabenerfüllung durch die Gemeinde birgt die Gefahr, dass die öffentlichen Aufgaben überhaupt nicht oder fehlerhaft erfüllt werden, weil das notwendige Fachwissen fehlt.[316] Sie führt zu wirtschaftlich unerwünschten „Spillover-Effekten“ und verursacht bei Kantonen und Bund beträchtlichen Koordinationsaufwand, wobei die regionalen oder landesweiten öffentlichen Interessen nur erschwert durchgesetzt werden können.[317]

VII. Würdigung

Die Gemeindeautonomie ist eine Dienerin verschiedener Damen und Herren. Sie schafft tausende von „Spielwiesen“ für die direkte Demokratie im kleinen Raum, sorgt für einen bürgernahen Vollzug des übergeordneten Rechts und gewährt Raum für eine innovative, auf örtliche Besonderheiten zugeschnittene und wirtschaftliche Aufgabenerfüllung. Die Gemeindeautonomie fördert die persönliche und politische Freiheit der

312 THÜRER, Bund und Gemeinden, 300.

313 Vgl. PFISTERER, Gemeinden, 69 f. m.H.; BULL, Selbstverwaltung, 7.

314 Vgl. PFISTERER, Gemeinden, 71 m.H.; i.d.S. schon TOCQUEVILLE, Demokratie, 51.

315 Vgl. EICHENBERGER, Gemeinde, 50; PFISTERER, Gemeinden, 65 f.; MATTER, Gemeinden, 37.

316 Vgl. JAGMETTI, Gemeinden, 372 f., PFISTERER, Gemeinden, 72 f. m.H.

317 Ein Spillover-Effekt ist, wenn der Nutzen der bereitgestellten öffentlichen Leistungen über die Grenzen der zahlenden Gebietskörperschaften hinaus anfällt; zur Problematik etwa LINDER, Schweizerische Demokratie, 193 ff.

Menschen und bietet eine lokale Identifikationsmöglichkeit in der individualisierten Gesellschaft des 21. Jahrhunderts. Die Gemeindeautonomie erweist sich als *„selbständiges Element des schweizerischen Föderalismus und damit des schweizerischen Staatsgedankens überhaupt"*[318]. Die Selbständigkeit der Gemeinden ist aber kein Selbstzweck, sie ist keine Ideologie, sie ist auch nicht einfach nur hinzunehmen, weil sie in der Geschichte verankert ist.[319] Im föderalistischen Staat, dessen Einheit nie aufgegeben, sondern immer erst herzustellen ist, ist die Gemeindeautonomie ein werthafter Ordnungsgedanke, der mannigfaltige Funktionen erfüllt. Von diesen Funktionen her muss die Gemeindeautonomie auch von den Juristen begriffen werden.[320]

Solange die Gemeindeautonomie im Dienste der menschlichen Freiheit steht und die Gemeinden ihre Aufgaben zu erfüllen vermögen, überwiegen die positiven Wirkungen der kommunalen Selbständigkeit. Besonders die demokratische und friedenserhaltende Wirkung der Gemeindeautonomie kann nicht genug hervorgehoben werden. Wo es im kleinen, örtlichen Bereich der Gemeinde eine vitale und substantielle Demokratie gibt, steht die Demokratie auf staatlicher Ebene auf stabilen Pfeilern. Die historische Erfahrung zeigt, dass es sowohl für die nationalsozialistische Diktatur des Dritten Reiches wie auch für die sozialistische Diktatur der DDR notwendig war, den Föderalismus und mit ihm die Gemeindeautonomie zu beseitigen, um den totalitären Führungsanspruch der jeweiligen Regimes durchsetzen zu können.[321]

Kritik an der Gemeindeautonomie ist indessen berechtigt, wenn die Gemeindeautonomie ihre Funktionen infolge *tatsächlicher Unfähigkeit* oder zufolge *Verabsolutierung* nicht erfüllt. Die Selbständigkeit der Gemeinden ist vor politischem Missbrauch zu schützen. Die Gemeindeautonomie ist, um nur zwei Beispiele zu nennen, weder eine Rechtfertigung für diskriminierende Nichteinbürgerungen noch ein Grund für einen ausbleibenden Vollzug der Umwelt- oder Tierschutzgesetzgebung.

Die Gemeinden und mit ihnen ihre Selbständigkeit müssen vor allen Dingen in steter Bewegung bleiben, sie müssen kreativ sein, sich an neue gesellschaftliche Umstände anpassen und kulturelle Entwicklungen begleiten. Die *Gemeindeautonomie hat ihre Daseinsberechtigung nur, wenn die Gemeinden lebendig sind*. Die grösste Herausfor-

318 MATTER, Gemeinde, 34.

319 PFISTERER, Gemeinden, 29.

320 Vgl. MATTER, Gemeinde, 35.

321 Vgl. ISENSEE, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Staatsrecht IV, § 98 Rz. 239 m.H.; i.d.S. auch HÄBERLE, Selbstverwaltung, 312.

derung für die Gemeinden besteht deshalb darin, dass sie ihre Aufgaben, die immer komplizierter und vielschichtiger werden, weiterhin eigenverantwortlich bewältigen. Eine substantielle Gemeindeautonomie ist eine unabdingbare Voraussetzung dafür, dass die Gemeinden ihre Rolle als Zellen der Demokratie im föderalistischen Staatsgefüge erfüllen können.

Nur eine flexible, von jeder Generation neu erarbeitete und adaptierte Gemeindeautonomie vermag ihre vielfältigen Funktionen tatsächlich zu erfüllen. Dies fordert die Gemeinden selbst wie auch die Kantone und den Bund, nicht zuletzt aber die Staatsrechtslehre, die ein *adäquates und zeitgemässes Verständnis der Gemeindeautonomie* zu entwickeln hat. Es gilt auch hier, was WALTHER BURCKHARDT über die Rechtswissenschaft sagte: „Sie stellt keine anderen Überlegungen an, als die, die der Gesetzgeber und Gesetzesanwender anstellen müssten. Sie will ihnen bloss vorarbeiten. Sie tut es nur in strengerer Methode, d.h. nicht im zufälligen Rahmen einer gerade zu lösenden Frage, sondern im sachlichen Rahmen der grundsätzlichen Fragen, in den die besondere Frage hineingehört“[322].

322 BURCKHARDT, Methode und System, 16.

§ 4. Das herkömmliche Verständnis des Art. 50 Abs. 1 BV

I. Vorbemerkung

Das folgende Kapitel widmet sich dem herkömmlichen Verständnis des Art. 50 Abs. 1 BV in Lehre und Praxis. Es wird ermittelt, inwiefern die neuen rechtlichen Grundlagen (Art. 50 BV, Europäische Charta der Gemeindeautonomie) das Verständnis der Gemeindeautonomie in der Staatsrechtslehre beeinflussten. Danach wird untersucht, welche Auswirkungen die neuen Rechtsgrundlagen auf die Praxis des Bundesgerichts hatten. Zum Schluss dieses Kapitels wird dargelegt, weshalb eine neue, zeitgemässe Interpretation der Gemeindeautonomie notwendig ist.

II. Traditionalistische Sicht

Die Ergebnisse der vorangegangen Kapitel zeigen, dass die aBV keine Autonomiegarantie enthielt und einen dualistischen Bundesstaat konzipierte. Die Gemeindeautonomie galt traditionell als *kantonales verfassungsmässiges Recht*. Dass das Bundesgericht ein gemeineidgenössisches Autonomierecht entwickelte, änderte daran nichts. Die Bestandesgarantie galt als ein von der Gemeindeautonomie zu unterscheidendes Recht. Die Mehrheit der schweizerischen Staatsrechtslehre geht davon aus, der Gemeindeartikel habe weder an der grundlegenden Konzeption des Bundesstaates noch an der Gemeindeautonomie Entscheidendes verändert.[323] Diese Verfassungsnorm unterstreiche zwar die grosse Bedeutung der Gemeinden und ihrer Autonomie für den Bundesstaat, doch sei ihre rechtliche Tragweite bescheiden. Eine solche, dezidiert *traditionalistische Sicht* vertritt BIAGGINI:[324]

> „Abs. 1 lassen sich die folgenden Grundaussagen zum traditionsreichen Institut der Gemeindeautonomie entnehmen. Die Gemeindeautonomie:
>
> – wird durch die Kantone definiert; es handelt sich um ein Institut des kantonalen Rechts;
> – muss von allen kantonalen Organen (inkl. Justiz) im kantonal festgelegten Umfang respektiert werden […];

[323] I.d.S. insb. BIAGGINI, Kommentar zu Art. 50 BV, Rz. 3; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 17 Rz. 3; ZIMMERLI, Bund – Kantone – Gemeinden, 60.

[324] BIAGGINI, Kommentar zu Art. 50 BV, Rz. 2 f.; vgl. auch BIAGGINI, Entwicklungen, 37, der nicht durch die Gemeinden, sondern durch die verstärkte Institutionalisierung des kooperativen Föderalismus eine „dritte“ bundesstaatliche Ebene am entstehen sieht.

– wird - im kantonal definierten Umfang - zusätzlich auch durch den Bund geschützt und insoweit mit garantiert (vor allem durch Ermöglichung der Anrufung des Bundesgerichts; […]).

Die normative Funktion und Tragweite von Abs. 1 ist bescheiden. Den Kantonen erwächst aus Abs. 1 weder eine Verpflichtung, Gemeinden einzurichten, noch eine Verpflichtung, ihren Bestand zu garantieren. Abs. 1 scheint immerhin vorauszusetzen, dass ein Kanton seinen Gemeinden (so er solche vorsieht) nicht jegliche Autonomie vorenthalten darf […]. Aus Abs. 1 lässt sich kaum mehr als ein moralischer Appell zu Gunsten der Gemeinden […] ableiten."

Auch TSCHANNEN vertritt eine ähnliche, ebenfalls traditionalistische Sicht:[325]

„Art. 50 BV regelt das Verhältnis des Bundes zu den Gemeinden wie folgt:

– Soweit die Kantone ihren Gemeinden das Recht zur Selbstverwaltung einräumen, steht die entsprechende Autonomie unter dem Schutz des Bundes […].
– Bei der Wahrnehmung seiner Zuständigkeiten ist der Bund gehalten, die möglichen Auswirkungen seines Handelns auf die Gemeinden zu beachten […].
– Abs. 3 verstärkt diesen Grundsatz, indem er den Bund verpflichtet, die besondere Situation der Städte und Agglomerationen sowie der Berggebiete zu berücksichtigen.

Die skizzierten Bestimmungen ändern nichts daran, dass die Gemeinden Schöpfungen des kantonalen Staatsrechts bleiben. Von den drei Ebenen des schweizerischen Bundesstaats sind nur die oberen zwei – nämlich Bund und Kantone – bundesverfassungsrechtlich konstituiert […]. Es bleibt den Kantonen überlassen, ob sie ihr Gebiet überhaupt in Gemeinden aufteilen und wenn ja, welche Aufgaben sie ihnen übertragen wollen […].

Gemeindeautonomie meint die Befugnis der Gemeinden zur selbständigen Besorgung ihrer Angelegenheiten. Auch die Gemeindeautonomie ist eine Figur des kantonalen Rechts […]. Die meisten Kantonsverfassungen verbriefen sie ausdrücklich […]. Wo sie es nicht tun, wird man die Gemeindeautonomie wohl als ungeschriebenes kantonales Verfassungsrecht ansehen dürfen, sofern und soweit den Gemeinden aufgrund des sachlich einschlägigen kantonalen Rechts Autonomie zusteht. Die kantonalrechtliche Natur der kommunalen Selbstbestimmungsbefugnisse ergibt sich jetzt auch aus Art. 50 Abs. 1 BV: Danach ist die Gemeindeauto-

325 TSCHANNEN, Staatsrecht, § 17 Rz. 2 ff.

> nomie «nach Massgabe des kantonalen Rechts» gewährleistet […]. Der rechtliche Beitrag des Bundes erschöpft sich also darin, die Gemeindeautonomie in der vom kantonalen Recht bestimmten Form unter eidgenössischen Gerichtsschutz zu stellen (so auch Art. 189 Abs. 1 Bst. e BV)."

Auf diese Weise wird Art. 50 Abs. 1 BV die Bedeutung einer deklaratorischen Norm beigemessen. Dass die Gemeindeautonomie ein kantonales verfassungsmässiges Recht bleibt, scheint offensichtlich. ZIMMERLI hält fest, es bleibe „unbestrittenermassen Sache der Kantone darüber zu entscheiden, ob und in welchem Umfang den Gemeinden Autonomie einzuräumen"[326] sei. Die Vertreter der traditionalistischen Sicht verstehen Art. 50 Abs. 1 BV als Verweisnorm auf die in Art. 189 Abs. 1 lit. e BV verankerte Autonomiebeschwerde. Die dortige Formulierung wiederum dient als Beleg dafür, dass die Gemeindeautonomie nach wie vor eine kantonale Rechtsfigur sei; i.d.S. argumentiert beispielsweise HALLER:[327]

> „Die Bedeutung der Gemeindeautonomie und ihre prozeduralen Besonderheiten rechtfertigten es, in der neuen BV die Autonomiebeschwerde als besonderen Beschwerdegrund anzuführen. Der Verfassungstext erfasst […] einerseits neben der Autonomie auch «andere Garantien», anderseits erstreckt er sich auf andere öffentlich rechtliche Körperschaften, wobei immer *Garantien des kantonalen Rechts* in Frage stehen. Die Formulierung […] bringt zum Ausdruck, dass die Gemeindeautonomie als Garantie der Kantone verstanden wird […]. Ob und wieweit eine Gemeinde in einem bestimmten Sachbereich autonom ist, bestimmt sich nach kantonalem Verfassungs- und Gesetzesrecht. Als «andere Garantie» fällt namentlich die *Bestandesgarantie* in Betracht […]."

Ein Merkmal der traditionalistischen Sicht ist, dass die Gemeindeautonomie als kantonale Rechtsfigur verstanden wird, die vom Bund gleichsam zusätzlich geschützt werde und die von der Bestandesgarantie zu unterscheiden sei. Besonders betont wird jeweils, zwischen der Gemeindeautonomie und den Grundrechten bestehe ein fundamentaler Unterschied; i.d.S. etwa TSCHANNEN:[328]

> „Im Unterschied zu den Freiheitsrechten schützt die Gemeindeautonomie keine faktisch vorkommenden Verhaltensweisen von Menschen, sondern rechtlich zugestandene Kompetenzen von Kommunen. Es ist darum im Ansatz verkehrt,

326 ZIMMERLI, Bund – Kantone – Gemeinden, 60.

327 HALLER, St. Galler Kommentar zu Art. 189 BV, Rz. 35 f.

328 TSCHANNEN, Staatsrecht, § 17 Rz. 23.

> Autonomiebeschwerden anhand von Art. 36 BV zu prüfen, und sei es auch nur «analog» […]"

So empfand man es gleichsam als Sakrileg, als das Bundesgericht im Jahr 2003 bei der Prüfung einer Autonomiebeschwerde den auf Grundrechtseingriffe konzipierten Art. 36 BV analog anwandte und erklärte, das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage sowie der Verhältnismässigkeit des Eingriffs müssten sinngemäss auch für Beschränkungen der Gemeindeautonomie gelten.[329] KÄLIN kritisierte diese Entscheidung und bezeichnete sie als von potentiell problematischer Tragweite:[330]

> „Nach klassischem Verständnis erlaubt die Gemeindeautonomie der Gemeinde, in Bereichen, in welchen sie einen relativ erheblichen Entscheidungsspielraum besitzt, zu rügen, Anordnungen der kantonalen Behörden seien in Überschreitung der Prüfungsbefugnis der kantonalen Instanz, in willkürlicher Anwendung von Gesetzes- und falscher Handhabung von Verfassungsrecht erfolgt. In diesem Sinn ist die Gemeindeautonomie nicht eine Art kollektives Freiheitsrecht, sondern im Grunde genommen eine Verfassungsgarantie prozeduraler Natur […]. Das Bundesgericht weist nun allerdings darauf hin, dass darüber hinaus eine Autonomieverletzung auch vorliegen kann, «wenn der Kanton durch anderweitige Anordnungen – z.B. durch den Erlass einer generell-abstrakten Regelung oder einer kantonalen Planungszone – zu Unrecht in geschützte Autonomiebereiche eingreift». Das trifft zu, aber es braucht keinen Rückgriff auf Art. 36 BV um zu prüfen, ob «Unrecht» vorliegt. Auch hier liegt eine Verletzung der Gemeindeautonomie vor, wenn die kantonalen Behörden in Überschreitung ihrer Kompetenzen handeln, dabei kantonale Gesetze willkürlich missachten oder Bundesgesetze und Verfassungsrecht verletzen. Der Ansatz des Bundesgerichts verkennt, dass die Gemeindeautonomie nicht eine vorbestehende Freiheit ist, in welche der Kanton eingreifen darf, falls das Gesetz ihn dazu ermächtigt und der Eingriff verhältnismässig ist, sondern dass ihr Umfang durch die kantonalen Verfassungen und die höherrangige Gesetzgebung bestimmt wird, die Frage des Eingriffs also mit jener der Rechtmässigkeit zusammenfällt. Soweit es um kantonales Gesetzesrecht geht, wird dessen Anwendung nur auf Willkür hin überprüft und nicht unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit. Nur so kann garantiert werden, dass die Gemeindeautonomie bleibt, was sie ist: nicht eine bundesrechtliche, sondern eine kantonale Garantie (so ausdrücklich Art. 50 Abs. 1 BV), deren Umfang je nach

329 BGE 129 I 290 E. 4.4, 299.

330 WALTER KÄLIN, in: ZBJV 2004, 649 f.

> Kanton sehr unterschiedlich ist und nicht auf dem Weg einer analogen Anwendung von Art. 36 BV vereinheitlicht werden darf."

In dieser Kritik kommt die traditionalistische Sicht klar zum Vorschein. Deren Vertreter sind sich einig, dass Art. 50 Abs. 1 BV die Gemeindeautonomie als *kantonale Garantie* kennzeichnet und deshalb keine Bindung des Bundes an die Gemeindeautonomie begründet.[331] Es sei alleine die Sache der Kantone, über die Gliederung in Gemeinden sowie die Festlegung ihrer Autonomie zu entscheiden.[332]

III. Institutionelle Sicht

Die traditionalistische Sicht ist nicht unbestritten. Einige Autoren erblicken in Art. 50 Abs. 1 BV eine Gewährleistung der Gemeindeautonomie nach Art einer Institutsgarantie. I.d.S. argumentiert insbesondere AUBERT:[333]

> „Désormais, la Confédération ne se borne plus à qualifier et à protéger, c'est elle qui garantit l'autonomie des communes, «dans les limites», il est vrai, «fixées par le droit cantonal». […] Un canton pourrait-il refuser toute autonomie à ses communes? Théoriquement, quand la Constitution fédérale dit que l'autonomie des communes peut avoir des «limites» […], elle paraît attendre que cette autonomie existe au moins dans une certaine mesure: limiter n'est pas abolir."

Der französische Verfassungstext scheint zu anderen Schlüssen zu führen als der deutsche Wortlaut. AUBERT argumentiert, der Bund begnüge sich nicht mehr damit, die Gemeindeautonomie zu schützen: Er *garantiere sie selbst*, überlasse es jedoch den Kantonen, die „limites", also die Grenzen der Autonomie zu bestimmen. In diese Richtung argumentieren auch AUER/MALINVERNI/HOTTELIER:[334]

> „Bien qu'étant un élément fondamental du fédéralisme suisse, l'autonomie communale n'a pendant longtemps pas été garantie par le droit fédéral. Elle était un principe de droit constitutionnel cantonal, dont l'observation était garantie par le Tribunal fédéral. […]. Aujourd'hui, l'Art. 50 al. 1 Cst. dispose expressément que «l'autonomie communale est garantie dans les limites fixées par le droit canto-

331 Vgl. etwa TSCHANNEN, Staatsrecht, § 17 Rz. 22; BIAGGINI, Kommentar zu Art. 50 BV, Rz. 8.

332 I.d.S. HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht, Rz. 975 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 1357 und 1382; RHINOW/SCHEFER, Verfassungsrecht, Rz. 642 ff.; ZIMMERLI, Bund – Kantone – Gemeinden, 60; SEILER, Gemeinden, Rz. 43 ff.; TÖNDURY, Bundesstaatliche Einheit, 235; MARTENET, Fusion, 192; SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, Vorbem. zu Art. 42-135 BV, Rz. 12 f.; JAAG, Kommentar zu Art. 83 KV ZH, Rz. 1.

333 AUBERT, Petit Commentaire ad Art. 50 CF, Rz. 5 ff.

334 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit Constitutionnel I, Rz. 264; ähnlich auch DONZALLAZ, Commentaire, Rz. 3156.

> nal». L'existence des communes est également implicitement reconnue par le législateur fédéral, lequel délègue souvent l'exécution de tâches de droit fédéral directement aux communes."

Auch KÄGI-DIENER plädiert (freilich vorsichtig) dafür, aus Art. 50 Abs. 1 BV eine Institutsgarantie fruchtbar zu machen:[335]

> „Abs. 1 bringt zum Ausdruck, dass die Gemeinden das Wesen des schweizerischen Staates in unverzichtbarer Weise prägen. Er garantiert die Gemeindeautonomie, allerdings (bloss) innerhalb kantonalrechtlicher Grenzen. Die vollständige Verweisung ins kantonale Recht, wie Art. 41 VE 96 es vorsah […] wich auf Betreiben des NR einem – allerdings zurückhaltenden – bundesrechtlichen Grundbekenntnis zur Gemeindeautonomie. Ob daraus ein bundesrechtlicher Kern […] im Sinn einer Institutsgarantie fruchtbar gemacht werden kann, muss die Praxis noch zeigen. Dies wäre zweifellos wünschbar angesichts der Reform-, insb. Einigungsbewegung, welche die Gemeinden erfasst hat […]. Tatsächlich wäre es mit Art. 50 Abs. 1 schwerlich vereinbar, wenn die Kantone die Gemeindeautonomie als solche abschaffen könnten. Sie entzögen damit nicht nur einem althergebrachten föderalistischen Staatsverständnis die Grundlage, sondern würden auch die vorne dargelegte Dreigliedrigkeit, bzw. doppelte Zweigliedrigkeit des schweizerischen Staates unterlaufen und die Bedeutung der Gemeinden für den Bund aus den Angeln heben."

Indessen vertritt auch KÄGI-DIENER die Ansicht, der Bund sei nicht an die Gemeindeautonomie gebunden, und die „Autonomie im Sinne der Bestandesgarantie" sei dem kantonalen Recht unterstellt.[336] Die Gemeindeautonomie versteht sie als „institutionelle Garantie staatsrechtlich-föderativen Zuschnitts":

> „Die Ordnung des Rechtsschutzes (Art. 189 Abs. 1 Bst. e) lässt erkennen, dass die Gemeindeautonomie dogmatisch nicht als (korporatives) Grundrecht verstanden wird. Es handelt sich um eine institutionelle Garantie staatsrechtlich-föderativen Zuschnitts. Unzutreffend ist es deshalb, für die Frage, ob die Gemeindeautonomie durch den Kanton verletzt wurde, Art. 36 heranzuziehen […]. Die Gemeindeautonomie hat, weil ihre Verletzung mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten […] gerügt werden kann, den Charakter einer «Verfassungsgarantie prozessualer Natur» […]."

---

335 KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar zu Art. 50 BV, Rz. 8 f.

336 Vgl. KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar zu Art. 50 BV, Rz. 9 f.

Traditionalisten und Institutionalisten sind übereinstimmend der Ansicht, der Bund sei nicht an die Gemeindeautonomie gebunden. Art. 50 Abs. 1 BV garantiere den Gemeinden weder einen bestimmten Aufgabenkreis noch ihren Bestand.[337] Die Diskussion dreht sich vordringlich darum, ob die Bundesverfassung das „Institut Gemeindeautonomie" garantiere. Damit ist auch umstritten, ob die Existenz einer dritten staatlichen Ebene aufgrund der Bundesverfassung vorgeschrieben ist. Dass überall im Land selbständige Gemeinden existieren und die Dreistufigkeit ein bundesstaatliches Charakteristikum darstellt, darüber besteht ein Konsens. Die Traditionalisten insistieren jedoch, das Bild der „dritten Ebene" sei nicht zutreffend: von den drei Ebenen des Bundesstaates seien nur die zwei oberen bundesverfassungsrechtlich konstituiert.[338] Zu diesem Schluss gelangt, wer Art. 50 Abs. 1 BV als deklaratorische Norm betrachtet. Dem widersprechen die erwähnten Vertreter einer institutionellen Sichtweise, aber auch KÖLZ/KUSTER, die in einer Schrift über die Tragweite der Art. 50 Abs. 2 und 3 BV Folgendes festhielten:[339]

> „In der Schweiz ist die Vorstellung der Gemeinschaftsbildung von unten nach oben tief verwurzelt und stimmt mit der historischen Erfahrung betreffend Bedeutung und Funktionsfähigkeit des lokalen Verbandes überein. Diese Dreistufigkeit findet ihre Entsprechung im dreiteiligen Aufbau des politischen System mit Orts-, Kantonal- und Bundesparteien und den diesen Stufen folgenden Laufbahnen der meisten Politikerinnen und Politiker. In der Lehre ist deshalb schon vor bald dreissig Jahren ein dreistufiger Bundesstaatsaufbau postuliert worden […]. Zur Legitimierung der Gemeinden als konstituierende Elemente des Schweizerischen Bundesstaates wurde deshalb ebenfalls seit längerer Zeit eine entsprechende Regelung in der Bundesverfassung verlangt. Art. 50 BV erfüllt nun diese Forderung und verstärkt somit die verfassungsrechtliche Stellung der kommunalen Ebene entscheidend. Die Gemeinden wurden als konstitutive Elemente des Bundesstaates und nicht bloss im Sinne von reinen kantonalen Verwaltungseinheiten in die Bundesverfassung aufgenommen."

Der skizzierte Lehrstreit dreht sich somit nicht nur um die dogmatische Verankerung der Gemeindeautonomie und die rechtliche Tragweite des Art. 50 Abs. 1 BV, sondern auch darum, ob man die Gemeinden als konstituierende Elemente des Bundesstates

337 Vgl. nur KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar zu Art. 50 BV, Rz. 9 f.; BIAGGINI, Kommentar zu Art. 50 BV, Rz. 8; FETZ, Gemeindefusion, 21 f.

338 Vgl. TSCHANNEN, Staatsrecht, § 17 Rz. 3; i.d.S. auch BIAGGINI, Kommentar BV, 3. Abschnitt: Gemeinden, Rz. 1.

339 KÖLZ/KUSTER, Städteartikel, 146; vgl. auch KÖLZ, Rechtsgutachten Art. 50 BV, 20 f.

bezeichnet, oder ob man davon ausgeht, nur der Bund und die Kantone seien bundesverfassungsrechtlich konstituiert.

IV. Praxis des Bundesgerichts

Das Bundesgericht gab in den ersten Entscheiden unter Geltung der neuen Bundesverfassung zu erkennen, dass es die Gemeindeautonomie nach wie vor als *kantonale Rechtsfigur* betrachtete. Es knüpfte an seine zu den kantonalen Verfassungsgarantien entwickelte Praxis an und führte diese unverändert weiter:[340]

> „Art. 50 Abs. 1 BV gewährleistet die Gemeindeautonomie nach Massgabe des kantonalen Rechts. Auch unter dem Geltungsbereich der neuen Bundesverfassung bleibt es Sache der Kantone zu bestimmen, ob und in welchem Umfang den Gemeinden Autonomie eingeräumt wird […]. Anzuknüpfen ist folglich am Begriff der Autonomie gemäss bisheriger ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts. Danach ist eine Gemeinde 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 […].“

Ebenso aufschlussreich wie die explizite Feststellung, es bleibe Sache der Kantone zu bestimmen, *ob* den Gemeinden Autonomie eingeräumt werde, ist, dass das Bundesgericht seine traditionelle Umschreibung des geschützten Autonomiebereichs beibehielt. Es ist nach der bundesgerichtlichen Standardformel *das kantonale Recht,* welches den Gemeinden relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit *einräumt*. An dieser Formel hält das Bundesgericht bis heute fest.[341]

---

340 Vgl. BGE 128 I 3 E. 2a, 7 f. m.H. auf ZIMMERLI, Bund – Kantone – Gemeinden, 60; SEILER, Gemeinden, Rz. 43 ff.; BRAAKER, Gemeindeautonomie, 231 f.

341 Vgl. zuletzt BGE 136 I 265 E. 2.1, 269; 135 I 233 E. 2.2, 241; 129 I 410 E. 2.1, 413 jeweils m.w.H. Die Lehre übernimmt diese Praxis referierend; vgl. nur HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht, Rz. 976; KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar zu Art. 50 BV, Rz. 11; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 17 Rz. 5 f.

In einem Entscheid aus dem Jahr 2005 betreffend eine Beschwerde der Gemeinde Ausserbinn (BGE 131 I 91) würdigte das Bundesgericht die Bedeutung der Aufnahme des Gemeindeartikels in die Verfassung erneut:[342]

> „Die Gemeinden und ihre Autonomie wurden in der alten Bundesverfassung nicht erwähnt. Die Gemeindeautonomie und ihr Umfang waren nicht durch Bundesverfassungsrecht gewährleistet, die Autonomie wurde vielmehr als Institution des kantonalen Rechts bezeichnet […]. Art. 50 Abs. 1 BV garantiert die Gemeindeautonomie nunmehr ausdrücklich nach Massgabe des kantonalen Rechts und verweist damit in Bezug auf den Umfang auf die kantonale Verfassungs- und Gesetzgebung. Soweit die Beschwerdeführerin eine Verletzung ihrer Autonomie in der Bedeutung der Bestandesgarantie geltend macht, ist daher ausschliesslich auf das kantonale Recht abzustellen."

KÄGI-DIENER erkennt in diesem Entscheid eine Wende: Während die ersten Entscheide nach Inkrafttreten der neuen Verfassung den alten Grundsatz kantonaler Autonomiekompetenz unkritisch aufgenommen hätten, werde nun zwar die Bestandesgarantie dem kantonalen Recht unterstellt. Das Bundesgericht lasse jedoch die Möglichkeit offen, dass Art. 50 Abs. 1 BV eine Institutsgarantie enthalte.[343] Tatsächlich scheint das Bundesgericht in einigen neueren Entscheiden davon auszugehen, die Gemeindeautonomie werde von der Bundesverfassung garantiert, ihr *Umfang* aber vom kantonalen Recht bestimmt. So hielt es in einem Entscheid betreffend die Beschwerden zweier waadtländischer Gemeinden aus dem Jahre 2007 (BGE 133 I 128) folgendes fest:[344]

> „Selon l'art. 50 al. 1 Const., l'autonomie communale est garantie dans les limites fixées par le droit cantonal. […] L'existence et l'étendue de l'autonomie communale dans une matière concrète sont déterminées essentiellement par la Constitution et la législation cantonales […]".

Freilich hält das Bundesgericht auch in diesem Entscheid fest, die Gemeinde komme jeweils dann in den Genuss des Autonomieschutzes, wenn ihr *das kantonale Recht* relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit einräume. In diesem Sinne lautet etwa ein Entscheid aus dem Jahr 2009 (BGE 135 I 233):[345]

342 BGE 131 I 91 E. 2, 94.

343 Vgl. KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar zu Art. 50 BV, Rz. 9.

344 BGE 133 I 128 E. 3.1, 130 f.

345 BGE 135 I 233 E. 2.2, 241 f.; vgl. auch 133 I 128 E. 3.1, 130 f. m.H.

> „La Constitution fédérale garantit l'autonomie communale dans les limites fixées par le droit cantonal (art. 50 al. 1 Cst.). Selon la jurisprudence, une commune est autonome dans les domaines que le droit cantonal ne règle pas de façon exhaustive, mais laisse en tout ou en partie dans la sphère communale en conférant aux autorités municipales une appréciable liberté de décision […]. L'existence et l'étendue de l'autonomie communale dans une matière concrète sont déterminées essentiellement par la constitution et la législation cantonales, voire exceptionnellement par le droit cantonal non écrit et coutumier […]. Les communes bénéficient de compétences législatives lorsqu'elles disposent d'un pouvoir normatif dans un domaine que le législateur cantonal ou fédéral n'a pas réglé exhaustivement […]."

Anzumerken ist, dass sich das Bundesgericht auch in seinen jüngsten Entscheidungen zur Gemeindeautonomie regelmässig entweder sowohl auf die kantonale Verfassungsgarantie wie auch auf die Bundesverfassung beruft,[346] sich teils pragmatisch mit der Umschreibung des geschützten Autonomiebereichs begnügt und vereinzelt sogar ausdrücklich auf die Gemeindeautonomie als *kantonales verfassungsmässiges Recht* Bezug nimmt.[347] In anderen Entscheiden beruft es sich dagegen auf die Gemeindeautonomie als Recht der Bundesverfassung.[348]

Das Bundesgericht behandelt die Gemeindeautonomie sodann wie bis anhin als *Kompetenzproblem*. So führte es in BGE 135 I 43 Folgendes aus:[349]

> „Wie jedoch seitens des Kantons St. Gallen […] zu Recht eingewendet wird, setzt die Anerkennung eines geschützten kommunalen Autonomiebereichs voraus, dass zum einen der Vollzug der in Frage stehenden Vorschriften den Gemeinden übertragen ist und zum anderen die Art der zu regelnden Materie überhaupt Raum für ein Selbstbestimmungsrecht der Gemeinden lässt. Diese beiden Kriterien sind beim hier in Frage stehenden kantonalen Finanzausgleichsgesetz offensichtlich nicht erfüllt […] Deshalb sind die einschlägigen Vorschriften von den kantonalen Behörden und nicht von den betroffenen Gemeinden zu handhaben."

---

346 Beispielhaft der erst kürzlich ergangene BGE 136 I 265 E. 1.3, 268.

347 Vgl. z.B. BGE 135 I 302 E. 1, 304 f., der einzig auf die kantonale Verfassungsgarantie (Art. 89 KV SG) Bezug nimmt. BGE 1P.788/2006, E. 2 erwähnt weder Art. 50 Abs. 1 BV noch die Garantie der Kantonsverfassung. BGE 1P.640/2006, E. 3.1 f. bezeichnet die Gemeindeautonomie als kantonales verfassungsmässiges Recht. BGE 1P.265/2005, E. 2.2, spricht von einem Institut des kantonalen Rechts. BGE 136 I 265 E. 1.3, 268, gibt wiederum an, die Gemeinde könne sich sowohl auf Art. 50 Abs. 1 BV als auch auf die kantonale Verfassungsgarantie berufen.

348 Vgl. z.B. BGE 1C_86/2007, E. 1.2, in dem das Bundesgericht „en passant" erwähnt, die Gemeinde könne sich nach Art. 50 BV auf die Gemeindeautonomie berufen.

349 BGE 135 I 43 E. 1.2, 45 f.

Das Bundesgericht führt also seine unter Geltung der aBV entwickelte Praxis unverändert weiter. Ob es eine kantonale Rechtsfigur oder eine Garantie der Bundesverfassung schützt, scheint nicht von Bedeutung. Auch bei der Beantwortung der Frage, wann von einer *Autonomieverletzung* auszugehen sei, knüpft es an seine zu den kantonalen Verfassungen entwickelte Praxis an. Eine Gemeinde kann geltend machen, eine kantonale Behörde habe im Aufsichts-, Genehmigungs- oder Rechtsmittelverfahren *(formell)* „ihre Prüfungsbefugnis überschritten oder die den betreffenden Sachbereich ordnenden kommunalen, kantonalen oder bundesrechtlichen Normen falsch angewendet“[350]. Sie kann sich sodann dagegen wehren, dass die kantonale Behörde *(materiell)* „bei der Anwendung kommunaler, kantonaler oder bundesrechtlicher Vorschriften gegen das Willkürverbot verstösst oder, soweit kantonales oder eidgenössisches Verfassungsrecht in Frage steht, dieses unrichtig auslegt und anwendet. In diesem Rahmen kann die Gemeinde die Verletzung der Bestimmungen, welche die Befugnisse der Gemeinden ordnen, rügen, verfassungsrechtliche Verfahrensrechte anrufen und schliesslich geltend machen, die kantonalen Instanzen hätten die Tragweite von verfassungsmässigen Rechten missachtet […]“[351]. Die Gemeinden können sich auch gegen kantonale Rechtssetzungs- und Planungsakte wehren und verlangen, dass die kantonalen Behörden ihre eigenen Kompetenzen nicht überschreiten. Das Bundesgericht merkt indessen an, der Gesetzgeber könne die Schranken der kommunalen Selbständigkeit enger ziehen, solange er dies nicht auf verfassungswidrige Weise tue:[352]

> „Lorsque […] le recours a pour objet un acte législatif cantonal qui fixe nouvellement en la restreignant l’autonomie des communes dans un domaine précis, les communes ne peuvent s'en prendre à cet acte qu’en tant qu’il écarte indûment une compétence législative ou un domaine d’autonomie garantis par la Constitution cantonale. Elles peuvent se plaindre de ce qu’en modifiant la loi, le législateur cantonal a restreint les limites de l’autonomie communale qu’il avait antérieurement posées en violation d’autres attributions communales directement conférées par la Constitution.“

Eine eigentliche Schrankenregelung für Eingriffe in die Gemeindeautonomie existiert nicht. Die bundesgerichtliche Praxis erscheint als „Tummelplatz blosser Kasuistik“[353].

---

350 BGE 129 I 410 E. 2.3, 414 m.H.

351 BGE 131 I 91 E.1, 93 m.H.

352 BGE 133 I 128 E. 3.3 m.H. auf BGE 117 Ia 352 E. 4b, 356; 113 Ia 212 E. 3b, 213 f.; 103 Ia 191 E. 3, 194 f.; 94 I 451 E. 4, 457 f.; DILL, Gemeindeautonomie, 89 ff. m.H. Zum Schutz gegen kantonale Erlasse unterhalb der Gesetzesstufe und kantonale Planungsakte vgl. etwa BGE 117 Ia 352 E. 4b, 356 f.; 115 Ia 42 E. 3c, 46 f.; 111 Ia 129 E. 3, 130 f.; DILL, Gemeindeautonomie, 90 f. m.w.H.; PFISTERER, Gemeindeautonomie, 14; JAAG, Gemeindeaufsicht, 534 f.

353 So schon FAGAGNINI, Kanton und Gemeinden, 31.

Die Lehre stört sich daran nicht und kritisiert im Gegenteil den vom Bundesgericht im Entscheid 129 I 290 unternommenen Versuch, Art. 36 BV analog für Eingriffe in die Gemeindeautonomie heranzuziehen.[354]

V. Das Schattendasein der Charta

Die *Europäische Charta der Gemeindeautonomie* führt in der Schweiz gegenwärtig juristisch ein Schattendasein.[355] Der Chartabeitritt hat die Lehre und Rechtsprechung zur schweizerischen Gemeindeautonomie bis anhin kaum beeinflusst.

Die meisten Vertreter der traditionalistischen Sicht nehmen die Gemeindeautonomiecharta nicht zur Kenntnis. HÄFELIN/HALLER/KELLER, HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, TSCHANNEN und BIAGGINI weisen in ihren mehrere Jahre nach dem Chartabeitritt der Schweiz erschienenen Standardwerken nicht einmal auf die Europäische Gemeindeautonomiecharta hin.[356] RHINOW/SCHEFER erwähnen die Charta kurz, ohne aber auf ihre rechtliche Tragweite oder ihre Bedeutung für die Schweiz einzugehen.[357] JAAG weist darauf hin, nach dem Chartabeitritt seien die Kantone verpflichtet, den Gemeinden ein „Mindestmass an Autonomie" einzuräumen.[358] Auch die Vertreter der institutionellen Sichtweise weisen höchstens beiläufig auf die Charta hin. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER erwähnen die in Art. 3 Charta enthaltene Legaldefinition der Gemeindeautonomie.[359] KÄGI-DIENER hält fest, die Forderung des Art. 2 Charta, der Grundsatz der kommunalen Selbstverwaltung solle soweit möglich in der Verfassung garantiert werden, sei mit Art. 50 BV eingehalten.[360] Ausführlicher mit der Charta befasst hat sich in der schweizerischen Lehre einzig THÜRER, freilich im Jahr 1989, also lange vor dem Chartabeitritt der Schweiz.[361] Die Charta spielt an-

354 Vgl. TSCHANNEN, Staatsrecht, § 17 Rz. 23; KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar zu Art. 50 BV, Rz. 14; WALTER KÄLIN, in: ZBJV 2004, 649 f.

355 Die Situation ist mit anderen Ländern vergleichbar. So hat die Charta auch in der Bundesrepublik Deutschland nur geringes rechtswissenschaftliches Interesse gefunden. Zudem wird ihr regelmässig wenig Bedeutung beigemessen, weil ihr Schutzniveau von Art. 28 Abs. 2 GG ohnehin übertroffen werde. Herausragend indessen die Studie von SCHAFFARZIK, Handbuch, *passim*.

356 Vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht, Rz. 974 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 1356 ff.; HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Staatsrecht, 157 f.; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 17; BIAGGINI, Kommentar zu Art. 50 Rz. 1 ff.

357 RHINOW/SCHEFER, Verfassungsrecht, Rz. 646.

358 JAAG, Kommentar zu Art. 85 KV ZH, Rz. 8.

359 Vgl. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit Constitutionnel I, 262.

360 KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar zu Art. 50 BV, Rz. 5.

361 Vgl. THÜRER, Charta, *passim*.

sonsten in der schweizerischen juristischen Literatur nur aufgrund der in Art. 5 Charta verankerten Konsultationspflicht im Kontext von Zwangsfusionen eine Rolle.[362]

Das Bundesgericht unterliess es bis anhin, beispielsweise den geschützten Autonomiebereich unter Bezugnahme auf die Legaldefinition der Gemeindeautonomie in Art. 3 Charta zu umschreiben oder auch nur zu untersuchen, ob die jetzige Praxis zur Gemeindeautonomie mit der Charta vereinbar sei. Wenn die Rechtswissenschaft die rechtliche Tragweite der Chartabestimmungen und die Art ihrer Anwendbarkeit nicht untersucht (s. dazu hinten, Teil 2§ 7.IV), vermag eine gewisse Zurückhaltung der Gerichte nicht zu überraschen. Das Bundesgericht hatte sich denn auch erst in wenigen Fällen mit der Charta zu beschäftigen; stets ging es dabei um die Art. 5 Charta statuierte Konsultationspflicht bei Gebietsveränderungen.[363]

VI. Kritik

Sowohl die traditionalistische als auch die institutionelle Sicht der Gemeindeautonomie nehmen eine landesrechtliche Perspektive ein, welche die völkerrechtliche Dimension des staatlichen Verfassungsrechts ausser Acht lässt. Dass die Europäische Gemeindeautonomiecharta bislang nur ein derart geringes rechtswissenschaftliches Interesse gefunden hat, steht in frappantem Kontrast zur Bedeutung, die ihr von Beobachtern der Europapolitik als „Vierter Pfeiler des Europarates" beigemessen wird.[364] Die Charta führt aber nicht nur juristisch ein Schattendasein. Auch der breiteren Öffentlichkeit und selbst den Gemeinden selber ist sie in der Regel nicht bekannt.[365] Dass sich die Schweiz zur Beachtung der *Europäischen Charta der Gemeindeautonomie* verpflichtet hat, fordert vom Verfassungsinterpreten die Bereitschaft, die Gemeindeautonomie im Lichte dieses völkerrechtlichen Vertrags neu wahrzunehmen und zu interpretieren. Erst eine solche Öffnung der Perspektive kann ein zeitgemässes Verfassungsverständnis ermöglichen.[366]

---

362 Vgl. MARTENET, Fusion, 193 ff.; FETZ, Gemeindefusion, 159 f.; SCHAUB, Glarner Gemeindereform, 1305 f.; s. hinten, Teil 4§ 19.IV.E.2.3.

363 Vgl. BGE 1C_91/2009, E. 3.1; 1C_41/2008, E. 11; 1C_415/2008, E. 12.

364 Vgl. SCHAFFARZIK, Handbuch, § 1 Rz. 2; KNEMEYER, Entstehung der Charta, 123; RAUE, Europarat, 106; HÄBERLE, Selbstverwaltung, 308: Die Charta „spiegelt den hohen Stellenwert der kommunalen Selbstverwaltung in und für Europa wider, besonders in der Präambel […]".

365 I.d.S. ULRICH ISCH, in: Schweizer Gemeinde Nr. 6/2008, 13: „Wir haben jahrelang für diese Charta gekämpft, haben ihre Bedeutung den Gemeinden zu vermitteln versucht. Ich glaube aber nicht, dass sich die Gemeinden der Garantien der Charta bewusst sind."

366 Vgl. THÜRER, Recht der internationalen Gemeinschaft und Wandel der Staatlichkeit, in: Thürer/Aubert/Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht, § 3 Rz. 49 ff.

Doch nicht nur als Folge des Chartabeitritts ist es notwendig, die Tragweite des Art. 50 Abs. 1 BV zu untersuchen. Wenn die traditionalistische Sicht Art. 50 Abs. 1 BV nur deklaratorische Bedeutung beimisst, kommt dies einer Stellungnahme dahingehend gleich, diese Verfassungsnorm beinhalte aus rechtlicher Sicht nichts Neues. Dies erscheint schon alleine angesichts der Tatsache des langen Ringens um einen Kompromiss im Parlament als fragwürdig. Die jetzige Textfassung des Art. 50 Abs. 1 BV setzte sich in den Räten erst in der Differenzbereinigung durch. Die Kantone wehrten sich gegen den heutigen Verfassungstext: Sie befürchteten, dieser mache die Gemeindeautonomie zu einem „Institut des Bundesverfassungsrechts“[367]. Tatsächlich steht in Art. 50 Abs. 1 BV ja gerade nicht ausdrücklich, dass der Kanton die Gemeindeautonomie garantiert; was ausdrücklich in der Verfassung steht, ist, dass die Gemeindeautonomie gewährleistet ist, aber eben nur im vom Kanton bestimmten Mass. Das ist ein Unterschied!

Dass die Gemeindeautonomie eine kantonale Garantie sei, wird nicht zuletzt aus der Formulierung des Art. 189 Abs. 1 lit. e BV geschlossen: Aus einer Verfassungsnorm, welche die beiden Räte über ein Jahr vor dem stark umstrittenen Art. 50 Abs. 1 BV diskussionslos annahmen.[368] Weitere Indizien weisen darauf hin, dass das traditionelle Verständnis der Gemeindeautonomie überdacht werden muss. So scheint der französischsprachige Verfassungstext, wonach die Gemeindeautonomie in den Grenzen des kantonalen Rechts garantiert wird, den Kantonen nicht zu erlauben, die Gemeindeautonomie abzuschaffen: *limiter n'est pas abolir,* lautet das Diktum von AUBERT.[369] Dies ist der Grundgedanke all jener, die in Art. 50 Abs. 1 BV eine institutionelle Garantie erblicken.[370] In der Bundesrepublik Deutschland wird die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung des Art. 28 Abs. 2 GG seit je als eine solche institutionelle Garantie verstanden, die eine „zwingende organisatorische Grundentscheidung zugunsten eines Staatsaufbaus nach Gemeinden“[371] beinhaltet und den Gesetzgeber verpflichtet, die kommunale Selbstverwaltung nicht derart einzuschränken, „dass sie innerlich ausgehöhlt wird, die Gelegenheit zu kraftvoller Betätigung verliert und nur noch ein Schat-

---

367 Schreiben der KdK an die Mitglieder der VK S betreffend „Revision der Bundesverfassung – Art. 41, Stellung der Gemeinden“ vom 28.9.1998 (Archiv KdK), 2; s. hinten, Teil 3§ 11.IV.E.1.

368 S. hinten, Teil 3§ 11.IV.F.2.

369 AUBERT, Petit Commentaire ad Art. 50 CF, Rz. 6.

370 Vgl. zur Dogmatik der institutionellen Garantien etwa SCHINK, Selbstverwaltung, 392; SCHMITT, Verfassungslehre, 170 ff.; MAGER, Einrichtungsgarantien, *passim*.

371 STERN, Bonner Kommentar zu Art. 28 GG, Rz. 62.

tendasein führen kann“[372]. Doch auch diese institutionelle Sicht sieht sich gewichtigen Einwänden gegenüber, insbesondere jenem, dass der Ständerat dem heutigen Verfassungstext erst nach klaren Voten gegen einen institutionellen Gehalt zustimmte.[373]

Die *rechtliche Tragweite und die Bedeutung des Art. 50 Abs. 1 BV harrt somit einer vertieften Untersuchung.* Dies setzt eine umfassende Verfassungsauslegung voraus. So wurde die Entstehungsgeschichte des Art. 50 Abs. 1 BV bis anhin noch nicht vertieft aufgearbeitet. Die Gewährleistung der Gemeindeautonomie nach Massgabe kantonalen Rechts ist in die Systematik der Verfassung einzuordnen und im Lichte der besonderen Funktionen der kommunalen Selbständigkeit zu interpretieren. Wenn ein völkerrechtskonformer Normsinn des Art. 50 Abs. 1 BV gefunden werden soll, so kann dies nur gelingen, wenn vorgängig die Rezeption der Europäischen Gemeindeautonomie in der schweizerischen Rechtsordnung geklärt wird. Diesem völkerrechtlichen Vertragswerk ist der folgende Teil der Studie gewidmet.

372 BVerfGE 1, 167 (175).

373 Vgl. die Voten von Ständerat René Rhinow, AB S Verfassungsreform, 212, und Bundesrat Arnold Koller, AB S Verfassungsreform, 213.

Teil 2 Rezeption der Europäischen Charta der Gemeindeautonomie

§ 5. Europäische Charta der Gemeindeautonomie

I. Einleitung

Das Gemeinderecht ist ein komplexes, von Land zu Land und in föderalistischen Staaten von Gliedstaat zu Gliedstaat unterschiedlich geregeltes Rechtsgebiet. Die Gemeindeautonomie ist jedoch, wie alles Staatsrecht, in die Völkerrechtsordnung eingebettet und im modernen „Europa der Grundrechte und der Grundsätze" zum gemeineuropäischen Verfassungsprinzip geworden.[374] Dafür zeichnet die transkontinentale Verbreitung der *Europäischen Charta der Gemeindeautonomie* verantwortlich. Die Charta will die Gemeindeautonomie stärken und fasst zu diesem Zweck diejenigen Grundsätze zusammen, die das „ein besonderes Stück europäischer Identität darstellende Bild der autonomen Gemeinde konstituieren"[375]. Das folgende Kapitel führt ein in die Ziele, die Geschichte und Inhalte dieses völkerrechtlichen Vertragswerks und zeigt die im Rahmen des Europarats etablierten Kontrollverfahren auf. Damit soll das für das Verständnis der weiteren Kapitel notwendige Fundament geschaffen werden.

II. Grundlagen

A. Ziele

Die feierliche Einleitung der Charta – ihre Präambel – gibt Auskunft über die dem Vertragsabschluss zugrunde liegenden Motive und Ziele. Sie geht von der Erwägung aus, dass die Gemeinden eine der wesentlichen *Grundlagen jeder demokratischen Staatsform* sind. Sie beruft sich auf die Überzeugung, dass das Recht der Bürger auf Mitwirkung an den öffentlichen Angelegenheiten auf kommunaler Ebene am direktesten ausgeübt werden kann und dass selbständige Gemeinden eine zugleich wirkungsvolle und bürgernahe Verwaltung ermöglichen. Als Leitmotiv nennt die Präambel das Bewusstsein, dass der Schutz und die Stärkung der Gemeindeautonomie in den verschiedenen europäischen Ländern einen wichtigen Beitrag zum Aufbau eines Europas darstellen, das auf den Grundsätzen der Demokratie und der Dezentralisierung der Macht gründet. Die Charta will die Selbständigkeit der Gemeinden schützen, um die

374 Vgl. HÄBERLE, Europäische Rechtskultur, 37; THÜRER, Charta, 221 ff.

375 THÜRER, Charta, 224. Die Charta wird im Anhang dieser Studie in den authentischen englischen und französischen Sprachfassungen und zusätzlich in einer eigenständigen deutschen Übersetzung wiedergegeben (s. hinten, Anhang 1).

politische Freiheit der Bürgerinnen zu fördern und einer bürgernahen Demokratie Raum zu verschaffen.

Die Charta wurde demnach im Bestreben geschaffen, den Prinzipien der Satzung des Europarates Gestalt zu geben.[376] In der Präambel manifestiert sich die ideengeschichtliche Verankerung der Charta: Es geht insbesondere um das Ideal der besseren Demokratie im kleinen Raum wie auch um den Gedanken der demokratiestabilisierenden Wirkung selbständiger demokratischer Gemeinden (s. vorne, Teil 1§ 3.IV).

B. Titel

Der ungekürzte Titel der Gemeindeautonomiecharta in den beiden authentischen Textfassungen lautet „European Charter of Local Self-Government" respektive „Charte européenne de l'autonomie locale". In der amtlichen deutschen Fassung wird dies mit „Europäische Charta der kommunalen Selbstverwaltung" übersetzt.[377]

Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb im Titel und im Text der Charta der in der Schweiz unübliche Begriff der kommunalen Selbstverwaltung und nicht der traditionsreiche Begriff der Gemeindeautonomie verwendet wird. THÜRER wies bereits im Jahr 1989 darauf hin, dass die Charta, wenn sie in Art. 3 Abs. 1 die „Autonomie locale" als das „Recht und die tatsächliche Fähigkeit der kommunalen Gebietskörperschaften, im Rahmen der Gesetze einen wesentlichen Teil der öffentlichen Angelegenheiten in eigener Verantwortung und zum Wohl der Einwohner zu regeln und zu gestalten" umschreibe, entgegen dem Terminus „Selbstverwaltung" zum Ausdruck bringe, dass ihr Schutzgut nicht eine blosse Administrativfunktion darstelle.[378] Der durch die Charta vermittelte Schutz bezieht sich auf die gesamte Gemeindetätigkeit („regeln und gestalten"), umfasst also auch die Satzungsautonomie. Die Bezeichnung der Charta als Europäische Charta der kommunalen Selbstverwaltung mag für die Bundesrepublik Deutschland angemessen sein (vgl. Art. 28 Abs. 2 GG).[379] In der Schweiz spricht im

---

376 THÜRER, Charta, 224; vgl. Präambel ER: „In unerschütterlicher Verbundenheit mit den geistigen und sittlichen Werten, die das gemeinsame Erbe ihrer Völker sind und der persönlichen Freiheit, der politischen Freiheit und der Herrschaft des Rechtes zugrunde liegen, auf denen jede wahre Demokratie beruht."

377 SR 0.102.

378 THÜRER, Charta, 231.

379 Art. 28 Abs. 2 GG gewährleistet die kommunale Selbstverwaltung mit einer Bedeutung, die über die Verwaltung als spezifische Staatsfunktion hinausreicht; Vgl. statt vieler TETTINGER, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zu Art. 28 GG, Rz. 133; HENDLER, in: Mann/Püttner (Hrsg.), Handbuch, § 1 Rz. 34.

Zusammenhang mit den Gemeinden indessen kaum jemand von „Selbstverwaltung". Im juristischen wie auch im allgemeinen Sprachgebrauch dominiert seit je der Begriff der Gemeindeautonomie – verstanden im umfassenden Sinne der gemeindlichen Selbständigkeit.[380] Die schweizerischen Gemeinden sind selbständige Körperschaften zur möglichst weitgehenden Verwirklichung der direkten Demokratie.[381] Der Begriff „Gemeindeautonomie" beschreibt dies wesentlich besser als jener der „kommunalen Selbstverwaltung".

Weshalb wird in der schweizerischen amtlichen Übersetzung ins Deutsche nicht der Begriff der „Gemeindeautonomie" verwendet – obwohl dies beinahe wörtlich dem massgebenden französischen Vertragstext („autonomie locale") entspräche, obwohl die Botschaft zur Charta darauf hinweist, der Begriff der Gemeindeautonomie sei in der Schweiz üblicher als jener der Selbstverwaltung, und sogar angemerkt, Art. 3 der Charta definiere die wesentlichen Merkmale der Gemeindeautonomie?[382] Die Übersetzung nimmt keine Rücksicht auf die spezifisch schweizerische Rechtstradition und Rechtssprache und kopiert ohne Reflexion die Textfassungen Deutschlands und Österreichs. Das störte weder den Bundesrat noch die Bundesversammlung und wird auch in der Lehre nicht kritisiert. Man löst das Problem, indem man die Begriffe als Synonyme verwendet.[383] Wer aber zwei verschiedene Begriffe gebraucht, wenn das Gleiche gemeint ist, stiftet unnötige Verwirrung. Die komplizierte Terminologie droht der Charta jene Volkstümlichkeit zu nehmen, die sie benötigte, um die Selbständigkeit der schweizerischen Gemeinden tatsächlich stärken zu können. Diese Studie spricht deshalb auch im Kontext der Charta von „Gemeindeautonomie". Im Anhang findet sich eine vom Verfasser dieser Studie angefertigte, auf schweizerische Besonderheiten angepasste Neuübersetzung der *Europäischen Charta der Gemeindeautonomie.*

380 Vgl. PFISTERER, Gemeinden, 1 f.; LIVER, Gemeinderecht, 40; GIACOMETTI, Staatsrecht der Kantone, 70; s. schon vorne, Teil 1§ 1.II.C.

381 I.d.S. auch THÜRER, Charta, 231; JAGMETTI, Gemeinden, 361; MATTER, Gemeinden, 34 f.; EICHENBERGER, Gemeinde, 44 ff.

382 Botschaft Charta, 80 Fn. 1 und 91.

383 Bezeichnend ist die folgende Anmerkung von KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar zu Art. 50 BV, Rz. 5: „Die Charta verlangt, dass der Grundsatz der kommunalen Selbstverwaltung soweit möglich in der Verfassung garantiert sein soll (Art. 2 Charta). Diese Anforderung ist mit Art. 50 Abs. 1 BV eingehalten."

C. Rechtsnatur und Geltungsbereich

Die Charta ist ein rechtlich verpflichtender *völkerrechtlicher Vertrag*. Die Bezeichnung als Charta zeugt vom hohen Stellenwert, den die Schöpfer dieses Vertragswerks der Gemeindeautonomie beimassen.[384]

Um ihre Rechtsverbindlichkeit nicht um den Preis mangelnder Normdichte erkaufen zu müssen, sieht die Charta das System einer flexiblen Gestaltung der Vertragsannahme vor. Gemäss dem *„À la carte"-Prinzip* (Art. 12 Charta) müssen die Signatarstaaten mindestens zwanzig Absätze des ersten Chartateils (Art. 2 bis 11) und mindestens zehn aus vierzehn in Art. 12 besonders aufgeführten Absätzen der Charta als für sich bindend deklarieren. Dies führt zu einer europaweiten Geltung eines fliessenden Chartakerns, der von einer flexiblen Hülle von Chartanormen zweiter Kategorie umfasst wird.[385] Die Schweiz hat von dieser Flexibilitätsklausel Gebrauch gemacht. An die Art. 4 Abs. 4, Art. 6 Abs. 2, Art. 7 Abs. 2, Art. 8 Abs. 2 und Art. 9 Abs. 5 und 7 der Charta ist sie nicht gebunden.[386]

Art. 13 Charta gewährt den Vertragsparteien die Möglichkeit, jene Gemeindearten zu bezeichnen, auf die sie den Anwendungsbereich beschränken wollen.[387] Die Schweiz hat auch von dieser Klausel Gebrauch gemacht und erklärt, dass die Charta lediglich für die *politischen Gemeinden* Anwendung findet.[388] Aus diesem Grund verwendet die Neuübersetzung der Charta durchgehend den Begriff Gemeinde anstelle des Begriffs der kommunalen Gebietskörperschaften (s. hinten, Anhang I).

D. Entstehungsgeschichte

1. Gemeindefreiheit als Rettung Europas

Die Präambel der Charta verweist auf die Bedeutung der Gemeinden für *den Aufbau eines demokratischen Europas*. Dies zeigt, dass die Wurzeln dieses völkerrechtlichen

---

384 Vgl. THÜRER, Charta, 225.

385 Vgl. zu dieser Flexibilitätsklausel SCHAFFARZIK, Handbuch, § 14 Rz. 1 ff.; SCHNEIDER, Kommunaler Einfluss, 336 ff.; THÜRER, Charta, 225.

386 Art. 1 Abs. 2 des BB über die Genehmigung der ECKS vom 15. Dez. 2004 (AS 2005 2391). Die Schweiz hat sich nur auf 12 der 14 Kernprinzipien verpflichtet; vgl. Botschaft Charta, 98.

387 Vgl. dazu SCHAFFARZIK, Handbuch, § 14 Rz. 5 f.; SCHNEIDER, Kommunaler Einfluss, 340 ff.

388 Art. 1 Abs. 2 des BB über die Genehmigung der Europäischen Charta der kommunalen Selbstverwaltung vom 15. Dezember 2004 (AS 2005 2391). Damit sollte klargestellt werden, dass die Charta-Bestimmungen weder auf Kirch- oder Bürgergemeinden und auch nicht auf die Kantone anwendbar sind; vgl. Botschaft Charta, 98.

Vertrags in den erschütternden Erfahrungen des zweiten Weltkrieges zu sehen sind. Europa war nach dem Krieg in sich zerrissen und ausgezehrt. Millionen von Toten waren zu beklagen. Stadtzentren lagen darnieder, Landschaften waren verwüstet. Es galt, den Kontinent wirtschaftlich und politisch zu erneuern. In dieser Zeit des Umbruchs entstand eine politische Bewegung, die den Zusammenschluss der europäischen Völker anstrebte und in den „Vereinigten Staaten von Europa", wie sie Winston CHURCHILL 1946 in seiner Zürcher Rede forderte, die Lösung für ein künftig in Frieden lebendes Europa sah.[389] Diese Bewegung markierte den Beginn der erfolgreichen wirtschaftlichen Integration des Kontinents (OECD, GATT, EWG) und bewirkte die Gründung des Europarates im Jahr 1949.[390]

Es ist ganz wesentlich das Verdienst des Basler Historikers ADOLF GASSER, dass in den Nachkriegsjahren die Gemeindeautonomie mit ihrer machthemmenden und demokratiestabilisierenden Funktion als wünschbarer gemeinsamer Verfassungsgrundsatz aller europäischer Staaten erkannt wurde.[391] In seinem Werk über die *Gemeindefreiheit als Rettung Europas* (1943; 2. Auflage 1947) betonte er die Bedeutung der Gemeinden für den Aufbau und Bestand eines jeden demokratischen Gemeinwesens. Er brachte das Massensterben der europäischen Demokratien in den 1920er und 1930er Jahren mit fehlender kommunaler Selbständigkeit in Verbindung und forderte eine „umfassende kommunale Ermessensfreiheit als unabdingbare Voraussetzung für jede politische, soziale, moralische Gesundung Europas"[392]. So missionarisch GASSERS Plädoyer für die Gemeindefreiheit letztlich ausgefallen sein mag:[393] Sein engagiertes Eintreten für selbständige und demokratische Gemeinden erregte Aufsehen und entfaltete in einem Europa, das neue, auf die Freiheit ausgerichtete Ideen zu dieser Zeit be-

389 Zur Geschichte der europäischen Einigungsbewegung nach dem zweiten Weltkrieg vgl. etwa CARSTENS, Recht des Europarats, Berlin 1956, 9 ff. m.H.

390 Vgl. OPPERMANN/CLASSEN/NETTESHEIM, Europarecht, § 1 Rz. 13 ff. m.H.

391 Vgl. KNEMEYER, Vorgeschichte, 39; SCHAFFARZIK, Handbuch, § 2 Rz. 1.

392 Vgl. insb. GASSER, Gemeindefreiheit, 6-12.

393 GASSER lässt jene zahlreichen Aspekte, welche für die Stabilität einer Demokratie ebenso wichtig sind wie eine traditionell ausgeprägte Gemeindeautonomie, fast gänzlich ausser Betracht; vgl. dazu nur SCHMIDT, Demokratietheorien, 449 ff., der wohl „die jahrhundertelange Einübung genossenschaftlicher Selbstverwaltung" als Bestandteil einer tief verankerten Tradition des liberalen Konstitutionalismus sieht, die für eine moderne Demokratie von entscheidender Bedeutung ist, in seinem Standarderklärungsmodell der Demokratievoraussetzungen aber *sieben weitere essentielle Bedingungen* für die Stabilität und Funktionsfähigkeit der Demokratie auflistet. Dass die Gemeinden in der Weimarer Republik nur subordinierte Verwaltungsbezirke waren, hat den Weg zum totalitären Führerstaat sicher erleichtert. Dass aber dieser „administrative Strukturfehler […] bei weitem tödlicher wirkte als die aussenpolitischen und wirtschaftlichen Zeitkrankheiten" (GASSER, Gemeindefreiheit, 135), erscheint doch erheblich übertrieben.

gierig in sich aufsog, grosse Wirkung. Nicht zuletzt seinem Werk, aber auch seinem Wirken als Organisator und Netzwerker ist es zu verdanken, dass es in den Nachkriegsjahren zu diversen staatenübergreifenden Treffen von Gemeindevertretern kam, welche in der Gründung der Internationalen Bürgermeisterunion (1948) und des Rates der Gemeinden Europas (RGE, 1951) mündeten.[394]

Bereits auf dem vom RGE organisierten ersten Europäischen Gemeindetag in Versailles im Jahr 1953 wurde von den über 1000 anwesenden Gemeindepräsidenten die *Europäische Charta der Gemeindefreiheiten*[395] verabschiedet. Diese vom Werk Adolf Gassers massgeblich beeinflusste Charta war eine politische Grundsatzerklärung „von Gemeinden für Gemeinden"[396]. Weil dieser Text diverse Parallelen zur Europäischen Charta der Gemeindeautonomie aufweist, kann von letzterer über die Charta der Gemeindefreiheiten eine direkte Linie zurück zu Gassers Werk „Gemeindefreiheit als Rettung Europas" gezogen werden.[397]

Diese frühen Bemühungen um die Stärkung der „Gemeindefreiheit" waren Teil eines europaweiten, ja weltweiten Ausrufs: „Nie wieder!" zu Diktatur, Totalitarismus und dem daraus folgenden unermesslichen Elend und Leid. Die Menschenrechte wurden schon kurz nach Kriegsende in universellen (Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, 1948) und europäischen Dokumenten (EMRK, 1950) verankert. Zu dieser Zeit betonte der Rat der Gemeinden Europas die Bedeutung selbständiger Gemeinden für den demokratischen Staat. Die Erfahrung, dass im zweiten Weltkrieg in den totalitären Staaten die Gemeinden zu Befehlsempfängern der zentralistischen Führung geworden waren, gab dem RGE gute Argumente im Kampf für mehr „Gemeindefreiheit".

2. Der lange Weg zum völkerrechtlichen Vertrag

Mit feierlichen Proklamationen war keine wesentliche Stärkung der Gemeinden zu erreichen. Bald wuchs die Einsicht, ein Schutzinstrument bedürfe der Annahme durch

394 Vgl. KNEMEYER, Vorgeschichte, 39. Gasser war einer der *Mitgründer des RGE*. Dessen Konstituierung erfolgte interessanterweise zu Seelisberg, in jener Gemeinde, auf deren Boden das Rütli liegt. GASSERS Gedankengut hat auch im Rahmen der deutschen Neubesinnung auf die kommunale Selbstverwaltung nach dem zweiten Weltkrieg Beachtung gefunden; vgl. zu Adolf Gassers Werk und Wirken HELMUT KALKBRENNER, Adolf Gasser zum 80. Geburtstag, in: Esterbauer (Hrsg.), FS Gasser, 9 ff.

395 In deutscher Fassung abgedruckt bei SCHAFFARZIK, Handbuch, Anhang Nr. 3.

396 AKKERMANS, Local Self-Government, 273; KNEMEYER, Vorgeschichte, 40.

397 Der Hinweis zu Beginn der bundesrätlichen Botschaft zur Charta, diese könne als Umsetzung der im Werk Gassers enthaltenen Grundsätze in völkerrechtliche Normen betrachtet werden, ist deshalb berechtigt; vgl. Botschaft Charta, 80.

die Staaten als Verpflichtungsadressaten der Gemeindeautonomie.[398] Zur Diskussion kommunaler Anliegen schien der Europarat aufgrund seiner satzungsmässigen Ausrichtung auf das Rechtsstaats- und das Demokratieprinzip[399] besonders geeignet. Die Vertreter des RGE erreichten, dass ein „Sonderausschusses für kommunale und regionale Fragen" (1952) und später (1957) die Europäische Gemeindekonferenz (der heutige Kongress der Gemeinden und Regionen Europas, KGRE[400]) geschaffen wurden. Die Gemeindekonferenz wollte erreichen, dass sich die europäischen Staaten auf gewisse Prinzipien der Gemeindeautonomie verpflichteten. Nachdem frühere Bemühungen erfolglos blieben,[401] formulierte sie 1968 eine *Grundsatzerklärung über die Prinzipien der Gemeindeautonomie*[402] und ersuchte das Ministerkomitee um deren Annahme. Diese Initiative wurde von der Beratenden Versammlung unterstützt.[403] Dem im Jahr 1970 verabschiedeten Text[404] war jedoch kein Erfolg beschieden. Das Ministerkomitee teilte die Ansicht, dass die Gemeinden als Grundeinheiten der Gesellschaft im Leben der nationalen Gemeinschaften Europas eine wesentliche Rolle spielen sollten. Dennoch lehnte es die Empfehlung ab und begründete dies mit den Unterschieden in den rechtlichen und administrativen Strukturen der Mitgliedstaaten.[405]

Diese Rückschläge führten bei der Gemeindekonferenz und der Beratenden Versammlung zu Konsternation. Es verging beinahe ein Jahrzehnt, bis das Projekt, die wichtigsten Prinzipien der Gemeindeautonomie auf europäische Ebene zu hieven, erneut auf-

398 KNEMEYER, Vorgeschichte, 40; SCHAFFARZIK, Handbuch, § 3 Rz. 3.

399 Die satzungsmässige Ausrichtung des Europarates ergibt sich aus Art. 1 lit. a ER in Verbindung mit der Präambel des Statuts.

400 Zur Entwicklung SCHAFFARZIK, Handbuch, § 3 Rz. 2 sowie § 7 Rz. 12 ff. Der KGRE, ein beratendes Organ des Europarates, wurde 1994 als Nachfolgeorganisation der ständigen Konferenz der Gemeinden und Regionen Europas ins Leben gerufen. Der Kongress wurde vom Ministerkomitee auf der Basis der Art. 15 lit. a und 16 ERS errichtet. Heute arbeitet er auf Grundlage der Statutarischen Resolution (2000) 1 und der Charta des Kongresses, die das Ministerkomitee am 15. März 2000 annahm (SR 0.192.030.23; SCHAFFARZIK, Handbuch, Anhang Nr. 12 und 13). Hauptaufgaben des Kongresses sind die Repräsentation der Gemeinden und Regionen im Europarat, die Unterbreitung von Vorschlägen für das Ministerkomitee mit dem Ziel der Beförderung lokaler und regionaler Autonomie, die Stärkung der Zusammenarbeit zwischen Gemeinden und Regionen und die Beratung von Ministerkomitee und parlamentarischer Versammlung; vgl. im Einzelnen Art. 1 f. Statutarische Resolution 2000 (1).

401 Vgl. SCHAFFARZIK, Handbuch, § 3 Rz. 6 sowie Anhang Nr. 5.

402 Resolution 64 (1968); abgedruckt bei SCHAFFARZIK, Handbuch, Anhang Nr. 6.

403 Resolution 410 (1969); abgedruckt bei SCHAFFARZIK, Handbuch, Anhang Nr. 7.

404 Resolution 615 (1970); abgedruckt bei SCHAFFARZIK, Handbuch, Anhang Nr. 8.

405 Den Ausschlag gab wohl, dass die Mitgliedstaaten noch nicht willens waren, in Fragen der staatlichen Organisationsstruktur völkerrechtliche Verpflichtungen einzugehen; vgl. GALETTE, Selbstverwaltung, 1091; SCHAFFARZIK, Handbuch, § 3 Rz. 11 ff.

gegriffen wurde. Das Anliegen war aktueller denn je. Die Gemeindeautonomie schien stark gefährdet, waren doch die 1960er und 1970er Jahre überall in Europa durch Zentralisierungstendenzen geprägt und fanden in vielen Ländern einschneidende Gebietsreformen statt.[406] An der 13. Tagung der Gemeindekonferenz im Jahr 1978 beantragte Lucien Harmegnies, Bürgermeister von Charleroi und früherer belgischer Innenminister, gemeinsam mit weiteren Konferenzmitgliedern die Verabschiedung einer neuen Resolution zum Schutz der Gemeindeautonomie. Nach einem langen Ausarbeitungsprozess, in dessen Rahmen Harmegnies eine Gruppe unabhängiger Sachverständiger zur Seite stand (darunter der Schweizer JEAN MEYLAN),[407] wurde der Resolutionsentwurf von der Gemeindekonferenz auf ihrer 16. Tagung im Jahre 1981 als Resolution 126 über die Grundsätze der Gemeindeautonomie angenommen.[408] Dieser Entwurf ist mit der Gemeindeautonomiecharta nahezu deckungsgleich.[409] Die Charta sollte als von der EMRK unabhängiger völkerrechtlicher Vertrag ausgestaltet werden.[410] Um eine schnelle und weite Verbreitung zu ermöglichen, wurden die Vertragsannahme nach einem „À la carte"-System und ein nur schwaches Kontrollverfahren nach dem Vorbild der Europäischen Sozialcharta vorgeschlagen.[411]

Die europäischen Kommunalminister besprachen den Entwurf 1982 an einer Konferenz in Lugano. Hier legten die Staatenvertreter erstmals ein klares Bekenntnis zur Bedeutung der Gemeindeautonomie für Demokratie und Menschenrechte ab.[412] Die Minister forderten das Ministerkomitee auf, seinen Lenkungsausschuss für regionale

406 Vgl. GALETTE, Selbstverwaltung, 1085 f.

407 Die Mitglieder dieser Expertengruppe waren die Professoren J. Burmeister (DE), B. Keith-Lucas (GB), J. Sarot (BE), D. Sorace (I), J.M. Woehrling (F), Jean Meylan (CH) und A. Galette (DE); vgl. GALETTE, Selbstverwaltung, 1092.

408 Abgedruckt bei SCHAFFARZIK, Handbuch, Anhang Nr. 9.

409 Der Entwurf räumt den Gemeinden in 10 Artikeln ein weites Mass an Selbständigkeit ein. Er verlangt eine verfassungsrechtliche Garantie der kommunalen Selbstverwaltung (Art. 1), enthält eine Begriffsdefinition (Art. 2), definiert den Umfang der Autonomie (Art. 3), statuiert einen schwachen Bestandesschutz (Art. 4), regelt die Aufsicht (Art. 7) und die Finanzmittel (Art. 8), gewährt den Gemeinden ein Vereinigungsrecht (Art. 9) und ein Recht auf Rechtsschutz (Art. 10); s. zum ähnlichen Inhalt der Charta hinten, Teil 2§ 5.III.

410 Dies war primär dadurch bedingt, dass man die Gemeindeautonomie nicht als Menschenrecht, sondern als staatsorganisatorisches Prinzip betrachtete; vgl. AKKERMANS, Local Self-Government, 276; SCHAFFARZIK, Handbuch, § 4 Rz. 5 m.H.

411 Ausführlich GALETTE, Selbstverwaltung, 1099 sowie SCHAFFARZIK, Handbuch, § 4 Rz. 7 ff.

412 Europarat, Dok. 5012, 12 f.; ausführlich zu den für die Gemeinden günstigen Umständen dieser Konferenz SCHAFFARZIK, Handbuch, § 5 Rz. 3.

und kommunale Fragen (CDRM) zu beauftragen, den Entwurf zu überarbeiten.[413] Das Ministerkomitee kam dieser Aufforderung nach. Der CDRM delegierte den Auftrag an den 17 Sachverständige umfassenden Ausschuss für lokale und regionale Strukturen. Dem Entwurf der Europakonferenz kam jetzt nur noch die Funktion einer Arbeitsgrundlage zu. Der CDRM wollte dem Text grösstmögliche Akzeptanz sichern und nahm gewisse Abschwächungen einzelner Bestimmungen in Kauf.[414] Der materielle Gehalt der Gemeindeautonomiecharta blieb jedoch im wesentlichen unverändert. An einer Fachministerkonferenz in Rom wurde der neue Text im Jahr 1984 einstimmig angenommen. Die Minister sprachen sich für einen verbindlichen völkerrechtlichen Vertrag aus. Ohne die abschwächenden Formulierungen im Vertragstext, den Verzicht auf ein gerichtliches Kontrollverfahren und das „À la carte"-System wäre dieses für die Gemeinden positive Ergebnis kaum zustande gekommen.[415]

3. Inkrafttreten und Verbreitung

Am 27. Juni 1985 sprach sich das Ministerkomitee für die Annahme der Gemeindeautonomiecharta als Europäischer Vertrag aus.[416] So konnte die Charta am 15. Oktober 1985, an der 20. Tagung des KGRE, zur Unterzeichnung aufgelegt werden.[417] Nach vier erfolgten Ratifikationen trat die Charta am 1. September 1988 in Kraft. Damit blieb sie indes weit hinter einer generellen Verbindlichkeit zurück: während langer Zeit fehlten insbesondere die Unterschriften Frankreichs, Grossbritanniens und Irlands sowie jene der Schweiz (s. hinten, § 6). Wichtig für die europaweite Verbreitung der Gemeindeautonomiecharta im Laufe der Jahre war, dass nach dem Fall des „Eisernen Vorhangs" für den Beitritt der mittel- und osteuropäischen Staaten zum Europarat neben dem Beitritt zur EMRK auch der Beitritt zur Gemeindeautonomiecharta gefordert wurde.[418] Heute gilt die Charta in Europa flächendeckend. Alle Mitgliedsstaaten des Europarates ausser den drei Zwergstaaten Andorra, Monaco und San Marino ratifizierten die Charta, zuletzt Frankreich und Serbien im Jahr 2007. Insofern wird die Charta mit Recht als ein Stück gemeineuropäischen Verfassungsrechts bezeichnet.[419]

---

413 Europarat, Dok. 5012, 13. Der CDRM wurde unterdessen in CDLR, auf deutsch Lenkungsausschuss für lokale und regionale Demokratie, umgetauft.

414 Vgl. BLAIR, Vorbereitung der Charta, 44 f.; vgl. auch Europarat, Dok. 5109, 8

415 Vgl. Europarat, Dok. 5338, 65; Botschaft Charta, 82.

416 BLAIR, Vorbereitung der Charta, 46.

417 Vgl. Explanatory Report, 2.

418 Vgl. SCHEFOLD, Selbstverwaltung, 1064; RAUE, Europarat, 106 ff. m.w.H.

419 Vgl. SCHEFOLD, Selbstverwaltung, 1064.

III. Regelungsgehalte

A. Vorbemerkungen

Die Charta kodifiziert in ihrem ersten Teil (Art. 2 bis 11) grundlegende Prinzipien der Gemeindeautonomie (*principles of local self-government*). Im zweiten Teil folgen die Flexibilitätsklauseln (Art. 12 und 13 Charta) sowie das Kontrollinstrument der Informationsübermittlung (Art. 14 Charta). Der dritte Teil der Charta (Art. 15 bis 18) enthält Bestimmungen vertragstechnischer Natur.[420]

Im Folgenden werden die operativen Bestimmungen des ersten Chartateils vorgestellt, vorerst noch ohne auf die Art der Anwendbarkeit dieser Normen einzugehen (s. hinten, § 7.IV). Die Charta ist – wie alle völkerrechtliche Verträge – nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, ihren Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte ihres Zieles und Zweckes auszulegen (Art. 31 Abs. 1 VRK). Ausgangspunkt der Interpretationstätigkeit ist der Vertragstext. Massgebend sind die authentischen französischen und englischen Textfassungen (Art. 33 VRK).[421] Die *systematische Auslegung* ist in einem weiten Sinne zu verstehen. Abzustellen ist auf den normativen Kontext der jeweiligen Einzelvorschrift, d.h. auf den übrigen Vertragstext samt Präambel und Anlagen, aber auch auf Übereinkünfte anlässlich des Vertragsabschlusses sowie spätere Übereinkünfte und jede spätere Übung, aus der die Übereinstimmung der Vertragsparteien über seine Auslegung hervorgeht.[422] Gemäss der *teleologischen Auslegung* ist die Charta sodann im Lichte der Vertragsziele zu interpretieren.[423] Das historische Auslegungselement, d.h. die „travaux préparatoires“ und die Umstände des Vertragsabschlusses, werden grundsätzlich erst dann relevant, wenn die objektive Auslegung die Bedeutung einer Norm mehrdeutig lässt oder zu unvernünftigen Ergebnissen führt (Art. 32 VRK). Der Erläu-

420 Vgl. die Erörterungen zu diesem sog. „service du traité“ bei SCHAFFARZIK, Handbuch, § 16.

421 Zur Interpretation des Völkerrechts statt vieler HERDEGEN, Völkerrecht, § 15 Rz. 28 ff.; KÄLIN/EPINEY/CARONI/KÜNZLI, Völkerrecht, 31 ff. m.H. Diese Studie operiert mit der deutschen Chartafassung, sofern es nicht notwendig ist, den Originalwortlaut zu berücksichtigen.

422 Art. 31 Abs. 2 und 3 VRK; vgl. HERDEGEN, Völkerrecht, § 15 Rz. 30; SCHAFFARZIK, Handbuch, § 20 Rz. 47; KÄLIN/EPINEY/CARONI/KÜNZLI, Völkerrecht, 37 ff.

423 Vgl. HERDEGEN, Völkerrecht, § 15 Rz. 32; für eine *dynamische Interpretation* analog der Rechtsprechung zur EMRK bietet sich die Charta nur bedingt an; vgl. SCHAFFARZIK, Handbuch, § 20 Rz. 50 f.; der KGRE weist jedoch darauf hin, die Auslegung der Charta sei ein „andauernder Prozess“, vgl. KGRE Entschliessung 195 (2005), Ziff. 5.

terungsbericht des Europarates stellt keine vorbereitende Arbeit dar, vermag aber Anhaltspunkte für die objektive Auslegung zu liefern.[424]

B. Verfassungsgrundlage

Art. 2 der Gemeindeautonomiecharta verpflichtet die Vertragsparteien, „den Grundsatz der Gemeindeautonomie in der innerstaatlichen Gesetzgebung und so weit als möglich in der Verfassung" anzuerkennen. Diese Forderung nach einer Verankerung der Gemeindeautonomie möglichst auf der höchsten innerstaatlichen Rechtsebene bezweckt, dass der Gemeindeautonomie eine starke, auch gegenüber dem Gesetzgeber durchsetzbare Stellung verliehen wird. Die Verfassungsgrundlage soll überdies das öffentliche Bewusstsein um die Bedeutung der Gemeinden für ein funktionierendes Staatswesen und eine intakte Demokratie fördern.[425] Aus dieser doppelten Zielsetzung geht hervor, dass Art. 2 Charta in föderalistischen Ländern auf eine Anerkennung der Gemeindeautonomie durch die Bundesverfassung abzielt.[426]

C. Begriff der Gemeindeautonomie

Während Art. 2 der Gemeindeautonomiecharta das „Wo" bzw. „Wie" der innerstaatlichen Garantie der Gemeindeautonomie regelt, gibt Art. 3 Charta Auskunft über das *„Was"*. Die Gemeindeautonomie ist „das Recht und die tatsächliche Fähigkeit der Gemeinden, im Rahmen des Gesetzes einen wesentlichen[427] Teil der öffentlichen Angelegenheiten in eigener Verantwortung zum Wohl ihrer Einwohner zu regeln und zu gestalten". Diese *Definitionsnorm* kommt als Auslegungs- und Konkretisierungshilfe

---

424 Der Erläuterungsbericht soll die Vertragsnormen kommentieren, um den Signatarstaaten das Verständnis der Vertragsnormen zu erleichtern. Er beansprucht aber nicht, ein Auslegungsmittel zu sein; vgl. Explanatory Report, 3; SCHAFFARZIK, Handbuch, § 8 Rz. 5 sowie § 20 Rz. 52.

425 Vgl. HARMEGNIES, Bericht, 12; SCHAFFARZIK, Handbuch, § 12 Rz. 2.

426 Botschaft Charta, 91; THÜRER, Charta, 229; SCHAFFARZIK, Handbuch, § 12 Rz. 2; SCHNEIDER, Kommunaler Einfluss, 292; a.M. einzig BUSCHOR, Charta, 105. Der Grund für die relativierende Wendung „so weit als möglich" ist in den staatsrechtlichen Besonderheiten einiger Mitgliedsländer zu sehen, die eine bundesverfassungsmässige Garantie ausschliessen oder stark erschweren. Dies galt zur Zeit der Schaffung der Charta auch für die Schweiz; vgl. in diesem Kontext Explanatory Report, 10; HEBERLEIN, Charta, 57.

427 In der amtlichen deutschen Chartafassung wird von einem „bedeutenden Teil" der öffentlichen Angelegenheiten gesprochen. In den authentischen englischen und französischen Vertragstexten ist von „a substantial share" und „une part importante" die Rede. M.E. wird dies mit „ein wesentlicher Teil" einprägsam übersetzt. In diesem Sinne lauten im Übrigen auch die Textfassungen Deutschlands und Österreichs.

in Verbindung mit den spezifischen Chartagarantien zum Tragen.[428] Sie bringt zum Ausdruck, dass die Gemeindeautonomie *ein Recht* ist, welches die gesamte Tätigkeit der Gemeinden schützt, und dass dieses Recht die faktische Möglichkeit zu selbständigem Handeln voraussetzt.[429] Die Gemeinden können „in eigener Verantwortung" handeln und einen „wesentlichen Teil der öffentlichen Angelegenheiten" regeln und gestalten. Sie können sich im Rahmen des Rechts aller öffentlicher Angelegenheiten annehmen. Eine Beschränkung auf „örtliche Angelegenheiten" erfolgt nicht.[430]

Art. 3 Abs. 2 Charta verlangt die demokratische Legitimation der Gemeindeautonomie. Dieses Recht „wird von Räten oder Versammlungen ausgeübt, deren Mitglieder aus freien, geheimen, gleichen, direkten und allgemeinen Wahlen hervorgegangen sind und die über Exekutivorgane verfügen können, die ihnen gegenüber verantwortlich sind. Der Rückgriff auf Bürgerversammlungen, Volksabstimmungen oder jede sonstige Form direkter Beteiligung der Bürger, sofern dies gesetzlich zulässig ist, wird dadurch nicht berührt". Die Gemeindeverfassung muss zumindest repräsentativdemokratisch ausgestaltet sein – d.h. das Gemeindeparlament wird frei gewählt, die Exekutivorgane sind gegenüber der Gemeindelegislative verantwortlich –, wobei die Charta die direkte Versammlungsdemokratie ausdrücklich zulässt.[431]

D. Umfang der Gemeindeautonomie

Art. 4 der Charta umschreibt Grundsätze zur Festlegung des Umfangs der Gemeindeautonomie, deren Beachtung eine optimale Entfaltung der kommunalen Selbständig-

---

428 Vgl. Explanatory Report, 11; GALETTE, Selbstverwaltung, 1096; SCHNEIDER, Kommunaler Einfluss, 296; SCHAFFARZIK, Handbuch, § 12 Rz. 5.

429 I.d.S. schon EICHENBERGER, Gemeinden, 47. Die Definition zeugt von der Verpflichtung der Staaten, die Gemeinden mit den für die Wahrnehmung ihrer Funktionen erforderlichen Mitteln auszustatten (Art. 9 Charta); vgl. auch SCHAFFARZIK, Handbuch, § 12 Rz. 8; HARMEGNIES, Bericht, 12; GALETTE, Selbstverwaltung, 1096 f.; SCHNEIDER, Kommunaler Einfluss, 293.

430 SCHAFFARZIK, Handbuch, § 12 Rz. 7; SCHNEIDER, Kommunaler Einfluss, 294.

431 Vgl. SCHNEIDER, Kommunaler Einfluss, 295; SCHAFFARZIK, Handbuch, § 12 Rz. 9. Art. 3 Abs. 2 Charta ist auf die *Gemeindelegislative* zugeschnitten. Die Ansicht THÜRERS (Charta, 232), unter den in Satz 1 genannten „Räten" müssten auch Exekutivorgane und unter „Versammlungen" auch Gemeindeversammlungen verstanden werden, entspricht nicht dem Sinn und Zweck dieser Norm, welche nicht weniger, aber auch nicht mehr als eine demokratische Legitimation der Gemeindetätigkeit anstrebt. Art. 3 Abs. 2 Charta verhält sich gegenüber der Versammlungsdemokratie *neutral*. Wenn die Verantwortlichkeit der Exekutivorgane gegenüber den frei gewählten „Räten und Versammlungen" gefordert und hiernach ausdrücklich festgehalten wird, der „Rückgriff auf Bürgerversammlungen" werde nicht berührt, so zeigt dies im Umkehrschluss, dass der Begriff „Räte und Versammlungen" in der Schweiz nur die Gemeindeparlamente, aber weder die Gemeindeexekutiven noch die Gemeindeversammlungen anspricht. Im Ergebnis gleich – jedoch ohne Begründung – Botschaft Charta, 91.

keit erlaubt.[432] Art. 4 Abs. 1 verlangt, dass die grundlegenden Kompetenzen der Gemeinden durch die Verfassung oder durch Gesetz festgelegt werden. Angesprochen sind in der Schweiz die Kantonsverfassung und das kantonale Gesetz.[433] Art. 4 Abs. 2 verleiht den Gemeinden im gesetzlichen Rahmen[434] das Recht, sich mit jeder Angelegenheit zu befassen, die nicht von ihrem Kompetenzbereich ausgeschlossen oder einer anderen Behörde übertragen ist. Gemäss diesem Prinzip der Universalität resp. der Allzuständigkeit können die Gemeinden alle öffentlichen Angelegenheiten wahrnehmen, die nicht schon anderen staatlichen Ebenen oder Aufgabenträgern zugeordnet sind. Die Gemeinden können folglich auch sich neu entwickelnde Aufgaben allgemeinen Interesses wahrnehmen und eigene Initiativen ergreifen.[435]

Nach Art. 4 Abs. 3 Charta obliegt die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben vorzugsweise denjenigen Behörden, die den Bürgern am nächsten sind, d.h. den Gemeinden. Damit wird ein dem Subsidiaritätsprinzip verwandtes Prinzip der Bürgernähe verankert. Bei der Aufgabenverteilung sind Art und Umfang der Aufgabe sowie die Erfordernisse der Wirksamkeit und der Wirtschaftlichkeit zu beachten.[436] Der die Schweiz nicht bindende[437] Art. 4 Abs. 4 fordert, dass die den Gemeinden übertragenen Kompetenzen in der Regel vollständig und umfassend sind und verlangt eine gesetzliche Grundlage für deren Einschränkung.[438] Bei übertragenen Kompetenzen muss es den Gemeinden so weit wie möglich freigestellt werden, deren Ausübung den örtlichen Gegebenheiten anzupassen (Art. 4 Abs. 5).

---

432 Botschaft Charta, 91; THÜRER, Charta, 232; SCHNEIDER, Kommunaler Einfluss, 297.

433 Vgl. Botschaft Charta, 92; Explanatory Report, 5. Art. 4 Abs. 1 Charta schliesst nicht aus, dass den Gemeinden im Einklang mit dem Gesetz Kompetenzen zu besonderen Zwecken übertragen werden. Den Gemeinden können Einzelzuständigkeiten ausnahmsweise auch mit (gesetzeskonformer) Verordnung übertragen werden; vgl. SCHAFFARZIK, Handbuch, § 12 Rz. 14.

434 Im vorliegenden Zusammenhang sind sowohl das kantonale Recht wie auch das Bundesrecht gemeint; vgl. Botschaft Charta, 92.

435 Explanatory Report, 12; SCHAFFARZIK, Handbuch, § 21 Rz. 5 f.

436 Vgl. dazu SCHNEIDER, Kommunaler Einfluss, 303 ff.; SCHAFFARZIK, Handbuch, § 21 Rz. 18 ff.; SCHEFOLD, Regionen, 296.

437 Vgl. zu den Einwänden der Kantone Botschaft Charta, 92 f.; s. hinten, Teil 4§ 20.V.B.1.1

438 Wie THÜRER (Charta, 232) richtig festhält, ist Art. 4 Abs. 4 Satz 2 Charta unglücklich redigiert. Die Bestimmung impliziert, die Kompetenzen der Gemeinden dürften auf Grund einer gesetzlichen Regelung „in Frage gestellt" werden. Es ist zu bezweifeln, dass die Schöpfer der Charta dies bezweckten. Eher handelt es sich um eine jener unglücklichen Formulierungen, die „in der Erschöpfung der Verhandlungen" durchgingen; vgl. BLAIR, Vorbereitung der Charta, 45.

Die Gemeinden müssen sodann in allen Angelegenheiten, die sie unmittelbar betreffen, rechtzeitig und in geeigneter Weise konsultiert[439] werden (Art. 4 Abs. 6). Die Gemeinden dürfen Stellung nehmen, Handlungs- und Entscheidungsalternativen aufzeigen und Entscheidungsvorschläge einbringen. Wenn staatliche Massnahmen sämtliche Gemeinden gleichermassen betreffen, kommt eine Konsultation einzig der repräsentativen Gemeinde- und Städteverbände in Betracht.[440]

E. Materielle Garantien

1. Schutz der Gemeindegrenzen

Bei jeder Änderung kommunaler Gebietsgrenzen sind die betroffenen örtlichen Gemeinschaften vorgängig zu konsultieren, gegebenenfalls in Form einer Volksabstimmung, sofern dies gesetzlich zulässig ist (Art. 5 Charta). Diese Bestimmung erfasst alle Eingriffe in den territorialen Bestand der Gemeinden, einschliesslich der gänzlichen Auflösung. Sie sorgt für einen gewissen präventiven Bestandesschutz, räumt aber den Gemeinden kein Selbstbestimmungsrecht auf Weiterexistenz ein.[441] Es sind *die betroffenen örtlichen Gemeinschaften zu konsultieren*. Das heisst: wie Art. 4 Abs. 6 schreibt Art. 5 die Konsultation im Sinne einer Beratung vor. Diese hat durch die örtliche Gemeinschaft[442] zu erfolgen, „sofern gesetzlich zulässig" in der Form einer Volksabstimmung (s. hinten, Teil 4§ 19.IV.E.2.3).

2. Angemessene Verwaltungsstrukturen

Die Gemeinden müssen im gesetzlichen Rahmen das Recht haben, ihre internen Verwaltungsstrukturen selbst zu bestimmen, um sie ihren besonderen Bedürfnissen anpassen und eine wirksame Aufgabenerfüllung gewährleisten zu können (Art. 6 Abs. 1

---

439 Die Art der Beteiligung der Gemeinden an staatlichen Planungs- und Entscheidungsprozessen wird in den massgebenden Chartafassungen durch die Partizipien „consultées" bzw. „consulted" umschrieben. Die amtliche deutsche Chartaübersetzung operiert mit dem Verb „anhören" und ist daher unzutreffend. Es geht um *konsultieren* im Sinne von „zu Rate ziehen", „sich beraten lassen von" – was über eine Anhörung, welche dem Berechtigten lediglich eine Chance der Darlegung seiner Auffassung vermittelt, qualitativ hinausgeht; vgl. SCHAFFARZIK, Handbuch, § 22 Rz. 11 ff.; s. hinten, Teil 4§ 19.IV.E.2.4.

440 I.d.S. auch SCHAFFARZIK, Handbuch, § 22 Rz. 18; SCHNEIDER, Kommunaler Einfluss, 309 f.

441 Explanatory Report, Art. 5; SCHNEIDER, Kommunaler Einfluss, 311; SCHAFFARZIK, Handbuch, § 25 Rz. 3; WEISS, Charta, 166 ff.; FETZ, Gemeindefusion, 159.

442 Die amtliche Übersetzung spricht von der Anhörung der Gemeinden. Der Sinn und Zweck dieser Chartagarantie ist indessen die *Konsultation der örtlichen Bevölkerung*. Dies kommt im authentischen englischen Vertragstext, der von „local communities" spricht (und nicht, wie Art. 4 Abs. 6 Charta, von „local authorities"), klar zum Ausdruck. Die deutsche Neuübersetzung verwendet daher den Begriff der „örtlichen Gemeinschaft"; s. hinten, Anhang I.

Charta).[443] Dieses Recht beeinträchtigt nicht die den Kantonen zustehende Kompetenz, die Gemeindeorganisation zu regeln. Die kantonalen Gemeindeverfassungen sollen den Gemeinden indessen einen angemessenen Spielraum belassen, damit diese ihren örtlichen Gegebenheiten angepasste Strukturen wählen können.[444] In dieser Bestimmung erscheint die *Organisationsautonomie* der Gemeinden, die Befugnis zur eigenverantwortlichen Bestimmung ihrer internen Strukturen, als konkrete Ausprägung der Gemeindeautonomie.[445]

Art. 6 Abs. 2 fordert angemessene Beschäftigungsbedingungen, welche es ermöglichen, qualifiziertes Personal zu rekrutieren. Die Schweiz wendet diese Bestimmung nicht an, weil sie kaum mit dem Milizsystem vereinbar ist. Insbesondere in kleinen Gemeinden werden Gemeindepolitik wie Gemeindeverwaltung weiterhin häufig von Laien und im Ehrenamt betrieben.[446]

3. Rechtsstellung der Gemeindevertreter

Art. 7 der Charta betrifft die Rechtsstellung der gewählten Gemeindevertreter. Die darin verankerten Einzelgarantien gelten für die *Mitglieder kommunaler Repräsentativorgane*, d.h. für die Mitglieder von Gemeindeparlamenten, nicht aber für die Mitglieder kommunaler Exekutivorgane. Für die zahlreichen kleinen und mittleren Gemeinden, welche die traditionelle Versammlungsdemokratie ohne Gemeindeparlament kennen, entfaltet Art. 7 also keine Wirkung.[447] Das in Abs. 1 garantierte *freie Mandat* stattet die Parlamentsmitglieder mit der für ihre Willensbildung notwendigen Unabhängigkeit aus und schützt sie vor unzulässiger Einflussnahme seitens ihrer Wähler, übergeordneter staatlicher Behörden oder Dritter. Art. 7 Abs. 2 sieht eine Pflicht zur angemessenen Entschädigung der Gemeindevertreterinnen vor und wurde deshalb

---

443 Die amtliche deutsche Übersetzung verwendet den Begriff der „Geschäftsabwicklung". Diese Terminologie entspricht an sich den authentischen Chartafassungen („management", bzw. „gestion"). Es kann indessen nicht angehen, im Zusammenhang mit Gemeinden als staatliche Aufgabenträger davon zu sprechen, dass diese „Geschäfte abwickeln". Die Gemeinden sollen *ihre Aufgaben wirksam erfüllen*, das ist der eigentliche Sinn dieser Bestimmung.

444 Vgl. Botschaft Charta, 94; BUSCHOR, Charta, 106; SCHAFFARZIK, Handbuch, § 13 Rz. 5; SCHNEIDER, Kommunaler Einfluss, 312 f.

445 Vgl. SCHAFFARZIK, Handbuch, § 23 Rz. 2 ff.

446 Vgl. Botschaft Charta, 94.

447 So auch SCHAFFARZIK, Handbuch, § 27 Rz. 1; SCHNEIDER, Kommunaler Einfluss, 314. Dies ergibt sich aus dem Konnex zu Art. 3 Abs. 2 Charta: Die Gemeindeexekutive ist nach der Konzeption der Charta den Vorgaben und der Kontrolle des kommunalen Repräsentativorgans (oder, falls ein solches fehlt, der Bürgerschaft) unterworfen und kann nicht Trägerin des durch Art. 7 Abs. 1 Charta vermittelten Rechts auf freie Amtsausübung sein.

vom Anwendungsbereich ausgenommen, dies in Rücksichtnahme auf das Milizsystem.[448] Nach Art. 7 Abs. 3 kann die Unvereinbarkeit von Ämtern oder Tätigkeiten mit einem kommunalen Mandat allein gesetzlich oder durch grundlegende Rechtsprinzipien bestimmt werden.[449]

4. Staatsaufsicht

Art. 8 Charta normiert wichtige Grundsätze für die staatliche Aufsicht über die Gemeindetätigkeit. Diese darf nur in der Weise und in den Fällen ausgeübt werden, die durch die Verfassung oder durch Gesetz vorgesehen sind (Abs. 1).[450] Die Aufsicht darf in der Regel nur die Einhaltung der Gesetze und der Verfassungsgrundsätze sicherstellen. Die Kontrolle der Zweckmässigkeit ist grundsätzlich nur bei übertragenen Aufgaben zulässig (Abs. 2). Die Schweiz nahm diesen letztgenannten Absatz vom Anwendungsbereich aus, weil sich die Mehrheit der Kantone kritisch äusserte.[451] Anwendbar ist dagegen Art. 8 Abs. 3 Charta, wonach die Verhältnismässigkeit zwischen den staatlichen Aufsichtsmassnahmen und der Bedeutung der von ihr zu schützenden Interessen gewahrt bleiben muss.[452]

5. Finanzgarantien

Die in Art. 9 Charta verbürgerten Finanzgarantien dienen der Herstellung der in der Definitionsnorm des Art. 3 Abs. 1 Charta erwähnten „tatsächlichen Fähigkeit“ der Gemeinden, einen wesentlichen Teil der öffentlichen Angelegenheiten zu regeln und zu gestalten. Art. 9 gewährt den Gemeinden im Rahmen der nationalen Wirtschaftspolitik einen Anspruch auf ausreichende Eigenmittel, über die sie frei verfügen können (Abs. 1), und fordert, dass die Finanzmittel der Gemeinden in einem angemessenen Verhältnis zu ihren Kompetenzen stehen (Abs. 2). Im Recht, über die eigenen Mittel eigenverantwortlich bestimmen zu können, zeigt sich die Ausgabenautonomie. Die Finanzautonomie umfasst zudem die Finanzverwaltungs- und Einnahmenautonomie, d.h. das Recht, eigene Steuern und Abgaben zu erheben, deren Satz die Gemeinden im

448 Vgl. Botschaft Charta, 94.

449 In der Schweiz sind ausschliesslich kantonale Gesetze gemeint; vgl. Botschaft Charta, 94.

450 Die Charta normiert also einen aufsichtsbetreffenden Gesetzesvorbehalt; vgl. SCHAFFARZIK, Handbuch, § 28 Rz. 3; Botschaft Charta, 94.

451 Vgl. Botschaft Charta, 94 f.; s. diesbezüglich hinten, Teil 4§ 20.V.B.1.2.

452 Vgl. Botschaft Charta, 94 f.; BUSCHOR, Charta, 106; SCHAFFARZIK, Handbuch, § 13 Rz. 12; THÜRER, Charta, 233 f.

gesetzlichen Rahmen selber festlegen können (Abs. 3).[453] Die Finanzierungssysteme müssen ausreichend vielfältig und dynamisch gestaltet sein, damit sie mit der tatsächlichen Kostenentwicklung Schritt halten können (Abs. 4). Schliesslich gewährt die Charta den Gemeinden ein Konsultationsrecht bei Finanzzuweisungen (Abs. 6) sowie den Zugang zum nationalen Kapitalmarkt (Abs. 8).

Die Bestimmungen zum Finanzausgleich hat die Schweiz vom Anwendungsbereich ausgeschlossen. Art. 9 Abs. 5 fordert zum Schutz finanziell schwächerer Gemeinden Finanzausgleichsverfahren, welche die Entscheidungsfreiheit der Gemeinden in ihrem eigenen Verantwortungsbereich nicht beeinträchtigen. Abs. 7 verlangt, dass Subventionen soweit möglich nicht zweckgebunden sind und die kommunale Selbständigkeit nicht beeinträchtigen dürfen. Die Kantone betrachteten zum Zeitpunkt des Chartabeitritts die „Verbundwirtschaft" nach wie vor als Realität und wollten „im heiklen Finanzbereich die volle Handlungsfreiheit bewahren"[454].

6. Vereinigungsrecht

Die allgemeine Organisationsgarantie findet in Art. 10, der ein *Zusammenarbeits- und Vereinigungsrecht* der Gemeinden statuiert, eine Ergänzung. Die Gemeinden können bei der Ausübung ihrer Kompetenzen zusammenarbeiten und im gesetzlichen Rahmen[455] Verbände mit anderen Gemeinden bilden, um Aufgaben von gemeinsamem Interesse zu erfüllen (Abs. 1). Dieses Kooperationsrecht deckt die gesamte Bandbreite interkommunaler Zusammenarbeit ab, von der informellen Zusammenarbeit bis hin zur Bildung von Gemeindeverbänden.[456] Die Gemeinden müssen sodann das Recht haben, nationalen und internationalen Vereinigungen zum Schutz und zur Förderung ihrer Interessen anzugehören (Abs. 2), und sie dürfen mit Gebietskörperschaften anderer Staaten zusammenarbeiten (Abs. 3).[457]

---

453 Vgl. SCHAFFARZIK, Handbuch, § 13 Rz. 13.

454 Argumentarium KdK, 9; vgl. auch THÜRER, Charta, 234; Botschaft Charta, 95; s. zur Frage, ob mittlerweile eine Anwendung dieser Bestimmung möglich wäre, hinten Teil 4§ 20.V.B.1.3.

455 In der Schweiz ist die kantonale Gesetzgebung gemeint; vgl. Botschaft Charta, 95. Der KGRE empfiehlt den Mitgliedstaaten in Empfehlung 221 (2007), Ziff. 11, unter Verweis auf Art. 10 Charta, einen Rechtsrahmen zu schaffen, der präzise, vorausschaubar und zugänglich genug für die Ausübung der interkommunalen Kooperation ist.

456 So auch SCHAFFARZIK, Handbuch, § 13 Rz. 7.

457 Das kantonale Recht kann freilich gesetzliche Bedingungen für die grenzüberschreitende Zusammenarbeit vorsehen. Letztere ist Thema mehrerer europäischer Abkommen. Zu erwähnen ist insbesondere das Europäische Rahmenübereinkommen vom 21. Mai 1980 über die grenzüberschreitende Zusammenarbeit zwischen Gebietskörperschaften (SR 0.131.1), das ergänzt wird

F. Rechtsweggarantie

Gegenstand der in Art. 11 festgehaltenen Verfahrensgarantie ist die rechtliche Durchsetzung der Gemeindeautonomie. Den Gemeinden muss der Rechtsweg zu einem innerstaatlichen Gericht offen stehen, damit sie die freie Ausübung ihrer Kompetenzen und die Achtung derjenigen Grundsätze der Gemeindeautonomie sicherstellen können, die in der Verfassung oder in der innerstaatlichen Gesetzgebung verankert sind. Diese Rechtsweggarantie ist im Gegensatz zu anderen völkerrechtlichen Verfahrensgarantien (vgl. etwa Art. 14 UNO-Pakt I) nicht auf die Garantien des jeweiligen Vertrags ausgerichtet. Sie bezieht sich auf die innerstaatlichen Grundsätze der Gemeindeautonomie. Die Europäische Gemeindeautonomiecharta ist jedoch in der Schweiz auch innerstaatlich wirksam geworden, weshalb jene Chartagarantien, die als unmittelbar anwendbar einzustufen sind (s. hinten, § 7.IV), von Art. 11 ebenfalls erfasst werden.[458] Diese Rechtsweggarantie bezieht sich einzig auf Massnahmen der Exekutive.[459]

IV. Weiterentwicklung

Der KGRE und die von ihm gebildete Sachverständigengruppe, die „Groupe d'experts indépendants sur la Charte européenne de l'autonomie locale" (nf. Gruppe unabhängiger Experten),[460] versuchten in den vergangenen Jahren, die Charta weiterzuentwickeln und Zusatzprotokolle auszuarbeiten. Im Jahr 2007 empfahl der KGRE dem Ministerkomitee ein umfassendes Zusatzprotokoll zur Annahme. Dieses folgte einem ähnlichen Aufbau wie die Charta selbst und strebte das Ziel an, die bis anhin im Rahmen des Charta-Monitorings (s. hinten, V) gewonnenen Erkenntnisse zu einem neuen völkerrechtlichen Vertrag zu verdichten. Neue, hinreichend bestimmte und deshalb justiziable Garantien sollten einen stärkeren Schutz der Gemeindeautonomie in den

---

durch das Zusatzprotokoll vom 9. Nov. 1995 (SR 0.131.11) und das Protokoll Nr. 2 vom 5. Mai 1998 betreffend die interterritoriale Zusammenarbeit (in der Schweiz seit dem 27. Mai 2003 in Kraft, BBl 2002 3135); vgl. auch Botschaft Charta, 96 f. sowie KGRE Empfehlung 270 (2009) mit der Aufforderung an die Regierungen der Mitgliedstaaten, die grenzüberschreitende Zusammenarbeit aktiv zu fördern.

458 Vgl. SCHAFFARZIK, Handbuch, § 31 Rz. 2.

459 I.d.S. Explanatory Report, Art. 11. Weil den Charta-Redakteuren bewusst war, dass nach der Verfassungstradition mancher europäischer Staaten formelle Gesetze einer gerichtlichen Überprüfung entzogen sind (vgl. Art. 190 BV) oder aber nur eine schwach ausgeprägte Verfassungsgerichtsbarkeit besteht, hätte eine Rechtsweggarantie gegen Parlamentsgesetze einer unmissverständlichen Regelung bedurft; überzeugend SCHAFFARZIK, Handbuch, § 31 Rz. 5; WEISS, Charta, 227 m.H.; a.M. SCHNEIDER, Kommunaler Einfluss, 334.

460 Vgl. dazu das „Statut révisé du Groupe d'Experts indépendants sur la Charte européenne de l'autonomie locale" vom 7. November 2005, CG/INST (12), 9; vgl. auch SCHEFOLD, Selbstverwaltung, 1068; SCHAFFARZIK, Handbuch, § 15 Rz. 45.

Mitgliedsstaaten ermöglichen.[461] Das Ministerkomitee beschloss jedoch im Februar 2009, das Zusatzprotokoll in der vorliegenden Form nicht zu verabschieden. Es beauftragte stattdessen seinen Lenkungsausschuss für lokale und regionale Demokratie (CDLR) zu untersuchen, ob bestimmte Themen und Inhalte in ein mögliches Zusatzprotokoll aufzunehmen seien. Der CDLR hatte in seiner Stellungnahme betont, es sollten in allfälligen Zusatzprotokollen primär neue, nicht durch die Charta abgedeckte Themen berücksichtigt werden, die zur Erreichung der Chartaziele notwendig seien und die, würde die Charta heute entworfen, in ihr einen Platz fänden.[462]

Am 16. November 2009 wurde den Mitgliedstaaten das im Rahmen des CDLR erarbeitete (erste) *Zusatzprotokoll* zur Charta *über das Recht zur Beteiligung an den Gemeindeangelegenheiten* (ZP Charta; s. Anhang II) zur Unterzeichnung unterbreitetet.[463] Das bereits von 13 Mitgliedstaaten unterzeichnete ZP Charta muss, damit es in Kraft treten kann, von acht Mitgliedstaaten ratifiziert werden (Art. 5); bis anhin hat dies jedoch erst Norwegen getan.[464] Das ZP will die Charta um eine neue Dimension erweitern, indem es den Zusammenhang zwischen der von der Charta geschützten Gemeindeautonomie (ein Recht der Gemeinde) und dem Recht des Individuums, an der lokalen Demokratie teilhaben zu dürfen, betont. Dieses Anliegen ist insofern berechtigt, als bereits die Charta selbst in ihrer Präambel das Recht der Bürgerinnen und Bürger auf Mitwirkung an den öffentlichen Angelegenheiten als gemeineuropäischen demokratischen Grundsatz bezeichnet und darauf hinweist, dieses Recht könne auf kommunaler Ebene am direktesten ausgeübt werden. So ging man bei der Schaffung des ZP zur Charta davon aus, diese müsse den Mitgliedstaaten die Möglichkeit gewähren, sich international zu gewissen Partizipationsrechten der Individuen auf lokaler

461 Empfehlung des KGRE 228 (2007); vgl. bereits Entschliessung 195 (2005), Ziff. 7. Parallel zu dieser auf die Gemeinden fokussierenden Entwicklung arbeitet der KGRE an einem Referenzrahmen für die *regionale Demokratie*; vgl. dazu KGRE Empfehlung 278 (2009), Ziff. 3; KGRE Empfehlung 240 (2008); SCHEFOLD, Selbstverwaltung, 1066 f.

462 CM/Cong(2009)Rec228 interimfinal vom 16. Februar 2009, zu finden im Internet auf: https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1407789&Site=CM (Stand 29. März 2010).

463 SEV Nr. 207: Protocole additionnel à la Charte européenne de l'autonomie locale sur le droit de participer aux affaires des collectivités locales. Die (selbst erarbeitete) deutsche Übersetzung im Anhang ist spezifisch auf die schweizerischen Besonderheiten angepasst. Eine andere deutsche Textfassung des Zusatzprotokolls existiert, soweit ersichtlich, bis anhin noch nicht. Massgebend sind einzig die französische und die englische Textfassung.

464 Vgl. den Stand der Unterzeichnungen und Ratifikationen des Zusatzprotokolls im Internet auf: http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=207&CM=8&DF=29/03/2010&CL=GER (Stand 15. November 2010).

Ebene zu bekennen.[465] Das ZP Charta verlangt deshalb von den Vertragsstaaten, allen ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Personen das *Recht auf Beteiligung an den Gemeindeangelegenheiten* zuzusichern und definiert dieses als „das Recht zu versuchen, die Ausübung der Gemeindekompetenzen zu bestimmen oder zu beeinflussen" (Art. 1). Jede Vertragspartei muss ihren Staatsangehörigen das Recht gewähren, als Wählerinnen und Wähler oder als Kandidatinnen und Kandidaten an der Wahl der Mitglieder des Rates oder der Versammlung ihrer Wohngemeinde teilzunehmen (Abs. 4.1). Dieses Recht kann auch anderen Personen gewährt werden (Abs. 4.2). Art. 2 ZP Charta verlangt, es seien *alle notwendigen Massnahmen zur Förderung des Beteiligungsrechts* zu treffen. Darunter fallen die Ermächtigung der Gemeindebehörden, die Ausübung des Beteiligungsrechts zu ermöglichen und zu fördern, die wirksame Errichtung von Beteiligungsverfahren wie Petitionen, Volksabstimmungen und Konsultationsverfahren, die Schaffung von Verfahren betreffend den Umgang mit Beschwerden und Vorschlägen etc.

Die Frage, ob die Schweiz diesem Zusatzprotokoll beitreten kann, und ob sie dies tun sollte, wird im letzten Kapitel dieser Studie beantwortet (s. hinten, Teil 4§ 20.V.B.2).

V. Internationale Kontrolle

Die Gemeindeautonomiecharta sieht kein richterliches internationales Rechtsschutzsystem vor. Art. 14 verlangt lediglich die Übermittlung von Informationen über die im Hinblick auf die Realisierung der Chartaverpflichtungen vorgenommene Massnahmen.[466] Freilich hat der Europarat andere Möglichkeiten, die Einhaltung der Charta durch die Mitgliedstaaten zu überwachen.[467] Das hauptsächlich damit befasste Organ ist der KGRE, in dessen Rahmen sich zwei Kontrollsysteme etabliert haben: Ein *monitoring*-Verfahren sowie ein *Beschwerdeverfahren*. In beiden Fällen ist jeweils eine aus mehreren seiner Mitglieder bestehende, ad hoc berufene Arbeitsgruppe verantwortlich, die zwecks Förderung von Objektivität und juristischer Korrektheit von der bereits erwähnten Gruppe unabhängiger Chartaexperten unterstützt wird.[468]

---

465 Vgl. dazu Explanatory Report Nr. 207, A.

466 Vgl. SCHAFFARZIK, Handbuch, § 15 Rz. 5; Explanatory Report, 11; AKKERMANS, Local Self-Government, 277; THÜRER, Charta, 225.

467 Ausführlich zu den Kontrollmöglichkeiten nach der Satzung des Europarates SCHAFFARZIK, Handbuch, § 15 Rz. 13 ff.

468 In dieser Expertengruppe wirkt jeder Signatarstaat mit einem Experten (plus Stellvertreter) mit; vgl. SCHEFOLD, Selbstverwaltung, 1067 f.; SCHAFFARZIK, Handbuch, § 15 Rz. 45.

A. Monitoring

Das vom KGRE praktizierte Monitoring[469] findet mittels themen- und staatenbezogener Berichte statt, deren Adressaten die unmittelbar beteiligten Staaten, das Ministerkomitee sowie die Parlamentarische Versammlung sind.[470] Das Monitoring findet in drei Formen statt. Erstens werden Berichte erstellt über die Situation in den einzelnen Mitgliedstaaten. Diese stellen die Situation der Gemeindeautonomie im jeweiligen Staat dar, beleuchten die im Hinblick auf die Charta kritischen Punkte und nehmen Stellung zu Mängeln und Verstössen. Auf dieser Grundlage werden nach Diskussion und Anhörung der Staatenvertreter vom Kongress Empfehlungen und Resolutionen verabschiedet.[471] Zweitens wurden seit 1994 mehrere allgemeine Berichte zu chartaübergreifenden Themen erarbeitet und gestützt darauf vom Kongress Empfehlungen verabschiedet. Themen waren bis anhin etwa die Inkorporation der Charta in die nationalen Rechtsordnungen, die Aufsicht über die Gemeinden, die finanzielle Ausstattung der Gemeinden, das Verhältnis zwischen Bürgern, Gemeindevertretung und Exekutive und die Konsultation der Gemeinden.[472] Drittens werden im gleichen Verfahren seit dem Jahr 2003 Berichte über kommunalrelevante Themen verfasst, die nicht notwendigerweise in der Charta geregelt sind. Diese Berichte können den Anstoss geben für Überarbeitungen oder Erweiterungen der Charta (s. vorne, IV).[473]

B. Beschwerdeverfahren

Zum Schutz der Rechte einzelner Gemeinden existiert ein *Beschwerdeverfahren*, dessen rechtliche Zulässigkeit aus den implied powers des Europarates hergeleitet wird.[474]

---

469 Das Monitoring findet seine Grundlage in Art. 2 Abs. 3 der Statutarischen Resolution 2000 (1).

470 SCHEFOLD, Selbstverwaltung, 1065.

471 Derartige Länderberichte sind bereits über nahezu alle Mitgliedsstaaten des Europarats erstellt worden; SCHEFOLD, Selbstverwaltung, 1066; für eine aktuelle Übersicht vgl. im Internet: http://www.coe.int/t/congress/4-Texts/monitoring_en.asp (Stand 30. März 2010). Erst kürzlich erliess der KGRE gestützt auf einen Bericht über die regionale Demokratie in der Schweiz die Empfehlung 285 (2010), welche der Schweiz empfiehlt, „eine Strukturreform auf Kommunalebene zu erwägen und ein Modell für Ballungsraumstrukturen zu etablieren".

472 Vgl. SCHEFOLD, Selbstverwaltung, 1066 m.H.

473 Vgl. SCHEFOLD, Selbstverwaltung, 1066 m.H.

474 Zur Zulässigkeit des Beschwerdeverfahrens ausführlich SCHAFFARZIK, Handbuch, § 15 Rz. 13 ff.; SCHEFOLD, Selbstverwaltung, 1068 f., weist darauf hin, dass auch die Themenwahl der Berichte oftmals durch sich in einzelnen Staaten stellende Streitfragen inspiriert ist. Die Berichte können zur Folge haben, dass in Empfehlungen des KGRE konkrete Verletzungen von Charta-Garantien festgestellt werden. Typisch ist das junge Beispiel des Dachverbandes niederländischer Gemeinden, der beim KGRE eine Äusserung zum Regierungsvorhaben der Abschaffung der Grundsteuer der Mieter bei gleichzeitiger Begrenzung der Grundsteuer beantragte. Darauf wur-

Der KGRE behandelt kommunale Beschwerden wegen behaupteter Verletzungen der Chartagarantien. So empfahl der KGRE anlässlich einer Beschwerde norwegischer Gemeindevertreter den norwegischen Behörden im Jahr 2006, ihre Gesetzgebung in Einklang mit Art. 11 Charta zu bringen.[475]

Die Gruppe unabhängiger Chartaexperten hat eine besondere Verfahrensregelung aufgestellt.[476] Die Herrschaft über das Verfahren bleibt der Institutionellen Kommission vorbehalten. Sowohl die Kommission wie auch die jeweilige nationale Delegation ist befugt, Fälle mit Gewicht bezogen auf Beschwerdeführer, Bedeutung und Schwere der Verletzung herauszufiltern, die behandelt werden sollen.[477] Die Expertengruppe bezieht in Form eines Gutachtens Stellung. Die Entscheidung bleibt der institutionellen Kommission überlassen. Die Beschränkung der Expertengruppe auf eine gutachtliche Funktion und die Entscheidungsbefugnis einer politischen Behörde zeigen auf, dass dieses Beschwerdeverfahren mit dem vom EGMR vermittelten Schutz der Menschenrechte nicht vergleichbar ist. Wie in den Berichten und den darauf gestützten Empfehlungen beschränken sich die Akte des KGRE auch hier auf die gutachtliche Herleitung bestimmter Empfehlungen. Diese sind für die Mitgliedstaaten rechtlich nicht verbindlich: „Le Conseil peut tout faire, mais rien décider“[478].

VI. Ergebnis

Die Charta will die Gemeindeautonomie schützen und stärken, um die politische Freiheit der Menschen zu fördern und einer bürgernahen Demokratie in Europa Raum zu verschaffen. Zu diesem Zweck fasst sie wichtige Grundsätze der Gemeindeautonomie zusammen. Die Charta fordert eine Verfassungsgarantie für die Gemeindeautonomie (Art. 2) und definiert diese als das Recht und die tatsächliche Fähigkeit der Gemeinden, im Rahmen des Gesetzes einen wesentlichen Teil der öffentlichen Angelegenheiten in eigener Verantwortung zu regeln und zu gestalten (Art. 3). Die Charta umschreibt den Umfang der Gemeindeautonomie und verankert verschiedene Konsultationsrechte (Art. 4 und 5), gewährleistet die Organisationsautonomie (Art. 6), statuiert

---

den zwei Berichte erarbeitet und gestützt auf diese Berichte beschloss der KGRE die Empfehlung 180 (2005), in der eine Verletzung des Art. 9 Abs. 3 Charta festgestellt wird. Weitere Beispiele bei SCHNEIDER, Kommunaler Einfluss, 354 f.

475 KGRE Empfehlung 203 (2006); vgl. dazu auch SCHEFOLD, Selbstverwaltung, 1071 m.H.

476 Procédure des requêtes concernant les violations alléguées de la Charte européenne de l'autonomie locale, CPL/INST (12) 18 vom 10. November 2005.

477 Vgl. SCHAFFARZIK, Handbuch, § 15 Rz. 48 sowie SCHEFOLD, Selbstverwaltung, 1070 f.

478 OPPERMANN, Europarecht, Rz. 61; vgl. dazu auch SCHEFOLD, Selbstverwaltung, 1071; SCHAFFARZIK, Handbuch, § 7 Rz. 5 und 9.

Garantien für gewählte Gemeindevertreterinnen (Art. 7), begrenzt die staatliche Aufsicht (Art. 8), enthält finanzielle Garantien (Art. 9), ein Vereinigungsrecht (Art. 10) sowie eine Rechtsweggarantie (Art. 11).

Die Gemeindeautonomie ist dank der europaweiten Verbreitung der Gemeindeautonomiecharta zum gemeineuropäischen Verfassungsprinzip geworden. Dies ist, wie die Sicherung der Menschenrechte in der EMRK, eine Errungenschaft der europäischen Einigungsbewegung. Es war der Rat der Gemeinden Europas, der die demokratiestabilisierende Funktion der Gemeindeautonomie erkannte. Seine von Werk und Wirken des Basler Historikers ADOLF GASSER massgeblich geprägte Europäische Charta der Gemeindefreiheiten (1953) machte die Bedeutung der Gemeindeautonomie für ein freies und friedliches Europa bekannt. Der Europarat nahm sich dieses Anliegens früh an, doch vergingen rund dreissig Jahre, bis die Mitgliedstaaten bereit waren, in der staatsorganisationsrechtlichen Angelegenheit des Gemeinderechts völkerrechtliche Bindungen einzugehen. Erst 1985 wurde die Europäische Charta der Gemeindeautonomie durch das Ministerkomitee verabschiedet. Die Einsicht in die Bedeutung autonomer Gemeinden im demokratischen Staat, aber auch der Verzicht auf ein griffiges Kontrollverfahren und die Ermöglichung der Ratifikation „À la carte“ ermöglichten diesen Meilenstein in der Entwicklung der Gemeindeautonomie.

Heute stellt die Gemeindeautonomiecharta für die europäischen Gemeinden ein wichtiges Instrument zur politischen und rechtlichen Sicherung ihrer Autonomie dar. Anders als beim Menschenrechtsschutz (durch den EGMR) ist beim Europarat zwar keine Supranationalität im Sinne einer die Mitgliedstaaten unmittelbar verpflichtenden überstaatlichen Gewalt zu finden. Die Charta und die auf sie gestützten Empfehlungen, Stellungnahmen und Berichte können die innerstaatliche Rechtsetzung und Rechtsanwendung dennoch beeinflussen. Der KGRE kann bewirken, dass eine Sensibilisierung für die Rechte der Gemeinden stattfindet und die Staaten ihren Verpflichtungen nachkommen. Seine Stellungnahmen können auch Rechtswirkungen erzeugen, indem sie die Auslegung und Anwendung des innerstaatlichen Rechts beeinflussen.[479] Das Fehlen rechtlicher Bindungswirkung schliesst die Überzeugungskraft der Empfehlungen nicht aus. Wichtig wäre indessen, die Gemeinden über die Möglichkeit einer Beschwerde an den KGRE verstärkt aufzuklären und die Berichte und Empfehlungen des Kongresses besser bekanntzumachen. Wenn ständig neue Berichte erarbeitet werden,

[479] Bezeichnend für die Praxis des Bundesgerichts z.B. BGE 118 Ia 64 E. 2a, 70; vgl. SCHEFOLD, Selbstverwaltung, 1072.

diese jedoch schlecht zugänglich sind und in der Öffentlichkeit kaum Beachtung finden, stärkt dies die Gemeindeautonomie nicht wirklich. Das Berichtswesen müsste auf ein vernünftiges Mass begrenzt, im Gegenzug dafür öffentlichkeitswirksam publiziert werden. Gleichzeitig sollte die Kontrolltätigkeit des KGRE in Zukunft vermehrt auf Beschwerdeprüfungen ausgerichtet werden. Dies würde die Praxisrelevanz seiner Tätigkeit erhöhen und den Aktivitäten der Gruppe unabhängiger Chartaexperten die derzeitige Tendenz zur Selbstbeschäftigung nehmen.[480]

Die Schweiz ist der Europäischen Charta der Gemeindeautonomie erst im Jahre 2004 beigetreten. Worauf diese fast 20-jährige Verspätung zurückzuführen ist und wie es schlussendlich zum Beitritt kam, soll im nächsten Kapitel aufgezeigt werden.

480 I.d.S. auch SCHAFFARZIK, Handbuch, § 15 Rz. 51.

§ 6. Geschichte des schweizerischen Chartabeitritts

I. Vorbemerkung

Schweizer Persönlichkeiten haben die Entstehung der Gemeindeautonomiecharta massgeblich mitgeprägt. Der Basler Historiker ADOLF GASSER ist der geistige Vater dieses völkerrechtlichen Vertrags (s. vorne, § 5.II.D.1). In der Gruppe, welche den wichtigen Chartaentwurf von 1981 erarbeitete, war die Schweiz mit JEAN MEYLAN, Rechtsprofessor und damaliger „Syndic" von Lausanne, vertreten. Auch die zwei Berichte, auf deren Grundlage die europäischen Kommunalminister die Charta diskutierten, waren von Schweizern verfasst worden.[481] Dieses schweizerische Engagement für eine völkerrechtliche Verankerung der Gemeindeautonomie überrascht nicht, ist doch die Schweiz nach ihrem eigenen Selbstverständnis ein „klassisches Land der Gemeindeautonomie"[482]. Es erstaunt viel eher, dass die Schweiz der Charta als eines der letzten europäischen Länder beitrat. Dieses Kapitel zeigt, wie beschwerlich der Weg zum Chartabeitritt für die Eidgenossenschaft war.

II. Hindernisse

Als der Ministerrat die Charta verabschiedete, enthielt sich die Schweiz der Stimme. Der Bundesrat wollte sich nicht festlegen, ohne die Kantone konsultiert zu haben.[483] Er strebte einen raschen Chartabeitritt an. Die Charta stiess im Vernehmlassungsverfahren jedoch auf Kritik. Von den Bundesratsparteien befürwortete einzig die SP einen Beitritt. Während die Kommunalverbände der Charta erwartungsgemäss positiv gegenüberstanden, gingen die Meinungen bei den Kantonen weit auseinander.[484] Manche Kantone befürchteten, ein Chartabeitritt würde die kantonale Organisationshoheit stark einschränken.[485] Sodann wurde eingewendet, die Schweiz habe bezüglich der Gemeindeautonomie bereits einen hohen Stand erreicht. Ein Beitritt zur Charta sei deshalb überflüssig und würde die geschichtlich gewachsene Vielfalt politischer Ausdrucksformen verringern. Zudem wurden verschiedene Chartanormen als mit dem

481 Vgl. SCHAFFARZIK, Handbuch, § 5 Rz. 2 m.H.

482 THÜRER, Charta, 221

483 REINHARDT, Länderbericht Schweiz, 87; THÜRER, Charta, 223.

484 Vgl. Botschaft Charta, 86; REINHARDT, Länderbericht Schweiz, 87.

485 Der Kanton AI warf dem Bund vor, sich auf dem Umweg über die auswärtige Gewalt Kompetenzen anmassen zu wollen, mit denen er das ganze innerstaatliche Kompetenzgefüge aus den Angeln heben könne; vgl. THÜRER, Charta, 237.

schweizerischen Recht nicht vereinbar bezeichnet.[486] Der Bundesrat beschloss daraufhin, die Charta vorläufig nicht zu unterzeichnen.[487]

Dieser Entscheid war richtig. Die mehrheitlich ablehnenden Stellungnahmen der Kantone waren für den Bund zwar nicht verbindlich, besitzt dieser in auswärtigen Angelegenheiten doch eine umfassende Kompetenz.[488] Ein früher Chartabeitritt wäre sodann an sich ein „sinnvolles Stück Verteidigung unserer Innenpolitik gegen aussen"[489] gewesen, welches dank der „À la carte"-Klausel ohne grössere Anpassungen des kantonalen Rechts zu erreichen gewesen wäre.[490] Es hätte aber dem Ideal eines partnerschaftlichen Föderalismus nicht entsprochen, gegen den Willen einer Mehrheit der Kantone einen völkerrechtlichen Vertrag, der eine zentrale kantonale Kompetenz betrifft, zu unterzeichnen. In der Bundesversammlung hätte die Charta unter diesen Umständen ohnehin einen schweren Stand gehabt. Die Schweiz trat also der Gemeindeautonomiecharta primär deshalb (noch) nicht bei, weil die Kantone Eingriffe in ihre Organisationsautonomie befürchteten. Die Kantone wollten insbesondere verhindern, dass das Bundesgericht den Inhalt der Gemeindeautonomie unter Berufung auf die Charta festlegen könnte.[491] Gerade die Tatsache, dass die Schweiz ein ausgeprägt föderalistisches Land ist, hat demnach während langer Zeit einen Beitritt zur Gemeindeautonomiecharta – die den Gemeindeföderalismus ja stärken will – verhindert. Eine Bremswirkung hat jedoch sicherlich auch die in der Schweiz weit verbreitete Skepsis gegenüber der europäischen Einigungsbewegung entfaltet.

III. Wiederbelebungsversuche

Im Jahr 1990 beschäftigte sich der Bundesrat erneut mit der Gemeindeautonomiecharta. Ein Interpellant, Nationalrat Paul-René Martin, bezeichnete es als „paradoxal que la Suisse, qui est l'un des pays de l'Europe où l'autonomie locale est la plus largement

---

486 Die Charta bestehe auf geheimen Wahlen und gerate deshalb in Konflikt mit der offenen Wahl an Gemeindeversammlungen (Art. 3 Abs. 2), trage dem Milizsystem nicht Rechnung (Art. 6 und 7 je Abs. 2), wolle die Zweckbindung von Subventionen verhindern (Art. 9 Abs. 7), vertrete eine legalistische Haltung (Art. 2 und Art. 8) und gewähre den Gemeinden zu weit reichende Freiheiten; vgl. BBl 1992, 667 f.; REINHARDT, Länderbericht Schweiz, 88; THÜRER, Charta, 237.

487 Er beauftragte indes das EDA, das Dossier weiter zu verfolgen; vgl. Botschaft Charta, 86.

488 Die umfassende Zuständigkeit des Bundes für die auswärtigen Angelegenheiten wurde unter der aBV aus den Art. 8, 85 Ziff. 5 f. und 102 Ziff. 8 f. aBV abgeleitet; vgl. EHRENZELLER, Legislative Gewalt, 378 ff.; vgl. heute Art. 54 BV.

489 Vgl. dazu THÜRER, Charta, 238.

490 So in fine auch THÜRER, Charta, 236.

491 Botschaft Charta, 88.

reconnue et qui peut appliquer sans difficulté la quasi-totalité des dispositions de la Charte, ne signe pas ce document important pour la construction de l'Europe"[492]. Der Bundesrat teilte diese Ansicht und erklärte, er wolle das Dossier wieder aufnehmen. Er begründete dies mit dem Willen, aktiv zur Gestaltung Europas beizutragen und mit dem als Folge der verstärkten Rolle des Europarates in den mittel- und osteuropäischen Ländern deutlich besser gewordenen politischen Kontext.[493] Im Jahr 1992 erklärte sich der Bundesrat bereit, ein Postulat der Aussenpolitischen Kommission des Nationalrates entgegenzunehmen, welches die Durchführung einer neuen Vernehmlassung zur Frage des Chartabeitritts verlangte. Der Nationalrat lehnte die Überweisung des Postulats jedoch knapp ab.[494]

Im Jahr 1994 bat der Bundesrat – auf Ersuchen des Gemeindeverbandes, des Städteverbandes und der Schweizer Delegierten beim KGRE – die Kantone um eine erneute Stellungnahme. Diese erklärten, ihre Meinungen seien immer noch geteilt, weshalb ein Beitritt zu diesem Zeitpunkt politisch nicht vertretbar wäre. Drei Jahre später teilte die Konferenz der Kantonsregierungen (KdK) dem EDA mit, eine Mehrheit der Kantone stehe einem Chartabeitritt mittlerweile positiv gegenüber. Die Kantone forderten jedoch, die Schweiz müsse zwei Vorbehalte zur Charta anbringen. Die unmittelbare Anwendbarkeit der Chartabestimmungen sei auszuschliessen, und zu jedem ihrer Artikel sei zu erklären, ob mit den Begriffen Verfassung, Gesetz und Gesetzgebung jeweils die kantonale Ebene, die Bundesebene oder beide staatliche Ebenen angesprochen seien. Der Bund hielt diese Bedingungen für nicht erfüllbar. Eine Annäherung der Positionen gelang im Rahmen weiterer Treffen nicht.[495]

IV. Einigung im föderalistischen Dialog

Die Frage eines Beitritts der Schweiz zur Gemeindeautonomiecharta wurde anlässlich des Föderalistischen Dialogs vom 3. Oktober 2002 wieder aufgeworfen und anschlies-

---

492 Ip. Paul-René Martin (90.850), Europäische Charta über die Lokalautonomie. Ratifizierung. AB N 1990, 2450.

493 AB N 1990, 2450. Die mittel- und osteuropäischen Länder nahmen sich bei der nach dem Fall des „Eisernen Vorhangs" notwendig gewordenen Neuregelung ihres Gemeindewesens die Europäische Charta der Gemeindeautonomie zum Vorbild. Dass die Schweiz ungeachtet ihres „Modellcharakters" (so der Bundesrat in der Einladung zur Vernehmlassung von 1986; vgl. THÜRER, Charta, 238) die Charta nicht unterschreiben wollte, wurde auf internationaler Ebene immer weniger verstanden; vgl. Botschaft Charta, 86 f.

494 Vgl. Po. APK-N (91.081). Konventionen des Europarates. Ratifizierung. AB N 1992, 1450 f.; AB N 1992, 1450 f.; Botschaft Charta, 87.

495 Vgl. Botschaft Charta, 87.

send am 9. Januar 2003, im Rahmen eines tripartiten Treffens zwischen Vertretern von Bund, Kantonen und Gemeinden, diskutiert. Hier kam es zum Durchbruch. Man einigte sich über alle offenen Punkte und hielt danach eine weitere Vernehmlassung für nicht mehr notwendig.[496] Die Kantone bekräftigten ihre Zustimmung zum Chartabeitritt an der Plenarversammlung der KdK am 3. Oktober 2003.[497] Die Flexibilität der Charta war der Schlüssel für diesen Erfolg. Die Kantone verzichteten auf ihre Forderung, der Bundesrat solle einen Vorbehalt betreffend die unmittelbare Anwendbarkeit anbringen. Der Bundesrat erklärte sich bereit, den durch das „À la carte"-Prinzip eröffneten Spielraum zu nutzen und gewissen Chartabestimmungen die Anwendung zu versagen. Die Kantone verzichteten zudem auf ihre Forderung, der Bundesrat solle eine Erklärung abgeben, die Begriffe „Verfassung", „Gesetz" und „Gesetzgebung" beträfen lediglich das kantonale Recht. Stattdessen vereinbarte man, für jeden Artikel der Charta in der Botschaft zur Charta anzugeben, ob sich diese Begriffe auf das Bundesrecht oder auf kantonales Recht beziehen. Sodann machte man auch von der zweiten Flexibilitätsklausel (Art. 13 Charta) Gebrauch und erklärte, die Charta sei ausschliesslich auf die politischen Gemeinden anwendbar.[498]

Der Beitritt zur Europäischen Gemeindeautonomiecharta ist ein wichtiger Erfolg des partnerschaftlichen Föderalismus in der Aussenpolitik.[499] Dass die Schweiz vom „À la carte"-System der Charta Gebrauch machte, ist legitim. Insbesondere die Art. 6 und Art. 7 je Abs. 2 richten sich gegen das insbesondere in den kleinen und mittleren Gemeinden bedeutsame Milizsystem, das mit der Gemeindeautonomie nach schweizerischem Verständnis nicht in Widerspruch steht. Auch dass die Charta nur für die politischen Gemeinden gilt, ist vertretbar. Die Charta ist auf den Schutz kommunaler Gebietskörperschaften mit subsidiärer Allzuständigkeit und damit auf die politischen Gemeinden zugeschnitten (vgl. insbesondere Art. 4 Abs. 2 Charta). Beachtenswert ist, dass die Schweiz der Gemeindeautonomiecharta erst nach dem Inkrafttreten der neuen Bundesverfassung beitrat. In der bundesrätlichen Botschaft wird ausdrücklich ausgeführt, die Gemeindeautonomie sei ein Institut des Bundesrechts (Art. 50 Abs. 1 BV), werde jedoch materiell durch das kantonale Recht definiert. Diese Aussage erstaunt, zumal die Frage, ob Art. 50 Abs. 1 BV im Sinne einer „Institutsgarantie" zu verstehen

496 Botschaft Charta, 87. Die Bundesratsparteien wurden über diesen Konsens informiert und befürworteten angesichts der neuen Umstände den Chartabeitritt.

497 Votum Ständerat Urs Schwaller, AB S 2004, 633.

498 Vgl. Botschaft Charta, 89 und 98.

499 Vgl. zur Verbindung von Föderalismus und Aussenpolitik etwa PFISTERER, St. Galler Kommentar zu Art. 54 BV, Rz. 39 ff. m.w.H.

sei, in der Staatsrechtslehre nach wie vor sehr umstritten ist (s. vorne, Teil 1§ 4). Die Botschaft geht auf diese Diskussion nicht ein und weist darauf hin, der Begriff der Verfassung des Art. 2 Charta beziehe sich sowohl auf die kantonale Verfassung wie auch auf die Bundesverfassung.[500] Als sei dies eine Selbstverständlichkeit! Die bundesrätliche Botschaft verkennt damit die Bedeutung, welche der Charta für die Auslegung des Art. 50 Abs. 1 BV zukommt (s. hinten, Teil 3§ 13).

V. Behandlung in den Räten

Nach der Einigung mit den Vertretern der Kantone unterzeichnete der Bundesrat die Charta am 21. Januar 2004. Die Bundesversammlung musste jedoch die Gemeindeautonomiecharta noch genehmigen (Art. 166 Abs. 2 BV). Die Räte befassten sich vertieft mit der Charta und diskutierten deren Inhalte und Auswirkungen teilweise recht kontrovers. Dieser Werdegang ist nachzuzeichnen. Im Anschluss daran werden die Gründe für den Verzicht auf die Unterstellung der Europäischen Gemeindeautonomiecharta unter das fakultative Staatsreferendum dargestellt (VI.).

A. Verhandlung der APK N

Die Aussenpolitische Kommission des Nationalrats befasste sich am 19. April 2004 mit der Charta. Die Chartabefürworterinnen betonten, es sei wichtig, den europäischen Dezentralisierungsprozess und den Europarat zu unterstützen. Sie wiesen darauf hin, die problematischen Chartagehalte würden dank der „À la carte"-Klausel vom Anwendungsbereich ausgenommen. Den Kantonen bleibe ein grosser Freiraum bei der Umsetzung der Charta – wobei das Gemeinderecht aller Kantone mit deren Prinzipien übereinstimme.[501] Die Gegner kritisierten, die Charta stärke die Gemeinden auf Kosten der Kantone. In der Detailberatung waren lediglich zwei Absätze der Charta umstritten. Ein Kommissionsmitglied verlangte, Art. 6 Abs. 2 Charta sei die Anwendung nicht zu versagen. Der programmatische Gehalt dieser Norm sei wichtig in einer Zeit, in der es kleinen Gemeinden schwer falle, qualifiziertes Personal zu finden. Der Antrag wurde abgelehnt. Die Bestimmung vertrage sich nicht mit dem Milizsystem, die ablehnende Haltung der Kantone sei zu berücksichtigen.[502] Höchst umstritten war

---

500 Botschaft Charta, 89 und 91. Zum Beleg der Qualifikation der Gemeindeautonomie als Institut der Bundesverfassung wird sogar auf BGE 128 I 3 verwiesen. Dies ist notabene ein Entscheid, der den alten Grundsatz kantonaler Autonomiekompetenz unkritisch aufnimmt; vgl. auch KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar zu Art. 50 BV, Rz. 9.

501 Vgl. Prot. APK-N (03.079) vom 19. April 2004, 5 ff.

502 Prot. APK-N (03.079) vom 19. April. 2004, 9; Botschaft Charta, 94.

Art. 9 Abs. 1 Charta. Die Regelung führe zu einer Zuteilung von Finanzmitteln an die Gemeinden „von oben nach unten", was mit der schweizerischen Gemeindeautonomie nicht vereinbar sei.[503] Dagegen wurde eingewendet, der Anspruch auf genügend eigene Mittel werde in der Schweiz in weit höherem Masse als im Ausland erfüllt. Es gebe keine politische Gemeinde, die keine eigenen Steuern erheben könne. Das Parlament müsse nicht „päpstlicher sein" als die Kantone. Letztlich setzten sich diese Stimmen knapp durch.[504] In der Gesamtabstimmung wurde der Entwurf des Bundesbeschlusses mit deutlicher Mehrheit angenommen.[505]

B. Verhandlung im Nationalrat

Die Gemeindeautonomiecharta wurde im Nationalrat kontrovers diskutiert. Der Sprecher der APK, Nationalrat Boris Banga, wies auf die Bedeutung der Charta als grundlegender Teil des Systems der Europaratskonventionen, den Beitrag autonomer Gemeinden zur Demokratisierung staatlicher Strukturen und auf ein Schreiben der Gemeindeverbände an alle Parlamentsmitglieder hin.[506]

Die SVP-Delegation der APK beantragte Nichteintreten. Die Charta sei überflüssig[507] und eröffne die Möglichkeit, zu politischen Inhalten ans Bundesgericht zu gelangen, weshalb bei einem Beitritt „die Gemeindeautonomie und insbesondere die Anerkennung des Souveräns Schritt für Schritt auf der Strecke"[508] blieben. Die Charta trage den Eigenheiten des schweizerischen Föderalismus, insbesondere der besonderen Stellung der Kantone, nur ungenügend Rechnung.[509]

Die *Befürworterinnen* sahen den Föderalismus durch die Charta nicht geschwächt, sondern gestärkt. Die Charta führe nicht zu einer Vereinheitlichung des Gemeinderechts, sie wolle nur Mindeststandards einführen. Die Kantone befürworteten den Beitritt, und das föderalistische Gleichgewicht erfahre keine Veränderung. Die Gemein-

503 Vgl. Prot. APK-N (03.079) vom 19. April 2004, 6 u. 9 f.

504 Prot. APK-N (03.079) vom 19. April 2004, 10 f.

505 Prot. APK-N (03.079) vom 19. April 2004, 13.

506 Dieses gemeinsame Schreiben des SGV und des SSV hielt Folgendes fest: „Es konnte unter den Partnern Bund, Kantone, Gemeinden und Städte eine Einigung über die Gesamtheit der offenen Punkte, Vorbehalte und Bestimmungen, die in der Schweiz nicht anwendbar sind, erreicht werden. Das Ergebnis dieser gemeinsamen Lösung ist die Botschaft an die eidgenössischen Räte"; AB N 2004, 937 f.

507 Vgl. Votum Ulrich Schlüer, AB N 2004 939.

508 Vgl. Votum Ulrich Schlüer, AB N 2004 939.

509 Vgl. etwa das Votum Gerhard Pfister, AB N 2004, 940.

den blieben dem kantonalen Recht unterstellt.[510] Der Beitritt sei indessen aussenpolitisch von Bedeutung, wie Nationalrat Jacques-Simon Eggly hervorhob: „Il n'y a rien dans cette charte qui soit contraire à ce que nous sommes, faisons et voulons faire. Mais il y a tout dans cette charte qui peut aller dans le sens que nous souhaitons pour l'ensemble des pays européens et du Conseil de l'Europe"[511]. Die Handlungsmöglichkeiten der Schweizer Delegation im KGRE würden erweitert. Die Schweiz könne einen Beitrag zur Stärkung der Gemeindedemokratie in Europa leisten.[512] Die Gegner der Gemeindeautonomiecharta fühlten sich wohl primär durch das ihr vorangestellte Adjektiv „europäisch" in deren Titel gestört. Das Geschäft erinnere an die Uno-Beitrittsdebatte. Damals sei man das Schlusslicht gewesen mit Tuvalu und Kiribati, jetzt sei man dies mit Andorra und San Marino.[513]

Der Nichteintretensantrag der SVP-Delegation wurde klar abgelehnt.[514] In der Detailberatung wurde wie bereits in der vorberatenden Kommission beantragt, Art. 6 Abs. 2 zusätzlich in den Anwendungsbereich aufzunehmen. Auch das Ratsplenum lehnte dies jedoch ab.[515] Wiederum wurde die Streichung des Art. 9 Abs. 1 beantragt. Aus dieser Bestimmung könne ein justiziabler Anspruch auf ausreichende Eigenmittel abgeleitet werden.[516] Diese Ängste, so wurde entgegnet, beruhten auf einem Missverständnis. Die Regelung bezwecke einzig „de donner aux communes les moyens de fixer elles-mêmes leurs priorités"[517]. Die finanzielle Autonomie sei das A und O der Gemeindeautonomie. Sämtliche politische Gemeinden könnten diverse eigene Steuern erheben.

---

510 Vgl. Votum Boris Banga, AB N 2004, 938; Votum BR Micheline Calmy-Rey, AB N 2004, 942: „Elle s'intègre parfaitement dans notre ordre juridique interne, ne nécessite aucune modification législative, ni au niveau fédéral, ni au niveau cantonal. Elle ne modifie d'ailleurs pas non plus l'équilibre fédéral existant en ce qui concerne la répartition des compétences entre la Confédérations, les cantons et les communes."; Votum Remo Gysin, AB N 2004, 939. Es wurde freilich auch darauf hingewiesen, die Gemeindeautonomie könne nun von den Kantonen nicht mehr „ausgehebelt" werden; vgl. Votum Boris Banga, AB N 2004 943, 943.

511 Votum Jacques-Simon Eggly, AB N 2004, 938.

512 Vgl. die Voten von Boris Banga, AB N 2004, 938 und Micheline Calmy-Rey, AB N 2004, 942: „Il s'agit surtout d'un signal de politique extérieure, puisque la charte reflète des principes qui lui sont propres, ceux de la décentralisation du pouvoir et de la participation des citoyens à la gestion des affaires publiques."

513 I.d.S. die Voten von Boris Banga, AB N 2004, 938 sowie von Remo Gysin, AB N 2004, 939.

514 AB N 2004, 943.

515 Dies mit einer relativ deutlichen Mehrheit von 92 zu 54 Stimmen; vgl. AB N 2004, 946.

516 Vgl. etwa Votum Gerhard Pfister, AB N 2004, 944; Votum Walter Müller, AB N 2004, 944.

517 Votum BR Micheline Calmy-Rey, AB N 2004, 944; vgl. auch Votum Jacques-Simon Eggly, AB N 2004, 945: „Il s'agit en effet d'une possibilité d'avoir des ressources propres et d'en disposer librement selon les compétences politiques des communes, qui sont déterminées par les constitutions cantonales."

Die Anforderungen des Art. 9 Abs. 1 Charta seien überall erfüllt.[518] Auch in diesem Fall schloss sich der Nationalrat dem Antrag der Kommissionsmehrheit an (88 zu 57 Stimmen).[519] In der Gesamtabstimmung wurde der Genehmigungsbeschluss mit 117 zu 29 Stimmen klar angenommen.[520]

C. Verhandlung der APK S

Die aussenpolitische Kommission des Ständerates diskutierte weitgehend dieselben Argumente. Erstmals wurde auf Art. 3 Charta hingewiesen, der eine Definition der Gemeindeautonomie enthalte, was mit Art. 50 Abs. 1 BV nur schwer zu vereinbaren sei. Der Bund treffe zudem mehr und mehr in Bereichen Regelungen, in denen eigentlich die Kantone zuständig wären.[521] Dem wurde entgegengehalten, die Kantone hätten im Laufe des Prozesses erkannt, dass ihre Rechte nicht beschnitten würden. Die Charta schwäche die kantonale Eigenständigkeit nicht, sie akzeptiere lediglich die Realität. Man wolle drei glaubwürdige föderative Ebenen und nicht nach aussen den Eindruck vermitteln, die Gemeinden dürften nur auf Gnaden der Kantone existieren.[522] In der Detailberatung wurde verlangt, Art. 3 Abs. 2 Charta nicht zu übernehmen. Man fürchtete, die Wahl kommunaler Exekutivorgane an Gemeindeversammlungen könnte mit diesem Absatz nicht vereinbar sein. Stattdessen sollten die Art. 4 Abs. 4,[523] Art. 7 Abs. 2[524] und Art. 9 Abs. 5 und 7 Charta[525] zusätzlich als bindend aufgenommen werden. Sämtliche Anträge wurden mit Hinweis auf den Respekt vor dem Konsens zwischen Bund, Kantonen und Gemeinden abgelehnt. In der Gesamtabstimmung wurde der Beschluss des Nationalrats einstimmig angenommen.[526]

---

518 Votum Boris Banga, AB N 2004, 945 mit explizitem Hinweis auf THÜRER, Charta, 234.

519 AB N 2004, 946.

520 AB N 2004, 946.

521 Prot. APK-S (03.079) vom 19. August 2004, 4 f.

522 Prot. APK-S (03.079) vom 19. August 2004, 5.

523 Der Antrag wurde abgelehnt mit dem Hinweis darauf, die Charta unterscheide in Art. 4 Abs. 4 zwischen übertragenen und originären Kompetenzen. Die bundesgerichtliche Praxis gehe von einem anderen Konzept aus; vgl. Prot. APK-S (03.079) vom 19. August 2004, 8 f.

524 Die bindende Aufnahme von Art. 7 Abs. 2 Charta sei nötig, weil die Zeiten, in denen die Würde von Gemeinderäten so gross war, dass das Amt unentgeltlich ausgeübt wurde, endgültig vorbei seien. Dagegen wurde eingewendet, die Kantone und Gemeinden seien heute frei, solche Entschädigungen vorzusehen. Art. 7 Abs. 2 der Charta sei letztlich ein Eingriff in die Gemeindeautonomie; vgl. Prot. APK-S (03.079) vom 19. August 2004, 9 f.

525 Vgl. zur Diskussion Prot. APK-S (03.079) vom 19. August 2004, 10.

526 Vgl. Prot. APK-S (03.079) vom 19. August 2004, 10 f.

D. Verhandlung im Ständerat

Auch im Plenum des Ständerates wurde die Charta kontrovers diskutiert.[527] Aufschlussreich ist die dem Sinn und Zweck des Ständerates als föderalistisches Gewissen und „chambre de réfléxion" gerecht werdende vertiefte Debatte der komplexen föderalistischen Problematik der Charta. So wurde kritisiert, das Parlament könne nicht wissen, welche Absätze der Charta dereinst vom Bundesgericht unmittelbar angewendet würden. Dies führe zu erheblicher Rechtsunsicherheit. Die Charta könne die Rechtsprechung des Bundesgerichts beeinflussen und auf diese Weise die Gemeindeautonomie wesentlich beeinflussen.[528] Ständerat Philipp Stähelin gab zu bedenken, dass die Charta eine Definition der Gemeindeautonomie enthalte (Art. 3), die womöglich über Art. 50 Abs. 1 BV hinaus gehe, und befürchtete, der Bund könnte beispielsweise gestützt auf Art. 9 Charta die Kompetenzen der Gemeinden durch ein Bundesgesetz definieren.[529] Die Befürworter eines Chartabeitritts argumentierten, die Gemeindeautonomie wie auch der föderalistische Aufbau der Schweiz würden bekräftigt. Es gelte zu berücksichtigen, dass sämtliche Kantone der Charta mittlerweile positiv gegenüber stünden.[530] Ständerat Thomas Pfisterer widersprach den geäusserten Befürchtungen: „Ausgangspunkt der Diskussion ist offenbar der Umstand, dass wir uns darüber einig sind, dass sich landesintern nichts ändert. Abgesehen von Herrn Stähelin hat niemand an der Richtigkeit dieser Aussage gezweifelt. Artikel 50 Absatz 1 der Bundesverfassung garantiert, dass sich die Gemeindeautonomie ausschliesslich nach kantonalem

---

527 Vgl. z.B. Votum Theo Maissen, AB S 2004, 630, sowie Votum Pierre-Alain Gentil, AB S 2004, 633: „[…] cette attitude, qui représente une forme d'arrogance, commence à agacer prodigieusement une majorité de pays qui sont nos amis et qui ont du respect pour nos institutions. Respecter les institutions, affirmer les compétences de chacun, tout le monde le comprend; mais vouloir régulièrement estimer que nous avons, en matière de fédéralisme et d'autonomie communale, des leçons à donner au monde entier, cela dessert. […] Nous n'avons pas la prétention […] d'expliquer au monde entier que l'autonomie communale suisse est si particulière qu'elle ne peut pas s'intégrer dans un cadre européen."

528 Vgl. Votum Carlo Schmid, AB S 2004, 629: „In völliger Offenheit hat der Bundesrat die Kantonsregierungen darauf hingewiesen, dass das nicht möglich ist. […] Wir können a priori als Parlament gar nie zuverlässig bestimmen […] welche Bestimmungen denn eines Tages vom Bundesgericht als unmittelbar anwendbar erklärt werden und welche nicht."; Votum Bruno Frick, AB S 2004, 631: „Wir müssen in der Rechtsanwendung, in der Rechtsprechung des Bundesgerichtes, wesentliche Einflüsse auf unsere Gemeindeautonomie in Kauf nehmen. Die Tragweite kennen wir noch nicht, die Begriffe sind interpretationsbedürftig."

529 Votum Philipp Stähelin, AB S 2004, 631.

530 Vgl. die Voten von Peter Briner, AB S 2004, 631 f., und Urs Schwaller, AB S 2004, 633.

Recht richtet. Damit sind die hier geäusserten Bedenken, dass die Gemeindeautonomie zulasten der Kantone ausgedehnt würde, nicht begründet“[531].

Die Bedenken bezüglich der unmittelbaren Anwendbarkeit der Gemeindeautonomiecharta (s. hinten, § 7.IV) wurden mit Hinweis auf den Entscheid, die Charta nicht dem Referendum zu unterstellen (dazu sogleich), und die Ausführungen in der Botschaft zerstreut.[532] Dies, aber auch die Bedeutung der Charta als „pièce maîtresse“[533] unter den Konventionen des Europarates und das aussenpolitische Interesses der Schweiz daran, „dass sich das sie umgebende Ausland auch mit dem Gedanken der lokalen und regionalen Autonomie vertraut macht“[534] führte dazu, dass auch der Ständerat die Charta mit 24 zu 10 Stimmen genehmigte.[535] In der Detailberatung waren zuvor sämtliche Minderheitsanträge abgelehnt worden.[536]

VI. Kein Staatsvertragsreferendum

A. Entscheid der Bundesversammlung

Am 7. Oktober 2004 waren sich die Räte einig, den Bundesrat zur Ratifikation und Abgabe einer Erklärung über das Ausmass des Gebrauchs der beiden Flexibilitätsklauseln zu ermächtigen.[537] Strittig war jedoch, ob der Beitrittsbeschluss dem fakultativen Staatsvertragsreferendum zu unterstellen sei. Der Nationalrat hatte dies befürwortet. Der Ständerat vertrat die Auffassung, die verfassungsrechtlichen Kriterien seien nicht erfüllt. Erst im Differenzbereinigungsverfahren schloss sich der Nationalrat dieser Sicht an. Der Bundesbeschluss vom 15. Dezember 2004 über die Genehmigung des Beitritts zur Europäischen Gemeindeautonomiecharta unterstand daher nicht dem

531 Votum Thomas Pfisterer, AB S 2004, 632.

532 Vgl. Votum Thomas Pfisterer, AB S 2004, 632.

533 Votum BR Micheline Calmy-Rey, AB S 2004, 634.

534 Votum Thomas Pfisterer, AB S 2004, 632.

535 AB S 2004, 639.

536 Die von Ständerat Carlo Schmid beantragte Streichung des Art. 3 Abs. 2 Charta unterlag freilich nur sehr knapp (21:19 Stimmen). Carlo Schmid befürchtete, Art. 3 Abs. 2 könnte auch auf Organe der kommunalen Exekutive angewendet werden und deren Wahl durch die Gemeindeversammlung verunmöglichen. Dem wurde entgegnet, die in diesem Abschnitt geforderte geheime und direkte Wahl betreffe lediglich das Gemeindeparlament; vgl. die Voten von Carlo Schmid, Hannes Germann und BR Micheline Calmy-Rey, AB S 2004, 635 f.

537 AS 2005 2391.

fakultativen Staatsvertragsreferendum.[538] Dieser Entscheid erstaunt angesichts der Bedeutung der Charta und der kontrovers geführten Beitrittsdebatte.

Dem fakultativen Staatsvertragsreferendum unterliegen unter anderem jene völkerrechtlichen Verträge, die wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthalten oder deren Umsetzung den Erlass von Bundesgesetzen erfordert (Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV). Ziel dieser mit der Volksrechtsreform angenommenen Regelung ist, das Staatsvertragsreferendum auf alle wichtigen Staatsverträge auszudehnen. Die Volksrechte sollen im Bereich der Staatsverträge „in gleicher Weise zum Tragen kommen […] wie in der innerstaatlichen Gesetzgebung“[539]. Wichtige rechtsetzende Bestimmungen in völkerrechtlichen Verträgen gemäss Art. 141 BV sind „diejenigen Bestimmungen, die im Falle innerstaatlicher Rechtsetzung gemäss Artikel 164 als wichtig eingestuft werden müssen“[540]. Aus der Entstehungsgeschichte der Art. 163 f. BV geht hervor, dass die Verfassung von einem engen Rechtsatzbegriff ausgeht, wie er in Art. 22 Abs. 4 ParlG umschrieben ist: „Als rechtsetzend gelten Bestimmungen, die in unmittelbar verbindlicher und generell-abstrakter Weise Pflichten auferlegen, Rechte verleihen oder Zuständigkeiten festlegen“[541]. Ein Teil der Lehre schliesst daraus, der Begriff der „rechtsetzenden Bestimmungen“ gemäss Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 erfasse nur unmittelbar anwendbare völkerrechtliche Normen.[542] Sie kann sich auf den historischen Willen des Verfassungsgebers berufen.[543]

Der Bundesrat argumentierte in der Botschaft zur Charta, die nach seiner Auffassung wenigen direkt anwendbaren Chartanormen seien nicht wichtig im Sinne des Art. 164 Abs. 1 BV. Die Umsetzung der Charta erfordere nicht den Erlass von Bundesgesetzen. Der Genehmigungsbeschluss sei deshalb nicht dem Staatsvertragsreferendum zu un-

538 Vgl. AS 2005 2391; AB N 2004, 946; AB S 2004, 638 f.; AB N 2004, 2094.

539 Sog. „Parallelismus“; vgl. Stn. BR, Änderung Volksrechte, 6092; VPB 68.83 (2004), Ziff. 6.; Bericht SPK S, Änderung Volksrechte, 4826; THÜRER, St. Galler Kommentar zu Art. 141 BV, Rz. 30 f.; BIAGGINI, Kommentar zu Art. 141 BV, Rz. 18.

540 So der Wortlaut der Motion SPK N vom 6. Oktober 2005; vgl. die Zusammenfassung der Behördenpraxis in VPB 2005 Nr. 75.

541 Vgl. TSCHANNEN, St. Galler Kommentar zu Art. 163 BV, 14 ff.; BIAGGINI, Kommentar zu Art. 163 BV, Rz. 5 ff. Der Zusatz „unmittelbar verbindlich“ verdeutlicht, dass „verwaltungsinternen Anordnungen, Weisungen oder Richtlinien […] kein rechtsetzender Charakter zukommt.“; vgl. Bericht SPK N, ParlG, 3537.

542 Verträge, die einzig nicht unmittelbar anwendbare Bestimmungen enthalten, seien dem Referendum nur zu unterstellen, wenn sie Anpassungen der Bundesgesetzgebung erforderlich machten; vgl. THÜRER, St. Galler Kommentar zu Art. 141 BV, Rz. 31; DIGGELMANN, Internationalisierung, 43; KÄLIN/EPINEY/CARONI/KÜNZLI, Völkerrecht, 91.

543 Vgl. nur Ber. SPK S, Änderung Volksrechte, 4826; Votum Toni Dettling, AB S 2004, 501.

terstellen.[544] Die APK N empfand die Chartabestimmungen dagegen als wichtig und beschloss das Gegenteil.[545] Der Nationalrat schloss sich dieser Position an (mit 128:19 Stimmen), obwohl der Bundesrat an seinem anders lautenden Antrag festhielt und argumentierte, die Charta habe weder Auswirkungen auf die föderalistische Kompetenzverteilung noch auf das kantonale Recht.[546] Die APK S folgte dieser Argumentation.[547] Der Ständerat entschied auf deren Antrag, den Genehmigungsbeschluss nicht dem Staatsvertragsreferendum zu unterstellen. Ein Votum von Ständerat Thomas Pfisterer zeigt, dass man den Charakter der Charta als Programmvertrag unterstreichen wollte: „Hier hat man versucht, mit dem damals bekannten Instrumentarium Sicherungen gegen weiter gehende Anwendungen einzubauen: Es sind einerseits die Erklärungen mit den Kommentaren in der Botschaft, und es ist andererseits der Entscheid, den Beschluss nicht dem Referendum zu unterstellen. […] Mit dieser Nichtunterstellung unter das Referendum haben die Räte ausgedrückt, dass keine «wichtigen» Bestimmungen und keine «neuen» Bestimmungen enthalten sind im Sinne des Wortlautes und der Praxis von Artikel 141 Abs. 1 Litera d Ziffer 3 der Bundesverfassung“[548].

Im Differenzbereinigungsverfahren schloss sich der Nationalrat der Position von Bundesrat und Ständerat an.[549]

B. Kritik

Die Charta hätte dem fakultativen Staatsvertragsreferendum unterstellt werden müssen. Der Verzicht, den Stimmberechtigten die Möglichkeit zu geben, eine Volksabstimmung zu verlangen, ist verfassungsrechtlich nicht vertretbar, weil bereits die nach Auffassung von Bundesrat und Bundesversammlung unmittelbar anwendbaren Chartabestimmungen – verschiedene Konsultationsrechte, das Vereinigungsrecht und allenfalls auch die Rechtsweggarantie[550] – gesetzeswesentlich sind, weil sie wichtige, für Bund und alle Kantone verbindliche Rechte der Gemeinden statuieren.[551] In der Bin-

544 Botschaft Charta, 100.

545 Vgl. Prot. APK-N (03.079) vom 19. April 2004, 11 f.

546 Vgl. insb. das Votum von BR Micheline Calmy-Rey, AB N 2004, 946.

547 Vgl. Prot. APK-S (03.079) vom 19. August 2004, 12.

548 Votum Thomas Pfisterer, AB S 2004, 632.

549 Vgl. Prot. APK-N (03.079) vom 16. November 2004, 3 f.; Votum Boris Banga, AB N 2004, 2094; Votum Jacques-Simon Eggly, AB N 2004, 2094.

550 Vgl. Botschaft Charta, 89 u. 100.

551 Vgl. hierzu TSCHANNEN, St. Galler Kommentar zu Art. 164 BV, Rz. 20 ff.; ZELLWEGER, Legitimation, 312 f., der im Fall der UN-Kinderkonvention, die noch unter Geltung der alten Fassung

nengesetzgebung wäre es undenkbar, dass der Bund (beispielsweise) eine grundlegende Norm, wonach die Gemeinden „bei Planungs- und Entscheidungsprozessen für alle Angelegenheiten, die sie direkt betreffen, rechtzeitig und in geeigneter Weise konsultiert werden“ (Art. 4 Abs. 6 Charta) auf Verordnungsebene erliesse.

Sodann ist die Verfassungsauslegung, wonach der Begriff der „rechtsetzenden Bestimmungen“ gemäss Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 nur unmittelbar anwendbare Regelungen umfasst, problematisch.[552] Der in Art. 22 Abs. 4 ParlG verwendete Begriff „unmittelbar anwendbar“ ist nicht identisch mit dem Begriff „unmittelbar anwendbar“, wie er im Kontext der Beurteilung des „self-executing“-Charakters völkerrechtlicher Normen verwendet wird. Auch nicht unmittelbar anwendbaren völkerrechtlichen Bestimmungen kommt rechtsetzender Charakter zu. Der Ausdruck „unmittelbar anwendbar“ in Art. 22 Abs. 4 ParlG ist letztlich „ein terminologisch unglücklicher Versuch der Abgrenzung zu nur behördenintern bindender Normsetzung“[553]. Die Gemeindeautonomiecharta enthält zahlreiche wichtige rechtsetzende Regelungen. Diese sind teils unmittelbar, teils nur mittelbar anwendbar (s. hinten, § 7.IV.F). Auch die letzteren Chartagehalte statuieren indes wichtige Grundsätze des Gemeinderechts in für alle Kantone verbindlicher Weise. Das ist durchaus gesetzeswesentlich. Dafür spricht das *föderalistische Legalitätsprinzip*: Art. 164 Abs. 1 lit. f BV verlangt, die grundlegenden Bestimmungen über die Verpflichtungen der Kantone bei der Umsetzung und beim Vollzug des Bundes seien in Gesetzesform zu kleiden.

Es ist unangemessen, völkerrechtliche Verträge als Sicherungsmassnahme gegen unmittelbare Anwendungen dem Referendum zu entziehen. Dieser Wille hätte mit der Aufnahme einer Erklärung in den Genehmigungsbeschluss verbindlicher manifestiert werden können. Dass die Idee der Sicherung gegen direkte Anwendungen, möglicherweise neben einer gewissen Furcht vor einer Referendumsabstimmung, im Falle der Gemeindeautonomiecharta wohl der Hauptgrund für die Nichtunterstellung unter das Staatsvertragsreferendum war, zeigt die Tatsache, dass die Charta anlässlich ihrer Behandlung im Parlament mehrfach als Dokument von fundamentaler Bedeutung bezeichnet wurde – interessanterweise auch von Bundesrätin Calmy-Rey,[554] die sich

---

von Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 ebenfalls nicht dem fakultativen Staatsvertragsreferendum unterstellt wurde, deren direkt anwendbare *Anhörungsrechte* der Kinder als Grund für eine Referendumsunterstellung anführt.

552 G.M. BIAGGINI, Kommentar zu Art. 141 BV, Rz. 18.

553 HANGARTNER, AJP 2005, 1413.

554 Vgl. etwa Votum Micheline Calmy-Rey, AB S 2004, 634.

gleichzeitig gegen eine Referendumsunterstellung wendete. Wer aber derart widersprüchlich legiferiert, leistet jenen Stimmen Vorschub, welche die mangelnde demokratische Legitimation des Völkerrechts kritisieren und dem Parlament vorwerfen, es betreibe „Gesetzgebung am Volke vorbei" (Ständerat Carlo Schmid).[555]

VII. Ergebnis

Dass die Schweiz als „klassisches Land der Gemeindeautonomie"[556] der Gemeindeautonomiecharta erst mit zwei Jahrzehnten Verspätung beitrat, erklärt sich dadurch, dass das Gemeinderecht seit jeher in die Organisationsautonomie der Kantone fällt und die Gemeindeautonomie unter Geltung der aBV lediglich kantonal garantiert war. Der Bund verzichtete aus berechtigter föderalistischer Rücksichtnahme auf einen Chartabeitritt, solange die Mehrheit der Kantone nicht zu diesem Schritt bereit war. Gerade die ausgeprägt föderalistische Struktur der Schweiz, zu welcher der Gemeindeföderalismus, aber auch der „Gemeindeautonomieföderalismus" gehören, führten zum späten Beitritt der Schweiz. Der Charta ist ein ambivalentes Verhältnis zum schweizerischen Föderalismus eigen. Sie bezweckt den Schutz der Gemeindeautonomie und verfolgt damit ein föderalistisches Anliegen. Gleichzeitig bewirkt sie, dass im Bereich des Gemeindewesens für alle Kantone verbindliche Mindeststandards gelten, was von diesen als Eingriff in ihre Eigenständigkeit und von den Chartagegnern als mit dem schweizerischen Föderalismus unvereinbar empfunden wurde.[557]

Der Weg zum Chartabeitritt wurde in den Jahren 2002 und 2003 frei. Dies ist der Kompromissbereitschaft von Bund und Kantonen und der Flexibilität der Charta zu verdanken. Die Bundesversammlung behandelte die Beitrittsfrage in der gebotenen Tiefe, respektierte aber den bereits gefundenen Konsens mit den Kantonen. Sie hätte jedoch die Charta wegen ihrer fundamentalen Bedeutung als „pièce maîtresse" unter den Europaratskonventionen und aufgrund ihrer gesetzeswesentlichen Inhalte dem fakultativen Staatsvertragsreferendum unterstellen müssen.

Die neue Bundesverfassung trug wesentlich dazu bei, dass der Beitritt zur Europäischen Charta der Gemeindeautonomie möglich wurde. Ein Chartabeitritt hätte unter

555 Votum Carlo Schmid, AB S 2004, 628.

556 THÜRER, Charta, 221.

557 Vgl. exemplarisch das Votum von Philipp Stähelin, AB S 2004, 630. Die Schweiz ist nicht der einzige Bundesstaat, dessen Chartabeitritt Zeit und Geduld erforderte. Belgien etwa ratifizierte die Charta wegen der Notwendigkeit der Genehmigung durch die Parlamente aller Regionen und Gemeinschaften erst 2004; vgl. SCHEFOLD, Selbstverwaltung, 1063.

Geltung der aBV deren strikt dualistische Bundesstaatskonzeption in Frage gestellt. Dass Art. 50 BV die Bedeutung der Gemeinden ausdrücklich anerkennt, bezüglich des Masses der Gemeindeautonomie jedoch auf das kantonale Recht verweist, ebnete den Weg zum Chartabeitritt.[558] Mit Hinweis auf Art. 50 Abs. 1 BV konnte jenen Kritikern widersprochen werden, die eine Ausweitung der Gemeindeautonomie oder die Schaffung neuer Bundeskompetenzen befürchteten. Die Kantone, der Bundesrat und die Mehrheit des Parlaments vertraten in der Folge stets die Ansicht, der Chartabeitritt ändere nichts an der innerstaatlichen föderalistischen Kompetenzverteilung: Das Gemeinderecht sei nach wie vor eine kantonale Angelegenheit.

Sowohl die Verneinung jeglichen Einflusses der Gemeindeautonomiecharta auf die föderalistische Kompetenzverteilung und die Definition der Gemeindeautonomie wie auch die Einschätzung, nur einige wenige der Chartabestimmungen seien unmittelbar anwendbar, waren bei der Behandlung der Charta im Parlament umstritten. Diverse Parlamentsmitglieder fürchteten, der Beitritt zur Charta könnte gravierende Auswirkungen auf das föderalistische Staatsgefüge nach sich ziehen. Ob diese Bedenken gerechtfertigt waren, werden die folgenden Kapitel zeigen.

558 I.d.S. SCHAFFARZIK, Handbuch, § 12 Rz. 3, aus der Sicht des ausländischen Beobachters zum Gemeindeartikel der Bundesverfassung: „Hat die Eidgenossenschaft derart die Gemeindeautonomie in ihre Obhut genommen, so scheint auch der Weg zur Unterzeichnung und Ratifizierung der Charta durch die Schweiz geebnet zu sein."

§ 7. Wirksamkeit der Gemeindeautonomiecharta

I. Vorbemerkung

Die Frage nach der Rezeption der Gemeindeautonomiecharta betrifft die *grundsätzlichen Bedingungen ihrer Wirkungsweise in der schweizerischen Rechtsordnung*. Dieser Thematik widmet sich das folgende Kapitel. Nur die Klärung der Fragen nach der *Geltung* der Charta im schweizerischen Recht, nach ihrem *Rang* innerhalb des Stufenbaus der Rechtsordnung und nach der *Art ihrer Anwendbarkeit* ermöglicht, die Bedeutung des Chartabeitritts der Schweiz zu ermessen (§ 8) und die innerstaatliche Garantie der Gemeindeautonomie (auch) im Lichte der Charta auszulegen (Teil 3).

II. Direkte Geltung

Das Völkerrecht verlangt, dass es von den Staaten befolgt wird – und überlässt es der innerstaatlichen Rechtsordnung zu bestimmen, wie sie den eingegangen Rechtspflichten nachkommt. Nach schweizerischer Auffassung bilden Völkerrecht und Landesrecht eine *einheitliche Rechtsordnung*, zu der Staatsverträge als integrierende Bestandteile gehören. Die Schweiz übernimmt das Völkerrecht durch Adoption. Auf der Grundlage der monistischen Theorie wird das die Schweiz bindende Völkerrecht in die Landesrechtsordnung inkorporiert, ohne durch einen förmlichen Transformationsakt in das Landesrecht überführt werden zu müssen.[559] Die für die Schweiz verbindlichen völkerrechtlichen Normen gelten also in der Schweiz *direkt*: Sie werden automatisch zum Bestandteil der schweizerischen Rechtsordnung. Die völkerrechtlichen Bestimmungen behalten jedoch ihren besonderen Charakter, weshalb die völkerrechtlichen Auslegungsregeln zur Anwendung kommen (s. vorne, § 5.III.A).[560]

Die Gemeindeautonomiecharta hat folglich am Tag, an dem sie für die Schweiz völkerrechtlich verbindlich wurde, auch landesrechtliche Wirkung erlangt. Alle Organe und Behörden des Staates sind seit dem 1. Juni 2005 rechtlich verpflichtet, die Bestimmungen der Charta zu beachten (Art. 5 Abs. 4 BV).[561] Weil die Charta als vom Bund abgeschlossener völkerrechtlicher Vertrag zwar nicht zu Bundesrecht geworden ist, aber als Teil der schweizerischen Rechtsordnung auf Bundesebene *wie Bundesrecht behandelt wird*, nimmt sie an dessen Vorrang vor dem kantonalen Recht teil

559 Vgl. dazu Botschaft nBV, 134; HANGARTNER, Anwendbarkeit, 141 f.; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 9 Rz. 4 ff.; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht, Rz. 1913 f.

560 Vgl. HANGARTNER, Anwendbarkeit, 141; WÜGER, Justiziabilität, 34.

561 AS 2005 2393; vgl. NOBS, Volksinitiative und Völkerrecht, 282 ff.; HANGARTNER, St. Galler Kommentar zu Art. 5 BV, Rz. 44 ff.; BGE 120 Ib 360 E. 2c, 366.

(Art. 49 BV).[562] Dies ist von zentraler Bedeutung, sind doch die Kantone als Folge ihrer Kompetenz zur Regelung des Gemeinderechts die wichtigsten Verpflichtungsadressaten der Charta. Die direkte Geltung der Charta und ihr Vorrang vor allem kantonalen Recht besagt indessen nichts über den Rang der Charta im Stufenbau der Rechtsordnung und beantwortet zudem nicht die (für die Praxis wichtigere) Frage, ob die Chartagarantien nur den Gesetzgeber ansprechen oder von den Rechtsanwendern unmittelbar angewendet werden können.

III. Rang

Die Frage nach dem Rang der Charta ist jene nach ihrer richtigen Eingliederung in die Stufenordnung des innerstaatlichen Rechts.[563] Ausgehend vom Monismus, anerkennen die schweizerischen Behörden, Gerichte und die fast einhellige Lehre traditionellerweise den prinzipiellen Vorrang des Völkerrechts vor dem Landesrecht.[564]

Bund und Kantone müssen das Völkerrecht beachten (Art. 5 Abs. 4 BV). Dieses Beachtungsgebot strebt eine Harmonisierung der Rechtsordnung an und fordert die staatlichen Behörden auf, alles zu unternehmen, um Normkollisionen zu vermeiden. Im hiesigen Kontext folgen daraus die Verpflichtungen, das *Landesrecht chartakonform auszulegen* und die mit dem Chartabeitritt eingegangenen Bindungen bei der Rechtsetzung zu beachten.[565] Die weitere Einpassung der Charta in die landesrechtliche Normenhierarchie ist im Vergleich dazu von geringerer praktischer Bedeutung. Nach der hier vertretenen Auffassung verbürgt die Charta nicht, wie dies THÜRER formuliert, „Prinzipien, denen von ihrem Inhalt her nach innerstaatlichen Massstäben Verfassungscharakter zukäme“[566]. Es handelt sich jedoch durchaus um wichtige „*principles of local self-government“*, denen *Gesetzesrang* zuzusprechen ist.[567]

Dies ändert jedoch nichts daran, dass die Charta am grundsätzlichen Vorrang des Völkerrechts gegenüber dem Landesrecht teilhat, weshalb sie „auf einer Stufe zwischen

---

562 Vgl. TSCHANNEN, Staatsrecht, § 9 Rz. 26; HANGARTNER, Staatsrecht I, 68.

563 THÜRER, Verfassungsrecht und Völkerrecht, Rz. 28.

564 Vgl. insb. Art. 26 VRK (Pacta sunt servanda); TSCHANNEN, Staatsrecht, § 9 Rz. 12 ff.; Botschaft nBV, 134 f; MÜLLER/WILDHABER, Praxis des Völkerrechts, 160 ff.; NOBS, Volksinitiative und Völkerrecht, 240 f.; THÜRER, Verfassungsrecht und Völkerrecht, Rz. 18 ff. je m.w.H.

565 Hinzu kommt, dass das Landesrecht spätestens mit der Eingehung neuer völkerrechtlicher Verpflichtungen anzupassen ist. In ständiger Praxis werden deshalb Staatsverträge grundsätzlich erst dann abgeschlossen, wenn die nationale Rechtsordnung mit diesen Verträgen in Einklang steht; vgl. NOBS, Volksinitiative und Völkerrecht, 283 ff. m.H.

566 THÜRER, Charta, 226.

567 I.d.S. für die Bundesrepublik Deutschland SCHAFFARZIK, Selbstverwaltung, § 18 Rz. 1 ff.

Verfassung und einfachem Gesetz in die innerstaatliche Normenhierarchie“[568] einzuordnen ist.

IV. Art der Anwendbarkeit

A. Vorbemerkung

Zeichnet die Charta ein gemeineuropäisches Ideal der Gemeindeautonomie, welches sich an den Gesetzgeber wendet und diesen verpflichtet, die Chartaprinzipien durch justiziable Rechtsnormen zu konkretisieren? Oder begründet die Charta Rechte, welche die Gemeinden vor Gericht geltend machen können? Diesen Fragen nach der *Art der Anwendbarkeit* der Charta (mittel- oder unmittelbar), nach ihrem self-executing-Charakter,[569] widmet sich das folgende Kapitel. Die Thematik ist wichtig, geht es doch darum, wer für die Umsetzung der Charta vordringlich verantwortlich ist. Während sich die schweizerische Rechtswissenschaft kaum mit dieser Frage befasst, wird diese Diskussion in der ausländischen Lehre kontrovers geführt. Die unmittelbare Anwendbarkeit der Charta wird nur selten pauschal bejaht,[570] gelegentlich differenzierend beantwortet[571] und oft generell in Abrede gestellt[572] – wobei die Standpunkte allerdings meistens nur rudimentär begründet werden.

B. Grundlegung

Das Völkerrecht befasst sich grundsätzlich nicht mit der Frage, wie völkerrechtliche Normen innerstaatlich angewendet werden.[573] Soweit der spezifische völkerrechtliche Vertrag diesbezüglich nichts festlegt, entscheidet das Landesrecht über die Art der Anwendung. Dem geschriebenen Recht sind keine Kriterien zu entnehmen. Die schweizerische Praxis zeichnet sich durch ein pragmatisches Vorgehen aus, das primär auf das Kriterium der *Justiziabilität* abstellt. Die Frage nach der Justiziabilität ist die

---

568 THÜRER, Charta, 226.

569 Die Begriffe „unmittelbar anwendbar“, „direkt anwendbar“ und „self-executing“ werden als Synonyme verwendet; vgl. WÜGER, Justiziabilität, 42 ff. m.H.; KOLLER, Anwendbarkeit, 81.

570 SCHEFOLD, Regionen, 297 f.

571 Sehr ausführlich SCHAFFARZIK, Handbuch, § 19; vgl. auch KGRE, Empfehlung 39 (1998), Ziff. 7b: insb. Art. 3 Abs. 2, Art. 4 Abs. 5 und 6, Art. 5, Art. 7 Abs. 1 und 3, Art. 8, Art. 10 und Art. 11 Charta „establish legal rules which, in spite of their general nature, must be regarded as being directly applicable […].“

572 Vgl. HEBERLEIN, Charta, 61; KALTENBORN, Selbstverwaltung, 56 f.; THÜRER, Charta, 226 f.; WEISS, Charta, 97; ANNE CATHALY-STELKENS, Kommunale Selbstverwaltung und Ingerenz der Gemeinschaftsrechts, Baden-Baden 1996, 171.

573 HANGARTNER, Anwendbarkeit, 143; WÜGER, Justiziabilität, 84 ff. je m.H.

Kernfrage der unmittelbaren Anwendbarkeit. Das Bundesgericht stuft eine völkerrechtliche Norm als self-executing ein, wenn sie *hinreichend bestimmt und klar ist, um im Einzelfall als Grundlage einer konkreten Entscheidung zu dienen*.[574] Gelegentlich berücksichtigt das Bundesgericht daneben auch Aussagen von Bundesrat oder Bundesversammlung bei der Vertragsgenehmigung, den Gesamtcharakter des Vertrags oder den historischen Willen der Vertragsparteien.[575]

Ob die Gemeindeautonomiecharta unmittelbar anwendbar ist, muss auf dem Weg der Auslegung ermittelt werden. Die Charta ist als völkerrechtlicher Vertrag nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, ihren Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte ihrer Ziele auszulegen. Dem historischen Element kommt nur untergeordnete Bedeutung zu (vgl. Art. 31 f. VRK). In diesem durch die allgemeine juristische und spezifisch völkerrechtliche Auslegungslehre (s. vorne, § 5.III.A) gesteckten Rahmen ist das Auslegungsproblem der Art der Anwendbarkeit der Chartanormen zu behandeln.[576] Die Frage nach der self-executing-Natur einer Norm betrifft nicht die klassische Auslegungsfrage nach der rechtlichen Tragweite und Bedeutung einer Norm, sondern jene besondere Frage, ob mit einer völkerrechtlichen Regelung Ansprüche bezeichnet werden, „deren Feststellung, Anerkennung, Zusprechung und Zuteilung funktional überhaupt in den Wirkungsbereich der Rechtsprechung gehören“[577].

Diese Problemstellung ist im Kontext der Charta von essentieller Bedeutung und gleich *in zweifacher Hinsicht gewaltenteilungsrelevant*. Das Auslegungsergebnis beeinflusst die vertikale Gewaltenteilung, also das Verhältnis zwischen Bund, Kantonen und Gemeinden, wie auch die horizontale Gewaltenteilung, geht es doch um die Ermittlung der jeweiligen Anteile von Judikative und Legislative im Prozess der Umsetzung und Konkretisierung der Charta-Bestimmungen.[578]

---

574 Vgl. etwa BGE 118 Ia 112 E. 2b, 116 f.

575 HANGARTNER, Anwendbarkeit, 145; WÜGER, Anwendbarkeit, 124; vgl. aus der bundesgerichtlichen Praxis etwa BGE 135 II 243 E. 3, 248 f.; 133 IV 215 E. 2.1, 219 f.; 124 II 361 E. 3b, 367; 121 V 246 E. 2c, 249; 98 Ib 385 E. 2b, 388.

576 Vgl. KOLLER, Anwendbarkeit, 90 f.; MÜLLER/WILDHABER, Praxis des Völkerrechts, 182.

577 MÜLLER, Grundrechtstheorie, 30, Fn. 121.

578 WÜGER, Anwendbarkeit, 146.

C. Kein reiner Programmvertrag

Ein Teil der Lehre betrachtet die Charta als *reinen Programmvertrag*. Die Charta richte sich an den Gesetzgeber und verpflichte diesen, mit allen ihm zumutbaren Mitteln auf die Verwirklichung der Chartaziele und -prinzipien hinzuwirken. Diese Sicht wird mit dem Wortlaut der Charta, dem historischen Willen der Vertragsparteien und dem fehlenden Durchsetzungsmechanismus begründet.[579]

Es ist jedoch nicht vertretbar, der Charta ohne gesonderte Untersuchung ihrer einzelnen Bestimmungen den Charakter eines reinen Programmvertrags zuzusprechen. Dagegen spricht sich auch der KGRE zu Recht aus.[580] Man kann nicht von einzelnen vage formulierten Chartabestimmungen auf einen generellen Programmcharakter der Charta schliessen.[581] Die Charta enthält auch zahlreiche Garantien, deren Wortlaut klar auf eine unmittelbare Einräumung spezifischer Autonomiepositionen hinweist.[582] Wenn die Charta die den Gemeinden übergeordneten staatlichen Ebenen mit Wendungen wie „darf nur" (Art. 8), „darf nicht" (Art. 9 Abs. 7), „dürfen nur" (Art. 7 Abs. 3), „dürfen nicht" (Art. 9 Abs. 5) anspricht, formuliert sie *Unterlassungspflichten*, die in der Lehre oft als klassische Beispiele unmittelbar anwendbarer Normen genannt werden.[583] Auch die zahlreichen Gesetzesvorbehalte der Charta sprechen nicht unbedingt gegen die unmittelbare Anwendbarkeit. Die Gemeindeautonomie ist auch innerstaatlich einzig „nach Massgabe kantonalen Rechts" geschützt, gilt aber dennoch als justiziables Recht der Gemeinde. Der Sinn der Gesetzesvorbehalte ist, Regierung und Verwaltung an das Gesetz zu binden und den Gesetzgeber in die Lage zu versetzen, den rechtlichen Rahmen des jeweiligen Autonomiegehalts zu setzen, dabei auch andere öffentliche Interessen zu verfolgen und deren Verhältnis zu den Chartagarantien zu

---

579 Vgl. etwa KALTENBORN, Selbstverwaltung, 56 f.; THÜRER, Charta, 227.

580 KGRE, Empfehlung 39 (1998), Ziff. 7a: „The European Charter of Local Self-Government should not be regarded as a set of non-binding recommendations but as an international treaty with legal force establishing duties for the States that have ratified it and rights for the local authorities belonging to these states."

581 I.d.S. jedoch KALTENBORN, Selbstverwaltung, 57.

582 Bezeichnend etwa Art. 10 Abs. 1 Charta: „Die Gemeinden haben bei der Ausübung ihrer Kompetenzen das Recht, mit anderen Gemeinden zusammenzuarbeiten"; vgl. z.B. auch Art. 4 Abs. 2, Art. 6 Abs. 1, Art. 9 Abs. 1; i.d.S. auch SCHAFFARZIK, Handbuch, § 19 Rz. 34 ff.

583 Vgl. KOLLER, Anwendbarkeit, 106 f.; SCHAFFARZIK, Handbuch, § 19 Rz. 37.

bestimmen. Sie verpflichten ihn jedoch nicht notwendigerweise zum Erlass konkretisierender Gesetzgebung.[584]

Gegen die unmittelbare Anwendbarkeit der Charta wird weiter vorgebracht, diese bezwecke „keine «Gleichmacherei», sondern eine blosse Harmonisierung der Standards kommunaler Selbstverwaltung bei Respektierung staatlicher Eigenheiten“[585]. Diese Argumentationsweise verkennt, dass für die Beantwortung der Frage, ob die Gerichte funktionell zur Durchsetzung der Chartabestimmungen geeignet sind, deren Ausrichtung auf eine blosse Harmonisierung der Standards der Gemeindeautonomie irrelevant ist. Die Anerkennung eines gerichtlich durchsetzbaren Mindeststandards grundlegender Prinzipien der Gemeindeautonomie bedeutet nicht eine Nivellierung des europäischen Gemeinderechts. Verbindlich sind die Mindeststandards der Charta im Übrigen ohnehin, ungeachtet der Art ihrer Anwendbarkeit.

Die unmittelbare Anwendbarkeit der Charta wird im Schrifttum sodann gelegentlich mit Hinweis auf einen behaupteten gegenteiligen Willen der Vertragsparteien verneint.[586] Freilich enthalten weder die Charta noch der erläuternde Bericht des Europarates Indizien für einen Willen der Vertragsparteien, einen reinen Programmvertrag zu schaffen. Ohne einen Hinweis zumindest im erläuternden Bericht kann aber nicht von einem klaren Willen der Vertragsparteien die Rede sein.[587] Die Autoren des Charta-Entwurfs bezweckten zwar ursprünglich sehr wohl, nach dem Vorbild der Europäischen Sozialcharta (ESC) einen vertraglichen Rahmen zu errichten, der von den Signatarstaaten durch den Erlass landesrechtlicher Normen auszufüllen gewesen wäre. Der definitive Chartatext wurde indessen im Sinne unmittelbar anwendbarer Normen verändert. So hiess es in Art. 3 Abs. 2 des Entwurfs noch: „Die kommunalen Gebietskörperschaften müssen eine allgemeine, aus ihrer Gebietshoheit fliessende Zuständigkeit besitzen […]“. Der diesem Artikel entsprechende Art. 4 Abs. 2 Charta lautet nun wie folgt: „Die kommunalen Gebietskörperschaften haben […] das Recht, sich mit je-

584 Vgl. SCHAFFARZIK, Handbuch, § 19 Rz. 56 f; BLECKMANN, Anwendbarkeit, 293; zum vergleichbaren Fall der Gesetzesvorbehalte der EMRK vgl. BERNHARD SCHMID, Rang und Geltung der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 3. November 1950 in den Vertragsstaaten, Basel 1984, 30.

585 KALTENBORN, Selbstverwaltung, 57; ähnlich THÜRER, Charta, 227.

586 Vgl. THÜRER, Charta, 227; WEISS, Charta, 93 ff. Auch in der Bundesgerichtspraxis werden oft Argumente für oder (meist) gegen die unmittelbare Anwendbarkeit eines völkerrechtlichen Vertrags aus dem Parteiwillen abgeleitet; vgl. etwa BGE 98 Ib 385 E. 2b, 388.

587 G.M. SCHAFFARZIK, Handbuch, § 9 Rz. 65; i.d.S. auch SCHAUB, Glarner Gemeindefusion, 1306 Fn. 61.

der Angelegenheit zu befassen, […]". Ähnliche Verstärkungen haben etwa die Art. 4 Abs. 6 und Art. 9 Abs. 6 Charta erfahren. Auch der Polarartikel (Art. 1 Charta) spricht im Unterschied zu Art. 1 ESC nicht davon, die Vertragsparteien seinen „gewillt, mit allen zweckdienlichen Mitteln staatlicher und zwischenstaatlicher Art eine Politik zu verfolgen", sondern hält einzig die Bindung der Signatarstaaten fest.[588]

Letztlich können jedoch über die genauen Absichten der Vertragsparteien zum heutigen Zeitpunkt nur Mutmassungen angestellt werden. Es ist davon auszugehen, dass sich die Schöpfer des Vertrags der Tragweite dieses Problems zu wenig bewusst waren. Der historische Wille der Vertragsparteien vermag die Beantwortung der Frage nach der Art der Anwendbarkeit der Charta deshalb nicht zu beeinflussen. Es kann insbesondere nicht angehen, über andere Auslegungskriterien wie den Wortlaut oder den Zweck des Vertrages mittelbar auf einen fiktiven, nachträglich untergeschobenen, Parteiwillen zurückzuschliessen.[589]

Die Charta kann *nicht ohne Prüfung ihrer einzelnen Bestimmungen* als Programmvertrag bezeichnet werden. Der Wortlaut der teils recht präzise gefassten Chartagarantien, denen oftmals primär negatorischer Charakter zukommt, führt im Gegenteil dazu, dass Teile der Lehre und das Bundesgericht wie selbstverständlich von der unmittelbaren Anwendbarkeit einzelner Chartabestimmungen ausgehen.[590] Auch in diese Richtung ist freilich Vorsicht geboten. Die unmittelbare Anwendbarkeit der Charta entscheidet erst die *Justiziabilität ihrer einzelnen Garantien* (s. hinten, E). Es ist kein historischer Parteiwille ersichtlich, einen Programmvertrag zu gestalten, aber auch keine Absicht der Vertragsparteien, gerichtlich durchsetzbare Garantien zu schaffen.

D. Sicht der Behörden

Der Bundesrat stufte die Art. 4 Abs. 6, Art. 5, Art. 9 Abs. 6 sowie Art. 10 Abs. 1 der Gemeindeautonomiecharta als unmittelbar anwendbar ein und wies darauf hin, es sei möglich, „dass eine andere Bestimmung, insbesondere Artikel 11, durch eine Gerichts-

588 Vgl. dazu weiterführend SCHAFFARZIK, Handbuch, § 19 Rz. 35 und 65.

589 Vgl. dazu insb. die kritische Stellungnahme zu den „Überbleibseln des Willensdogmas" bei KOLLER, Anwendbarkeit, 103 f.; vgl. auch BLECKMANN, Anwendbarkeit, 170 ff.

590 Vgl. etwa SCHAUB, Glarner Gemeindefusion, 1306: „Die unmittelbare Anwendbarkeit zumindest der Art. 5 und 4 Ziff. 6 ist aufgrund des Vertragswortlauts eindeutig gegeben."; zur Praxis des Bundesgerichts vgl. BGE 1C_91/2009, E. 3.1; 1C_41/2008, E. 11; 1C_415/2008, E. 12; Art. 5 Charta wird jeweils ohne weiteres unmittelbar angewendet.

instanz ebenfalls als unmittelbar anwendbar angesehen werden könnte“[591]. Die Bundesversammlung schloss sich dieser Ansicht an und unterstellte die Charta nicht dem Staatsvertragsreferendum, nicht zuletzt um weiter gehenden direkten Anwendungen entgegenzuwirken (s. vorne, § 6.VI).

Die Behörden äusserten sich damit jedoch nicht in einer die Rechtsanwender bindenden Weise über die Art der Anwendbarkeit der Charta. Nach Ansicht eines Teils der Lehre bindet zwar eine *hinreichend klare implizite Meinungsäusserung* des Gesetzgebers die Gerichte, wenn von einer tatsächlichen Meinungsbildung im Parlament ausgegangen werden kann.[592] Selbst wenn man diese fragwürdige Ansicht akzeptierte, läge keine hinreichend klare Willensbekundung der Bundesversammlung vor. Aus den Debatten in den Kommissionen und Räten ist kein Wille des Gesetzgebers ersichtlich, den rechtsanwendenden Behörden weiter gehende unmittelbare Anwendungen zu untersagen. Im Gegenteil gingen sowohl der Bundesrat als auch die Mehrheit der Parlamentsmitglieder, die sich zu dieser Frage äusserten, davon aus, der Entscheid über die unmittelbare Anwendbarkeit bleibe den Gerichten überlassen.[593]

Aus Gründen der Rechtssicherheit, der Transparenz und aus demokratischen Überlegungen hätte es zur Bindung der Rechtsanwender an die Sicht der Behörden der Aufnahme einer *eindeutigen Klausel in den Genehmigungsbeschluss* bedurft. Die Bundesversammlung hätte auf diese Weise eine Anordnung über die Art der Anwendbarkeit der Charta erlassen können. Im Einklang mit der langjährigen Praxis verzichtete sie jedoch darauf, obwohl die Kantone während langer Zeit gefordert hatten, es sei beim Chartabeitritt ein Vorbehalt bezüglich der unmittelbaren Anwendbarkeit dieses Vertragswerks anzubringen (s. vorne, § 5.II.D.2).[594]

Mit der Nichtunterstellung unter das Referendum wollte man betonen, dass die grosse Mehrheit der Chartagarantien vom innerstaatlich zuständigen Gesetzgeber umgesetzt

---

591 Vgl. Botschaft Charta, 89. Bundesrätin Calmy-Rey bekräftigte diese Haltung anlässlich der Beratungen im Parlament; vgl. ihr Votum in AB S 2004, 635.

592 Vgl. WÜGER, Anwendbarkeit, 141, der die Nichtunterstellung unter das Staatsvertragsreferendum in einer späteren Publikation aber nicht mehr erwähnt; vgl. WÜGER, Justiziabilität, 217.

593 Vgl. Botschaft Charta, 89; Votum Urs Schwaller, AB S 2004 634; Votum Bruno Frick, AB S 2004 631. Ständerat Carlo Schmid formulierte seine Bedenken wie folgt: „Wenn das Bundesgericht gesagt hat, eine Bestimmung sei «self-executing», dann können wir alle Wände hoch und den Bundesrat in seiner Botschaft zitieren, so lange wir wollen, das nützt gar nichts mehr“; Votum Carlo Schmid, AB S 2004 629

594 Zu dieser Möglichkeit THÜRER, Charta, 227; HOLZER, Anwendbarkeit, 116; WÜGER, Justiziabilität, 208 ff. je m.H.; kritisch dazu jedoch KELLER, Rezeption, 351.

werden müsse. Die Wahl des Mittels ist aus demokratischer Sicht zu bedauern (s. vorne, § 6.VI.B). Dennoch sind die in den Räten geäusserten Vorbehalte gegenüber der unmittelbaren Anwendung der Charta bei der Behandlung der spezifischen Frage der Justiziabilität gebührend zu berücksichtigen.[595] Die Nichtunterstellung unter das Referendum muss als *Mahnung* des Gesetzgebers wahrgenommen werden: Die Gerichte sind gestützt auf die Charta nicht befugt, Entscheidungen mit tief greifenden Auswirkungen auf die föderalistische Kompetenzverteilung zu treffen.[596]

E. Justiziabilität

Die self-executing-kritische Sicht der Behörden darf nicht ungeprüft übernommen werden. Hinsichtlich verschiedener Chartagarantien besteht ein praktischer Schutzbedarf, zu dessen Wahrnehmung die Judikative durchaus geeignet scheint. Zieht man den Bogen zu den völkerrechtlichen Menschenrechtspakten, fällt auf, dass die Freiheitsrechte der EMRK und des UNO-Paktes II sowie die Grundrechte der Bundesverfassung trotz recht geringer normativer Dichte vom Bundesgericht direkt angewendet werden.[597] Es scheint daher widersprüchlich, jene Garantien der Charta, die oft ebenfalls auf eine Abwehr unzulässiger staatlicher Eingriffe ausgerichtet sind, nicht unmittelbar anzuwenden. Insbesondere steht auch hinter den Garantien der Charta „ein geschichtlich-politischer Erfahrungs- und Bedeutungsschatz, der zumindest im Kern erlaubt, aus der jeweiligen Garantie funktionell oder in geschichtlicher Erfahrung gefestigte Normgehalte festzustellen“[598]. Wie bei den Menschenrechten kann sich die Justiz bei der Gemeindeautonomie auf eine lange Rechtstradition stützen.[599]

Freilich darf die Parallele zur EMRK nicht überstrapaziert werden. Die Gemeindeautonomie ist kein Menschenrecht. Es gilt zu bedenken, dass die durch die Anliegen von Demokratie, Föderalismus und Rechtssicherheit legitimierte Stellung des kantonalen Gesetzgebers nicht durch einen übermässig betonten Schutzbedarf der Gemeinden untergraben werden darf.[600] In Berücksichtigung dieser Überlegungen ist deshalb jede Chartabestimmung einzeln daraufhin zu untersuchen, ob sie hinreichend bestimmt und

---

595 HANGARTNER, Anwendbarkeit, 145; WÜGER, Justiziabilität, 217.

596 Vgl. die von Philipp Stähelin, AB S 2004, 630 f. geäusserten Befürchtungen und die Gegenargumente von Thomas Pfisterer, AB S 2004, 632.

597 Vgl. WÜGER, Anwendbarkeit, 229 m.H.

598 JÖRG PAUL MÜLLER, Soziale Grundrechte in der Verfassung, 2. A., Basel 1981, 22, im dortigen Zusammenhang Bezug nehmend auf die klassischen Grundrechte.

599 Vgl. HANGARTNER, Staatsrecht II, 56, in Bezug auf Grundrechtsstreitigkeiten.

600 I.d.S. auch HANGARTNER, Anwendbarkeit, 150.

klar ist, um als Grundlage eines Rechtsanwendungsaktes zu dienen, und geeignet ist, um direkt von der Rechtsanwenderin konkretisiert zu werden.[601]

Die spezifische Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit ist, ob eine Staatsvertragsnorm justiziabel ist. Dieses Kriterium der *Justiziabilität* wird vom Legalitätsprinzip vorgegeben. Dieses Prinzip fordert, dass wesentliche politische Wertungen vom Gesetzgeber vorgenommen werden. Somit müssen jene Chartanormen, die Gestaltungsspielraum zu einer wichtigen Frage einräumen, vom zuständigen Gesetzgeber durch Erlass ausführender Vorschriften umgesetzt werden. „Wichtig" sind insbesondere Regelungen, die stark in individuelle Rechtspositionen eingreifen, erhebliche finanzielle Folgen nach sich ziehen oder eine grosse Bedeutung für das politische System haben, etwa als Folge ihrer Auswirkungen auf das föderalistische Kompetenzgefüge.[602]

Die Gerichte entscheiden jeweils anhand konkreter Rechtsfragen, ob eine Norm des Völkerrechts im zu entscheidenden Fall justiziabel ist, d.h. ob sie von der Richterin umgesetzt werden kann.[603] Die Grenze zwischen justiziablen und nicht justiziablen Normen verläuft entlang der funktionalen Eignung der einzelnen Organe. Wenn eine Vielzahl charta-konformer Lösungen zulässig sind, wenn eine Entscheidung grosse finanzielle Konsequenzen mit sich bringt, wo es um die zukünftige Ausrichtung eines Politikbereichs geht, obliegt die Konkretisierung des von der Charta nicht vorgegebenen Entscheidungsspielraumes dem zuständigen Gesetzgeber. Auch wenn nicht alle Anwendungsfälle präjudiziert werden können, soll im Folgenden die Justiziabilität der einzelnen Chartagarantien untersucht werden.

F. Kategorisierung

1. Konsultationsrechte

Die Konsultationsrechte der Charta (Art. 4 Abs. 6, Art. 5, Art. 9 Abs. 7) sind hinreichend bestimmt und klar, um als Grundlage eines Rechtsanwendungsaktes zu dienen. Sie enthalten zwar unbestimmte, auslegungsbedürftige Rechtsbegriffe („so weit als möglich"; „in geeigneter Weise"). Das bedeutet jedoch nicht, dass sie *ausschliesslich* durch den Gesetzgeber konkretisiert werden dürften. Auch die bundesrätliche Bot-

601 Vgl. z.B. BGE 118 Ia 112 E. 2b, 116; HANGARTNER, Anwendbarkeit, 147 f.; KOLLER, Anwendbarkeit, 68 f.; WÜGER, Justiziabilität, 233 ff. u. 582.

602 Vgl. WÜGER, Anwendbarkeit, 199 ff.; MÜLLER, Rechtsetzung, 114 f.; WÜGER, Justiziabilität, 582; TSCHANNEN, St. Galler Kommentar zu Art. 164 BV, Rz. 7.

603 Vgl. WÜGER, Justiziabilität, 581 f.; BGE 111 Ib 68 E. 3, 72.

schaft hält fest, dass die Konsultationsrechte unmittelbar anwendbar sind.[604] Sie wenden sich *auch* an den zuständigen Gesetzgeber und verpflichten diesen, die Beteiligung der Gemeinden an den jeweiligen staatlichen Planungs- und Entscheidungsprozessen in geeigneter Weise zu regeln. Die Gerichte sind indes dazu geeignet, den von der Charta geforderten *Minimalstandard* selbst zu konkretisieren und durchzusetzen. Die diesbezügliche Situation ist mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör vergleichbar, der ebenfalls vom Gesetzgeber konkretisiert werden muss, dessen verfassungsrechtlicher Minimalgehalt indes direkt aus Art. 29 Abs. 2 BV abgeleitet wird.[605]

2. Aufgabenautonomie

Nach Art. 4 Abs. 2 Charta haben die Gemeinden das Recht, sich mit jeder Angelegenheit zu befassen, die nicht von ihrem Kompetenzbereich ausgeschlossen oder einer anderen Behörde übertragen ist. Die Formulierung „haben das Recht" weist auf die Justiziabilität dieser allgemeinen Aufgabenautonomie hin.[606] Diese Norm bedarf keiner Umsetzung durch den Gesetzgeber; sie dient der Abwehr ungerechtfertigter staatlicher Eingriffe und ist hinreichend präzise gefasst, um von den Rechtsanwendern *unmittelbar angewendet* zu werden. Dass das den Gemeinden hier vermittelte Recht lediglich im gesetzlichen Rahmen existiert, stellt klar, dass die Gemeinden zur Beachtung der übergeordneten Gesetzgebung verpflichtet sind, und dass dem Gesetzgeber das Recht zusteht, den Kompetenzbereich der Gemeinden gesetzlich einzuschränken.[607]

3. Organisationsautonomie

Ähnliches gilt für die Organisationsgarantie des Art. 6 Abs. 1 Charta. Die Gemeinden müssen unbeschadet allgemeinerer gesetzlicher Bestimmungen das Recht haben, ihre internen Verwaltungsstrukturen selbst zu bestimmen. Das Hilfsverb *müssen* dient primär dazu, die Rechtsbindung des Staates sichtbar zu machen.[608] Die Kantone regeln die Gemeindeorganisation. Die Charta fordert sie auf, den Gemeinden dabei möglichst wesentlichen Gestaltungsspielraum zu überlassen, damit sie sich entsprechend ihren

604 Botschaft Charta, 89.

605 Konkret kann aus Art. 4 Abs. 6 Charta beispielsweise abgeleitet werden, dass bei allen Rechtsetzungsprozessen, die eine Einschränkung der Gemeindeautonomie zur Folge haben können, die Dachverbände der Gemeinden vorgängig zu konsultieren sind. Diese Minimalanforderung ist auf Bundesebene mit Art. 4 Abs. 2 lit. c VlG eingehalten.

606 So auch SCHAFFARZIK, Handbuch, § 19 Rz. 110. Die Ausgestaltung als subjektives Recht ist jedoch keine Voraussetzung für die unmittelbare Anwendbarkeit einer Völkerrechtsnorm; vgl. HANGARTNER, Anwendbarkeit, 146 f; KOLLER, Anwendbarkeit, 78 ff.

607 Vgl. SCHAFFARZIK, Handbuch, § 19 Rz. 74 ff. m.H.

608 SCHAFFARZIK, Handbuch, § 23 Rz. 5.

besonderen Bedürfnissen organisieren können. Der Kanton darf die Gemeindeorganisation nur gesetzlich regeln. Die Gemeinden sind grundsätzlich befugt, ihre internen Strukturen selbst zu bestimmen; ihnen steht die allgemeine Organisationsautonomie zu. Diese findet – wie die Aufgabenautonomie (Art. 4 Abs. 2) – ihre Schranke in den übergeordneten kantonalen Regelungen. Der kantonale Gesetzgeber ist jedoch bei der durch Art. 6 Abs. 1 gestatteten *Schrankenziehung* insbesondere an das Verhältnismässigkeitsprinzip gebunden (Art. 5 Abs. 2 BV), und die Exekutivbehörden dürfen nur gestützt auf eine gesetzliche Grundlage in die gemeindliche Organisationsautonomie eingreifen (s. hinten, Teil 3§ 16.V.E). Damit zeigt sich, dass Art. 6 Abs. 1 Charta in seinem defensiven Gehalt unmittelbar anwendbar ist.[609]

4. Aufsichtsgarantien

Die Art. 8 Abs. 1 und 3 der Gemeindeautonomiecharta fordern, dass die staatliche Aufsicht über die Gemeinden stets auf einer gesetzlichen Grundlage beruht und verhältnismässig ausgeübt wird. Diese Kriterien für aufsichtsrechtliche Massnahmen sind klarerweise unmittelbar anwendbar. Sie gelten aufgrund des innerstaatlichen Rechts (Art. 5 BV) ohnehin. Es handelt sich bei diesen Bestimmungen über die Ausgestaltung der staatlichen Aufsicht nicht um programmatische „Leitlinien", die dem zur Konkretisierung aufgerufenen Gesetzgeber Gestaltungsfreiheit einräumen, sondern um justiziable Schranken der Staatsaufsicht.[610]

5. Finanzgarantien

Der unmittelbaren Anwendung der Finanzgarantien (Art. 9) ist mit Zurückhaltung zu begegnen. Der in Art. 9 Abs. 1 und 2 verbürgte Anspruch auf ausreichende und angemessene Eigenmittel ist grundsätzlich nicht geeignet, um vom Rechtsanwender in die Wirklichkeit umgesetzt zu werden; diese Bestimmungen sind vordringlich als Programmnormen zu verstehen. Die Finanzierung der Gemeindetätigkeit kann auf unterschiedlichste Art und Weise erfolgen. Sofern Art. 9 das *Volumen der kommunalen Finanzmittel* betrifft, überlässt er den Kantonen ganz erheblichen Gestaltungsspielraum, den zu konkretisieren aus demokratischen und rechtsstaatlichen Gründen grundsätzlich Sache des kantonalen Gesetzgebers sein muss.

---

609 I.d.S. auch SCHAFFARZIK, Handbuch, § 23 Rz. 4 f.

610 Dies müsste auch für Art. 8 Abs. 2 Charta gelten, der eine Zweckmässigkeitsprüfung im autonomen Gestaltungsbereich der Gemeinden verbietet; s. dazu hinten, Teil 4§ 20.V.B.1.2.

Anders muss die Antwort lauten, insoweit Art. 9 die *eigenverantwortliche Finanzwirtschaft* betrifft. Die Gemeinden dürfen über ihre Eigenmittel[611] frei verfügen (Art. 9 Abs. 1 und 8, eigenverantwortliche Ausgaben- und Finanzverwaltung), und sie sind grundsätzlich berechtigt, eigene Steuern und Abgaben zu erheben, deren Satz sie festlegen dürfen (eigenverantwortliche Einnahmewirtschaft, Art. 9 Abs. 3). Selbstredend kommt insbesondere der letztgenannten Bestimmung ein gewichtiger programmatischer Gehalt zu: Die Kantone sind gefordert, die von ihnen zu schaffenden gesetzlichen Rahmenbedingungen *gemeindefreundlich* auszugestalten. Sie müssen insbesondere berücksichtigen, dass gemeindliche Selbständigkeit ohne finanzielle Autonomie zum blossen Schein verkommt. Wenn die Kantone aber den gesetzlichen Rahmen enger ziehen und dergestalt den kommunalen Spielraum einschränken, sind sie an gewisse Eingriffsschranken gebunden (s. hinten, Teil 3§ 16.V.E), deren Beachtung die Gemeinden auf dem Rechtsweg durchsetzen können.[612]

6. Vereinigungsrecht

Die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit des Art. 10 Charta (Vereinigungsrecht) ist differenziert zu beantworten. Wie der Bundesrat in seiner Botschaft zu Recht ausführt, ist Art. 10 Abs. 1 Satz 1 (Recht auf Zusammenarbeit) unmittelbar anwendbar. Diese Norm ist klarerweise als subjektives Recht der Gemeinde formuliert. Sie richtet sich nicht an den Gesetzgeber und räumt diesem keinerlei Gestaltungsspielraum ein. Die Gemeinden dürfen bei der Ausübung ihrer Kompetenzen mit anderen Gemeinden zusammenarbeiten, wobei eine gemeinsame Aufgabenerfüllung im engeren Sinne oder in Form des Sitzgemeindemodells[613] in jedem Fall zulässig sind. Art. 10 Abs. 1 Satz 2 fordert sodann, dass Gemeinden im gesetzlichen Rahmen Verbände mit anderen Gebietskörperschaften bilden können. Dieser Normteil muss zwar durch kantonale Erlasse umgesetzt werden, welche insbesondere die Organisation von kommunalen Zweckverbänden regeln. Vervollständigt durch kantonale Verfahrensregelungen, kann diese Bestimmung jedoch direkte Wirkung entfalten.[614]

---

611 Als Eigenmittel sind nur jene Finanzmittel aufzufassen, die unmittelbar den Gemeinden zukommen (etwa aus Abgaben und Steuern).

612 Die für die Schweiz nicht verbindlichen Art. 9 Abs. 5 und 7 richten sich primär an den kantonalen Gesetzgeber und sind nicht hinreichend bestimmt und klar, um vom Rechtsanwender direkt angewendet werden zu können; vgl. auch Botschaft Charta, 89 und 95 f.

613 Vgl. zu diesen Formen der Zusammenarbeit STEINER, Zusammenarbeit, 94.

614 Um ein Beispiel zu nennen: Art. 97 Abs. 1 KV SG sieht vor, dass sich die Gemeinden zur Erfüllung gemeinsamer Aufgaben zu Gemeindeverbänden zusammenschliessen können; das Verfahren wird im Gesetz geregelt (Art. 140 ff. GdG SG). Wenn der Kanton einer Gemeinde die Mitglied-

Nach Art. 10 Abs. 2 Charta muss das Recht der Gemeinden, „einer Vereinigung zum Schutz und zur Förderung ihrer gemeinsamen Interessen anzugehören, und ihr Recht, einer internationalen Vereinigung von Gemeinden anzugehören," von jedem Staat anerkannt werden. Die „Muss"-Formulierung ist eine Folge des Bemühens um sprachliche Variation und führt nicht dazu, dass Art. 10 Abs. 2 als reiner Gesetzgebungsauftrag zu verstehen wäre.[615] Diese Norm hält ohne jede Einschränkung fest, dass die Gemeinden nationalen wie internationalen Interessenverbänden angehören dürfen und enthält weder eine Verpflichtung noch einen Gestaltungsspielraum zum Erlass einer Ausführungsgesetzgebung. Sie ist daher unmittelbar anwendbar.

Sodann dürfen die Gemeinden „im Rahmen von Bedingungen, welche das Gesetz allenfalls vorsieht", mit ausländischen Gemeinden zusammenarbeiten (Art. 10 Abs. 3). Der kantonale Gesetzgeber *darf* die Bedingungen der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit also regeln, er *muss* dies aber nach dem klaren Chartatext nicht tun. Die Gemeinden dürfen im Rahmen des übergeordneten Rechts mit ausländischen Gemeinden zusammenarbeiten, selbst wenn ein Kanton keine diesbezüglichen gesetzlichen Regelungen ausarbeitet. Dieser Absatz ist ebenfalls unmittelbar anwendbar.[616]

7. Rechtsweggarantie

Art. 11 der Gemeindeautonomiecharta verlangt, den Gemeinden müsse „der Rechtsweg offen stehen, damit sie die freie Ausübung ihrer Kompetenzen und die Achtung derjenigen Grundsätze der Gemeindeautonomie sicherstellen können, die in der Verfassung oder in der innerstaatlichen Gesetzgebung verankert sind". Die Gerichte sind grundsätzlich nicht die geeigneten Behörden, um Zuständigkeitsregelungen und damit Bestimmungen von grosser organisationsrechtlicher Relevanz zu erlassen. Diese sind gesetzlich zu normieren (Art. 164 Abs. 1 lit. g BV). Insofern kommt Art. 11 programmatischer Charakter zu. Der innerstaatliche Gesetzgeber hat die notwendigen Verfahrensregelungen zu schaffen, damit die Gemeinden ihre Autonomie gerichtlich durchsetzen können. Aus ähnlichen Überlegungen wurde das in Art. 13 EMRK verankerte

schaft in einem Zweckverband verbieten würde, wäre dies eine Einschränkung des Art. 10 Abs. 1 Charta, deren Rechtmässigkeit ein Gericht überprüfen könnte.

615 Gesetzgebungsaufträge werden im Völkerrecht i.d.R. nicht durch „Muss"-Formulierungen, sondern durch deutlichere Klauseln zum Ausdruck gebracht. Eine „Muss"-Bestimmung fordert den Staat nicht lediglich dazu auf, die Erreichung eines bestimmten Ziels „zu einer seiner wichtigsten Aufgaben zu machen" (Art. 1 ESC). In einer Muss-Bestimmung können jedoch Gesetzgebungsaufträge mitenthalten sein; vgl. SCHAFFARZIK, Handbuch, § 19 Rz. 39 ff. m.H.

616 So auch SCHAFFARZIK, Handbuch, § 24 Rz. 3.

Beschwerderecht in der älteren Lehre als non-self-executing eingestuft.[617] Wenn aber Rechtsweggarantien den demokratischen Gesetzgeber in die Pflicht nehmen, sind sie deswegen nicht zwingend ausschliesslich mittelbar anwendbar. Das Bundesgericht wendet Art. 13 EMRK heute direkt an und prüft die gesetzlichen Verfahrensbestimmungen auf Konformität mit dieser Verfahrensgarantie.[618] Diese Praxis hatte der Bundesrat wohl im Sinn, als er in der Botschaft anmerkte, Art. 11 Charta könnte ebenfalls als unmittelbar anwendbar eingestuft werden.[619] In der Tat spricht aus Sicht des Legalitätsprinzips nichts gegen die direkte Anwendung dieser Rechtsweggarantie. Art. 11 Charta fordert, dass den Gemeinden gegen autonomieverletzende *Exekutivakte* der Rechtsweg an ein unabhängiges Gericht offen steht (s. vorne, § 5.III.F). Diese Bestimmung fügt sich problemlos in die vom Gesetzgeber getroffenen organisationsrechtlichen Normen ein. Die vom Gesetzgeber getroffenen Verfahrensregelungen können auf Konformität mit Art. 11 Charta überprüft werden.[620]

8. Mittelbar anwendbare Garantien

Die bisher nicht genannten Chartagarantien wirken programmatisch und nehmen direkt nur den Gesetzgeber in die Pflicht. So formuliert Art. 2 Charta nach seinem eindeutigen Wortlaut ein *Normierungsziel*: Die Gemeindeautonomie soll so weit als möglich in der Verfassung anerkannt werden. Art. 3 Charta stellt als Definitionsnorm eine Auslegungshilfe dar, ist aber ansonsten nicht unmittelbar anwendbar. Art. 4 Abs. 1 Charta, der fordert, die grundlegenden Kompetenzen der Gemeinden seien in der Verfassung oder im Gesetz zu verankern, richtet sich an den Gesetzgeber und stellt nicht selbst bereits eine unmittelbar anwendbare Garantie dar.[621] Dasselbe gilt nach der hier vertretenen Auffassung für die Art. 7 Abs. 1 und 3 Charta.[622]

---

617 Vgl. z.B. HANGARTNER, Staatsrecht II, 23; LUZIUS WILDHABER, Erfahrungen mit der Europäischen Menschenrechtskonvention, Basel 1979, 337; Bericht EMRK, 1074 f.

618 Vgl. erstmals BGE 111 Ib 68 E. 3, 72; zum Ganzen WÜGER, Justiziabilität, 379 ff.; WÜGER, Anwendbarkeit, 137 f. u. 229 f. je m.w.H. In seiner neueren Praxis weist das Bundesgericht Art. 13 EMRK jeweils einen direkt kompetenzbegründenden Gehalt zu; vgl. etwa BGE 130 I 369 E. 6, 376 ff.; 126 II 377 E. 8bb, 396.

619 Vgl. Botschaft Charta, 89.

620 I.d.S. auch SCHAFFARZIK, Handbuch, § 19 Rz. 123.

621 So auch SCHAFFARZIK, Handbuch, § 12 Rz. 11 f. sowie § 19 Rz. 123 f.

622 Allerdings stuft der KGRE in Empfehlung 39 (1998), Ziff. 7b, diese beiden Normen, welche die Rechtsstellung der gewählten Gemeindevertreterinnen betreffen (s. vorne, Teil 2§ 5.III.E.3), als unmittelbar anwendbar ein.

Art. 4 Abs. 3 Charta, wonach die öffentlichen Aufgaben im Allgemeinen und vorzugsweise von denjenigen Behörden, die den Bürgerinnen am nächsten sind, wahrgenommen werden sollen, ist zu unbestimmt, um als justiziabel gelten zu können. Letztlich wird hier ein Teilgehalt des Subsidiaritätsprinzips in äusserst vager Formulierung verankert. Wie Art. 5a BV ist auch Art. 4 Abs. 3 Charta deshalb im Verhältnis zwischen Kanton und Gemeinden vom kantonalen Gesetzgeber zu konkretisieren. Dasselbe muss für Art. 4 Abs. 5 Charta gelten, wonach es den Gemeinden bei übertragenen Befugnissen so weit als möglich freizustellen ist, deren Ausübung den örtlichen Gegebenheiten anzupassen. Diese Bestimmung wendet sich an den kantonalen Gesetzgeber und räumt diesem erheblichen Gestaltungsspielraum ein. Die Gerichte sind zur Konkretisierung dieser Norm nicht geeignet. Freilich kann aus diesen Bestimmungen eine verfahrensmässige Pflicht der übergeordneten Rechtsetzungs- und Planungsorgane abgeleitet werden, stets die Auswirkungen einer Vorlage auf die Gemeindeautonomie zu berücksichtigen. Diese Frage wird damit zu einem *obligatorischen Traktandum im Pflichtenheft chartakonformer Gesetzgebung*.[623]

V. Ergebnis

Die Charta ist ein verbindlicher völkerrechtlicher Vertrag. Als solcher bildet sie einen integrierenden Bestandteil der schweizerischen Rechtsordnung auf Bundesebene. Sämtliche Organe auf allen staatlichen Ebenen haben die Charta zu beachten (Art. 5 Abs. 4 BV). Für die Praxis ist von entscheidender Bedeutung, dass die Charta kantonalem Recht vorgeht (Art. 49 BV). Seit dem Chartabeitritt gelten in der Schweiz für alle Kantone verbindliche Grundsätze des Gemeinderechts, die den Grundsatz der Gemeindeautonomie in Bezug auf die politischen Gemeinden konkretisieren.

Das besondere Auslegungsproblem der Art der Anwendbarkeit der Charta betrifft die Frage, ob deren Bestimmungen justiziabel und somit zur Anwendung durch die innerstaatlichen Rechtsanwendungsorgane geeignet sind oder nicht. Entscheidend ist, ob die *einzelne* Chartabestimmung hinreichend bestimmt und klar ist, um als Grundlage eines Rechtsanwendungsaktes zu dienen. Die Charta ist weder ein reiner Programmvertrag, noch sind alle ihre Teilgehalte geeignet, um von der Rechtsanwenderin direkt zur Grundlage eines Entscheids gemacht zu werden. Die Aufgaben- und Organisationsautonomie, die Konsultationsrechte, das Vereinigungsrecht, die Aufsichtsgarantien, die Rechtsweggarantie sowie die Finanzgarantien sind *in ihrer defensiven Dimension* un-

623 I.d.S. auch PFISTERER, Gemeindeautonomie, 30, in Bezug auf § 106 Abs. 2 KV AG.

mittelbar anwendbar. Die weiteren Chartabestimmungen sind hingegen programmatischer Natur und richten sich vordringlich an den zuständigen Gesetzgeber.

§ 8. Bedeutung für die Bundesstaatskonzeption

I. Vorbemerkung

Im Rahmen der Diskussion des Chartabeitritts vertraten die Behörden stets die Ansicht, die Charta ändere nichts an der innerstaatlichen Kompetenzverteilung. Einige Parlamentsmitglieder befürchteten indessen, die Charta könnte das föderalistische Staatsgefüge gravierend beeinflussen.[624] Im folgenden Kapitel wird dargelegt, welche staatlichen Organe die Charta umsetzen müssen. Anschliessend wird untersucht, inwiefern der Chartabeitritt die verfassungsrechtliche Grundstruktur des Bundesstaates beeinflusst. Eine Würdigung der Tragweite des Chartabeitritts – freilich noch ohne Berücksichtigung der Auswirkungen auf das Verständnis des Art. 50 Abs. 1 BV (s. hinten, § 13) – rundet den zweiten Teil dieser Studie ab.

II. Umsetzung der Charta

A. Grundlegung

Die Bestimmungen der Charta binden alle staatlichen Organe von Bund und Kantonen (Art. 5 Abs. 4 BV). Aus dieser Norm resultiert in Verbindung mit dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV und Art. 26 f. VRK) die Verpflichtung aller Staatsorgane, das innerstaatliche Recht im Rahmen ihrer funktionellen Zuständigkeit *völkerrechtskonform auszulegen*, um zur Einheit der Rechtsordnung beizutragen und die Eidgenossenschaft vor dem Eintritt eines völkerrechtlichen Verantwortlichkeitsfalls zu bewahren.[625] Folglich ist jenem kantonalen Recht, das den Inhalt und den Umfang der Gemeindeautonomie bestimmt, stets jene Bedeutung beizulegen, welche dem Sinn der Charta am nächsten kommt. Im Regelfall sollten sich auftretende Konflikte zwischen dem kantonalen Recht und der Charta auf diesem Weg der völkerrechtskonformen Auslegung auflösen lassen. Auch das Bundesrecht ist völkerrechtskonform auszulegen. Im Kontext dieser Studie von besonderer Bedeutung ist, dass auch Art. 50 Abs. 1 BV im Lichte der Charta ausgelegt werden muss (s. hinten, § 13).

B. Verantwortung der Kantone

Aus dem Beachtungsgebot des Art. 5 Abs. 4 BV folgt, dass sämtliches Landesrecht spätestens mit Eingehung neuer völkerrechtlicher Verpflichtungen anzupassen und das

624 Vgl. AB S 2004, 629 ff.; AB N 2004, 939.

625 Vgl. TSCHANNEN, Staatsrecht, § 9 Rz. 36 ff.; Botschaft nBV, 135; BGE 117 Ib 167 E. 2e, 373.

Völkerrecht bei der innerstaatlichen Gesetzgebung zu beachten ist.[626] Die Kantone setzen völkerrechtliche Verträge selbst um, falls diese ihren Zuständigkeitsbereich betreffen.[627] Soweit die Umsetzung des Völkerrechts den Kantonen obliegt, sind diese verpflichtet, die notwendigen Anpassungen rechtzeitig vorzunehmen (Art. 7 BGMK). Weil die Kantone das Gemeindewesen regeln, sind sie die *primären Verpflichtungsadressaten* der Charta. Es sind die Kantone, die in ihrem Hoheitsgebiet die Gemeindeorganisation regeln und die innerkantonale Aufgabenverteilung bestimmen. Dabei müssen sie die sich aus der Charta ergebenden Verpflichtungen beachten. So ist es beispielsweise eine zentrale Verpflichtung des kantonalen Gesetzgebers, stets darauf zu achten, dass die Finanzmittel der Gemeinden in einem angemessenen Verhältnis zu ihren Kompetenzen stehen (Art. 9 Abs. 2 Charta).

C. Verantwortung des Bundes

1. Bindung des Bundes an die Charta

Auch der Bund ist an die Gemeindeautonomiecharta gebunden. Die Charta verpflichtet die rechtsetzenden und rechtsanwendenden Organe *aller staatlicher Ebenen*. So waren sich anlässlich der Debatte des Chartabeitritts sämtliche Betroffenen einig, dass der Autonomiestandard der Charta in Zukunft von allen Organen des Bundes und der Kantone gleichermassen einzuhalten sein würde. Die Botschaft des Bundesrates zur Charta bemerkte dazu Folgendes: „Auch wenn der Inhalt der Gemeindeautonomie im kantonalen Recht festgelegt ist, werden die Bestimmungen der Charta […] für alle staatlichen Organe des Bundes und der Kantone gelten“[628]. Auch die Bundesbehörden sind also beispielsweise verpflichtet, die Gemeinden bei sämtlichen Planungs- und Entscheidungsprozessen für alle Angelegenheiten, die sie direkt betreffen, rechtzeitig und in geeigneter Weise zu konsultieren (Art. 4 Abs. 6 Charta).

2. Bundesaufsicht

Der Bund ist gegen aussen für die Einhaltung der völkerrechtlichen Bindungen durch die Kantone verantwortlich. Er kann deshalb mit den Mitteln der Bundesaufsicht sicherstellen, dass die Kantone die sich aus der Charta ergebenden Verpflichtungen er-

626 Vgl. NOBS, Volksinitiative und Völkerrecht, 286.

627 Dies ergibt sich insb. aus Art. 46 u. 47 BV; vgl. BORSANI, Völkerrecht und Föderalismus, 61.

628 Vgl. Botschaft Charta, 88.

füllen (vgl. Art. 49 Abs. 2 BV).[629] Dies ist das Gegenstück zur föderalistischen Umsetzung der Charta. Im Umfang der unmittelbar anwendbaren Chartabestimmungen nimmt primär das Bundesgericht diese Aufsichtsfunktion wahr (vgl. Art. 189 Abs. 1 lit. b BV). Ein weiteres wichtiges Aufsichtsmittel ist die Gewährleistung der Kantonsverfassungen (Art. 51 BV).[630]

Gegenstand der Aufsicht sind alle kantonale Handlungen und Unterlassungen. Grundsätzlich hat der Bundesrat für die Einhaltung der Chartagarantien zu sorgen (Art. 182 Abs. 2 und 186 Abs. 4 BV). Auch die Bundesversammlung kann Massnahmen treffen (Art. 173 Abs. 1 lit. e BV). Als Aufsichtsinstrumente kommen theoretisch „alle zweckdienlichen Massnahmen"[631] in Betracht, wobei fehlbaren Kantonen Gelegenheit zur Selbstkorrektur zu geben ist und den Kantonen bei der Umsetzung der Charta möglichst grosse Gestaltungsfreiheit zu belassen ist (Art. 46 Abs. 3 BV). In der Praxis bleibt die Verwirklichung der Charta in ganz ausgeprägter Weise der Eigenverantwortung der Kantone überlassen.[632] Die Umsetzung der Charta liegt angesichts ihrer eingeschränkten Justiziabilität und der zurückhaltenden Bundesaufsicht in hohem Masse in der Verantwortung der kantonalen Demokratie. Wenn die Charta etwa fordert, die Gemeinden müssten die ihnen übertragenen Aufgaben so weit wie möglich den örtlichen Gegebenheiten anpassen können (Art. 4 Abs. 5), steht primär der kantonale Gesetzgeber in der Verantwortung. Ob diese und andere Chartabestimmungen in der Verfassungswirklichkeit zur Geltung kommen, hängt wesentlich davon ab, ob die Charta bei den Akteuren der kantonalen Politik eine gewisse Bekanntheit und Akzeptanz erlangt und inwiefern die Interessenverbände der Gemeinden ihre Funktion, die notwendige Aufklärungsarbeit zu leisten, wahrzunehmen vermögen.

D. Justiziabler Gehalt

Im Umfang der justiziablen Chartagarantien wacht die Justiz über die Einhaltung der mit dem Chartabeitritt eingegangenen Verpflichtungen. Die Verletzung einer unmittelbar anwendbaren Chartagarantie kann mit Staatsvertragsbeschwerde gemäss

---

629 THÜRER, Verfassungsrecht und Völkerrecht, Rz. 43; zu den Voraussetzungen und Mitteln der Bundesaufsicht statt vieler TSCHANNEN, Staatsrecht, § 26 Rz. 11 ff. m.H.

630 Jede kantonale Verfassungsänderung ist am Massstab der Charta zu messen, wobei einzig eine Rechtskontrolle vorgenommen werden darf; vgl. dazu etwa RUCH, St. Galler Kommentar zu Art. 51 BV, Rz. 16 ff.; Botschaft nBV, 219; zur Gewährleistung der Kantonsverfassungen TÖNDURY, Bundesstaatliche Einheit, *passim*; s. weiterführend hinten, Teil 4§ 18.VI.

631 FLEINER/GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht, 60.

632 EICHENBERGER, Kommentar zu Art. 102 aBV, Rz. 31.

Art. 189 Abs. 1 lit. b BV i.V.m. Art. 95 lit. b BGG beim Bundesgericht gerügt werden.[633] Die Kantone sind sodann dazu verpflichtet, bei Verletzungen direkt anwendbarer Chartagarantien den Rechtsweg an ein oberes kantonales Gericht vorzusehen.[634] Als Ausfluss der in der Schweiz bestehenden „diffusen" Normenkontrolle ist jedes Gericht gehalten, das Völkerrecht wie das innerstaatliche Recht zur Anwendung zu bringen.[635] Auf den rechtlichen Schutz der Gemeindeautonomie wird im vierten Teil dieser Studie gesondert eingegangen (s. hinten, § 18).

III. Stärkung des dreigliedrigen Bundesstaates

Der Bundesrat wie auch die Mehrheit der Bundesversammlung vertraten anlässlich der Beratung der Gemeindautonomiecharta die Ansicht, die Charta modifiziere das föderalistische Gleichgewicht nicht. Die Chartagegner warnten, die Charta gehe nicht auf die Eigenheiten des schweizerischen Föderalismus ein.[636]

Diese skeptischen Stimmen waren nicht gänzlich unberechtigt. Der jahrelange Widerstand der Kantone gegen die Charta zeigt, dass diese sich nicht derart problemlos in die schweizerische Rechtsordnung integriert, wie der Bundesrat annahm. Mit dem Inkrafttreten der Charta wurden wichtige Fragen des Gemeindeverfassungsrechts zum Teil der schweizerischen Rechtsordnung auf Bundesebene. Es wurden grundlegende Prinzipien der Gemeindeautonomie in für alle Kantone verbindlicher Weise verankert.[637] Daran würde selbst dann nichts ändern, wenn man die Charta als reiner Programmvertrag verstünde. Die Kantone wussten, dass ein Chartabeitritt zu einer gewissen Harmonisierung des Gemeinderechts führen würde. THÜRER hatte sie in einem Rechtsgutachten zu Handen der KdK ausdrücklich darauf hingewiesen, es sei das Ziel der Charta, ein *Minimum an gemeinsamen Prinzipien der Gemeindeautonomie* zu schützen.[638] Noch unter Geltung der aBV hatte er zudem zu bedenken geben, die Charta stelle den die schweizerische Bundesstaatsordnung tragenden Dualismus von Bund

633 Vgl. HALLER, St. Galler Kommentar zu Art. 189 BV, Rz. 17 ff.; SCHOTT, Basler Kommentar zu Art. 95 BGG, Rz. 50 ff.

634 Vgl. Art. 29a und 191b BV sowie Art. 86 Abs. 2 und 110 ff. BGG.

635 Vgl. THÜRER, Verfassungsrecht und Völkerrecht, Rz. 54; KLEY, St. Galler Kommentar zu Art. 29a BV, Rz. 1 ff.; TOPHINKE, Basler Kommentar zu Art. 86 BGG, Rz. 12 ff.

636 Vgl. etwa die beiden gegensätzlichen Voten von Micheline Calmy-Rey, AB S 2004, und Gerhard Pfister, AB N 2004, 940; s. zur Beitrittsgeschichte vorne, Teil 2§ 6.

637 I.d.S. auch THÜRER, Charta, 228.

638 THÜRER, Rechtsgutachten Charta, 9; vgl. auch Argumentarium KdK, 3.

und Kantonen in Frage.[639] Die neue Bundesverfassung gewährleistet die Gemeindeautonomie nun nach Massgabe des kantonalen Rechts und bringt damit zum Ausdruck, dass der schweizerische Bundesstaat auf einer weiter gefassten föderativen Ordnung beruht. Mit dem Chartabeitritt wurde die bereits mit dem Gemeindeartikel gemilderte dualistische Bundesstaatskonzeption erneut aufgebrochen. Die Charta stärkt die bundesrechtliche Stellung der Gemeinden, indem sie einen *Mindeststandard an Gemeindeautonomie* verankert, zu dessen Beachtung sowohl die Kantone wie auch der Bund verpflichtet sind. Die Charta stärkt damit auch die Argumente jener Autoren, welche die *Dreigliedrigkeit* des Bundesstaates betonen. Im Lehrstreit rund um den Themenkomplex, ob die Gemeinden als konstituierende Elemente des Bundesstates zu verstehen seien (s. vorne, § 4) ist die traditionalistische Sicht, welche in der Gemeindeautonomie weiterhin eine ausschliesslich kantonale Rechtsfigur erblickt, nach dem Chartabeitritt schwieriger vertretbar. Dies muss umso mehr gelten, als alle relevanten Akteure anlässlich des Chartabeitritts davon ausgingen, die Gemeindeautonomie sei ein Institut der Bundesverfassung, das sich jedoch nach dem kantonalen Recht richte.[640] Die Bedeutung dieser Tatsache für das Verständnis des Art. 50 Abs. 1 BV wird an späterer Stelle dieser Studie zu klären sein (s. hinten, Teil 3§ 15.II).

IV. Keine neue Bundeskompetenz

Die Gemeindeautonomiecharta beeinflusst das föderalistische Staatsgefüge, indem sie Mindeststandards der Gemeindeautonomie auf bundesrechtlicher Ebene verankert. Sie ändert jedoch nichts daran, dass der Bund keine Kompetenz zur Regelung des Gemeindewesens besitzt.[641] Die Charta ändert die innerstaatliche Verteilung der Kompetenzen zwischen Bund und Kantonen nicht. Es sind nach wie vor die Kantone, welche die Gemeindeorganisation regeln und die Gemeindeautonomie ausgestalten. Sie haben dabei aber die Vorgaben der Charta zu beachten. Deren Sinn und Zweck ist es, die Gemeindeautonomie zu stärken, jedoch nicht, an der Aufgabenteilung zwischen einem Bundesstaat und seinen Gliedstaaten etwas zu ändern. Der erläuternde Bericht des Europarates zur Charta betont ausdrücklich, die Regelung des Gemeindewesens könne in föderalistischen Staaten in die Kompetenz der Gliedstaaten fallen.[642]

---

639 Vgl. THÜRER, Charta, 228.

640 Vgl. z.B. Votum Micheline Calmy-Rey, AB S 2004, 635; Botschaft Charta, 89; Votum Hannes Germann, AB S 2004, 634; Argumentarium KdK, 3.

641 Vgl. etwa Votum Thomas Pfisterer, AB S 2004, 632; Botschaft Charta, 90.

642 Explanatory Report, Art. 2.

Einzig Art. 2 Charta, der fordert, den Grundsatz der Gemeindeautonomie so weit als möglich in der Verfassung anzuerkennen, spricht primär die Bundesverfassung an. Ansonsten muss beim Entscheid darüber, auf welche staatliche(n) Ebene(n) sich die Begriffe „Verfassung", „Gesetz" und „Gesetzgebung" der Charta beziehen, auf Kongruenz mit der innerstaatlichen föderalistischen Kompetenzordnung geachtet werden. Weil die Regelung des Gemeindewesens nach schweizerischem Recht in den Kompetenzbereich der Gliedstaaten fällt, sind vordringlich die Kantone als zuständiger Gesetzgeber angesprochen. Dies ergibt sich auch aus Art. 50 Abs. 1 BV, der bezüglich des Masses der Gemeindeautonomie auf das kantonale Recht verweist. Die Botschaft zur Charta präzisiert zu jeder Chartabestimmung, auf welche staatliche Ebene sich die Begriffe „Verfassung" und „Gesetz" beziehen.[643] Sie hält fest, die Gemeinden würden an diversen Stellen der Bundesverfassung und auch in der Bundesgesetzgebung direkt angesprochen, weshalb es nicht angemessen sei, jeden Bezug auf das Bundesrecht auszuschliessen.[644] Diese Erklärungen zeugen vom Willen, die bestehenden Bundesdurchgriffe auf die Gemeinden als föderalistische Realität zu akzeptieren, der kantonalen Zuständigkeit im Gemeindewesen aber Rechnung zu tragen. So schliesst der Gesetzesbegriff in Art. 9 Abs. 2 Charta grundsätzlich auch Bundesgesetze mit ein. Dies jedoch nur, um der Tatsache Rechnung zu tragen, dass in Ausnahmefällen das Bundesrecht die Gemeinden direkt anspricht (s. hinten, § 20.III). Die von Ständerat Philipp Stähelin geäusserte Befürchtung, der Bund könnte gestützt auf Art. 9 Charta „auch noch einen Finanzausgleich unter den Gemeinden dieses Landes einführen"[645], war deshalb gänzlich unbegründet.

V. Würdigung

Der Chartabeitritt ist eine wichtige Weiterentwicklung des schweizerischen Föderalismus. Es werden zum ersten Mal spezifische Fragen des Gemeindeverfassungsrechts auf die Ebene des Bundesrechts gehoben. Die Charta verankert *grundlegende Prinzipien der Gemeindeautonomie* in für Bund und Kantone gleichermassen verbindlicher Weise. Dadurch stärkt die Charta die Stellung der Gemeinden im Bundesstaat und den dreigliedrigen Föderalismus.

Die Charta bewirkt jedoch keine föderalistische Revolution. Die Kantone sind zur Regelung der Gemeindeorganisation und zur Ausgestaltung der Gemeindeautonomie zu-

643 Vgl. Botschaft Charta, 89.

644 Vgl. Botschaft Charta, 89.

645 AB S 2004, 631; vgl. diesbezüglich Botschaft Charta, 92 u. 95.

ständig. Sie sind die primären Verpflichtungsadressaten der Charta. Der Bundesgesetzgeber darf gestützt auf die Charta weder ein „Bundesgemeindegesetz" erlassen noch direkte Autonomiepositionen der Gemeinden begründen. Die landesweite Geltung eines Mindeststandards gemeindlicher Selbständigkeit entspricht sodann dem politischen Selbstverständnis der Schweiz. Die Eidgenossenschaft kennt mit dem vom Bundesgericht entwickelten gemeineidgenössichen Autonomierecht denn auch bereits seit langer Zeit eine Art einheitliches Gemeinderecht.[646] Das Bundesrecht war überdies nie derart „gemeindeblind", wie es dies die dualistisch konzeptionierte aBV vermuten liess (s. vorne, Teil 1§ 2.VI). Nach dem Gesagten ist deshalb THÜRER zuzustimmen, der anmerkte, mit einem Chartabeitritt würde ein „im politischen Selbstverständnis der Schweiz verankerter Status quo sanktioniert und fortgeführt"[647].

Die Europäische Gemeindeautonomiecharta integriert sich indes nicht ohne Weiteres „parfaitement dans notre ordre juridique"[648]. Die Integration der Charta setzt Arbeit voraus. Wie alles Völkerrecht ist sie zu ihrer Verwirklichung auf den Unterbau des Landesrechts angewiesen. Dafür ist es wichtig, dass die Justiz sich auch als Vollzugsträgerin der Völkerrechtsordnung begreift und diese in ihr rechtliches Weltbild aufnimmt.[649] Diesen Auftrag kann die Rechtspraxis im Kontext der Gemeindeautonomie nur wahrnehmen, wenn die Rechtswissenschaft die notwendige Vorarbeit leistet. Einen ersten Teil dieser Arbeit leistet die vorangegangene Darstellung der Rezeption der Charta in der schweizerischen Rechtsordnung. Nun gilt es, in einem nächsten Schritt bei der Auslegung des Art. 50 Abs. 1 BV den Einfluss der Charta zu berücksichtigen. Dabei wird dem in Art. 5 Abs. 4 BV enthaltenen Harmonisierungsziel Rechnung zu tragen sein: Die landesrechtliche Verfassungsnorm ist unter anderem auch im Lichte der völkerrechtlich bindenden Bestimmungen der Europäischen Charta der Gemeindeautonomie auszulegen (s. hinten, § 13).

646 S. zu dessen historischer Entwicklung durch das Bundesgericht vorne, Teil 1§ 2.VII.B.

647 THÜRER, Charta, 229.

648 Votum Micheline Calmy-Rey, AB S 2004, 634.

649 Vgl. THÜRER, Verfassungsrecht und Völkerrecht, Rz. 59.

Teil 3 Auslegung des Art. 50 Abs. 1 BV

§ 9. Methodik

I. Vorbemerkung

Die beiden ersten Teile dieser Studie schaffen das Fundament für ein zeitgemässes Verständnis der Gemeindeautonomie. Der folgende dritte Teil soll die zentrale Forschungsfrage dieser Studie klären, ob Art. 50 Abs. 1 BV konstitutive Bedeutung zukommt oder ob sich dieser Verfassungsnorm tatsächlich „kaum mehr als ein moralischer Appell zu Gunsten der Gemeinden“[650] entnehmen lässt. Angesichts dieser zentralen und weiterer offener Fragen, der ungeklärten Auswirkungen des Chartabeitritts und des tief greifenden Wandels, in dem sich die Gemeinden befinden, ist eine umfassende Auslegung des Art. 50 Abs. 1 BV geboten.

Zur Verfassungsauslegung drängen sich einige methodische Anmerkungen auf.

II. Verfassungsauslegung

Rechtssätze sind unzulänglich – wie der Mensch und alles, was in seiner Sprache ausgedrückt wird.[651] Der eigentliche Sinn (die ratio legis) einer Verfassungsnorm ist durch Auslegung zu ermitteln. Die Verfassungsauslegung folgt grundsätzlich denselben Prinzipen wie die Auslegung des einfachen Rechts. Die Lehre stellt das grammatikalische, das historische, das systematische, das teleologische sowie das zeitgemässe Element zur Verfügung.[652] Im Folgenden wird Art. 50 Abs. 1 BV so ausgelegt, wie er „vernünftigerweise von den Rechtssuchenden verstanden werden“[653] darf. Ziel ist, das aktuell gültige, situations- und wirklichkeitsbezogene Recht zu ermitteln.[654]

Auslegung ist *Methode*: Ein nach Mitteln und Zweck planmässiges Verfahren, um zu einem Ziel zu gelangen.[655] Sie soll den Weg aufzeigen zur Ermittlung der Bedeutung und der rechtlichen Tragweite des Art. 50 Abs. 1 BV. Auslegung ist ein *Argumentationsprozess*, der neben objektiver Erkenntnis auch subjektive Wertungen mit einschliesst. Die Auslegungselemente stecken „die Möglichkeiten ab, unter denen nach

---

650 BIAGGINI, Kommentar zu Art. 50 BV, Rz. 2.

651 AUBERT, Bundesstaatsrecht I, Rz. 288.

652 Vgl. BGE 118 Ib 187 E. 4, 190; TSCHANNEN, Verfassungsauslegung, Rz. 1; allgemein zur Auslegungsmethodik etwa KRAMER, Methodenlehre, 50 ff.; SCHLUEP, Rechtstheorie, § 6 Rz. 901 ff.

653 BGE 114 Ia 25 E. 3c, 28; vgl. auch FORSTMOSER, Einführung, § 19 Rz. 28 ff.

654 Vgl. FORSTMOSER, Einführung, § 19 Rz. 51 ff.; KRAMER, Methodenlehre, 104 ff.

655 BURCKHARDT, Methode und System, 13 f., 296; SCHLUEP, Rechtstheorie, Rz. 906.

dem Gesichtspunkt des richtigen Rechts gewählt werden muss“[656]. Das Vorverständnis des Textinterpreten – seine Erfahrungen, Werte und Präferenzen – beeinflusst die Wertungen bei der Interpretation und Abwägung sich widersprechender Auslegungselemente. Es existieren deshalb keine „juristischen Wahrheiten“, sondern lediglich eine Bandbreite vertretbarer Interpretationen. Ziel ist, durch Offenlegung der Wertungen und überzeugende Begründung eine relative Richtigkeit zu erreichen, die auf Anerkennung in der Rechtsgemeinschaft hoffen darf.[657]

Die Besonderheiten der Verfassungsauslegung sind zu beachten. Die Verfassung ist ein gewachsenes Bündel einzelner, oft sehr offener Normen und verpflichtet ihre Interpreten dazu, die untersuchten Garantien und Prinzipien auf die sich wandelnden Realien auszurichten. Die Interpretation der Gemeindeautonomie ist auch im Lichte der aktuellen Gefährdungen ihrer Funktionen vorzunehmen. Die geringe Normdichte vieler Verfassungsnormen verstärkt sodann die Bedeutung des schöpferischen Elements der Auslegung. Es gilt, *einen aktuellen, problembezogenen Normsinn aufzubauen*.[658] Zu berücksichtigen ist überdies der Grundsatz der Gleichrangigkeit der Verfassungsnormen,[659] aber auch der Grundsatz der Einheit der Verfassung, der fordert, dass die Verfassungsauslegung im Einklang mit den Grundentscheidungen der Verfassung geschieht und einem ganzheitlichen Verfassungsverständnis verpflichtet ist.[660]

Das Konzept der Verfassungsreform von 1999 folgte dem Gedanken der Nachführung des Verfassungsrechts. Ging man ursprünglich von einem blossen Neuvermitteln der tradierten Verfassungsgehalte aus, wurde dieses Konzept im Verlaufe des Reformprozesses mehr und mehr verlassen. Man liess auch Anpassungen an die „gelebte Verfassungswirklichkeit“ als Nachführung gelten und begann, von einer *Aktualisierung* („mise-à-jour“) zu sprechen, von einer Anpassung des Verfassungsrechts an die gelebte Verfassungswirklichkeit. Dieser *politische Nachführungsbegriff* schloss auch materielle Neuerungen mit ein, die sich auf einen breiten Konsens im Parlament stützen konnten.[661] Diese mise-à-jour war mit einem Willen zur Wertebeständigkeit verbun-

656 HONSELL, Basler Kommentar zu Art. 1 ZGB, Rz. 4; vgl. auch SCHLUEP, Rechtstheorie, Rz. 907 ff.; TSCHANNEN, Verfassungsauslegung, Rz. 1.

657 HESSE, Verfassungsrecht, § 2 Rz. 76; vgl. auch KRAMER, Methodenlehre, 270 ff.; HÖHN, Gesetzesauslegung, 118; zur juristischen Topik SCHLUEP, Rechtstheorie, Rz. 2760 ff. m.H.; zur neueren Hermeneutik etwa KRAMER, Methodenlehre, 266 ff. m.H.

658 Vgl. KRAMER, Methodenlehre, 31 f.; TSCHANNEN, Verfassungsauslegung, Rz. 3.

659 Vgl. TSCHANNEN, Verfassungsauslegung, Rz. 5.

660 Vgl. HESSE, Verfassungsrecht, § 2 Rz. 71; TSCHANNEN, Verfassungsauslegung, Rz. 21.

661 Vgl. TSCHANNEN, Auslegung nBV, 244 f.; EHRENZELLER, Verfassungsreform, 651 ff.

den. Lehre und Rechtsprechung zur aBV sind deshalb nach wie vor wichtig. Doch kann nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, der Verfassungsgeber habe alles beim alten lassen wollen. Inwieweit der neue Normtext Neues einführt oder Bisheriges tradiert, ist für jede Verfassungsnorm einzeln zu klären.[662] Den Materialien zur Verfassungsreform kommt dabei ein besonderes Gewicht zu.

III. Methodenwahl

Zur Ermittlung des Sinns des Art. 50 Abs. 1 BV werden die *klassischen Auslegungselemente* herangezogen. Der Entstehungsgeschichte kommt grosses Gewicht zu. Sie wird anhand der Materialien zur Verfassungsreform vertieft aufgearbeitet (§ 11). Trotz der „Jugendlichkeit" der Bundesverfassung wird die *zeitgemässe* Auslegung als eigenständiges Auslegungselement untersucht (§ 15).

Bund und Kantone müssen das Völkerrecht beachten (Art. 5 Abs. 4 BV). Daraus resultiert die Verpflichtung aller Staatsorgane, das Landesrecht völkerrechtskonform auszulegen. Dies könnte als Teil des systematischen Elements angesehen werden (§ 12). Im Rahmen dieser Studie rechtfertigt es sich aber, ein eigenständiges völkerrechtskonformes Element auszusondern und darin Art. 50 Abs. 1 BV im Lichte der Europäischen Charta der Gemeindeautonomie auszulegen (§ 13). Dieses Vorgehen ermöglicht, bei der Auslegung sowohl der landes- als auch der völkerrechtliche Perspektive gebührend Rechnung zu tragen.[663]

Diese Studie folgt dem bewährten und *pragmatischen Methodenpluralismus* des Bundesgerichts, welches eine vorgegebene Hierarchie der Auslegungselemente ablehnt und grundsätzlich alle Elemente als gleichberechtigt berücksichtigt.[664] Ziel ist, zu einem vernünftigen, praktikablen Normsinn zu gelangen, der dem Problemlösungsbedarf der Gegenwart Rechnung trägt, ohne die Wertungsentscheidungen des historischen Verfassungsgebers zu missachten.[665]

---

662 Vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht, Rz. 103 ff.; TSCHANNEN, Auslegung nBV, Rz. 247; NOBS, Volksinitiative und Völkerrecht, 228.

663 Vgl. auch NOBS, Volksinitiative und Völkerrecht, 229.

664 Zum Methodenpluralismus anschaulich BGE 124 III 266 E. 4, 268; SCHLUEP, Rechtstheorie, Rz. 2335 ff., Rz. 2908 ff.; WALTER, Methodenpluralismus, 157 ff.

665 Vgl. auch SCHLUEP, Rechtstheorie, Rz. 2911.

Pluralismus bedeutet nicht Beliebigkeit: Er gewinnt seine Ordnung durch die Aufgabe, eine gemäss den Geboten der praktischen Vernunft optimal begründete Gewichtung der Argumente, kurz gesagt ein gerechtes Auslegungsergebnis zu erzielen.[666]

Nachdem jedes Auslegungselement zuerst gesondert untersucht wird, werden die dadurch erschaffenen Normhypothesen zum Schluss dieses dritten Teils in einer Synthese zu einer Neuinterpretation der Gemeindeautonomie verdichtet (§ 16).

666 Vgl. MASTRONARDI, Juristisches Denken, Rz. 998 und 1018 ff.

§ 10. Grammatikalisches Element

I. Vorbemerkung

Die Auslegung setzt beim *Verfassungstext* an. Wortlaut, Wortsinn und Sprachgebrauch bilden den Ausgangspunkt der Auslegung und begründen das wichtigste Indiz für den festzustellenden Normsinn.[667] Gefragt wird nach der Bedeutung der sprachlichen Aussage der Norm, wobei sowohl der allgemeine als auch der juristisch-technische Sprachgebrauch in Betracht gezogen werden.[668] Zu berücksichtigen sind die gleichwertigen deutschen, französischen und italienischen Versionen des Art. 50 Abs. 1 BV. Stimmt der Wortlaut dieser Textfassungen nicht überein, gebührt jenem Text der Vorzug, der dem Ergebnis der anderen Auslegungselemente am besten entspricht. Sowohl der Text wie auch der Titel und die Marginalien sind zu berücksichtigen.[669]

II. Terminologie

A. Gemeinden

Art. 50 Abs. 1 BV befindet sich im *„Gemeindeabschnitt"* der Verfassung. Gemeinden sind öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaften, die zur eigenverantwortlichen Besorgung lokaler Aufgaben von der Rechtsordnung mit einem Mindestmass an Autonomie ausgestattet sind (s. vorne, Teil 1§ 1.II.A). Es handelt sich um mitgliedschaftlich strukturierte, rechtlich verselbständigte, mit hoheitlicher Gewalt und Autonomie ausgestattete juristische Personen des öffentlichen Rechts.[670] Im juristischen Sprachgebrauch wird der Begriff der Gemeinde als *Überbegriff für sämtliche in den Kantonen existierende Gemeindetypen* verwendet. Der allgemeine Sprachgebrauch divergiert. In aller Regel bezieht sich, wer in der Schweiz von „der Gemeinde" spricht, auf die für das tägliche Leben der Menschen bedeutsamste politische Gemeinde, die auch im Fokus dieser Studie liegt. Weil der allgemeine vom juristisch-technischen Sprachgebrauch divergiert, vermittelt das Wortlautargument keine eindeutige Antwort auf die Frage, ob Art. 50 Abs. 1 BV neben den politischen Gemeinden auch die übrigen Gemeindearten umfasst. Es ist jedoch anzunehmen, dass die Bundesverfassung als rechtliche

667 Vgl. zum Wortlautelement statt vieler KRAMER, Methodenlehre, 51; SCHLUEP, Rechtstheorie, Rz. 1022; HÖHN, Gesetzesauslegung, 205 ff.

668 TSCHANNEN, Verfassungsauslegung, Rz. 6; KRAMER, Methodenlehre, 75 f.

669 HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht, Rz. 94 f.; FORSTMOSER, Einführung, § 3 Rz. 105 f. sowie § 19 Rz. 66 ff.

670 Art. 52 Abs. 2 ZGB; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 1356 ff.; JAGMETTI, Gemeinden, 246; THÜRER, Bund und Gemeinden, 6.

Grundordnung der Schweizerischen Eidgenossenschaft den Begriff der Gemeinde entsprechend dem juristisch-technischen Sprachgebrauch verwendet und nicht auf die politischen Gemeinden einschränkt.

B. Die Gemeindeautonomie...

Der Begriff der Autonomie geht zurück auf das altgriechische „Autonomía“: Sich selbst („Auto“) Gesetze („Nomoi“) gebend. Streng wörtlich übersetzt, gewährleistete Art. 50 Abs. 1 BV einzig die Selbstgesetzgebung der Gemeinden. Die Wortbedeutung des Autonomiebegriffs ist jedoch nicht auf die Gesetzgebung beschränkt. „Autonomie“ stellte bereits im griechischen Denken eine politische Kategorie dar, die das Ziel der damaligen griechischen Stadtstaaten bezeichnete, ihre inneren Angelegenheiten unabhängig von anderen Mächten bestimmen zu können. Die Stichworte waren innere und äussere politische Freiheit im Gegensatz zu Tyrannis und Fremdherrschaft, aber auch schon Selbstbestimmung innerhalb übergreifender Ordnungsformen (s. vorne, Teil 1§ 1.II.B). In diesem Sinne wird der Autonomiebegriff im allgemeinen Sprachgebrauch bis heute verwendet. Lexika und Wörterbücher umschreiben den Begriff „Autonomie“ mit *Unabhängigkeit*, *Selbständigkeit* oder *Selbstbestimmung*.[671]

Im juristischen Sprachgebrauch wird Autonomie als die „Möglichkeit freier Selbstbestimmung im Rahmen einer rechtlich vorgegebenen Ordnung“[672] bezeichnet. Nach dem schweizerischen staatsrechtlichen Verständnis reduziert sich diese Selbstbestimmung nicht auf die Befugnis zur Rechtssetzung, sondern sie schliesst jene zur Selbstverwaltung mit ein. Die Gemeindeautonomie als *Selbständigkeit*, Entscheidungsfreiheit, Eigenständigkeit oder eben Selbstbestimmung der Gemeinden umfasst mithin grundsätzlich sämtliche öffentliche Funktionen.[673]

---

671 Vgl. RAINER-OLAF SCHULTZE/ARNO WASCHKUHN, Autonomie, in: Nohlen/Schultze (Hrsg.), Lexikon der Politikwissenschaft, 55; Duden (Hrsg.), Wörterbuch, Eintrag „Autonomie“.

672 POHLMANN, zit. nach: HEINRICH OBERREUTER, Autonomie, in: Görres-Gesellschaft (Hrsg.), Staatslexikon, Bd. I, 491.

673 Vgl. GEIGER, Gemeindeautonomie, 4 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 1384; PFISTERER, Gemeinden, 1; LIVER, Gemeinderecht, 40; vgl. auch die Terminologie der kantonalen Verfassungen, so etwa Art. 85 KV ZH: „Selbständigkeit“; Art. 89 KV SG: „Entscheidungsfreiheit“ sowie die Terminologie des Bundesgerichts zur Umschreibung des geschützten Autonomiebereichs („relativ erhebliche *Entscheidungsfreiheit*“); s. vorne, Teil 1§ 1.II.C.

Auch Philosophen gebrauchen den Begriff der „Autonomie“, allen voran IMMANUEL KANT.[674] KANT betrachtete „Autonomie“ als die Fähigkeit, sich durch sich selbst als Vernunftwesen zu bestimmen und sah darin das „oberste Prinzip der Sittlichkeit“ sowie den „Grund der Würde der menschlichen und jeder vernünftigen Natur“. Autonomie bleibt an den kategorischen Imperativ gebunden: Auch wer autonom entscheidet, tut dies nur so, dass die „Maximen der Wahl in demselben Wollen zugleich als allgemeines Gesetz mitbegriffen“ sind. Als Gegensatz der Autonomie beschreibt KANT die fremd- oder objektbestimmte „Heteronomie der Willkür“, wo nicht der eigene Wille und die eigene Verantwortlichkeit Grund eines Verhaltens sind, sondern fremdbestimmte Motive wie die Furcht vor einer Strafe Gottes oder die Achtung der staatlichen Gesetze.[675] Dieser Blick zur Philosophie zeigt, dass sich der Autonomiebegriff am treffendsten mit Selbständigkeit oder Selbstbestimmung umschreiben lässt.

Die Gemeindeautonomie lässt sich somit als die *im Rahmen einer rechtlich vorgegebenen Ordnung bestehende Selbständigkeit der Gemeinden* umschreiben. Autonome Gemeinden können sich eigenwillig, „nach der eigenen Beurteilung der rechtlichen, politischen und sachlichen Gegebenheiten sowie ortsspezifischen Wertungen verhalten“[676]. Bereits aus dieser Wortbedeutung des Autonomiebegriffs folgt, dass die Gemeindeautonomie erst dann voll verwirklicht ist, wenn sie die tatsächliche Möglichkeit mit einschliesst, eigenwillig gefasste Entscheide mit eigenen Mitteln zu verwirklichen. Wahrhaft autonom handelt nur, wer tatsächlich in der Lage ist, entsprechend seiner eigenen Vernunft zu handeln.[677]

Diese Begriffsumschreibung spricht gegen die traditionelle Trennung der Autonomie- von der Bestandesgarantie (s. vorne, Teil 1§ 2.VII.B.5). Ein Eingriff in den Bestand der Gemeinde hebt die Selbständigkeit der Gemeinde auf (bei einer Zwangsfusion) oder beschränkt sie in territorialer Hinsicht (wenn ein Teil des Gemeindegebiets abgetrennt wird). Das grammatikalische Element postuliert deshalb, die Gemeindeautono-

674 Nach der Einführung in die Philosophie durch Kant wurde der Begriff der Autonomie in der Theologie, der Psychologie, der Soziologie und der Pädagogik übernommen; vgl. HEINRICH OBERREUTER, Autonomie, in: Görres-Gesellschaft (Hrsg.), Staatslexikon, Bd. I, 491.

675 IMMANUEL KANT, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Berlin 1870, 55 ff.; vgl. dazu auch GEIGER, Gemeindeautonomie, 1; HEINRICH OBERREUTER, Autonomie, in: Görres-Gesellschaft (Hrsg.), Staatslexikon, Bd. I, 491.

676 PFISTERER, Gemeinden, 2.

677 In diesem Sinne auch EICHENBERGER, Gemeinde, 47; PFISTERER, Gemeinden, 2.

mie nicht auf die Sachzuständigkeiten der Gemeinden zu beschränken.[678] Die *Selbständigkeit* der Gemeinden ist nicht nur betroffen, wenn eine Behörde in eine Zuständigkeit eingreift, sondern auch, wenn eine Gemeinde mit einer anderen Gemeinde schmolzen und dadurch ihre Selbständigkeit gänzlich aufgehoben wird.[679]

C. ... ist nach Massgabe des kantonalen Rechts ...

Die Gemeindeautonomie ist *nach Massgabe kantonalen Rechts* gewährleistet. Kantonales Recht im Sinne des Art. 50 Abs. 1 BV sind alle kantonalen, generell-abstrakten und allgemein verbindlichen Regelungen, die von den Rechtsadressaten befolgt und von speziell legitimierten staatlichen Organen angewendet werden sollen. Dies umfasst das gesamte kantonale Normengefüge, mithin sämtliche auf kantonaler Ebene erlassenen Rechtsnormen – ungeachtet ihres Rangs in der Stufenordnung des Rechts (Verfassung, Gesetz, Verordnung).[680]

Die Bedeutung der Wendung „nach Massgabe kantonalen Rechts" ist, stellt man auf den deutschen Verfassungstext ab, nicht eindeutig. Möglich ist eine Textinterpretation, wonach das kantonale Recht das Mass der Gemeindeautonomie vorgibt, die Gemeindeautonomie aber durch Art. 50 Abs. 1 BV gewährleistet wird. Dieses Verständnis, welches dieser Verfassungsnorm den Charakter einer *konstitutiven Norm* beimisst, dürfte regelmässig das erste Resultat unbefangener Textlektüre darstellen. Danach bestimmt das kantonale Recht einzig den Umfang, oder eben das Mass der Autonomie. Was Gemeindeautonomie „ist", in welchen Fällen eine Verletzung anzunehmen ist, müsste in Anwendung der bundesverfassungsrechtlichen Garantie entschieden werden. Eine Gemeinde, die ihre Autonomie geltend machte, beriefe sich bei dieser Textinterpretation auf eine *Garantie der Bundesverfassung*.

Ebenfalls vertretbar ist jedoch ein Textverständnis, wonach Art. 50 Abs. 1 BV die Gemeindeautonomie gewährleistet, jedoch nur dann, wenn das kantonale Recht eine solche Autonomiegarantie enthält. Denn die kantonale Massgabe könnte auch ein Mass „Null" – keine Garantie – sein. Dies ist das *traditionalistische Verständnis* des

678 In diese Richtung BGE 131 I 91 E. 2, 94: „Soweit die Beschwerdeführerin eine Verletzung ihrer Autonomie in der Bedeutung der Bestandesgarantie geltend macht […]."

679 Zwar besteht die örtliche Gemeinschaft nach einer Zwangsfusion weiter und kann im neuen Verbund an einer neuen, gemeinsamen und insofern geteilten Autonomie teilhaben; vgl. KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar zu Art. 50 BV, Rz. 13. Dies ändert jedoch nichts daran, dass eine Zwangsfusion die Selbständigkeit der ursprünglichen Gemeinde aufhebt.

680 Vgl. HANGARTNER, St. Galler Kommentar zu Art. 5 BV, Rz. 8; RHINOW, Rechtsetzung und Methodik, 1; SCHLUEP, Rechtstheorie, Rz. 78 ff. und 467 f.; ZIPPELIUS, Methodenlehre, 1.

Art. 50 Abs. 1 BV, wonach der Bund die Gemeindeautonomie als kantonale Rechtsfigur nur insoweit gewährleistet, als sie im kantonalen Recht überhaupt vorhanden ist. Die verfassungsrechtliche Gewährleistung stellt nach diesem Verständnis eine Gewährleistung einer kantonalen Garantie dar (s. vorne, Teil 1§ 4.II).

Der *französische Verfassungstext* divergiert: „L'autonomie communale est garantie dans les limites fixées par le droit cantonal". Die Gemeindeautonomie erscheint hier als Garantie der Bundesverfassung. Der Kanton bestimmt nicht über das „Mass", sondern er fixiert die „Limiten", kann also die Grenzen respektive den Rahmen der Autonomie bestimmen.[681] Das Verständnis des Art. 50 Abs. 1 BV als Gewährleistung einer – allenfalls vorhandenen – kantonalen Garantie ist dagegen mit dem französischen Verfassungstext kaum zu vereinbaren: „Désormais, la Confédération ne se borne plus à qualifier et à protéger, c'est elle qui garantit l'autonomie des communes, «dans les limites», il est vrai, «fixées par le droit cantonal»."[682]

Die italienische Textfassung spricht wiederum vom *Mass* der Autonomie: „L'autonomia comunale è garantita nella misura prevista dal diritto cantonale". Der Satzaufbau weicht indessen vom deutschen Verfassungstext ab. Zuerst wird die Gemeindeautonomie garantiert, erst danach auf das kantonale Recht verwiesen. Dies spricht ebenfalls eher dafür, Art. 50 Abs. 1 BV als konstitutive Verfassungsbestimmung zu verstehen, wenn auch der italienische Verfassungstext die traditionalistische Sicht als Gewährleistung einer kantonalen Rechtsfigur – im Gegensatz zur französischen Fassung – als ebenfalls vertretbar erscheinen lässt.

Die Bedeutung der Wendung „nach Massgabe kantonalen Rechts" lässt sich nach dem Gesagten aufgrund der grammatikalischen Auslegung nicht eindeutig erschliessen. Der Verfassungstext bringt jedenfalls klar zum Ausdruck, dass die Gemeindeautonomie lediglich im *vom kantonalen Recht bestimmten Umfang* gewährleistet wird. Das Mass der Gemeindeautonomie – respektive ihre Grenzen, wie es im französischen Wortlaut heisst – kann und darf ganz offensichtlich je nach Kanton variieren.

Wenn der individuelle Bestand der Gemeinde als Element der gemeindlichen Selbständigkeit bezeichnet wird, muss dies also nicht zur Folge haben, dass vom Kanton verordnete Gemeindevereinigungen per se als unzulässig deklariert würden. Dem

681 I.d.S. AUBERT, Petit Commentaire ad Art. 50 Cst., Rz. 5. Für die Behandlung der Begriffe „nach Massgabe" und „im Rahmen" als Synonyme (bei Art. 28 Abs. 2 GG) beispielsweise auch IPSEN, Selbstverwaltungsgarantie, 204.

682 AUBERT, Petit Commentaire ad Art. 50 CF, Rz. 5.

deutschen und italienischen Verfassungstext ist sodann keine Aussage zu einem allfälligen bundesrechtlichen *„Autonomiekern"* zu entnehmen, wie er in Teilen der Lehre diskutiert wird.[683] Der französische Verfassungstext liefert indessen einen Anhaltspunkt dafür, dass die Kantone den Gemeinden ein gewisses Mindestmass an Gestaltungsspielraum überlassen müssen. Denn wenn die Verfassung die Gemeindeautonomie garantiert und klarstellt, dass ein Kanton die Gemeindeautonomie „begrenzen" kann, setzt dies voraus, dass im Kanton Gemeinden bestehen, die eine *gewisse minimale Selbständigkeit* geniessen: „Théoriquement, quand la Constitution fédérale dit que l'autonomie des communes peut avoir des «limites» (variables selon les cantons), elle paraît attendre que cette autonomie existe au moins dans une certaine mesure: limiter n'est pas abolir" (AUBERT).[684]

D. ... gewährleistet.

Die Bundesverfassung *gewährleistet* die Gemeindeautonomie, ungeachtet der Frage, welche Bedeutung man dem Verweis auf das kantonale Recht beimisst. Wenn etwas „gewährleistet" wird, so ist dies im allgemeinen Sprachgebrauch gleichbedeutend mit „etwas garantieren", „etwas sichern", „für etwas einstehen".[685] Das Verständnis der Gewährleistung als Synonym der Garantie wird durch den französischen („L'autonomie communale est garantie [...]") und den italienischen („L'autonomia communale e garantita [...]") Verfassungstext bekräftigt. Die Garantie steht für die Verbürgung eines Rechts oder einer Einrichtung durch die Verfassung.[686]

Art. 50 Abs. 1 BV formuliert demnach ein *rechtlich bindendes Versprechen*.[687] Der Bund steht für die Gemeindeautonomie ein, jedoch einzig „nach Massgabe das kantonalen Rechts". Die genaue Bedeutung dieser Wendung muss vorderhand noch offen bleiben. Der Verfassungstext spricht jedoch bereits klar dafür, dass Art. 50 Abs. 1 BV mehr als nur ein moralischer Appell zu Gunsten der Gemeinden[688] entnommen werden kann. Eine Garantie ist ein bindendes Versprechen, und die Gewährleistung gilt ge-

683 Vgl. in diese Richtung insb. AUBERT, Petit Commentaire ad Art. 50 CF, Rz. 5 f.; KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar zu Art. 50 BV, Rz. 8 f.

684 AUBERT, Petit Commentaire ad Art. 50 CF, Rz. 6.

685 Vgl. Duden (Hrsg.), Wörterbuch, Eintrag: „Gewährleistung".

686 Vgl. Brockhaus (Hrsg.), Der Brockhaus Recht, Eintrag: „Garantie", Mannheim 2002.

687 Vgl. STERN, Bonner Kommentar zu Art. 28 GG, Rz. 138; DREIER, Kommentar zu Art. 28 GG, Rz. 181; BIAGGINI, Kommentar BV, 4. Abschnitt: Bundesgarantien, Rz. 2.

688 I.d.S. BIAGGINI, Kommentar zu Art. 50 BV, Rz. 3.

meinhin sogar als *die stärkste Form einer Inpflichtnahme*.[689] Darüber, mit welchen Mitteln der Bund seiner Gewährleistungsverpflichtung nachzukommen hat, gibt Art. 50 Abs. 1 BV jedoch keine Auskunft.

III. Rechtsprinzip

„Die Gemeindeautonomie ist nach Massgabe des kantonalen Rechts gewährleistet". Dies ist ein *Rechtssatz:* Eine Zusammensetzung von Wörtern, die eine *normative Aussage* macht, d.h. eine Aussage darüber, was sein soll.[690] Es ist ein Rechtssatz im weiteren Sinne, der für sich selbst keine konkrete Verhaltensregel enthält.[691] Die Gemeindeautonomie ist nicht eine klassische Regel, die auf einen bestimmten Fall entweder ganz (Regel) oder gar nicht (Ausnahme) anwendbar ist.[692] Art. 50 Abs. 1 BV formuliert jedoch auch nicht eine reine Zielbestimmung vergleichbar etwa den Sozialzielen des Art. 41 BV.[693] Einem solchen Verständnis steht die Formulierung „Die Gemeindeautonomie ist […] gewährleistet" entgegen. Art. 50 Abs. 1 BV ist vielmehr *prinzipienhaft* formuliert. Die Offenheit des Begriffs der Gemeindeautonomie, kombiniert mit der auch bei Grundrechten oft verwendeten Wendung „ist gewährleistet" (vgl. Art. 14 ff. BV) und der relativierenden Wendung „nach Massgabe kantonalen Rechts" deuten allesamt darauf hin, dass die Gemeindeautonomie ein Rechtsprinzip ist.[694]

Rechtsprinzipien sind Normen: wie Rechtsregeln sagen sie, was gesollt ist.[695] Sie sind Optimierungsgebote, die gebieten, dass etwas „in einem relativ auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten möglichst hohen Masse realisiert wird"[696]. Der Begriff des „Prinzips" leitet sich von lat. „princeps" ab: „der Erste", „der Vorderste". Im juristischen Sprachgebrauch bezeichnen Rechtsprinzipien jene *wesentlichen Grundlagen*

689 I.d.S. für Art. 28 Abs. 3 GG NIERHAUS, in: Sachs (Hrsg.), Kommentar zu Art. 28 GG, Rz. 98 m.w.H.

690 Zu Begriff und Arten des Rechtssatzes statt vieler SCHLUEP, Rechtstheorie, § 2.

691 Vgl. SCHLUEP, Rechtstheorie, § 2 Rz. 188.

692 Vgl. z.B. Art. 139 Ziff. 1 StGB: „Wer jemandem eine fremde bewegliche Sache zur Aneignung wegnimmt, um sich oder einen anderen damit unrechtmässig zu bereichern *(Tatbestand)*, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft *(Rechtsfolge)*."

693 Die Sozialziele beauftragen den Gesetzgeber, mit den notwendigen und finanzierbaren Mitteln Massnahmen zu ihrer Durchsetzung zu schaffen. Aus ihnen lassen sich aber keine Ansprüche auf staatliche Leistungen ableiten; vgl. BIGLER-EGGENBERGER, St. Galler Kommentar zu Art. 41 BV, Rz. 12 u. 94 m.H.

694 Vgl. zur Unterscheidung von Regeln und Prinzipien ALEXY, Grundrechte, 71 ff.; DWORKIN, Bürgerrechte, 58 ff.; BULL, Selbstverwaltung, 3 m.H.

695 ALEXY, Grundrechte, 72.

696 ALEXY, Grundrechte, 75 f.; CANARIS, Systemdenken, 52 f.

und Gesetzmässigkeiten, die als typusbildende Merkmale eines Rechtssystems in Erscheinung treten.[697] Rechtsprinzipien sind grundlegende Instrumente der Gesellschaftssteuerung, die auf weitere Bezüge und Ausgestaltung angewiesen sind.[698] Das Mass ihrer Realisierung hängt von den tatsächlichen und rechtlichen Möglichkeiten ab, wobei letztere durch gegenläufige Regeln und Prinzipien bestimmt werden. Dies gilt für die Gemeindeautonomie wie für die Grundrechte gleichermassen.[699] Der Ausdruck „nach Massgabe kantonalen Rechts" weist klar darauf hin, dass das gebotene Mass der Verwirklichung des Prinzips der Gemeindeautonomie je nach Kanton unterschiedlich sein kann und darf.

Die Analyse des Verfassungstexts legt somit ein Verständnis des Art. 50 Abs. 1 BV als *Rechtsnorm mit Prinzipiencharakter* nahe. Diese Verfassungsnorm vermittelt den leitenden Gedanken (die Selbständigkeit der Gemeinden), der sich erst in Gestalt der durch die Legislative oder die Judikative zu entwickelnden und das allgemeine Rechtsprinzip konkretisierenden Regeln verwirklichen kann. Art. 50 Abs. 1 BV macht also für sich alleine noch keine Aussage, welche Akte mit der Gemeindeautonomie nicht vereinbar sind. Die Gemeindeautonomie ist sodann ein Prinzip unter vielen: In vielen Fällen drängen gleichzeitig andere konkurrierende Ziele ebenso zur Verwirklichung und sind ebenfalls zu berücksichtigen.[700]

Rechtsprinzipien kommt eine *positive* und eine *negative* Funktion zu. Die positive Funktion besteht „in ihrem die Richtung gebenden Einfluss auf […] den Inhalt der durch sie geschaffenen Regelung; ihre negative Funktion darin, dass sie ihnen widersprechende Wertungen und die auf ihnen beruhenden Satzungen ausschliessen"[701]. Die Qualifikation der Gemeindeautonomie als Rechtsprinzip weist auf deren *duale Natur* hin. Die Gemeindeautonomie ist als Bauprinzip des konkreten Rechtsinhalts auf die rechtsschöpferische Ableitung konkreter Rechtssätze angewiesen. Weil derartige Konkretisierungen stets im Zusammenhang mit anderen Prinzipien erfolgen müssen, erhält das *systematische Auslegungselement* zentrale Bedeutung (s. hinten, § 12).[702]

---

697 MÖLLER, Selbstverwaltung, 22.

698 Vgl. SCHLUEP, Rechtstheorie, § 2 Rz. 189; MÖLLER, Selbstverwaltung, 22.

699 Vgl. dazu ALEXY, Grundrechte, 75 f.; TSCHENTSCHER, Grundprinzipien, 104 f.

700 Vgl. BULL, Selbstverwaltung, 4; RENGELING, Rechtsgrundsätze, 105; JAKOBS, Verhältnismässigkeitsprinzip, 49.

701 LARENZ, Richtiges Recht, 24.

702 Vgl. RENGELING, Rechtsgrundsätze, 106 f.; BULL, Selbstverwaltung, 3; LARENZ, Richtiges Recht, 23 ff.

IV. Normhypothese

Der Wortlaut vermittelt wichtige Anhaltspunkte für den Normsinn des Art. 50 Abs. 1 BV. Die Bundesverfassung spricht wohl primär die politischen Gemeinden, aber dennoch grundsätzlich alle Gemeindetypen an. Gemeindeautonomie lässt sich als die im Rahmen einer rechtlich vorgegebenen Ordnung bestehende *Selbständigkeit der Gemeinden* umschreiben. Dieses weite Begriffsverständnis spricht tendenziell gegen die herkömmliche Trennung von Autonomie- und Bestandesgarantie.

Die Bundesverfassung *gewährleistet* die Gemeindeautonomie. Dies tut sie einzig nach Massgabe des kantonalen Rechts. Was dies bedeutet, lässt sich mit einer reinen Textinterpretation nicht beantworten. Naheliegend ist ein Verständnis, wonach die Gemeindeautonomie eine *Garantie der Bundesverfassung* darstellt, die Kantone hingegen den Umfang dieser Autonomie festlegen. Der deutsche Verfassungstext lässt auch ein Verständnis zu, wonach die Bundesverfassung die Gemeindeautonomie nur insoweit gewährleistet, als diese durch das kantonale Recht garantiert wird. Diese in der Lehre vorherrschende Sicht (s. vorne, Teil 1§ 4.II) ist jedoch mit dem französischen Verfassungstext nicht vereinbar. Nach dieser Textvariante legt das kantonale Recht die Grenzen („les limites“) der Gemeindeautonomie fest. Der französische Wortlaut weist darauf hin, dass die Gemeinden dem kantonalen Recht unterstellt sind und der Kanton ihrer Tätigkeit Grenzen ziehen kann. Er setzt aber die Selbständigkeit der Gemeinden als vorhanden voraus. Der italienische Verfassungstext lässt beide Sichtweisen zu, spricht jedoch aufgrund des vom deutschen Text abweichenden Satzaufbaus eher dafür, Art. 50 Abs. 1 BV als konstitutive Verfassungsbestimmung zu verstehen.

Die Gewährleistung der Gemeindeautonomie nach Massgabe kantonalen Rechts ist eine Rechtsnorm mit Prinzipiencharakter. Als Optimierungsgebot verlangt dieses Rechtsprinzip, dass den Gemeinden im Rahmen der tatsächlichen und rechtlichen Möglichkeiten ein möglichst hohes Mass an Selbständigkeit gewährt werden soll. Die rechtlichen Möglichkeiten werden durch gegenläufige Regeln und Prinzipien bestimmt. Die Wendung „nach Massgabe kantonalen Rechts“ in Art. 50 Abs. 1 BV weist darauf hin, dass das Rechtsprinzip Gemeindeautonomie je nach Kanton in unterschiedlichem Mass verwirklicht sein kann und darf. In ihrer abwehrenden Wirkung schliesst die Autonomiegarantie ihr widersprechende Wertungen aus. Die Verfassungsbestimmung vermittelt den leitenden Gedanken der gemeindlichen Selbständigkeit, der sich erst in Gestalt der durch die Legislative und die Judikative zu entwickelnden konkretisierenden Regeln verwirklichen kann.

§ 11. Historisches Element

I. Vorbemerkung

Das historische Element fragt nach dem *Sinn der Verfassungsnorm zur Zeit ihrer Entstehung*: Inwiefern sollte diese „die Welt verändern"?[703] Im Kontext der neuen Bundesverfassung ist zu ermitteln, ob – und wenn ja: inwiefern – der Verfassungsgeber angesichts der „Gemengelage von rechtsetzungstechnischen Eingriffen, kleinen Anpassungen an die gelebte Verfassungswirklichkeit und materiellen Neuerungen"[704] von der unter der aBV geltenden Rechtslage abweichen wollte. Neben dem subjektiven Willen des Verfassungsgebers ist auf das objektive Verständnis des durchschnittlichen Normadressaten abzustellen.[705] Angesichts des geringen Alters der Bundesverfassung kommt dem historischen Element besonderes Gewicht zu. Die Entstehung des „Gemeindeartikels" – eine der umstrittensten Bestimmungen der Verfassungsrevision – ist vertieft nachzuzeichnen. Das Ringen um die verfassungsrechtliche Stellung der Gemeinden entsprach dem Sinn der „mise à jour" des Verfassungsrechts: „Erst bei der konkreten und vertieften Auseinandersetzung mit der realen Verfassungslage und beim harten Ringen um Formulierungen bei einzelnen Verfassungsbestimmungen […] zeigte sich der eigentliche politische Sinn der […] Verfassungserneuerung: Nämlich eine breit abgestützte politische Konsensbasis zu schaffen über das, was heute den «Staat Schweiz» ausmacht, was als gemeinsame Errungenschaft zu betrachten ist"[706].

Diese Studie fokussiert auf den ersten Absatz des Art. 50 BV. Die ebenfalls intensive Auseinandersetzung um dessen weitere Absätze wird nur insoweit nachgezeichnet, als dies für das Verständnis des Art. 50 Abs. 1 BV erforderlich ist.[707]

II. Ausgangslage

Dass der Gemeindeartikel eine „wirkliche Neuerung des Bundesverfassungsrechts" (KÖLZ)[708] darstellt, zeigt schon ein kurzer Blick in die aBV vom 29. Mai 1874. Diese ging zwar wie selbstverständlich von der Existenz einer Gemeindeebene aus und erwähnte die Gemeinden in einigen Bestimmungen ausdrücklich. Sie tat dies aber sys-

703 Vgl. SCHLUEP, Rechtstheorie, Rz. 1113 ff.; TSCHANNEN, Verfassungsauslegung, Rz. 11.

704 TSCHANNEN, Verfassungsauslegung, Rz. 12.

705 Vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht, Rz. 102 ff.; TSCHANNEN, Verfassungsauslegung, Rz. 11; SCHLUEP, Rechtstheorie, § 6 Rz. 1117.

706 EHRENZELLER, Verfassungsreform, 654.

707 Vgl. dazu insb. KÖLZ/KUSTER, Städteartikel, 140 ff.

708 KÖLZ, Rechtsgutachten zu Art. 50 BV, 16.

temlos und ohne die Absicht, die Gemeinden als konstitutives Element des Bundesstaates anzuerkennen.[709] Die bedeutende Rolle der Gemeinden in der Verfassungswirklichkeit – sämtliche Kantone waren in Gemeinden gegliedert, welche eigenständige Zentren demokratischer Entscheidfindung und wichtige Akteure im schweizerischen Vollzugsföderalismus bildeten – kam in der aBV kaum zum Ausdruck. Gemäss dem Konzept des *föderativen Dualismus* betrachtete man die Gemeinden als innere Aufbauelemente der Kantone. Der Bund garantierte die Rechtsstellung und Autonomie der Gemeinden nicht. Allerdings setzte nicht nur die aBV, sondern auch der Bundesgesetzgeber das Bestehen einer Gemeindeebene voraus. Davon zeugten primär die dreigliedrige Bürgerrechtsordnung sowie die zahlreichen Durchgriffe des Bundes auf die Gemeindeebene in der Gesetzgebung und im Subventionswesen. Die aBV vermittelte demnach kein treffendes Bild von der tatsächlichen Bedeutung der Gemeinden. Sie brachte nicht zum Ausdruck, dass die schweizerische Bundesstaatlichkeit auf einem weitergespannten föderalistischen Prinzip beruht, das entsprechend der historischen Entwicklung des Landes den Gemeindeföderalismus mitumfasst.[710] In der aBV kam auch nicht zum Ausdruck, dass als Folge einer schöpferischen Rechtsprechung des Bundesgerichts die Gemeindeautonomie zum gemeineidgenössischen Staatsrecht geworden war (s. vorne, § 2.VI f.).

Insbesondere als Folge der Tendenz zur bundesrechtlichen Aufgabenübertragung direkt an die Gemeinden, die in der Vollmachtengesetzgebung während der Weltkriege ihren Höhepunkt fand, und weil steigende Bundessubventionen regelmässig mit einer verstärkten staatlichen Kontrolle einhergingen,[711] ertönte während des zweiten Weltkriegs und verstärkt nach dessen Ende die Forderung, das Prinzip der Gemeindeautonomie sei in der Bundesverfassung zu verankern, um ihm den gebührenden Rückhalt zu verschaffen: „Man dachte dabei nicht nur an die Möglichkeit, die Bundesgesetzgebung in ihrer Bewegungsfreiheit einengen zu können; man erhoffte vielmehr auch, in

709 Vgl. KÖLZ, Rechtsgutachten zu Art. 50 BV, 5; THÜRER, Städte und Gemeinden, 218; s. dazu ausführlich vorne, Teil 1§ 2.VI.

710 THÜRER, Bund und Gemeinden, 209; THÜRER, Städte und Gemeinden, 221.

711 Insbesondere in Kriegszeiten wurden den Gemeinden vom Bund in verstärktem Masse Aufgaben übertragen, welche die Gemeinden derart beanspruchten, dass die selbständige Aufgabenerfüllung auf anderen Gebieten beeinträchtigt war; vgl. GEIGER, Gemeindeautonomie, 128 m.H.; THÜRER, Bund und Gemeinden, 216 ff. Interessant sind in diesem Kontext die Ausführungen des damaligen Bundesrates F.T. Wahlen zur Anbauschlacht (1940): „Die Heranziehung der Gemeinde zu verantwortlicher Mitarbeit öffnet ganz automatisch den Weg zur genossenschaftlichen Bewältigung der gestellten Aufgaben.“; zit. nach GASSER, Gemeindefreiheit, 95 f.

dem im Zuge der Finanzreform zu regelnden Finanzausgleich zwischen Bund und Kantonen mitberücksichtigt zu werden“[712].

Immer wieder waren es in der Folge Staatsrechtslehrer, die betonten, die dualistische Konzeption der aBV entspreche der schweizerischen Staatswirklichkeit nicht mehr. Schon 1971 bemerkte HANS HUBER, die verfassungsrechtliche Ignorierung der direkten Konfrontation von Bund und Gemeinden und die strikte Einhaltung des über die Kantone führenden Dienstweges drohten zur „Fiktion und zur Prestigefrage zu werden, von denen wahrer Föderalismus nichts gewinnt“[713]. PETER SALADIN bezeichnete die Gemeindeautonomie im Kommentar zur aBV als ein „in der Geschichte ebenso verankerter wie heute noch lebendiger Leitgrundsatz“. Es sei nicht einzusehen, weshalb dieses „kapitale Strukturprinzip der schweizerischen Staatsordnung“ nicht Verfassungsgrundsatz des Bundes sein solle.[714] Dies trug zur Bildung eines Bewusstseins bei, wonach eine bundesverfassungsrechtliche Autonomiegarantie weniger ein Bruch mit föderalistischen Traditionen, sondern viel eher eine „konsequente Fortentwicklung der bestehenden Rechtslage bedeutete, die […] in der Rechtsmittelordnung […] einen solchen Schritt bereits vorgezeichnet hat.“[715] Letzteres betonte DANIEL THÜRER in seiner Habilitationsschrift zum Thema „Bund und Gemeinden“: Die Ausserachtlassung der Gemeinden in der aBV sei angesichts des zur Zeit ihres Erlasses noch wenig gefestigten Bundesstaates verständlich, nach der erfolgten Integration des Gemeindewesens in den Gesamtstaat aber nicht mehr zu rechtfertigen. Die Gemeinden müssten im Gesamtstaat verfassungsrechtlich legitimiert werden. Eine neue Bundesverfassung müsse „die Gemeindeautonomie im Rahmen der Gesetze des Bundes und der Kantone garantieren und durch eine gerichtliche Schutzvorkehr (Autonomiebeschwerde) sichern. Da eine solche Gewährleistung unter dem Gesetzesvorbehalt stünde, bliebe das Recht der Kantone, über Bestand, territoriales Ausmass, Aufgabenbereich sowie organisatorisch-finanzielle Ausstattung der Gemeinden zu entscheiden, unberührt […]. Als Minimal-

712 GEIGER, Gemeindeautonomie, 128 m.H. auf ERNST UTZINGER, Probleme der Kommunalpolitik. Festrede gehalten an der akademischen Feier der Handels-Hochschule St. Gallen anlässlich des St. Gallischen Hochschultages, St. Gallen 1943; GION RUDOLF MOHR, Die Stammaufgaben der Gemeinden und die Gemeindewerke, in: Die Gemeindeautonomie, Veröffentlichungen der Schweizerischen Verwaltungskurse an der Handels-Hochschule St. Gallen, Band 6, Einsiedeln/ Köln 1946, 52. GEIGER selbst stand diesem Anliegen kritisch gegenüber; vgl. GEIGER, Gemeindeautonomie, 131 f.

713 HANS HUBER, Der Formenreichtum der Verfassung und seine Bedeutung für die Auslegung, ZBJV 1971, 178 ff.

714 SALADIN, Kommentar zu Art. 3 aBV, Rz. 253.

715 THÜRER, Bund und Gemeinden, 302.

garantie liesse sie die Kantone auch frei, die Gemeindeautonomie für ihren Hoheitsbereich in einem weitergehenden Masse zu garantieren“[716].

III. Verfassungsrevision als Weg in die Zukunft

A. Ursprung: Helvetisches Malaise

Die Bemühungen um eine Verfassungsrevision setzten in den 1960er Jahren ein. Als ihr geistiger Urheber gilt MAX IMBODEN, der in einer Schrift namens „Helvetisches Malaise“ treffende Worte für das herrschende diffuse „Unbehagen im Kleinstaat“[717] fand und für eine Verfassungsrevision als Weg in die Zukunft plädierte.[718] Die lange Mängelliste der aBV[719] sollte behoben, die Orientierungs-, Steuerungs- und Machtbegrenzungsfunktion der Verfassung gestärkt und dadurch den „Grundübeln der Zeit“[720] entgegengewirkt werden. 1966 nahm der Bundesrat zwei Motionen mit dem Titel „Verfassungsrevision als Weg in die Zukunft“ an.[721] Die Regierung rief eine Arbeitsgruppe unter dem Vorsitz von alt Bundesrat Friedrich T. Wahlen ins Leben und erteilte dieser den Auftrag, eine Vernehmlassung durchzuführen und Gedanken und Vorschläge für eine künftige Verfassung zu sammeln.[722]

B. Bericht Wahlen (1973)

Der Fragenkatalog der Arbeitsgruppe Wahlen enthielt auch die Frage, ob Bestimmungen zum Schutz der Gemeindeautonomie in die neue Bundesverfassung aufgenommen werden sollten. Alle Kantone bis auf vier lehnten eine verfassungsmässige Veranke-

716 THÜRER, Bund und Gemeinden, 301 f.

717 So der Titel einer Schrift des Zürcher Germanisten KARL SCHMID, Unbehagen im Kleinstaat – Untersuchungen über Conrad Ferdinand Meyer, Henri-Frédéric Amiel, Jakob Schaffner, Max Frisch, Jacob Burckhardt, Zürich 1963.

718 Vgl. MAX IMBODEN, Helvetisches Malaise, in: Staat und Recht, Ausgewählte Schriften und Vorträge, Basel/Stuttgart 1977, 279-307; MAX IMBODEN, Verfassungsrevision als Weg in die Zukunft, in: Staat und Recht, Ausgewählte Schriften und Vorträge, Basel/Stuttgart 1977, 309-334; dazu EHRENZELLER, Reformprozesse, Rz. 5; KREIS,Totalrevisionen, 182 ff.

719 Insbesondere: veraltete Sprache, ungenügende Systematik, lückenhaftes Flickwerk, Existenz einer ungeschriebenen Nebenverfassung; vgl. EHRENZELLER, Reformprozesse, Rz. 3; EICHENBERGER, Entwurf 1977, 490 f. je m.H.

720 Vgl. KREIS, Totalrevisionen, 185 m.H.

721 Vgl. die Wortlaute und Begründungen der Motionen Dürrenmatt und Obrecht sowie die Antwort des Bundesrates in AB N 1966, 412-418; AB S 1966, 168-170; KARL OBRECHT/PETER DÜRRENMATT/LUDWIG VON MOOS, Motionen zur Totalrevision der Bundesverfassung und Antworten des Bundesrates, Bern 1967.

722 Vgl. Bericht Wahlen VI, 6.

rung der Gemeindeautonomie ab.[723] Die Meinungen der Parteien[724] und der Universitäten[725] divergierten, doch überwog ebenfalls eine skeptische Grundhaltung, welche die kantonale Kompetenz im Gemeindewesen betonte und den existierenden Rechtsschutz durch das Bundesgericht als ausreichend bezeichnete.

Der Schlussbericht der Arbeitsgruppe hielt fest, die Regelung des Gemeindewesens gehöre in den Bereich der inneren Organisation der Kantone. Die Gemeinden seien jedoch „ein nicht wegzudenkendes Strukturelement unseres staatsrechtlichen Aufbaus". Der Bund sei auf ihren Bestand und ihre Mitarbeit angewiesen. Aufgrund der unterschiedlichen kantonalen Verhältnisse sei es kaum möglich, die Stellung der Gemeinden in der Bundesverfassung zu umschreiben.[726] Die Mediatisierung der Beziehungen zwischen Bund und Gemeinden durch die Kantone habe sich bewährt. Dennoch sei die Ausgliederung der Kantone in Gemeinden kraft historischer und faktischer Verankerung zur verfassungsmässigen föderativen Ordnung zu rechnen, weshalb „Stellung und Bedeutung der Gemeinden in einer neuen Bundesverfassung zum Ausdruck kommen sollten"[727]. Die Umschreibung von Organisation und Zuständigkeit der Gemeinden sei den Kantonen zu überlassen. Nach dem Muster des Art. 28 Abs. 2 GG sei aber eine Autonomiegarantie im Rahmen des kantonalen Rechts in die Verfassung aufzunehmen. Zudem sei der verfassungsgerichtliche Autonomieschutz in der neuen Bundesverfassung sichtbar zu machen.[728]

---

723 Vgl. Bericht Wahlen I, 558 (Basel-Stadt): „Es handelt sich um eine typisch schweizerische staatsrechtliche Erscheinung, gewisse fundamentale Prinzipien nicht zu nominieren, wenn sie in selbstverständlicher Konvention sowieso Geltung besitzen"; Bericht Wahlen I, 698 (Appenzell-Innerrhoden): „Der Kanton regelt sein Verhältnis zu den Gemeinden selbst."; ähnlich etwa Bericht Wahlen I, 71 (Zürich), 111 (Bern), 298 (Glarus). Anders aber z.B. Bericht Wahlen I, 151 f. (Luzern): „Im ganzen Gebiet der Schweiz herrscht die allgemeine und unangefochtene Überzeugung, dass die Existenz der Gemeinden notwendig ist und dass ihnen notwendigerweise ein gewisses Mass von Autonomie zukommen muss. Das Mass der *Autonomie* ist in den Kantonen verschieden geregelt, aber ein Minimum an Autonomie kommt allen schweizerischen Gemeinden zu […]. Wenn die Bundesverfassung die Autonomie der Gemeinden im Rahmen der Gesetze garantieren würde, so entspräche das dem heutigen Rechtszustand. Der kantonalen Gesetzgebung bliebe es nach wie vor vorbehalten, die Gemeindeautonomie einzuengen oder auszubauen, Gemeinden aufzuheben oder zusammenzulegen; doch dürfte das von Bundesrechts wegen nur auf dem Gesetzgebungsweg geschehen."

724 Vgl. Bericht Wahlen II, 55, 104 f., 234, 250, 302 u. 320

725 Vgl. Bericht Wahlen III, 28, 187, 219 f., 600.

726 Vgl. Bericht Wahlen VI, 261 f.

727 Bericht Wahlen VI, 262 u. 54.

728 Vgl. Bericht Wahlen VI, 262 f. u. 724.

C. Entwurf Furgler (1977)

Wie von der Arbeitsgruppe Wahlen empfohlen, wurde 1974 eine Expertenkommission eingesetzt, die einen Verfassungsentwurf (VE 77) erarbeitete.[729] Eines der Ziele der Expertenkommission war, den Bundesstaat in einer neuen Verfassung zeitgemäss zu gestalten. Der VE 77 folgte einer grundsätzlich dualistischen Bundesstaatskonzeption.[730] An der Kompetenz der Kantone zur Regelung der Stellung der Gemeinden wurde nicht gerüttelt. Die neue Verfassung sollte indessen ausdrücken, *„dass der schweizerische Bundesstaat nicht auf zwei, sondern auf drei […] Ebenen wirkt.“*[731] So hielt Art. 40 Abs. 2 VE 77 fest, dass die Kantone „die Aufgaben ihrer Gemeinden und den Umfang der Gemeindeautonomie bestimmen“. Die Expertenkommission kommentierte diese verklausulierte Anerkennung der Gemeindeautonomie[732] wie folgt: „Die Gemeinden gehören heute ebenso wie die Kantone selbst zur Substanz des schweizerischen Bundesstaates. Die Schöpfer der Bundesverfassungen von 1848 und 1874 verzichteten bewusst darauf, die Gemeinden als Pfeiler der Staatsordnung anzuerkennen und zu sichern – zu sehr galten sie als Bestandteile kantonaler Staatlichkeit […]. Das Bundesgericht hat seither freilich die Autonomie und ein Bestandesrecht der Gemeinden als verfassungsmässige Rechte anerkannt und sie damit in den Rang ungeschriebener Grundsätze der Bundesverfassung erhoben.“[733] Art. 40 Abs. 2 VE 77 drücke aus, dass die Gemeinden eine unverzichtbare Staatsebene bildeten und ihnen eine je nach Kanton grössere oder geringere Autonomie zukommen solle, die gemäss Art. 109 Abs. 1 lit. c VE 77 den Schutz der Verfassung geniesse.[734]

Der VE 77 galt als „Modell einer innovativen, zukunftsorientierten Verfassung“[735]. Er war jedoch zu ehrgeizig und stiess in der Vernehmlassung auf Kritik.[736] Art. 40 Abs. 2 VE 77 erscheint als Paradebeispiel für die zu grossen Ambitionen der Expertenkom-

729 Vgl. dazu EICHENBERGER, Entwurf 1977, 485 f.; BIAGGINI, Verfassungsreform, 438; EHRENZELLER, Reformprozesse, Rz. 5 je m.H.

730 Vgl. Bericht 1977, 89 ff.; EICHENBERGER, Entwurf 1977, 537 ff.

731 Bericht 1977, 101.

732 HANGARTNER, Gemeindeautonomie, 523.

733 Bericht 1977, 101. An dieser Stelle verweist der Bericht auf eine lange Reihe von Entscheiden des Bundesgerichts: BGE 102 Ia 69 E. 2, 70 f.; 101 Ia 264 E. 3a, 265; 101 Ia 392 E. 2b, 396; 101 Ia 517 E. 4, 518; 100 Ia 82 E. 2 f., 84 usw. In diesen Entscheiden erscheint die Gemeindeautonomie jedoch durchwegs als *Garantie der Kantonsverfassung*.

734 Bericht 1977, 101 und 181.

735 EHRENZELLER, Reformprozesse, Rz. 6.

736 Nur wenige Kantone begrüssten die Aufnahme einer verfassungsrechtlichen Autonomiegarantie; vgl. Vernehmlassungsergebnisse VE 77, 467 f.

mission. Es fällt auf, dass der Expertenbericht die Gemeindeautonomie als *ungeschriebener Grundsatz der Bundesverfassung* bezeichnet.[737] Dies ist wohl darauf zurückzuführen, dass PETER SALADIN massgeblich an der Erarbeitung und Textbereinigung dieses Teils des Berichts beteiligt war.[738] Dass die Sicht SALADINS als die „einzig wahre" Verfassungsauslegung dargestellt wurde, obwohl das Bundesgericht wie auch die überwiegende Lehre die Gemeindeautonomie unter Geltung der aBV als *kantonales* verfassungsmässiges Recht betrachteten (s. vorne, Teil 1§ 2.VII.C), zeugt von fehlender Transparenz und mangelndem politischem Geschick.

D. Bericht und Modellstudie 85

Aufgrund der Kritik am VE 77 verflog der Reformeifer vorerst. Der Bundesrat sah sich veranlasst, von der Bundesversammlung die Zustimmung zur Weiterführung der Totalrevision einzuholen. Er legte ihr einen Bericht und eine Modellstudie einer neuen Verfassung vor, die versuchte, den VE 77 konsensfähig zu machen.[739] Gemäss Art. 47 Abs. 2 Modellstudie 85 bestimmten die Kantone die Aufgaben der Gemeinden, gewährten ihnen Autonomie und bestimmten deren Umfang. Wiederum sollte also eine verklausulierte Anerkennung der Gemeindeautonomie in die Verfassung aufgenommen werden. Die Modellstudie 85 vermochte jedoch die verfestigten Positionen nicht aufzuweichen und generierte keinen neuen Elan für die Totalrevision.[740]

IV. Der Weg zur neuen Bundesverfassung

A. Nachführung des Verfassungsrechts

Im Jahr 1987 beauftragte das Parlament den Bundesrat, einen Entwurf für eine neue Bundesverfassung vorzulegen, der „das geltende geschriebene und ungeschriebene Verfassungsrecht nachführen, es verständlich darstellen, systematisch ordnen sowie Dichte und Sprache vereinheitlichen" sollte.[741] Dieser *Nachführungsbeschluss* bedeutete eine Bescheidung auf eine der politischen Machbarkeit verpflichtete Verfassungs-

737 Vgl. Bericht VE 77, 101.

738 Vgl. Bericht 1977, 5 und 197.

739 Die Modellstudie ist abgedruckt in Bericht 1985, Anhang 6.

740 Vgl. Bericht 1985, 202; EHRENZELLER, Konzeption, 28 f.

741 Art. 3 des Bundesbeschlusses vom 3. Juni 1987 über die Totalrevision der Bundesverfassung, BBl 1987 II, 963; vgl. dazu den prägenden Aufsatz von KURT EICHENBERGER, Realitätsgebundene Verfassungsrevision, in: NZZ vom 12. Mai 1986, 19.

revision.[742] Im Verlauf der Reform kam es zu einer Verlagerung vom rechtlichen zum politischen Nachführungsbegriff. Das Parlament erkannte die Identifizierung des geltenden Verfassungsrechts als politische Wertungsaufgabe, akzeptierte auch konsensfähige Neuerungen und stellte stärker auf die gelebte Verfassungswirklichkeit als auf das formal gültige Verfassungsverständnis ab.[743] Dieser Wandel hin zu einem *Verständnis der Verfassungsrevision als „mise-à-jour"* und die Bedeutung des Reformprozesses als eminent politische Ausmarchung zeigt sich exemplarisch in der Entstehungsgeschichte des Gemeindeartikels.

B. Art. 33 Abs. 2 VE 95

Ende der 1980er Jahre verdrängte die Europadebatte den Totalrevisionsauftrag von der politischen Prioritätenliste.[744] Erst im Juni 1995 ging ein vom EJPD erarbeiteter Vorentwurf (VE 95) in die Vernehmlassung. In dessen Art. 33 Abs. 2 fand sich bereits die Formulierung des heutigen Art. 50 Abs. 1 BV. Die Gemeindeautonomie sollte jedoch nicht in einen Gemeindeartikel, sondern in die Verfassungsbestimmung über die kantonale Eigenständigkeit integriert werden. Dadurch sollte klargestellt werden, dass der Bund die Autonomie der Gemeinden nur in dem Masse schützt, wie diese vom kantonalen Recht gewährleist wurde. Nur als denkbare Neuerung wurde erwähnt, eine substantielle Autonomie von Bundesrechts wegen vorzuschreiben.[745] Man verstand die Gemeindeautonomie als *kantonale Garantie*. Eine Äusserung von Bundesrat Arnold Koller zum VE 95 bestätigt dies: „Heute wird […] die Gemeindeautonomie durch die Kantone gewährleistet. Im Entwurf einer revidierten Bundesverfassung halten wir das explizit fest"[746]. Im Rahmen der Reformvorschläge Justiz wurde überdies vorgeschlagen, die Zuständigkeit des Bundesgerichts zur Beurteilung von Streitigkeiten wegen Verletzung verfassungsmässiger Garantien der Kantone zugunsten der Gemeinden im Verfassungstext zu verankern (Art. 163 Abs. 1 lit. c VE 95 J).

Der VE 95 stiess in der Vernehmlassung auf wenig Gegenliebe seitens der Kantone. Diese plädierten für eine *Verfassungsreform als Föderalismusreform* und argumentierten, im Rahmen der „mise à jour" des Verfassungsrechts sei die heutige Verfassungs-

742 Vgl. zum Ganzen EHRENZELLER, Reformprozesse, Rz. 5 ff. und 13 ff.; EHRENZELLER, Konzeption, 29 ff.; TSCHANNEN, Staatsrecht, §§ 2 Rz. 22 ff. sowie 5 Rz. 15 ff. je m.H.

743 Vgl. EHRENZELLER, Reformprozesse, Rz. 17.

744 Vgl. BIAGGINI, Verfassungsreform, 439 f.; EHRENZELLER, Reformprozesse, Rz. 14 m.H.

745 Erläuterungen VE 95, 69 f.

746 Votum BR Arnold Koller, AB S 1995, 1179.

wirklichkeit in den Verfassungstext aufzunehmen. Der VE 95 gehe von einem „überlebten Bild des Föderalismus und einer unrealistischen Vorstellung von der heute gelebten Rolle der Kantone“[747] aus. Die Kantone forderten den Einbezug zahlreicher eigener Anliegen,[748] wandten sich aber gleichzeitig gegen die Berücksichtigung der kommunalen Anliegen. Art. 33 Abs. 2 VE 95 führe eine bundesrechtliche Autonomiegarantie ein, was den Rahmen der Nachführung übersteige. Die Gemeinden besässen so viel Autonomie, wie ihnen das kantonale Recht gewähre. Das Beschwerderecht der Gemeinden könne indessen in der Verfassung festgeschrieben werden.[749]

Den *Gemeindeverbänden* ging Art. 33 Abs. 2 VE 95 nicht weit genug. Der SGV hielt die prinzipielle Mediatisierung der Gemeinden für angezeigt, forderte aber die Verankerung einer Berücksichtigungs- und Schonungspflicht des Bundes. Der SSV forderte, die Städte müssten in der neuen Verfassung erscheinen. Beide Verbände verlangten, die neue Verfassung dürfe nicht mehr „gemeindeblind“ sein, sondern müsse eine allgemeine Treuepflicht aller drei staatlichen Ebenen sowie eine ausdrückliche Autonomiegarantie enthalten. Auch die SP, die CVP und diverse kantonale Gemeindeverbände unterstützten diese Forderungen.[750]

C. Druck der Kommunalpolitiker

Im Vorfeld der Verfassungsdiskussion bauten die Kommunalpolitikerinnen im Parlament Druck auf. Die Regelung der Stellung der Städte und Gemeinden in der neuen Bundesverfassung wurde zum Gegenstand der Verfassungspolitik. Am 22. Juni 1995 wurden in National- und Ständerat zwei gleich lautende, von den Kommunalverbänden und der „Parlamentarischen Gruppe Kommunalpolitik“ mitgetragene und damit breit abgestützte Motionen eingereicht. Die neue Bundesverfassung solle zum Ausdruck bringen, dass sich Bund, Kantone und Gemeinden die Aufgaben des Gemeinwesens teilen. Die Gemeindeautonomie und die Autonomiebeschwerde seien in der Verfassung zu verankern.[751] Der Bund erlasse immer mehr Gesetze und Verordnungen,

747 PFISTERER, Föderalismus, 66.

748 Vgl. insb. Kernvernehmlassung KdK, 105 ff. und Vernehmlassung VE 1995, E-1/4.

749 Vgl. KNAPP/RUCH/SCHWEIZER, Verfassungsentwurf, 28 und 57; Kernvernehmlassung KdK, 118. Sowohl die Kernvernehmlassung der KdK als auch die überwiegende Mehrheit der individuellen Stellungnahmen der Kantone sprachen sich gegen die Aufnahme einer Garantie der Gemeindeautonomie in die Bundesverfassung aus; vgl. Vernehmlassung VE 95, 89 ff. Einzig der Kanton Tessin stimmte Art. 33 Abs. 2 VE 1995 zu; vgl. auch Botschaft nBV, 218.

750 Vgl. Vernehmlassung VE 95, 91; KÄGI-DIENER, Zweck und Aufgaben, 525 ff.

751 Vgl. Motion Willy Loretan „Föderalistische Zusammenarbeit im Bundesstaat“ vom 22. Juni 1995 (95.3311); AB S 1995, 1177 ff.; Motion Arthur Züger „Föderalistische Zusammenarbeit im Bun-

die konkrete Gebote und Verbote an die Adresse der Städte und Gemeinden enthielten.[752] Er greife immer öfter auf die unterste staatliche Ebene, weil die Erfüllung bundesstaatlicher Aufgaben nur noch über die Verknüpfung aller drei Ebenen möglich sei. Es sei den Gemeinden aber immer weniger möglich, die bundesrechtlichen Vorschriften sach- und zeitgerecht umzusetzen. Deshalb müssten die kommunalen Mitwirkungsrechte abgesichert und die Gemeindeautonomie durch die Bundesverfassung gewährleistet werden. So werde anerkannt, dass die Gemeindeautonomie nicht nur durch die Kantone, sondern auch durch den Bund verletzt werden könne.[753]

Am 19. September 1996 wurde die inhaltlich identische Motion von Allmen eingereicht. Die Zahl von 115 Mitunterzeichnenden aus allen politischen Lagern zeugt von einem ausgeprägten Willen im Parlament, die Gemeindeautonomie in der Bundesverfassung zu verankern.[754] Der Bundesrat stand diesem Anliegen jedoch kritisch gegenüber. Die Schweiz sei *de facto* ein dreigliedriger Bundesstaat. Die Stellung der Gemeinden werde aber traditionell in den kantonalen Verfassungen umschrieben. Die Forderung, die Gemeindeautonomie in der Bundesverfassung zu verankern, enthalte „politischen Zündstoff"[755], meinte der federführende Bundesrat Arnold Koller:

> „Dies würde gegebenenfalls eine verfassungsrechtliche Überprüfung von Erlassen des Bundes in Bezug auf die Wahrung der Gemeindeautonomie erfordern. Voraussetzung dafür wäre die bundesrechtliche Umschreibung eines Kerngehaltes an kommunaler Autonomie. […] Es wäre ein Entscheid von grosser politischer Tragweite, den wir hier fällen würden; ein Entscheid, der zudem einen wichtigen Pfeiler des Föderalismus tangieren könnte. Das Zusammenleben in unserem multikulturellen Bundesstaat kann nur gelingen, wenn der Bund den Kantonen möglichst viel Handlungsspielraum lässt und sich nicht in kantonale Eigenheiten einmischt. […] Eine Sicherung der kommunalen Autonomie durch die Bundesverfassung würde die Stellung der Kantone ganz klar beeinflussen und könnte so die

desstaat" vom 22. Juni 1995 (95.3318). Die Motion Loretan wurde von 19 Ständeräten, die Motion Züger von 50 Nationalrätinnen mitunterzeichnet; vgl. auch die Hinweise bei REISER, Communes genevoises, 39 f.

752 Votum Willy Loretan, AB S 1995, 1178.

753 Votum Willy Loretan, AB S 1995, 1178. Die Motion Züger schlug in der Begründung auch vor, Formulierungselemente zur Umschreibung der Substanz der Gemeindeautonomie der Europäischen Charta der Gemeindeautonomie zu entnehmen; vgl. Motion Arthur Züger „Föderalistische Zusammenarbeit im Bundesstaat" vom 22. Juni 1995 (95.3318).

754 Motion Hansueli von Allmen „Föderalistische Zusammenarbeit im Bundesstaat" vom 19. September 1996 (96.3414). Mitunterzeichnende waren so unterschiedliche Politiker wie Toni Brunner (SVP), Fulvio Pelli (FDP), Adalbert Durrer (CVP) und Paul Rechsteiner (SP).

755 Votum Bundesrat Arnold Koller, AB S 1995, 1179 f.

> Angst wecken, dass daraus im Rahmen der Rechtsfortentwicklung mit der Zeit auch so etwas wie ein kommunales Einheitsstatut resultieren würde, was wir in unserem durch und durch föderalistischen Staat sicher nicht wollen."

Bundesrat Koller forderte deshalb, die Kantone sollten unter Beizug von Gemeindevertreterinnen Vor- und Nachteile einer solchen Regelung sorgfältig prüfen. Nur in Zusammenarbeit mit den Kantonen könne eine Lösung gefunden werden.[756]

D. Der erste Gemeindeartikel (Art. 41 VE 96)

Aufgrund der Vernehmlassungsergebnisse wurde ein neuer Verfassungsentwurf (VE 96) erarbeitet, der ein „anschauliches und gültiges Bild des gegenwärtig gelebten schweizerischen Föderalismus"[757] vermitteln sollte. Eine paritätische Arbeitsgruppe Bund-Kantone erörterte die Stellung der Gemeinden im Bundesstaat. Der Bundesrat kam zum Schluss, eine verfassungsrechtliche Regelung der Beziehungen zwischen Bund und Gemeinden sei „sachlich schwierig und angesichts der bereits weit verbreiteten Zusammenarbeit auch nicht dringlich"[758]. Dessen ungeachtet sollten die Gemeinden in der neuen Bundesverfassung nicht unerwähnt bleiben. Bundesrat und Kantone einigten sich darauf, die Dreistufigkeit des schweizerischen Bundesstaates in einem „Gemeindeartikel" innerhalb des vorgesehenen dritten Titels „Bund und Kantone" sichtbar zu machen.[759] Dieser Art. 41 VE 1996 hielt jedoch einzig fest, dass die Kantone die Organisation der Gemeinden und deren Autonomie bestimmen. Man verzichtete auf die von den Kantonen bekämpfte Gewährleistung nach Massgabe des kantonalen Rechts (Art. 33 Abs. 2 VE 95). Man wollte einen „Gemeindeartikel" in die Verfassung aufnehmen, der eindeutig zum Ausdruck gebracht hätte, dass man die Gemeindeautonomie als Garantie des kantonalen Rechts betrachtete, die den Rechtsschutz des Bundesgerichts geniesst (Art. 177 Abs. 1 lit. b VE 96).[760]

---

756 Votum Bundesrat Arnold Koller, AB S 1995, 1180.

757 Botschaft nBV, 217.

758 Antwort des Bundesrates vom 2. Dezember 1996 auf die Motion von Allmen „Föderalistische Zusammenarbeit im Bundesstaat" vom 19. September 1996 (96.3414).

759 Vgl. Botschaft nBV, 217.

760 Vgl. Botschaft nBV, 218: „In der Vernehmlassung wurde von kantonaler Seite kritisiert, Artikel 33 Absatz 2 VE 95 erhebe die Gemeindeautonomie zu einem Institut des Bundesrechts. Der VE 96 trägt dieser Kritik Rechnung, indem jetzt Artikel 41 VE 96 noch deutlicher als der VE 95 zu erkennen gibt, dass es sich bei der Gemeindeautonomie um ein Institut des kantonalen Rechts handelt, das indessen […] den Rechtsschutz des Bundes geniesst."; vgl. auch Protokoll der dritten Sitzung der paritätischen Arbeitsgruppe KAB/BJ vom 20. September 1996, 9 (Archiv KdK). Der Bundesrat wollte die Dreistufigkeit in der Bundesverfassung zum Ausdruck bringen und deshalb

Der VE 96 nahm zahlreiche kantonale Anliegen auf. Diese Rücksichtnahme entsprach einer wichtigen politischen Überlegung: Bundesrat Koller betrachtete ein geschlossenes Auftreten von Bundesrat und Kantonsregierungen als zwingende Voraussetzung des Gelingens der Verfassungsreform.[761] In Anbetracht des klaren Standpunkts der Kantone, die Regelung des Gemeindewesens falle allein in ihre Kompetenz, vermag der Verzicht auf eine verfassungsrechtliche Autonomiegarantie nicht zu überraschen. Die Kommunalverbände und die Kommunalpolitiker im Parlament waren mit dem VE 96 dagegen nicht einverstanden. Ihre zentralen Anliegen – Regelung der Direktkontakte, Rücksichtnahmepflicht, Autonomiegarantie – wurden in Art. 41 VE 96 allesamt nicht berücksichtigt.[762] Im April 1997 deponierten SGV und SSV daher zuhanden der Verfassungskommissionen eine von rund 1700 kommunalen Exekutiven unterschriebene Erklärung, welche die Forderungen der Verbände unterstützen sollte.[763] Die Kantone sahen ihre Hauptanliegen mit Art. 41 VE 96 dagegen gewahrt und unterstützten fortan stets diese Version des Gemeindeartikels.

E. Verhandlungen in den Verfassungskommissionen

In der Wintersession 1997 begannen die parlamentarischen Verfassungskommissionen die Beratung der Totalrevision. Die Gemeindeautonomie gab Anlass zu grossen Debatten. Die Entstehungsgeschichte des Art. 50 Abs. 1 BV wird im Folgenden chronologisch nachgezeichnet. Nur so ist es möglich, den Sinn des Gemeindeartikels zum Zeitpunkt seiner Entstehung zu klären.

1. Anhörung der Kantons- und Gemeindevertreter

Zu Beginn der Diskussion des Gemeindeartikels hörten die zuständigen Subkommissionen die Vertreter der Kantone (KdK) und der Gemeinde (SGV, SSV) an.

Die *Kantonsvertreter* waren mit Art. 41 VE 96 einverstanden und sprachen sich gegen eine verfassungsrechtliche Autonomiegarantie aus. Sie betonten, die Kantone müssten

---

die Gemeinden in der Bundesverfassung erwähnen. Die Kantonsvertreter zeigten Verständnis für das Anliegen, betonten aber, die Kantone könnten Inhalt und Umfang der Gemeindeautonomie selbst bestimmen und auf die Bildung von Gemeinden überhaupt verzichten.

761 Protokoll der Sitzung einer Delegation der KdK mit dem Bundesrat vom 1. Dezember 1995, 3 (Archiv KdK).

762 Vgl. KÖLZ, Rechtsgutachten Art. 50 BV, 14, m.H. auf ein Schreiben des SSV an Bundesrat Arnold Koller im Vernehmlassungsverfahren vom 21. Februar 1996.

763 Vgl. Votum Willy Loretan, AB S Verfassungsreform, 64; KÄGI-DIENER, Zweck und Aufgaben, 526 m.H. auf: Verfassungsrevision: Städte und Gemeinden verlangen einen Verfassungsartikel, in: „die stadt – les villes“ 2/97, 29.

ihr Gemeindewesen reorganisieren und die Gemeindeautonomie auch abschaffen können.[764] Eine Autonomiegarantie setze einen einheitlichen Autonomiebegriff des Bundes voraus. Dieser existiere nicht und dürfe im Rahmen der Nachführung nicht in die Verfassung aufgenommen werden. Die Bundesverfassung habe nur das Verhältnis des Bundes zu den Kantonen zu regeln, nicht jenes zu den Gemeinden. Die Vielfalt der kantonalen Verhältnisse stehe dem entgegen.[765]

Die *Gemeindevertreterinnen* betonten, die Gemeindeautonomie sei ein Grundpfeiler des schweizerischen freiheitlich-demokratischen Staates. Die Aufnahme einer Bundesgarantie bedeute nicht die Schaffung neuer staatsrechtlicher Strukturen. Die Kantone könnten weiterhin die Gemeindeaufgaben definieren und den Umfang der Autonomie festlegen. Zudem existiere bereits ein vom Bundesgericht anerkanntes gemeineidgenössisches Autonomierecht.[766] Die Aufnahme einer verfassungsrechtlichen Autonomiegarantie helfe, die wachsende Distanz der Bürgerinnen zum Staat und ihr Desinteresse an den öffentlichen Angelegenheiten zu bekämpfen und betone, dass der Staat auf aktionsfähige und integrierende Gemeinden angewiesen sei. Damit werde auch die Übereinstimmung von Innen- und Aussenpolitik erreicht, welche Dezentralisierungsprojekte als Teil der Good Governance fördere.[767]

2. Art. 41 VE 96

2.1 VK S Sub 3 (17./18. Februar 1997)

In der erstberatenden ständerätlichen Subkommission 3 erläuterte ein Vertreter der Verwaltung Art. 41 VE 96 und betonte, die Kantone hätten sich gegen Art. 33 Abs. 2 VE 95 gewehrt, weil sie darin eine bundesrechtliche Autonomiegarantie erblickten. Auf diese Formulierung habe man deshalb verzichtet. Die Frage, ob und in welchem Masse eine Gemeinde autonom sei, werde durch das Bundesrecht nicht tangiert. Die

764 Der Kanton TI etwa plane, im Rahmen der neuen Kantonsverfassungen auch Zwangsfusionen zuzulassen. Der kantonale Verfassungsgeber müsse die Möglichkeit haben, überholte Gemeindearten in Frage zu stellen oder die Fusion von kleinen Gemeinden zu fördern; vgl. Prot. VK S, Sub 3 vom 17./18. Februar 1997, 6 f.; Prot. VK S, Sub 3 vom 17./18. Februar 1997, Referat in Anhang 1; Prot. VK N, Sub 3 vom 26./27. März 1997, 3, 9.

765 „Die Gemeinde" gebe es nicht. Es existierten Kantone mit einer aussergewöhnlichen Gemeindestruktur. Einige Kantone steckten in tiefgreifenden Reformen. Diese Anstrengungen sollten nicht beeinflusst werden; vgl. Prot. VK S, Sub 3 vom 17./18. Februar 1997, Referat in Anhang 3.

766 Vgl. Prot. VK S, Sub 3 vom 17./18. Februar 1997, 2 ff. u. Referat im Anhang.

767 Vgl. Prot. VK S, Sub 3 vom 17./18. Februar 1997, 3 f. Die Gemeindevertreterinnen forderten neben der Verankerung der Gemeindeautonomie in Art. 41 auch die Verankerung des Rekursrechts der Gemeinden in Art. 177, und zwar gegen Akte des Kantons wie auch des Bundes.

Kantone seien frei, ob sie überhaupt Gemeinden vorsehen wollten. Mit Art. 41 VE 96 werde die besondere Stellung der Gemeinden dennoch zum Ausdruck gebracht.[768] Die Subkommission ergänzte Art. 41 mit einem zweiten Absatz, um Bund und Kantone zu verpflichten, die „besondere Lage der Städte und städtischen Agglomerationen" zu beachten. Eine Autonomiegarantie wollte man dagegen nicht in die Verfassung aufnehmen. Es sei nicht denkbar, dass die Gemeinden ihre Autonomie in einem Ausmass verteidigen könnten, das über die bundesgerichtliche Praxis hinausgehe.[769] Folglich wurde in Art. 41 Abs. 1 die Formulierung des Art. 41 VE 96 übernommen („Die Kantone bestimmen die Organisation der Gemeinden und deren Autonomie").[770]

2.2 VK N Sub 3 (26./27. März 1997)

Die Beratungen der nationalrätlichen Subkommission 3 vom 26./27. März 1997 sind von hoher Bedeutung. Diese Kommission änderte den 3. Titel der Bundesverfassung in „Bund, Kantone und Gemeinden" und nahm die Formulierung des Art. 33 Abs. 2 VE 95 in Art. 41 VE 96 auf.[771]

Die Aufnahme der Gemeinden in den 3. Verfassungstitel geht zurück auf einen Antrag eines Mitglieds der parlamentarischen Gruppe Kommunalpolitik, wonach in einen neuen Art. 34 Abs. 1 die folgende Wendung aufzunehmen sei: „Bund, Kantone und Gemeinden teilen sich die Aufgaben des gesamtstaatlichen Gemeinwesens. Sie unterstützen einander bei der Erfüllung ihrer Aufgaben und schulden sich Rücksicht und Beistand." Während diese Formulierung als zu weitgehend empfunden wurde, fand die ebenfalls beantragte Titeländerung eine knappe Mehrheit. Man folgte der Argumentation, die Aufnahme der Gemeinden in den 3. Verfassungstitel sei nach der Aufnahme eines eigenen „Gemeindeabschnitts" nicht unlogisch.[772]

Die nationalrätliche Subkommission wollte *die Stellung der Gemeinden in der Verfassung stärken, ohne notwendige Entwicklungen der Gemeindelandschaft aufzuhalten*.[773] Ein Kommissionsmitglied stellte den Antrag, die neue Verfassung solle die Gemein-

768 Vgl. Vgl. Prot. VK S, Sub 3 vom 17./18. Februar 1997, 7 u. 33.

769 Vgl. Prot. VK S, Sub 3 vom 17./18. Februar 1997, 33 f.

770 Vgl. Prot. VK S, Sub 3 vom 17./18. Februar 1997, 39; Fahnen VK S, Sub 3 vom 18. Februar 1997, Nr. 3.1.

771 Vgl. Anträge der VK N Sub 3 vom 27. März und 1. April 1997, 1 u. 9.

772 Vgl. Prot. VK N, Sub 3 vom 26./27. März 1997, 1, 9-14 sowie Anhang Antrag Nr. 1.

773 Prot. VK N, Sub 3 vom 26./27. März 1997, 2, 4.

deautonomie nach Massgabe des kantonalen Rechts gewährleisten.[774] Dies sei nötig, um dem Gedanken der Subsidiarität einen hohen Stellenwert einzuräumen und die dreistufige Staatswirklichkeit zu berücksichtigen. Die Gemeinden sollten eigenständige Körperschaften sein. Der Begriff der Gemeindeautonomie sei genügend klar umrissen, um als Prinzip in der Bundesverfassung verankert zu werden.[775] Die Subkommission schloss sich diesem Antrag mit 10:1 Stimmen an. Die Protokolle zeigen einen *klaren Willen der Kommissionsmitglieder, den Grundsatz der Gemeindeautonomie ausdrücklich in der Bundesverfassung zu gewährleisten*. Die Subkommission liess sich vom Gedanken leiten, dass im Nationalrat ein starker Wille bestand, die verfassungsrechtliche Stellung der Gemeinden zu stärken. Die Bedenken der Kantone teilte man nicht. Der Begriff der Gemeindeautonomie sei in der grossen Mehrheit der Kantonsverfassungen und in der bundesgerichtlichen Praxis anerkannt und klar umrissen.[776] Die materielle Umschreibung der Gemeindeautonomie solle indessen ausschliesslich durch das kantonale Recht erfolgen. Es obliege den Kantonen, den Inhalt – im französischen Text: „les limites“[777] – der Gemeindeautonomie festzulegen. Ein Verbot von Zwangsfusionen lasse sich aus der Autonomieklausel jedenfalls nicht ableiten.[778]

2.3 VK S (30. April/1. Mai 1997)

In der ständerätlichen Verfassungskommission betonte der Vertreter der Verwaltung, die von der ständerätlichen Subkommission vorgeschlagene Fassung stelle klar, dass die Gemeindeautonomie ein Institut des kantonalen Rechts sei, welches durch die staatsrechtliche Beschwerde bundesrechtlich abgesichert werde. Es hänge von den

774 Der ursprüngliche Antrag lautete dahingehend, Art. 41 zu streichen und stattdessen den folgenden Art. 38 Abs. 2 neu einzufügen: „Die Gemeindeautonomie ist im Rahmen der Bundesverfassung und der kantonalen Verfassungen gewährleistet.“ Dieser ursprüngliche Antrag stammt aus dem Verfassungsentwurf von Prof. Martin Usteri; vgl. USTERI/JAEGGI/BOSSARD, Erneuerte Bundesverfassung, Art. 32 Abs. 2. Die Änderung des Antrags erfolgte nach dem Hinweis des Verwaltungsvertreters, diese Formulierung sei eine Einschränkung im Vergleich zur Rechtsprechung des Bundesgerichts, die zulasse, dass die Kantone die Gemeindeautonomie in der Gesetzgebung umschrieben. Zudem impliziere sie, dass der Bund materiell noch etwas zur Gemeindeautonomie sagen müsse; vgl. Prot. VK N, Sub 3 vom 26./27. März 1997, 1, 22 ff. u. 2, 6 ff.

775 Vgl. Prot. VK N, Sub 3 vom 26./27. März 1997, 1, 21 f.

776 Vgl. Prot. VK N, Sub 3 vom 26./27. März 1997, 1, 21 u. 2, 8.

777 Die französische Version des Art. 41 in der Fassung der VK N Sub 3 bezeugt den klaren Willen, das Prinzip der Gemeindeautonomie in der Verfassung zu garantieren: „L’autonomie communale est garantie dans les limites fixées par le droit cantonal.“ Dieser Text hatte Ständerat Eric Rochat bereits anlässlich der Diskussion der Motion Loretan im Jahr 1995 zur Bemerkung veranlasst, die Forderung, wonach die Bundesverfassung die Gemeindeautonomie gewährleisten solle, werde durch Art. 33 Abs. 2 VE 95 ja bereits erfüllt; vgl. Votum Eric Rochat, AB S 1995, 1180.

778 Prot. VK N, Sub 3 vom 26./27. März 1997, 1, 22 f. und 2, 8.

Kantonen ab, ob sie den Gemeinden Autonomie geben wollten und wie weit diese reiche. Der Vorschlag der nationalrätlichen Subkommission indes sei problematisch, da sich daraus ablesen liesse, dass hier ein bundesrechtliches Institut garantiert werde. Dieses Verständnis sei jedoch nicht zwingend.[779] Der Vertreter der Verwaltung bezog sich damit auf eine Interpretation, die bereits in den Erläuterungen zu Art. 33 Abs. 2 VE 95 Niederschlag fand: dieser „[…] drückt aus, dass der Bund die Gebietskörperschaften der Kantone […] in ihrer Autonomie in dem Masse schützt, wie diese vom kantonalen Recht gewährleistet wird […]". Diese Textinterpretation widersprach jedoch der Absicht der nationalrätlichen Subkommission, die klar auf eine Garantie der Bundesverfassung gerichtet war. Die ständerätliche Verfassungskommission diskutierte hauptsächlich die heutigen Absätze 2 und 3 des Gemeindeartikels und stimmte der Version ihrer Subkommission zu Art. 41 Abs. 1 klar zu.[780]

2.4 VK N (3.-5. September 1997)

Die *nationalrätliche Verfassungskommission* übernahm ebenfalls die Fassung ihrer Subkommission. Die Mehrheit liess sich von den Argumenten der Subkommission und der Kommunalpolitikerinnen – welche die Bedeutung der breit abgestützten Motion von Allmen betonten – überzeugen. Der 3. Titel laute „Bund, Kantone und Gemeinden", weil in Art. 41 die Gemeindeautonomie ausdrücklich festgehalten werde. Die Gemeinden würden als dritte föderative Ebene akzeptiert, was nicht bedeute, dass der Bund die Gemeinden in die Kompetenzaufteilung einbeziehen oder den Inhalt der Gemeindeautonomie selbst umschreiben könne. Diese Regelung entspreche der Verfassungswirklichkeit und dem Sinn und Zweck der „mise à jour" des Verfassungsrechts. Sie stelle nichts Revolutionäres dar und werde die Schweizerinnen und Schweizer nicht gegeneinander aufbringen.[781]

Die nationalrätliche Verfassungskommission wollte die Gemeindeautonomie somit ausdrücklich in der Bundesverfassung verankern. Die Kantone sollten den Inhalt und damit den Umfang der Autonomie bestimmen. Ein Textvorschlag, wonach der Bund auch den Inhalt der Gemeindeautonomie hätte umschreiben können, wurde mit der

779 Vgl. Prot. VK S vom 30. April/1. Mai 1997, 1, 25.
780 Prot. VK S vom 30. April/1. Mai 1997, 1, 25-28.
781 Vgl. Prot. VK N vom 3.-5. September 2007, 40.

Argumentation abgelehnt, eine inhaltliche Umschreibung der Gemeindeautonomie durch den Bund ginge über den Nachführungsauftrag hinaus.[782]

Weil die ständerätliche Verfassungskommission auch im Rahmen der zweiten Lesung des Gemeindeartikels an ihrer Textfassung festhielt,[783] unterbreiteten die Verfassungskommissionen ihren Räten je eigene Varianten zur Beratung im Plenum.

3. Art. 177 Abs. 1 lit. b VE 96

Die Gemeindeautonomie wurde auch bei der Beratung der Justizverfassung intensiv diskutiert. Bereits Art. 177 Abs. 1 lit. b VE 96 sah vor, dass das Bundesgericht „Beschwerden wegen Verletzung von Garantien der Kantone zugunsten der Gemeinden und anderer öffentlich-rechtlicher Körperschaften“ beurteilt. Die Botschaft erwähnte die Gemeindeautonomie als Beispiel einer solchen kantonalen Garantie.[784]

3.1 VK N Sub 2 (27. März/15. Mai 1997)

In der nationalrätlichen Subkommission 2 wurde der Antrag gestellt, der eingebürgerte Begriff der Gemeindeautonomie sei in Art. 177 Abs. 1 lit. b ausdrücklich aufzuführen. Die Textfassung des VE 96 impliziere, dass die Gemeindeautonomie nur von der Gnade der Kantone abhängig sei. Dies sei jedoch nicht der Fall. Die Kantone müssten den Gemeinden einen Wirkungsbereich mit einer qualifizierten Autonomie übertragen und der Gemeindeautonomie in der Kantonsverfassung einen selbständigen verfassungsrechtlichen Rang geben. Die Gemeindeautonomie habe eine *klare Kontur in einer langjährigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung*. Art. 177 Abs. 1 lit. b BV müsse deshalb so lauten: (Das Bundesgericht beurteilt) „Beschwerden wegen Verletzung der Gemeindeautonomie und anderer Garantien der Kantone zugunsten von öffentlich-rechtlichen Körperschaften“[785].

Der *Vertreter der Verwaltung* bezeichnete es als anerkannte Auffassung der Staatsrechtslehre, dass die Gemeindeautonomie verfassungsrechtlich durch den Bund garan-

---

782 Die VK N entschied sich klar für den Textvorschlag ihrer Subkommission („Die Gemeindeautonomie ist nach Massgabe kantonalen Rechts gewährleistet“). Die Minderheit hätte die folgende Formulierung vorgezogen: „Die Gemeindeautonomie ist nach Massgabe der Gesetzgebung der Kantone und des Bundes gewährleistet. Die Gemeinden gestalten ihren Teil der Aufgaben selbständig.“; vgl. Prot. VK N vom 3.-5. September 2007, 39 ff., 44 ff., Anhang Antrag Nr. 44.

783 Es wurde kein Antrag gestellt, der nationalrätlichen Verfassungskommission zu folgen; vgl. Prot. VK S vom 17.-19. September 2007, 2, 12 ff.

784 Vgl. Botschaft nBV, 425.

785 Der Antrag entspricht der Formulierung des heutigen Art. 189 Abs. 1 lit. e BV; vgl. Prot. VK N Sub 2 vom 27. März 1997, 11 ff. u. Anhang Antrag Nr. 1.

tiert werde. Die Gemeindeautonomie sei ein *Institut des Bundesrechts*, dessen Inhalt und Ausmass durch die Kantone bestimmt werde. Dies sei auch die Ansicht der Bundesverwaltung.[786] Ein als Experte beigezogener Staatsrechtslehrer erklärte auf die Frage, ob sich die Wendung „andere Garantien" auch auf die Gemeindeautonomie beziehe, es handle sich um eine *bewusst so formulierte grammatikalische Unklarheit*. Denn ob die Gemeindeautonomie ihren „Aufhänger" im Bundes- oder im kantonalen Recht finde, sei nicht in Art. 177, sondern in Art. 41 zu klären. So oder so sei das Bundesgericht dafür zuständig, die Autonomie der Gemeinden zu schützen. Daraufhin wurde ein Antrag, das Wort „andere" zu streichen, mit 6:5 Stimmen angenommen. Die Minderheit wollte am Wort „andere" festhalten, um klarzustellen, dass der Inhalt der Garantie eine kantonale Angelegenheit sei.[787]

3.2 VK S Sub 2 (15. Mai 1997)

Der Vertreter der Verwaltung erklärte in der VK S Sub 2, hinter dem an sich kleinen Unterschied bezüglich Mehrheits- und Minderheitsvorschlag der VK N Sub 2 („andere") verberge sich die Doktrinstreitigkeit, ob die Gemeindeautonomie ein Institut des kantonalen Rechts sei oder ein Institut des Bundesrechts. Der Bundesrat habe ursprünglich die letztere Ansicht vertreten, sei jedoch nach Abklärungen und Gesprächen mit den Kantonen zur Auffassung gelangt, die Gemeindeautonomie stelle ein Institut des kantonalen Rechts dar. In dem Umfang, wie das kantonale Recht die Autonomie gewährleiste, werde diese vom Bund geschützt. *Die eigentliche Debatte über die Gemeindeautonomie müsse indessen bei Art. 41 geführt werden*. Bei Art. 177 gelte es, in Fragen des Rechtsschutzes Kongruenz herzustellen.[788] Die VK S Sub 2 zeigte sich skeptisch bezüglich des Vorschlags der Mehrheit der nationalrätlichen Subkommission. Es leuchte nicht ein, weshalb die Gemeindeautonomie exklusiv dem Bundesrecht zugeordnet werden müsse. Der Vorschlag der Minderheit sowie jener des Bundesrates entsprächen dem geltenden Rechtszustand.[789]

---

786 Das kantonale Recht bestimme die Autonomie inhaltlich. Die Gemeinden hätten demnach kein Selbstbestimmungsrecht auf Weiterexistenz. Ein Kanton dürfe jedoch nicht gänzlich auf eine Gliederung in Gemeinden verzichten; vgl. Prot. VK N Sub 2 vom 27. März 1997, 12.

787 Vgl. Prot. VK N Sub 2 vom 27. März 1997, 15 und Prot. VK N Sub 2 vom 15. Mai 1997, 40.

788 Vgl. Prot. VK S Sub 2 vom 20. Mai 1997, 19 f.

789 Vgl. Prot. VK S Sub 2 vom 20. Mai 1997, 21.

3.3 VK N (26. Mai 1997)

In der VK N vertrat der Sprecher der Subkommission deren Ansicht, die Gemeindeautonomie existiere auf Bundesebene als Verfassungsprinzip, dessen Inhalt sich nach kantonalem Recht richte. Durch die Erwähnung der Gemeindeautonomie in Art. 177 Abs. 1 lit. b solle betont werden, dass diese verfassungsrechtlich gewollt sei. Die Differenz zwischen Mehr- und Minderheit bestehe darin, dass letztere der Ansicht sei, die Gemeindeautonomie werde im wesentlichen durch das kantonale Recht definiert, was durch Beifügung des Wortes „andere" klargestellt werden müsse. Dies getreu dem Prinzip: Die Gemeindeautonomie leitet sich aus der Bundesverfassung ab, ihr Inhalt wird aber einzig durch den Kanton bestimmt.[790]

Der Vertreter der Verwaltung betonte, die Gemeindeautonomie sei nach herrschender Lehre ein Institut des kantonalen Rechts. Der Bund gewährleiste einzig die Anfechtbarkeit. Der Bundesrat könne mit der Minderheitslösung leben, weil dank der Wendung „und andere Garantien der Kantone […]" klar werde, dass auch die Gemeindeautonomie eine kantonale Garantie sei. Die Mehrheit spreche jedoch von der Gemeindeautonomie als bundesrechtliches Institut. Die Vertreter der Subkommissionsmehrheit wiesen darauf hin, auch sie erblickten in der Gemeindeautonomie insofern eine kantonale Garantie, als der Kanton deren Inhalt bestimme. Die Garantie der Existenz der Gemeindeautonomie sei jedoch davon zu unterscheiden. Der Bundesgesetzgeber anerkenne die Existenz der Gemeinden, und auch der Kommentar zur aBV bezeichne die Gemeindeautonomie als ungeschriebenen Grundsatz der Bundesverfassung. Der Kanton dürfe die Gemeindeautonomie inhaltlich bestimmen, aber nicht aufheben. Der Antrag der Mehrheit sei deshalb offen formuliert und überlasse die dogmatische Verortung der Gemeindeautonomie Art. 41, während die Fassung der Minderheit in Richtung ausschliesslicher Abhängigkeit vom kantonalen Recht präjudiziere.[791]

Die VK N entschied sich für die Fassung der Minderheit (20:11 Stimmen). Einigkeit bestand darüber, dass die Kantone den Inhalt und den Umfang der Gemeindeautonomie bestimmen und der Bund diese durch Zurverfügungstellen eines Rechtsmittels schützt. Ein klarer Wille bezüglich Zuordnung der Gemeindeautonomie zum Bundesrecht oder kantonalen Recht bestand jedoch nicht. Der Vertreter der Verwaltung erblickte in der Wendung „und andere Garantien der Kantone" einen klaren Hinweis auf die kantonale Natur der Gemeindeautonomie. Der Subkommissionssprecher dagegen

790 Vgl. Prot. VK N vom 26./27. Mai 1997, 2, 10 f.

791 Vgl. zu dieser Diskussion Prot. VK N vom 26./27. Mai 1997, 2, 11 f.

erläuterte, diese werde sowohl durch Bundes- als auch durch kantonales Recht gewährleistet. Die Beifügung des Wortes „andere“ stelle einzig klar, dass ausschliesslich der Kanton den Inhalt der Autonomie bestimme. Zur Frage, ob sich das Prinzip der Gemeindeautonomie aus der Bundesverfassung oder aus dem kantonalen Recht ableitet, finden sich unter den Vertretern der Minderheitslösung divergierende Stellungnahmen. Es wurde indessen verschiedentlich angemerkt, dieser Entscheid sei bei der Beratung des Art. 41 zu treffen.[792]

3.4 VK S (23.-25. Juni 1997)

Die VK S folgte dem Antrag der VK N. Der Bundesrat gehe zu Recht davon aus, dass die Gemeindeautonomie im kantonalen Recht zu verorten sei. Diese werde nun elegant als „Garantie der Kantone zugunsten von öffentlichrechtlichen Körperschaften“ bezeichnet. Damit sei klar, dass am geltenden Recht nichts geändert werden solle. Auch der Vertreter des Bundesrates bezeichnete die Formulierung als vernünftigen politischen Kompromiss, der die Gemeindeautonomie hervorhebe, aber klar mache, dass es sich um eine kantonale Garantie handle.[793]

F. Verhandlungen im Parlament

1. Art. 41 Abs. 1

1.1 Ständerat (21. Januar 1998)

Der Ständerat schloss sich seiner Kommission an. Art. 41 Abs. 1 lautete gemäss seiner Textfassung weiterhin: „Die Kantone bestimmen die Organisation der Gemeinden und deren Autonomie.“[794] Gemäss Kommissionsberichterstatter Pierre Aeby wollte man die dritte Ebene im Bundesstaat in der Verfassung transparent machen: „Ce faisant, il est bien clair que la commune ne peut avoir le même statut qu’un canton dans notre constitution et que le pouvoir communal, l’autonomie communale sont entièrement aménagés par les diverses législations cantonals“[795]. Art. 41 Abs. 1 lege die Organisation der Gemeinden und deren Autonomie in die Hände der Kantone.[796] Ständerat Willy Loretan sah die Forderung seiner (als Postulat überwiesenen) Motion, die Gemein-

792 Vgl. Prot. VK N vom 26./27. Mai 1997, 2, 11 ff.
793 Vgl. Prot. VK S vom 23. Juni 1997, 1, 17 u. 2, 11.
794 Vgl. Art. 41 VE 96; AB S Verfassungsreform, 70.
795 Votum Pierre Aeby, AB S Verfassungsreform, 62.
796 Vgl. Votum Hans Uhlmann, AB S Verfassungsreform, 63.

deautonomie sei in der neuen Bundesverfassung und auch gegenüber den Bundesbehörden zu gewährleisten, nur teilweise erfüllt:[797] „Es ist anzuerkennen, dass der Bundesrat in Artikel 41 seines Entwurfes ungeschriebenes Verfassungsrecht nachführt. Die Kommission hat das übernommen, indem die Gemeindeautonomie in Verbindung mit Artikel 177 […] nun bundesrechtlich anerkannt und garantiert wird. Die Gemeindeautonomie erhält verfassungsrechtlichen Schutz gegenüber den Kantonen, indessen nicht, wie es die Motion forderte, gegenüber den Bundesbehörden".

1.2 Nationalrat (28. April 1998)

Der Nationalrat folgte ebenfalls seiner eigenen Kommission und übernahm deren Vorschlag für Art. 41 Abs. 1 ohne vertiefte Diskussion.[798] Nationalrätin Dorle Vallender wies darauf hin, die Änderung des 3. Titels in „Bund, Kantone und Gemeinden" sei notwendig, weil die in Art. 41 den Gemeinden im Rahmen des kantonalen Rechtes gewährte Autonomie ausdrücklich festgehalten werde.[799] Die Gemeindeautonomie sei jedoch „einzig nach Massgabe des kantonales Rechts gewährleistet"[800]. Kommissionspräsident Joseph Deiss fasste den Willen der Kommission zusammen:[801]

> „[…] la commission […] vous invite ici instamment à adopter la proposition de majorité qui formule bien mieux la garantie de l'autonomie communale, puisque cette dernière l'est expressément en vertu de l'alinéa 1er, alors que dans le projet du Conseil fédéral, adopté par le Conseil des Etats, cet alinéa 1er laisse aux cantons la détermination de l'autonomie communale. Cela ne veut pas dire que la majorité veut placer les communes à égalité avec les cantons puisqu'elle continue dans sa phrase en disant que les limites sont fixées par le droit cantonal. Je crois qu'il s'agit là d'un compromis […]. Il sied à notre constitution d'affirmer […] clairement l'autonomie de cette unité qu'est la commune. Les communes ne se-

---

797 Votum Willy Loretan, AB S Verfassungsreform, 64 f. Er behalte sich deshalb vor, in der Differenzbereinigung noch „bessere Formulierungen aus dem Nationalrat" zu unterstützen

798 Der Antrag der Mehrheit wurde mit 86:63 Stimmen dem Antrag Engelberger vorgezogen, der die Übernahme der Fassung des Ständerates beantragte und wie folgt begründete: „[…] in der Fassung des Ständerates […] haben wir eine ganz klare Kompetenzzuweisung an die Kantone, ohne «Schnörkel» auf kantonales Recht […]". Die Diskussion drehte sich freilich primär um die Rücksichtnahmepflicht resp. die Städte- und Agglomerationsthematik und die Berggebiete; vgl. AB N Verfassungsreform, 256 ff.

799 Votum Dorle Vallender, AB N Verfassungsreform, 254. Der Minderheitsantrag Gysin, welcher verlangte, dass die Gemeinden auch im „Kooperationsartikel" (heute Art. 44 BV) zu erwähnen seien, wurde mit 82:59 Stimmen abgelehnt; vgl. AB N Verfassungsreform, 254 f.

800 Votum Dorle Vallender, AB N Verfassungsreform, 254.

801 Votum Joseph Deiss, AB N Verfassungsreform, 258.

> ront d'ailleurs […] pas autonomes totalement, mais uniquement dans la limite où les cantons le définiront. Mais il reste qu'une certaine autonomie ne saurait leur être discutée ou refusée par les cantons."

Nach dieser Interpretation der nationalrätlichen Textfassung des Art. 41 Abs. 1 (welche dem heutigen Art. 50 Abs. 1 BV entspricht) gewährleistet die Bundesverfassung die Gemeindeautonomie. Diese existiere einzig im Rahmen der vom kantonalen Recht bestimmten Limiten. Eine „gewisse Autonomie" dürfe den Gemeinden jedoch nicht verweigert werden. Bundesrat Koller widersprach den Ausführungen des Kommissionspräsidenten nicht, betonte aber, es dürften keine Zweifel darüber aufkommen, dass das kantonale Recht darüber bestimme, „wieweit die Gemeindeautonomie geht und wie die Gemeindeorganisation aussieht"[802].

2. Art. 177 Abs. 1 lit. b

Beide Verfassungskommissionen schlugen ihren Räten dieselbe Version des Art. 177 Abs. 1 lit. b vor: (Das Bundesgericht beurteilt Beschwerden wegen Verletzung) „der Gemeindeautonomie und anderer Garantien der Kantone zugunsten von öffentlichrechtlichen Körperschaften". In den Ratspleni wurde daher kaum über diese Bestimmung diskutiert. Kommissionsberichterstatter Bruno Frick nahm im Ständerat lediglich kurz Bezug auf diesen Absatz: „Art. 177 nennt in Absatz 1 Litera b die Gemeindeautonomie ausdrücklich. Im Entwurf des Bundesrates war sie verklausuliert"[803]. Im Nationalrat merkt Bundesrat Koller an, er stimme dieser Änderung zu, weil „damit ja ganz klar ist, dass es bei der Gemeindeautonomie um eine bundesrechtlich geschützte Garantie des kantonalen Rechts geht"[804]. Diese Bemerkung widerspricht indes der Intention der VK N, die mit der Wendung „und anderer Garantien" einzig ausdrücken wollte, dass die Kantone *den Inhalt und den Umfang* der Autonomie bestimmen. Den Entscheid über die Verortung der Gemeindeautonomie im kantonalen oder eidgenössischen Recht wollte sie nicht präjudizieren, sondern der Diskussion über Art. 41 überlassen (s. vorne, E.3). Dessen ungeachtet nahmen beide Räte die in den Kommissionen noch stark umstrittene Bestimmung diskussionslos an.[805]

---

802 Votum Bundesrat Arnold Koller, AB N Verfassungsreform, 255.

803 Vgl. Votum Bruno Frick, AB S Verfassungsreform, 146.

804 Votum Bundesrat Arnold Koller, AB N Verfassungsreform, 118.

805 AB S Verfassungsreform, 146; AB N Verfassungsreform, 118.

G. Differenzbereinigung

1. Ständerat I (4./5. und 18. Juni 1998)

In der Differenzbereinigung wurde Art. 41 zuerst in der ständerätlichen Kommission besprochen. Ein Vertreter der Verwaltung informierte über die Differenzen und merkte an, die Differenz betreffend Art. 41 Abs. 1 habe politisches Gewicht. Die Kantone setzten sich nach wie vor gegen die Fassung des Nationalrates zur Wehr. Der Bundesrat erachte die beiden Textfassungen als gleichwertig. Die ständerätliche VK lehnte einen Antrag, die Fassung des Nationalrates zu übernehmen, klar ab.[806] Die vom Nationalrat beschlossene Aufnahme der Gemeinden in den 3. Titel („Bund, Kantone und Gemeinden") fand dagegen eine Mehrheit.[807]

Im *Plenum* stellten die Kommissionsminderheit wie auch Ständerat Willy Loretan den Antrag, der nationalrätlichen Fassung des Art. 41 Abs. 1 zuzustimmen. Ständerat Loretan begründete dies wie folgt:[808]

> „In Absatz 1 wird in beiden Varianten […] die Gemeindeautonomie festgeschrieben. In der Fassung des Nationalrates wird sie von Bundesrechts wegen gewährleistet; allerdings werden für die genauere Ausgestaltung die Kantone in die Pflicht genommen bzw. wird ihnen die genauere Ausgestaltung dieser Gemeindeautonomie, bezogen auf ihre besonderen Verhältnisse, überlassen. In der Fassung des Ständerates ist, genau gesehen, eine Festlegung von Bundesrechts wegen nicht vorhanden. […] Ich ziehe hier die Fassung des Nationalrates vor, dass nämlich die Gemeinden ihre Autonomie von Bundesrechts wegen haben, aber deren Definition – wie gesagt – durch die Kantone vorzunehmen ist."

Bundesrat Koller legte dem Ständerat ans Herz, in dieser sensiblen Materie an seinem Beschluss festzuhalten. Der Ständerat beschloss daraufhin mit Stichentscheid des Präsidenten, dem Antrag auf Zustimmung zum Nationalratsbeschluss nicht zu folgen.[809]

2. Nationalrat (2./3. und 23. September 1998)

In der VK N erklärte der Vertreter der Verwaltung, der Bundesrat halte beide Fassungen des Art. 41 Abs. 1 für gleichwertig. Textlich bestehe ein Unterschied, weil gemäss Fassung des Nationalrats der Bund die Gemeindeautonomie gewährleiste. Dies sei in

806 Vgl. Prot. VK S vom 4./5. Juni 1998, 1, 25 f.
807 Vgl. Prot. VK S vom 4./5. Juni 1998, 1, 23.
808 Votum Willy Loretan, AB S Verfassungsreform, 167.
809 Vgl. Votum Bundesrat Arnold Koller, AB S Verfassungsreform, 168.

Verbindung mit Art. 177 zu lesen: Die Gewährleistung geschehe einzig durch den bundesgerichtlichen Schutz.[810] Mehrere Kommissionsmitglieder betonten, die Gemeindeautonomie sei hervorzuheben. Der Kanton bestimme sie inhaltlich, der Bund garantiere sie. Dies sei nur aus dem nationalrätlichen Text ersichtlich. Mit 24:6 Stimmen beschloss die Kommission, an der eigenen Fassung festzuhalten.[811]

Im *Plenum* beantragte die Kommissionsminderheit, der ständerätlichen Fassung zuzustimmen. Nationalrat Samuel Schmid begründete dies:[812] „Wir sind der Auffassung, dass wir hier keine föderalistischen Sündenfälle begehen sollten. Der Bund ist über die Kantone organisiert, und die souveränen Kantone organisieren sich selbst. […] Dieses System wird […] durchbrochen, indem plötzlich auf Bundesebene in Artikel 41 auch von Gemeinden und Regionen usw. gesprochen wird". Der Kommissionsberichterstatter erwiderte, die Kommissionsmehrheit wolle an der expliziten Umschreibung der Gemeindeautonomie festhalten.[813] Nationalrat Jean-François Leuba äusserte sich so:[814]„[…] ce qu'a voulu la commission, c'est que, d'une part, l'autonomie communale soit garantie par le droit fédérale – principe numéro un –, et que, d'autre part, l'importance de cette autonomie communale soit définie par le droit cantonal – principe numéro deux." Nationalrat Roland Ostermann führte weiter aus: „Bien sûr que les cantons déterminent certains éléments de l'organisation des communes, par souci de cohérence, de coordination et de traitement équitable. Il n'empêche qu'ils doivent le faire dans le respect du principe général d'autonomie qu'ils peuvent moduler, mais qu'ils ont à préserver dans son essence"[815]. Der Nationalrat folgte mit 86:41 Stimmen der Kommissionsmehrheit: Man wollte die Gemeindeautonomie „nach Massgabe kantonalen Rechts" in der Bundesverfassung garantieren.[816]

3. Ständerat II (1. und 7. Oktober 1998)

In der zweiten Runde der Differenzbereinigung informierte der Vertreter des Bundesrates die VK S, der Bundesrat könne auch mit der Version des Nationalrates leben. Der Kommissionspräsident verwies auf ein neues Schreiben der KdK an die Kommissionsmitglieder. Die KdK argumentierte, die Gemeindeautonomie sei kantonales Ver-

810 Vgl. Prot. VK N vom 2./3. September 1998, 43.
811 Vgl. Prot. VK N vom 2./3. September 1998, 44.
812 Votum Samuel Schmid, AB N Verfassungsreform, 439 f.
813 Votum Kommissionsberichterstatter Edi Engelberger, AB N Verfassungsreform, 441.
814 Votum Jean-François Leuba, AB N Verfassungsreform, 441.
815 Vgl. Votum Roland Ostermann, AB N Verfassungsreform, 440.
816 AB N Verfassungsreform, 442.

fassungsrecht. Art. 41 Abs. 1 in der Fassung des Nationalrats mache sie zu einem Institut der Bundesverfassung, womit der bisher erreichte Konsens zur Verfassungsrevision verlassen werde.[817] Dessen ungeachtet beschloss die Kommission, dem nationalrätlichen Beschluss zuzustimmen.[818] Kommissionspräsident René Rhinow erläuterte im *Plenum* die Argumente:[819]

> „Die Befürchtungen der KdK schienen uns zum Teil übertrieben, und zum Teil […] konnten wir sie auch nicht nachvollziehen. In Absatz 1 ist die Formulierung, die Gemeindeautonomie sei nach Massgabe des kantonalen Rechtes gewährleistet, für uns mit dem gleichen Inhalt versehen wie die ursprüngliche Formulierung […]. Denn es sind nach wie vor die Kantone, welche über die Gemeindeautonomie entscheiden, neu aber […] gewährleistet die Bundesverfassung genau diese Autonomie der Kantone bezüglich der Gemeindeautonomie. Darin kann kein substantielles Abrücken von der kantonalen Zuständigkeit erblickt werden […]. Auch künftig werden die diesbezüglichen Unterschiede, etwa zwischen der Stadt Basel und den Verhältnissen in den Gemeinden Graubündens, bestehenbleiben und nicht durch die Verfassungsrevision eingeebnet."

Bundesrat Koller hielt fest, es werde einzig „das Prinzip der Gewährleistung der von den Kantonen bestimmten Gemeindeautonomie durch den Bund ausdrücklich festgehalten"[820]: „Die KdK hat ja befürchtet, dass wir […] die Gemeindeautonomie zu einem Bundesrechtsinstitut erheben würden. Das ist klar nicht der Fall. Wir wollen hier keine Neuerung einführen, sondern es ist festzuhalten, dass […] auch nach der neuen Formulierung des Nationalrates die Kantone darüber entscheiden, ob und in welchem Umfang den Gemeinden Autonomie eingeräumt wird. Der Bund gewährt den Ge-

---

817 Schreiben der KdK an die Mitglieder der Verfassungskommission des Ständerates betreffend „Revision der Bundesverfassung – Art. 41, Stellung der Gemeinden" vom 28. September 1998 (Archiv KdK), 2: „Die KdK steht somit zur Dreigliedrigkeit des Aufbaus der Eidgenossenschaft: Bund – Kantone – Gemeinden – wie sie implizit in Art. 41 VE in der Fassung des Bundesrates stipuliert wird. […] Die KdK ist sich der Problematik und der Anliegen der Gemeinden, Städte und Agglomerationen bewusst. […] Die Lösung dieser Probleme in der Verfassungsrevision übersteigt die Nachführung. Zudem würde dies zu sachwidrigen, allzu beschränkt ansetzenden Lösungen führen. […] Die Garantie der Gemeindeautonomie ist gemäss kantonalem Verfassungsrecht und der Rechtsprechung des Bundesgerichts nur kantonales Verfassungsrecht. Dies geht aus der Formulierung von Art. 41 VE denn auch klar hervor. Art. 41 Abs. 1 in der Fassung des Nationalrats bewirkt hingegen, dass das Institut der Gemeindeautonomie neu zu einem Institut des Bundesverfassungsrechts wird. Der Boden der Nachführung – und damit der bisher erreichte Konsens zur Verfassungsrevision – würde somit verlassen."

818 Vgl. Prot. VK S vom 1. Oktober 1998, 13.

819 Votum René Rhinow, AB S Verfassungsreform, 212.

820 Votum Bundesrat Arnold Koller, AB S Verfassungsreform, 213.

meinden nur im Bereich der kantonal eingeräumten Gemeindeautonomie Rechtsschutz." Der Ständerat stimmte daraufhin dem nationalrätlichen Beschluss zu.[821]

H. Volksabstimmung

Die neue Bundesverfassung wurde am 18. April 1999 von Volk und Ständen angenommen und von der Bundesversammlung auf den 1. Januar 2000 in Kraft gesetzt.[822] Die Art und Weise der Zustimmung war für die offizielle Politik ernüchternd. Bei einer tiefen Stimmbeteiligung kam zwar ein Volksmehr von rund 60 Prozent zustande, doch die Vorlage scheiterte nur knapp nicht am Ständemehr. Zum Nein-Lager schlugen sich insbesondere ländliche Regionen der Deutschschweiz, Anhänger konservativer Rechtsparteien und ältere Personen.[823]

Im Abstimmungskampf unterstützten alle Bundesratsparteien, die Kantone wie auch die Gemeindeverbände die neue Bundesverfassung und damit den gefundenen Konsens betreffend die Schaffung einer Verfassungsgrundlage für die Gemeinden.[824] Die Gegner, welche das Reformwerk mit Halbwahrheiten in Misskredit zu bringen versuchten, kritisierten neben manch anderem, mit Art. 50 BV werde für die Städte ein „Geldflussartikel" geschaffen.[825] Diese Diskussion betrifft die Beachtungspflichten der Art. 50 Abs. 2 f. BV. Die Erwähnung der Gemeindeautonomie in der Bundesverfassung war dagegen unumstritten. Die juristisch ohnehin schwer verwertbare Diskussion im Vorfeld der Abstimmung[826] erlaubt kaum Schlüsse dahingehend, wie die Stimmbürgerinnen diese Verfassungsbestimmung verstanden. Man darf jedoch annehmen, dass ein erheblicher Teil der Abstimmenden das Abstimmungsbüchlein konsultierte. Dieses erwähnte an prominenter Stelle, unter dem Titel *Lücken werden geschlossen, Mängel beseitigt*, die Gemeindeautonomie werde nach Massgabe des kantonalen Rechts gewährleistet.[827] Dies erlaubt den Schluss, dass die Stimmberechtigten wussten

821 AB S Verfassungsreform, 213.

822 BBl 1999 VI 5986; EHRENZELLER, St. Galler Kommentar zu Titel und Datum der BV, Rz. 4; KLEY, St. Galler Kommentar, Geschichtliche Einleitung, Rz. 36.

823 Vgl. Vox-Analyse Nr. 67; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 2 Rz. 26; BBl 1999 5986.

824 Zur Übersicht der Parolen der Parteien und Organisationen NZZ vom 12. April 1999, 10.

825 Vgl. die Berichterstattung über ein Podiumsgespräch in der NZZ vom 25. Februar 1999, 16; HANS FEHR, Neuerungen mit ungewissen Folgen, NZZ vom 1. April 1999, 15; weiterführend KAYSER/RICHTER, Neue Bundesverfassung, 1019 ff. und insb. 1051.

826 Vgl. dazu NOBS, Volksinitiative und Völkerrecht, 264.

827 Vgl. die Erläuterungen des Bundesrates zur Volksabstimmung vom 18. April 1999, 4 f., im Internet: http://www.admin.ch/ch/d/pore/va/19990418/explic/d-pp0405.pdf (Stand 18. Januar 2010).

oder zumindest wissen konnten, dass mit dem Gemeindeartikel *etwas Neues im Sinne der „mise-à-jour"* in die Verfassung aufgenommen wurde.

V. Normhypothese

Die Entstehungsgeschichte des „Gemeindeartikels" ermöglicht Schlüsse zur Rechtsnatur der Gemeindeautonomie (A). Sodann sind Befunde inhaltlicher Art zulässig: Zu den Trägern der Gemeindeautonomie (B), zu ihren Adressaten (C), zum geschützten Autonomiebereich (D), zur Frage, wann von einer Autonomieverletzung auszugehen ist (E) sowie zur Konkretisierung des Gewährleistungsbegriffs (F). Die Ausführungen beziehen sich gemäss der heutigen Verfassungssystematik auf die Art. 50 Abs. 1 und 189 Abs. 1 lit. e BV. Diese Bestimmungen entsprechen den in den VK und im Parlament jeweils diskutierten Art. 41 Abs. 1 und Art. 177 Abs. 1 lit. b VE.

A. Rechtsnatur

1. Verfassungsgarantie

Die grundlegende Bedeutung der Gemeindeautonomie als „kapitales Strukturprinzip der schweizerischen Staatsordnung"[828] wurde im Reformprozess vielfach gewürdigt. Man verstand die Gemeinden nicht als einfache Selbstverwaltungskörperschaften, sondern betonte ihre Eigenschaft als Glieder eines einzigen Gesamtorganismus, deren Selbständigkeit eine der Grundmaximen schweizerischer Staatspolitik darstellt.[829] Dennoch war stark umstritten, ob die Gemeindeautonomie in die Bundesverfassung aufgenommen werden sollte. Die Kantone setzten sich bis zuletzt gegen die heutige Fassung des Art. 50 Abs. 1 BV zur Wehr: Diese Formulierung mache die Gemeindeautonomie zu einem Institut des Bundesrechts. In der Tat wollte der Verfassungsgeber die Gemeindeautonomie in der Bundesverfassung gewährleisten. Art. 50 Abs. 1 BV geht auf die Textfassung des Nationalrats zurück, die sich in der Differenzbereinigung durchsetzte. Wohl betonte der Präsident der Verfassungskommission des Ständerats, René Rhinow, im Nachgeben des Ständerates dürfe *kein substantielles Abrücken* von der kantonalen Zuständigkeit gesehen werden.[830] Dieses Votum richtete sich klar gegen einen „institutionellen Kern" des Art. 50 Abs. 1 BV (s. hinten, 4). Wenn die Ver-

828 SALADIN, Kommentar zu Art. 3 aBV, Rz. 253.

829 Vgl. THÜRER, Bund und Gemeinden, 300; MATTER, Gemeinden, 36 f.; BURCKHARDT, Organisation, 162; JAGMETTI, Gemeinden, 316.

830 Vgl. die Voten von Kommissionspräsident René Rhinow, AB S Verfassungsreform, 212, sowie das ähnliche Votum von Bundesrat Arnold Koller, AB S Verfassungsreform, 213.

treter der traditionalistischen Sicht die Gemeindeautonomie jedoch als kantonales verfassungsmässiges Recht bezeichnen,[831] so ist dies mit dem Willen des Verfassungsgebers nur vereinbar, wenn dadurch betont werden soll, dass sich der Inhalt der Gemeindeautonomie nach kantonalem Recht richtet. Es ist die nationalrätliche Textfassung, die sich durchsetzte, und dies bedeutet, dass sich die beiden Räte auf den folgenden Kompromiss einigten: „[…] c'est que, d'une part, l'autonomie communale soit garantie par le droit fédérale – principe numéro un –, et que, d'autre part, l'importance de cette autonomie communale soit définie par le droit cantonal – principe numero deux."[832] Die Gemeindeautonomie wurde zur Verfassungsgarantie, deren Inhalt und Mass entsprechend der föderalistischen Vielfalt des Landes variieren kann (und soll). Es ist sodann unwahrscheinlich, dass die Stimmbürgerinnen nach der Lektüre des Verfassungstexts und des Abstimmungsbüchleins davon ausgingen, die Gemeindeautonomie sei ausschliesslich ein *kantonales* Recht.

Wenn HALLER argumentiert, die Formulierung des Art. 189 Abs. 1 lit. e BV bringe zum Ausdruck, „dass die Gemeindeautonomie als Garantie der Kantone verstanden wird"[833], interpretiert er den Willen des Verfassungsgebers nicht richtig. Das überrascht nicht, denn wer Art. 189 Abs. 1 lit. e BV ohne vertiefte Kenntnis der Kommissionsdebatten liest, gelangt leicht zum Schluss, die Gemeindeautonomie sei eine kantonale Garantie. In diesem Sinne hat sich Bundesrat Arnold Koller ja sogar ausdrücklich „zuhanden der Materialien" geäussert: „[…] weil damit ja ganz klar ist, dass es bei der Gemeindeautonomie um eine bundesrechtlich geschützte Garantie des kantonalen Rechtes geht"[834]. Verfassungsgeber ist aber nicht der Bundesrat, sondern die Bundesversammlung in Verbindung mit Volk und Ständen. In den Verfassungskommissionen bestand ein eindeutiger Konsens darüber, den Entscheid über die Verankerung der Gemeindeautonomie beim „Gemeindeartikel" zu fällen. Der Sinn der Wendung „und anderer Garantien der Kantone" war einzig, zu betonen, dass ausschliesslich das kantonale Recht den Inhalt und den Umfang der kommunalen Selbständigkeit bestimmt. Ob die Autonomie*garantie* dem Bundesrecht oder dem kantonalen Recht zuzuordnen sei, sollte damit nicht präjudiziert werden.[835] Dieser Entscheid fiel erst im Differenzbe-

831 S. dazu ausführlich vorne, Teil 1§ 4.II.

832 Vgl. das Votum von Jean-François Leuba, AB N Verfassungsreform, 441.

833 HALLER, St. Galler Kommentar zu Art. 189 BV, Rz. 35.

834 Votum Bundesrat Arnold Koller, AB N Verfassungsreform, 118.

835 Vgl. Prot. VK N Sub 2 vom 27. März 1997, 15 u. Prot. VK N Sub 2 vom 15. Mai 1997, 40.

reinigungsverfahren, über ein Jahr nach dem bis heute oft zitierten, deswegen aber nicht richtiger werdenden Votum von Bundesrat Arnold Koller.

2. Verfassungsmässiges Recht

Die Kantone wehrten sich gegen eine bundesrechtliche Autonomiegarantie auch mit dem Argument, es existiere kein einheitlicher Autonomiebegriff.[836] Die Anträge, die Gemeindeautonomie zu gewährleisten und den Rechtsschutz durch das Bundesgericht hervorzuheben, wurden jedoch in der VK N beide mit der klaren Kontur des Begriffs der Gemeindeautonomie in der Praxis des Bundesgerichts begründet.[837] Der verfassungsrechtliche Autonomiebegriff knüpft also an das vom Bundesgericht zu den kantonalen Verfassungsgarantien entwickelte gemeineidgenössische Autonomierecht an.

Der Verfassungsgeber wollte die Gemeindeautonomie als *verfassungsmässiges Recht* in der Bundesverfassung gewährleisten und unter den Rechtsschutz des Bundesgerichts stellen.[838] Die Gemeindeautonomie ist ein *justiziabler Rechtsanspruch*, dessen Gewicht so gross ist, dass er nach dem Willen des demokratischen Verfassungsgebers verfassungsrechtlichen Schutzes bedarf.[839] Damit knüpfte der Verfassungsgeber an eine über hundertjährige Praxis des Bundesgerichts an (s. vorne, Teil 1§ 2.VII). Die Neuerung besteht jedoch darin, dass die Gemeindeautonomie von der Ebene des kantonalen Rechts auf jene der Bundesverfassung gehoben wurde. Sie wurde zum *bundesverfassungsmässigen Recht der Gemeinde*, nicht zum Grundrecht des Individuums. Die Qualifikation der Gemeindeautonomie als besondere „Garantie staatsrechtlich-föderativen Zuschnitts“[840] entspricht dieser Regelungsabsicht.

3. Rechtsprinzip

Die Entstehungsgeschichte des Art. 50 Abs. 1 BV deutet wie der Verfassungswortlaut auf den *Prinzipiencharakter* der Gemeindeautonomie hin. Bereits der erste Antragsteller, der in der nationalrätlichen VK eine verfassungsrechtliche Autonomiegarantie forderte, sprach von der Verankerung des Prinzips (resp. des Grundsatzes) der Gemein-

836 Vgl. Prot. VK S, Sub 3 vom 17./18. Februar 1997, Referat in Anhang 3.

837 Vgl. Prot. VK N Sub 3 vom 26./27. März 1997, 1, 21 f.; Prot. VK N Sub 2 vom 27. März 1997, 11 ff. sowie Anhang Antrag 1.

838 Vgl. i.d.S. Prot. VK N Sub 2 vom 27. März 1997, 12.

839 BGE 131 I 366 E. 2.2, 368, m.H. auf Botschaft nBV, 425; KÄLIN, Beschwerde, 67; HALLER, St. Galler Kommentar zu Art. 189 BV, Rz. 44 f.

840 KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar zu Art. 50 BV, Rz. 15.

deautonomie.[841] Auch anlässlich der Debatte im Plenum wurde die Gemeindeautonomie oft als Prinzip bezeichnet.[842] Dem entspricht das gemeineidgenössische Autonomierecht, an das der Verfassungsgeber anknüpfen wollte. Die bundesgerichtliche xis zeigt, dass mit der Gemeindeautonomie ein Rechtsprinzip geschützt wird, welches erst im Zusammenspiel mit anderen Rechtsnormen im konkreten Fall operationabel wird. So wird der konkret geschützte Autonomiebereich jeweils im Einzelfall anhand des kantonalen Rechts bestimmt, und auch die Frage, ob eine Autonomieverletzung vorliegt, kann jeweils erst aus dem Zusammenwirken der Gemeindeautonomie mit anderen Rechtsnormen beantwortet werden.[843]

4. Institutionelle Garantie?

Während der Verfassungsdiskussion kritisierten die Kantone stets, Art. 50 Abs. 1 BV mache die Gemeindeautonomie zu einem „Institut" der Bundesverfassung. Was aber ist mit dem Begriff der „institutionellen Garantie" gemeint?

Das institutionelle Rechtsdenken betrachtet die Rechtsordnung als ein sinnvolles Gefüge von gestalthaften Rechtsgebilden. Der grundlegende Gedanke der Rechtsfigur der institutionellen Garantie ist, dass verfassungsrechtlich besonders garantierte *Einrichtungen*, die von grundlegender Bedeutung und eigengewichtig ordnender Wirksamkeit für das verfasste Staatswesen sind, vor einer *Aushöhlung durch einfaches Gesetzesrecht bewahrt werden müssen*.[844] In der Schweiz manifestiert sich dieses Rechtsdenken primär bei der Kerngehaltsdogmatik der Grundrechte (Art. 36 Abs. 4 BV).[845] In Deutschland erblicken das Bundesverfassungsgericht und die herrschende Lehre auch in Art. 28 Abs. 2 GG eine institutionelle Garantie: Diese Norm beinhalte eine „zwingende organisatorische Grundentscheidung zugunsten eines Staatsaufbaus nach Gemeinden"[846] und verpflichte den Gesetzgeber, die kommunale Selbstverwaltung nicht

841 Vgl. Prot. VK N, Sub 3 vom 26./27. März 1997, 1, 21 f. u. 25 f.

842 Vgl. z.B. das Votum von Nationalrat Jean-François Leuba, AB N Verfassungsreform, 441.

843 S. zur diesbezüglichen Praxis des Bundesgerichts vorne, Teil 1§ 2.VII.B.3 sowie Teil 1§ 4.IV.

844 Vgl. zur Lehre der institutionellen Garantien etwa SCHMIDT-JORTZIG, Kommunalrecht, Rz. 514; RHINOW, Rechtsetzung und Methodik, 89; SCHINK, Selbstverwaltung, 392; SCHMITT, Verfassungslehre, 170 ff.; SCHMIDT-JORTZIG, Einrichtungsgarantien, *passim*; MAGER, Einrichtungsgarantien, *passim*; WAECHTER, Einrichtungsgarantien, *passim.*

845 Besonders zu erwähnen ist zudem die Eigentumsgarantie, die in ihrer Ausprägung als Institutsgarantie das Privateigentum als fundamentale Einrichtung der schweizerischen Rechtsordnung schützt; vgl. VALLENDER, St. Galler Kommentar zu Art. 26 BV, Rz. 32 ff.

846 STERN, Bonner Kommentar zu Art. 28 GG, Rz. 62.

derart einzuschränken, „dass sie innerlich ausgehöhlt wird, die Gelegenheit zu kraftvoller Betätigung verliert und nur noch ein Schattendasein führen kann“[847].

Der Begriff der „institutionellen Garantie“ ist aber missverständlich[848] und nicht notwendig, um den zentralen Streitpunkt zu umschreiben. Man stritt sich anlässlich der Verfassungsdebatte, ob Art. 50 Abs. 1 BV einzig das traditionelle, vom Bundesgericht geschützte verfassungsmässige Recht anspreche (weshalb Art. 50 Abs. 1 BV im Verhältnis zu Art. 189 Abs. 1 lit. e BV primär eine deklaratorische, d.h. rechtsbezeugende Wirkung zukomme), oder ob die Gemeindeautonomie durch Art. 50 Abs. 1 BV zu einem *konstitutiven Grundprinzip der Eigenossenschaft* werde, das die Kantone nicht unterlaufen dürfen. Für keine dieser Interpretationen ist ein Rückgriff auf eine Theorie sozialer Institutionen erforderlich. Die entscheidende Frage ist, ob die Gemeindeautonomie als konstitutives Element des Bundesstaates zu verstehen ist. Konstitutiv bedeutet „feststehend“, „rechtsbegründend“. Eine Rechtsgrundsatz ist *konstitutiv für den Staat,* wenn er die gesamte Rechtsordnung bestimmt, dem Staat Rechtfertigung gibt und Ziele setzt (legitimierende Funktion) und wenn der Zusammenhalt der Rechtsgenossen auf dem prinzipiellen Konsens in der Bejahung dieses Rechtsgrundsatzes und im Willen zu seiner Verwirklichung beruht (integrierende Funktion).[849]

Die Entstehungsgeschichte des Gemeindeartikels liefert mannigfaltige Hinweise, dass der Verfassungsgeber die Gemeindeautonomie als *konstitutives Grundprinzip* des schweizerischen Gemeinwesens – und nicht als Garantie einer allenfalls den Gemeinden vom Kanton gewährten Selbständigkeit – in die Bundesverfassung aufnehmen wollte. Im Gemeindeartikel wie im dritten Verfassungstitel („Bund, Kantone und Gemeinden“) manifestiert sich der Wille vieler eidgenössischer Parlamentarierinnen, die grosse Bedeutung der Gemeinden und ihrer Autonomie für den schweizerischen Bundesstaat in der Verfassung zu unterstreichen. Man wollte hervorheben, dass der *dreistufige Staatsaufbau eines der zentralen Elemente der schweizerischen Bundesstaat-*

847 So schon BVerfGE 1, 167 (175), der diese Formulierung des Staatsgerichtshofs der Weimarer Republik zu Art. 127 WRV als auch für Art. 28 Abs. 2 GG anwendbar erklärte.

848 Es bleibt oft unklar, ob die Institutsgarantien und die institutionellen Garantien ihr Schwergewicht auf einen normativen oder einen analytischen Aspekt legen. Je nachdem erhalten sie einen eher dynamischen oder eher konservierenden Charakter; vgl. die Kritik bei MÜLLER, Grundrechtstheorie, 13, und PFISTERER, Gemeinden, 112.

849 Vgl. MÜLLER, Grundrechtstheorie, 15 f.; SALADIN, Grundrechte, 295; TILCH/ARLOTH (Hrsg.), Rechts-Lexikon, 2558; DIETER MEYER, Juristische Fremdwörter, Fachausdrücke und Abkürzungen, 10. A., Berlin 1993, 82.

lichkeit darstellt.[850] Die Gemeinden sollten als dritte staatliche Ebene legitimiert werden. Eine Stellungnahme dahingehend, beispielsweise der Kanton Bern dürfe auf eine Gliederung in Gemeinden verzichten, erschiene angesichts dieses klaren Bekenntnisses des Verfassungsgebers zum dreistufigen Staatsaufbau – um das ja lange gerungen wurde – kaum vertretbar. Dieser Eindruck wird verstärkt durch die Absicht des Verfassungsgebers, die Gemeindeautonomie als *Garantie der Bundesverfassung* zu verankern. Ein Votum des Präsidenten der VK N, Joseph Deiss, deutet darauf hin, dass damit den Kantonen ein Verzicht auf die Gemeindeautonomie untersagt werden sollte: „Il sied à notre constitution d'affirmer […] clairement l'autonomie de cette unité qui est la commune. Les communes ne seront d'ailleurs […] autonomes […] uniquement dans les limites où les cantons le définiront. Mais il reste qu'une certaine autonomie ne serait leur être discutée ou refusée par les cantons"[851]. Alle wichtigen Akteure wussten, dass Art. 50 Abs. 1 BV in diesem Sinne verstanden werden kann. Davon zeugen das recht beharrliche Lobbying der Kantone gegen die letzten Endes „siegreiche" nationalrätliche Textfassung, die wiederholt formulierten Vorbehalte des Bundesrates sowie die Tatsache, dass sich der Ständerat bis in die zweite Runde der Differenzbereinigung weigerte, dem nationalrätlichen Beschluss zuzustimmen.

Freilich bestehen auch Hinweise, die gegen das skizzierte konstitutive Verständnis sprechen. Art. 50 Abs. 1 BV ist primär Nachführung im Sinne des französischen Begriffs der „mise à jour": *Das gemeineidgenössische Autonomierecht wurde auf die Ebene der Bundesverfassung gehoben.* Umstrittene Neuerungen wie etwa jene, dass der Bund die Gemeindeautonomie auch inhaltlich umschreiben könnte, fanden keine Mehrheit. Stets wurde betont, die Bundesgarantie erfolge primär durch die Öffnung des Rechtswegs an das Bundesgericht. Man verstand die Gemeindeautonomie als verfassungsmässiges Recht der Gemeinde. Der bundesgerichtlichen Rechtsprechung – an die Art. 50 Abs. 1 BV anknüpft – ist, wie dargetan (s. vorne, Teil 1§ 2.VII.B.4), kein bundesrechtlicher Autonomiekern zu entnehmen. Diverse übereinstimmende Voten, wonach die föderalistische Vielfalt nicht eingeebnet werden sollte, sprechen zudem dafür, dass der Verfassungsgeber wohl kaum einem Kleinstkanton wie Appenzell Innerrhoden oder einem Stadtkanton wie Basel-Stadt vorschreiben wollte, sich in Gemeinden zu gliedern. Der Ständerat übernahm die nationalrätliche Textfassung denn auch erst nach klaren Voten gegen ein solches Verfassungsverständnis: In Art. 50

850 Vgl. die Voten von Bundesrat Arnold Koller, AB N Verfassungsreform, 254 f. sowie von Dorle Vallender, AB N Verfassungsreform, 254.

851 Votum Joseph Deiss, AB N Verfassungsreform, 258.

Abs. 1 BV könne „kein substantielles Abrücken von der kantonalen Zuständigkeit erblickt werden“[852]. Die Gemeindeautonomie werde nicht zum „Bundesrechtsinstitut“. Man halte nur das Prinzip der Gewährleistung der von den Kantonen bestimmten Gemeindeautonomie ausdrücklich fest.[853] Auch die Erläuterungen zum wörtlich mit Art. 50 Abs. 1 BV übereinstimmenden Art. 33 Abs. 2 VE 95 verdeutlichen, dass diesem Normtext nicht zwingend ein Kerngehalt entnommen werden muss.[854] Die Vertreter der Verwaltung betonten in den VK stets, die Gemeindeautonomie werde einzig im kantonal definierten Umfang *zusätzlich* geschützt und *mitgarantiert*.[855] Diese Sicht kommt auch in Art. 189 Abs. 1 lit. e BV zum Ausdruck.[856]

5. Zwischenergebnis

Klar ist nach dem Gesagten, dass der Verfassungsgeber die Gemeindeautonomie als Rechtsprinzip und als verfassungsmässiges Recht der Gemeinde in der Bundesverfassung garantieren wollte. Der Inhalt dieser Garantie sollte sich weiterhin nach kantonalem Recht richten: Das Mass der Autonomie darf, ja soll von Kanton zu Kanton unterschiedlich sein. Den Begriff der Gemeindeautonomie betrachtete man als in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung mit klaren Konturen versehen. Art. 50 Abs. 1 BV knüpft somit an das vom Bundesgericht entwickelte gemeineidgenösissche Autonomierecht an. Weil sich der Entstehungsgeschichte sowohl Argumente für als auch gegen ein Verständnis des Art. 50 Abs. 1 BV als konstitutives Grundprinzip der Eidgenossenschaft entnehmen lassen, kann diesbezüglich aufgrund des historischen Elements keine eindeutige Normhypothese gebildet werden.

B. Träger

Darüber, wer Träger der Autonomiegarantie ist, wurde weder in den Verfassungskommissionen noch in den Räten debattiert. Man setzte voraus, dass die Gemeindeautonomie „den Gemeinden“ zusteht, und meinte damit entsprechend dem allgemeinen

852 Votum Kommissionspräsident René Rhinow, AB S Verfassungsreform, 211 f.

853 Votum Bundesrat Arnold Koller, AB S Verfassungsreform, 213.

854 Vgl. Erläuterungen zu VE 95, 69 f.

855 Vgl. Prot. VK S vom 30. April/1. Mai 1997, 1, 25; Prot. VK S Sub 2 vom 20. Mai 1997, 19 f.; Prot. VK N vom 26./27. Mai 1997, 2, 11. In diesem Sinne aus der Lehre etwa BIAGGINI, Kommentar zu Art. 50 BV, Rz. 3.

856 In den Kommissionen wurde stets betont, der Entscheid über die Frage der institutionellen Garantie müsse bei Art. 50 Abs. 1 BV getroffen werden. Art. 189 Abs. 1 lit. e BV taugt deshalb bloss als Indiz für den Willen des Verfassungsgebers, den Inhalt der Gemeindeautonomie ausschliesslich von den kantonalen Bestimmungen abhängig zu machen, aber nicht für mehr; vgl. Prot. VK N vom 26./27. Mai 1997, 2, 12.

Sprachgebrauch meist die politischen Gemeinden. Der Begriff der „Gemeinden" im dritten Verfassungstitel und im Gemeindeabschnitt zielt deshalb wohl primär auf die politischen Gemeinden, schliesst hingegen grundsätzlich alle in einem Kanton vorhandenen Gemeindearten mit ein. Ein Wille des Verfassungsgebers, die Gemeindeautonomie ausschliesslich den politischen Gemeinden zuzusprechen, bestand klarerweise nicht. Er wollte an das gemeineidgenössische Autonomierecht anknüpfen und nicht in die kantonale Eigenständigkeit eingreifen. Daher sind neben den Gemeinden auch andere öffentlich-rechtliche Körperschaften, denen das kantonale Recht einen selbständigen Bereich öffentlicher Gewalt einräumt, Träger der Gemeindeautonomie.[857] Dies zeigt sich auch in Art. 189 Abs. 1 lit. e BV, der die Gemeindeautonomie als „Garantie zu Gunsten von öffentlich-rechtlichen Körperschaften" bezeichnet. In dieser Formulierung erscheint sodann die im Reformprozess nie angezweifelte Sicht der Gemeindeautonomie als verfassungsmässiges Recht der Gemeinde, nicht der Individuen.

C. Verpflichtungsadressat

Die Gemeindeautonomie richtete sich traditionellerweise gegen den Kanton. Dieser erschien als potenzieller Bedroher der Gemeindeautonomie, der Bund als deren Beschützer. Im Rahmen des Reformprozesses forderten die Kommunalverbände sowie die Motionen Züger, Loretan und von Allmen, die Defensivfunktion der Gemeindeautonomie müsse sich auch gegen den Bund richten. Die Gemeindeautonomie sei in den letzten Jahrzehnten vielfach durch bundesrechtliche Normierungen eingeschränkt worden.[858] Die Gemeindepolitikerinnen fanden Unterstützung in der Lehre: Allen voran THÜRER postulierte, es sei anzuerkennen, dass die Gemeindeautonomie auch durch den Bund verletzt werden könne. Diese Schutzrichtung „wäre umso bedeutsamer, als sich der zu garantierende Autonomiebereich entsprechend der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts und im Gegensatz zur deutschen Selbstverwaltungskonzeption nicht nur auf den eigenen Wirkungskreis beschränken dürfte; vielmehr müsste die Verfassungsnorm als generelle Garantie eines eigenen Entscheidungsraums auch im Bereiche des Vollzugs von Bundesrecht Geltung beanspruchen"[859].

Die Entstehungsgeschichte vermittelt *keine eindeutige Antwort* auf die Frage, ob der Verfassungsgeber auch den Bund an die Gemeindeautonomie binden wollte. Wenn in Teilen der Lehre argumentiert wird, die Forderung nach der Bindung des Bundes an

857 Vgl. SEILER, Gemeinden, Rz. 41; HALLER, St. Galler Kommentar zu Art. 189 BV, Rz. 30 m.H.

858 Vgl. Votum Willy Loretan, AB S 1995, 1178.

859 THÜRER, Städte und Gemeinden, 221; THÜRER, Bund und Gemeinden, 302.

die Gemeindeautonomie sei vom Verfassungsgeber verworfen worden, findet dies in den Materialien jedenfalls keine Grundlage.[860] Dass sich die nationalrätliche Textfassung – die ja das Anliegen der „Parlamentarischen Gruppen Kommunalpolitik", die Gemeindeautonomie in der Bundesverfassung zu verankern, aufnahm – letzten Endes in der Differenzbereinigung durchsetzte, spricht dafür, dass sich die Defensivfunktion der Gemeindeautonomie auch gegen den Bund richtet. Wohl hatte sich Bundesrat Koller anlässlich der Beratung der Motion Loretan der Bindung des Bundes an die Gemeindeautonomie widersetzt, mit der Begründung, dies setze einen bundesrechtlichen Autonomiekern voraus.[861] Dieser Zusammenhang leuchtet aber nicht ein: Eine Bundesbehörde kann auch in einen nach Massgabe kantonalen Rechts geschützten Autonomiebereich eingreifen. Es ist widersprüchlich anzunehmen, der Verfassungsgeber habe die Gemeindeautonomie als *bundesverfassungsmässiges Recht* garantieren, gleichzeitig aber die Bundesbehörden nicht auf dessen Beachtung verpflichten wollen.[862] Auch aus der Absicht, an die bundesgerichtliche Rechtsprechung anzuknüpfen, kann nicht gefolgert werden, der Verfassungsgeber habe einzig die Kantone in die Pflicht nehmen wollen. Die mangelnde Bindungswirkung für den Bund beruhte unter Geltung der aBV primär auf der Qualifikation der Gemeindeautonomie als *kantonales* verfassungsmässiges Recht, und dieses Recht wollte man ja in der Bundesverfassung verankern. Die Entstehungsgeschichte spricht deshalb tendenziell dafür, dass sowohl der Bund als auch die Kantone an die Gemeindeautonomie gebunden sind.

D. Autonomiebereich

Der Inhalt der Gemeindeautonomie bestimmt sich nach kantonalem Recht. Dieses soll wie bis anhin entscheiden, welche Kompetenzen den Gemeinden zustehen und wieweit deren Autonomie in welchen Sachbereichen geht. Der Bund gewährleistet die Gemeindeautonomie lediglich im *kantonal definierten Umfang*.

Die Absicht des Verfassungsgebers, an das gemeineidgenössische Autonomierecht anzuknüpfen, rechtfertigt den Schluss, er habe am bundesgerichtlichen Konzept der *tup-*

860 Vgl. KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar zu Art. 50 BV, Rz. 17. KÄGI-DIENER verweist dort auf AB S Verfassungsreform, 64 f.; das dortige Votum von Ständerat Willy Loretan, der feststellte, die Gemeindeautonomie erhalte keinen Schutz gegenüber dem Bund, bezog sich indessen auf die damalige ständerätliche Textfassung und nicht auf den heutigen Verfassungstext, welcher der nationalrätlichen Textfassung entspricht.

861 Vgl. Votum Bundesrat Arnold Koller, AB S 1995, 1180.

862 So aber die Ansicht der wohl h.L.; vgl. BIAGGINI, Kommentar zu Art. 50 BV, Rz. 2 und 8; KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar zu Art. 50 BV, Rz. 10; unklar RHINOW/SCHEFER, Verfassungsrecht, Rz. 644.

fenweisen Autonomie festhalten wollen.[863] Die Schutzverpflichtung des Bundes aktualisiert sich stets, wenn das kantonale Recht einen „Sachbereich 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 […]"[864]. Diese früher subsidiär auf die meist unbestimmten kantonalen Autonomiegarantien angewandte Definition des geschützten Autonomiebereichs sollte demnach auf Art. 50 Abs. 1 BV Anwendung finden.

In Art. 50 Abs. 1 BV wurde eine weitere *Neuerung* gegenüber der aBV erkannt: „[…] es sind nach wie vor die Kantone, welche über die Gemeindeautonomie entscheiden, neu aber […] gewährleistet die Bundesverfassung genau diese Autonomie der Kantone bezüglich der Gemeindeautonomie"[865]. Es war ein zentraler Aspekt des Konsens' der Räte, dass die Kantone den Inhalt der Gemeindeautonomie bestimmen sollten. Textvarianten, die implizierten, der Bund müsse oder dürfe sich zur Gemeindeautonomie noch äussern, wurden verworfen.[866] Dem Bundesgesetzgeber sollte es verwehrt sein, den Gemeinden direkte Autonomiepositionen zuzusprechen und dergestalt in die kantonale Organisationsautonomie einzugreifen. Daraus lässt sich indessen kein Wille des Verfassungsgebers ableiten, sämtliche rechtliche Einwirkungen des Bundes auf die Gemeinden zu verbieten (s. hinten, § 20).

Zahlreiche Voten in Kommissionen und Räten belegen,[867] dass den Gemeinden kein Selbstbestimmungsrecht auf Weiterexistenz zugesprochen werden sollte. Daraus kann jedoch nicht auf einen Willen des Verfassungsgebers geschlossen werden, die Gemeindefusionsthematik aus der Bundesverfassung gänzlich zu verbannen. Kantonale

863 Wenn in den Verfassungskommissionen mehrfach auf die *klaren Konturen* des Begriffs der Gemeindeautonomie hingewiesen wurde, so musste damit nicht zuletzt dieses in jahrzehntealten Praxis gefestigte Konzept der tupfenweisen Autonomie gemeint sein; vgl. Prot. VK N Sub 3 vom 26./27. März 1997, 1, 21 f.; Prot. VK N Sub 2 vom 27. März 1997, 11 f.

864 So die auch in den Jahren vor und während der Verfassungsreform konstante bundesgerichtliche Rechtsprechung; vgl. statt vieler BGE 124 I 223 E. 2b, 226 m.H.

865 Votum René Rhinow, AB S Verfassungsreform, 211.

866 Vgl. insb. Prot. VK N vom 3.-5. September 2007, 39 ff.

867 Vgl. insb. Prot. VK N, Sub 3 vom 26./27. März 1997, 1, 22 f. u. 2, 8; Prot. VK N Sub 2 vom 27. März 1997, 12 f.

Bestandesgarantien sollten weiterhin unter bundesgerichtlichem Rechtsschutz stehen (Art. 189 Abs. 1 lit. e BV). Ein als Experte konsultierter Staatsrechtslehrer wies in der Subkommission des Nationalrates sodann darauf hin, es existiere eine *gemeineidgenössische relative Bestandesgarantie* in dem Sinne, dass Zwangsfusionen in einem rechtsstaatlichen Verfahren und auf der richtigen Normstufe durchgeführt werden müssen. Dies werde in der Lehre teils als *besondere Ausprägung der Gemeindeautonomie* verstanden. Die Wendung „und andere Garantien" in Art. 189 Abs. 1 lit. e BV beziehe sich auf die Bestandesgarantie, falls die Gemeindeautonomie nicht in einem weiten, die Bestandesgarantien umfassenden Sinne verstanden und deshalb unter Art. 50 Abs. 1 BV subsumiert werde.[868]

Die Materialien enthalten keine Hinweise darauf, ob der Begriff der Gemeindeautonomie des Art. 50 Abs. 1 BV als Teilgehalt eine solche relative Bestandesgarantie umfasst. Diese Frage wurde nicht diskutiert. Auch die Absicht, an das gemeineidgenössische Autonomierecht anzuknüpfen, lässt keine eindeutigen Schlüsse zu. Das Bundesgericht bezeichnete im Einklang mit der Lehre und entsprechend der Systematik vieler Kantonsverfassungen die Bestandesgarantie zwar jeweils als besondere Garantie zu Gunsten der Gemeinden. Gleichzeitig betonte es ihre Eigenschaft als Grundlage und Voraussetzung der Autonomie, machte sie ebenfalls zur gemeineidgenössischen Garantie[869] und behandelte sie in prozessualer Hinsicht gleich wie die allgemeine Autonomiegarantie.[870] Die Tatsache, dass der Verfassungsgeber Gemeindefusionen nicht verunmöglichen wollte, spricht nicht gegen ein breites, die Bestandesgarantie miterfassendes Verständnis der Gemeindeautonomie: Die Bundesverfassung enthält einzig eine Autonomiegarantie *nach Massgabe kantonalen Rechts*. Es erschiene widersprüchlich, hätte der Bundesverfassungsgeber die Selbständigkeit der Gemeinden bei der Aufgabenerfüllung nach Massgabe kantonalen Rechts gewährleisten, die Garantie ihrer politischen Existenz und ihres geographischen Bestands dagegen gänzlich dem

868 Vgl. Prot. VK N Sub 2 vom 27. März 1997, 12-15. Der Staatsrechtsexperte begründete die Formulierung des Art. 189 Abs. 1 lit. e BV einerseits mit der unterschiedlich weiten Auslegung des Begriffs der Gemeindeautonomie in der Lehre, andererseits aber mit der Notwendigkeit, auch Spezialfälle des kantonalen Rechts wie etwa die Festschreibung der Zweisprachigkeit der Gemeinde Biel durch die Bernische Kantonsverfassung abzudecken.

869 Vgl. BGE 89 I 207 E. 1, 207.

870 Aufschlussreich etwa die Formulierung in BGE in ZBl 1998, 422: „Die Ortsgemeinde Frasnacht ist vom Beschluss des Grossen Rates […] in ihrem Gebietsbestand und ihrer Existenz betroffen und damit befugt, wegen Verletzung ihrer Autonomie staatsrechtliche Beschwerde zu führen"; vgl. auch BGE 119 Ia 214 E. 1, 216 f.; 104 Ia 381 E. 1, 387.

kantonalen Verfassungsgeber überlassen wollen. Dem historischen Element kann jedoch zu dieser Frage keine eindeutige Antwort entnommen werden.

E. Autonomieverletzung

Die Gemeindeautonomie galt in den Rats- und Kommissionsdebatten als *Begriff mit klaren Konturen*. Eine Debatte darüber, welche Handlungen als *Autonomieverletzung* einzustufen seien, fand nicht statt. Als Folge des Willens, an das gemeineidgenössische Autonomierecht anzuknüpfen, drängt sich die Hypothese auf, der Verfassungsgeber habe auch diesbezüglich an die *Grundzüge der bundesgerichtlichen Rechtsprechung* anknüpfen wollen.

Das Bundesgericht betrachtete die Gemeindeautonomie zum Zeitpunkt der Verfassungsgebung (wie heute) in ständiger Praxis als verletzt, wenn eine Behörde im Aufsichts-, Genehmigungs- oder Rechtsmittelverfahren (formell) ihre Prüfungsbefugnis überschritten oder die den betreffenden Sachbereich ordnenden kommunalen, kantonalen oder bundesrechtlichen Normen falsch angewendet hatte oder (materiell) bei der Anwendung kommunaler, kantonaler oder bundesrechtlicher Vorschriften gegen das Willkürverbot verstossen oder, soweit kantonales oder eidgenössisches Verfassungsrecht in Frage steht, dieses unrichtig ausgelegt und angewendet hatte.[871] Die Gemeinden konnten sodann verfassungsmässige Verfahrensrechte anrufen (insb. Art. 4 aBV) oder geltend machen, die Behörden hätten die Tragweite eines Grundrechts verkannt, sofern diese Vorbringen mit der behaupteten Autonomieverletzung in Zusammenhang standen.[872] Eine Autonomieverletzung lag auch vor, wenn durch Rechtssetzungs- und Planungsakte zu Unrecht in geschützte Autonomiebereiche eingegriffen wurde. Der Rechtsschutz gegen Gesetze beschränkte sich auf die Prüfung der Verfassungsmässigkeit unter Gesichtspunkten des Art. 4 aBV und der kantonalen Verfassung. Gegen Erlasse unterhalb der Gesetzesstufe bestand ein umfassender Autonomieschutz.[873]

Das Bundesgericht ist gefordert, diese Praxis grundsätzlich zu Art. 50 Abs. 1 BV weiterzuführen.[874] Der Verfassungsgeber hat aber nicht für alle Zeiten verbindlich festge-

871 Vgl. BGE 120 Ia 203 E. 2a, 204; 118 Ia 454; 115 Ia 44; 114 Ia 169; 103 Ia 468; dazu eingehend DILL, Gemeindeautonomie, 98 ff.

872 Vgl. BGE 126 I 133 E. 2, 136 f.; 116 Ia 252 E. 3b, 255; 115 Ia 42 E. 3c, 46 m.H.; vgl. dazu DILL, Gemeindeautonomie 106 ff. sowie PFISTERER, Gemeinden, 333 ff.

873 Vgl. DILL, Gemeindeautonomie, 87 ff.; PFISTERER, Gemeindeautonomie, 14 je m.H.; s. zur Entwicklung der Rechtsprechung vorne, Teil 1§ 2.VII.B.3.

874 Genau dies hat es im Übrigen ja auch getan; vgl. schon einen der ersten Entscheide unter Geltung der neuen Bundesverfassung, BGE 128 I 3 E. 2, 7 ff.: „Art. 50 Abs. 1 BV gewährleistet die Ge-

schrieben, in welchen Fällen eine Autonomieverletzung anzunehmen ist. Dies festzustellen und einen wirksamen, zeit- und problembezogenen Autonomieschutz zu gewährleisten, ist wie bis anhin dem Bundesgericht und den vorgelagerten kantonalen Gerichten anvertraut (s. hinten, § 18).

F. Gewährleistung

Weil die Frage danach, ob die Gemeindeautonomie zum *konstitutiven Grundprinzip der Eidgenossenschaft* werden sollte, aufgrund des historischen Auslegungselements nicht eindeutig zu beantworten ist, sind auch unterschiedliche Interpretationen des *Gewährleistungsbegriffs* des Art. 50 Abs. 1 BV möglich.

Nach dem ursprünglichen Konzept des Bundesrates wurde der Begriff der Gewährleistung, den man insbesondere bei den Grundrechten verwendete (vgl. Art. 14 ff. BV), im Sinne der Kennzeichnung einer rechtlich abgesicherten „Institutsgarantie" verwendet. Die Formulierung sollte darauf hinweisen, dass der Staat die Voraussetzungen schaffen muss, damit das jeweilige verfassungsmässige Recht zur Geltung kommen kann.[875] So nimmt etwa Art. 14 BV den Gesetzgeber in die Pflicht, ein Eherecht vorzusehen, das dem Rechtsinstitut „Ehe" den notwendigen rechtlichen Rahmen gibt.[876]

Freilich wurde der Gewährleistungsbegriff im Verlaufe der Verfassungsdiskussion weiter gefasst.[877] Dies geschah nicht zuletzt bei der Diskussion des Gemeindeartikels. Bundesrat Koller bezog den Gewährleistungsbegriff dort ausschliesslich auf Art. 189 Abs. 1 lit. e BV: Er hielt fest, der Bund gewähre „den Gemeinden nur im Bereich der kantonal eingeräumten Gemeindeautonomie Rechtsschutz"[878]. Dieses Verständnis des Gewährleistungsbegriffs – das insbesondere im Ständerat geteilt wurde – entspricht der in der Staatsrechtslehre dominierenden traditionalistischen Sicht.[879]

Die Wendung „ist gewährleistet" kann jedoch auch als Indiz dafür gelesen werden, dass die Gemeindeautonomie ein *konstitutives Grundprinzip der Eidgenossenschaft* darstellt. Dies spricht für ein weiteres Verständnis des Gewährleistungsbegriffs. Dem-

---

meindeautonomie nach Massgabe des kantonalen Rechts. […] Anzuknüpfen ist folglich am Begriff der Autonomie gemäss bisheriger ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts."

875 Vgl. Prot. VK-N, Sub 2 vom 3. Juli 1997, 18; VK-N, Sub 2 vom 26. Juni 1997, 71 f.; REUSSER, St. Galler Kommentar zu Art. 14 BV, Rz. 10.

876 Vgl. REUSSER, St. Galler Kommentar zu Art. 14 BV, Rz. 19 f.

877 Prot. VK-N, Sub 2 vom 3. Juli 1997, 18.

878 Votum Bundesrat Arnold Koller, AB S Verfassungsreform, 213.

879 S. vorne, Teil 1§ 4.II.

zufolge müsste der Bund die Beachtung der Gemeindeautonomie beispielsweise auch im Rahmen der Gewährleistung der Kantonsverfassungen (Art. 51 BV) durchsetzen. Wenn auch diese Frage im jetzigen Stadium der Untersuchung unbeantwortet bleiben muss, so ist als gesichert anzunehmen, dass (1.) die Gewährleistung der Gemeindeautonomie durch den Bund nach dem Willen des Verfassungsgebers *primär* mittels Öffnung des Rechtsweges an das Bundesgericht (Art. 189 Abs. 1 lit. e BV) erfolgen sollte, und (2.) dass mit Art. 50 Abs. 1 BV keine finanzielle Verantwortung des Bundes für die Gemeinden statuiert werden sollte. Letzteres ergibt sich klar aus den Materialien: Der Gemeindeartikel sollte weder eine Bundeskompetenz zur Regelung des Gemeindewesens noch eine Subventionierungsgrundlage schaffen.[880]

[880] I.d.S. auch KÖLZ/KUSTER, Städteartikel, 143; KÖLZ, Rechtsgutachten Art. 50 BV, 12 ff.; KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar zu Art. 50 BV, Rz. 31.

§ 12. Systematisches Element

I. Vorbemerkungen

Das systematische Element stellt auf die *Zusammenhänge* ab, in denen sich eine Rechtsnorm präsentiert. Gefragt wird nach dem Verhältnis des Art. 50 Abs. 1 BV zu den anderen Abschnitten des Gemeindeartikels, zu anderen Verfassungsnormen, zu anderen Erlassen des Bundesrechts wie auch zum kantonalen Recht.[881]

Wichtig ist der systematische Rahmen der Verfassung: Titel, Sachüberschriften und Marginalien tragen zu einem besseren Normverständnis bei.[882] Aufschlussreich ist jedoch vordringlich das „innere" System: Die Einzelnorm muss in eine Wertungseinheit des Erlasses und in das gesamte Gefüge der Rechtsordnung eingeordnet werden (Grundsatz der integralen Auslegung).[883] Entsprechend dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung ist unter den einzelnen Verfassungsbestimmungen praktische Konkordanz herzustellen. Es gilt, einen Normsinn zu finden, der sich im Einklang mit den Grundentscheiden der Verfassung befindet.[884] Die systematische Auslegung ist für diese Studie von besonderer Bedeutung, weil die Gemeindeautonomie als Rechtsprinzip ihre Wirkung erst im Zusammenspiel wechselseitiger Ergänzung und Beschränkung mit weiteren Rechtsnormen zu entfalten vermag.[885]

II. Gemeinden in der Bundesverfassung

Art. 50 BV erscheint in der Verfassung im mit der schlichten Bezeichnung *„Gemeinden"* versehenen dritten Abschnitt des dritten Verfassungstitels „Bund, Kantone und Gemeinden". Die Gemeinden werden zudem vereinzelt in weiteren Verfassungsbestimmungen erwähnt: Art. 37 BV (Bürgerrechte), Art. 39 BV (politische Rechte), Art. 89 Abs. 5 BV (Energiepolitik), Art. 100 Abs. 4 BV (Konjunkturpolitik), Art. 128 Abs. 2, 129 und 134 BV (Steuern) sowie Art. 189 Abs. 1 lit. e BV (Autonomiebeschwerde). Neben dem engen systematischen Rahmen (A) vermitteln sowohl die Bür-

881 Vgl. etwa HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht, Rz. 97 ff; RHINOW/SCHEFER, Verfassungsrecht, Rz. 520 ff.; TSCHANNEN, Verfassungsauslegung, Rz. 8.

882 Da die Verfassungsreform 1999 vom Anliegen getragen war, den Verfassungsstoff systematisch darzustellen sowie kohärente Begriffe zu verwenden, ist dem systematischen Element eine wichtige Rolle beizumessen; vgl. TSCHANNEN, Auslegung nBV, 239 ff.

883 Vgl. RHINOW/SCHEFER, Verfassungsrecht, Rz. 521.

884 Vgl. HESSE, Verfassungsrecht, § 2 Rz. 71; SCHLUEP, Rechtstheorie, Rz. 1222; WALTER, Methodenpluralismus, 164.

885 Vgl. CANARIS, Systemdenken, 52 f.; ALEXY, Grundrechte, 75 f.; TSCHENTSCHER, Grundprinzipien, 104 f.; MÖLLER, Selbstverwaltung, 22.

gerrechtsordnung (B) als auch die Bestimmung über die Ausübung der politischen Rechte (C) und die Rechtsschutzbestimmungen (D) wichtige Aufschlüsse über die Gemeindeautonomie. Die weiteren erwähnten Verfassungsbestimmungen sind von sekundärer Bedeutung und werden nur kurz behandelt (E).

A. Gemeindeartikel (Art. 50 BV)

Der nur aus einem Artikel (Art. 50 BV) bestehende *Gemeindeabschnitt* gewährleistet die Gemeindeautonomie „nach Massgabe kantonalen Rechts" (Abs. 1) und verpflichtet den Bund, bei seinem Handeln die Auswirkungen auf die Gemeinden zu beachten (Abs. 2) und dabei Rücksicht auf die besondere Situation der Städte und der Agglomerationen sowie der Berggebiete zu nehmen (Abs. 3). Diese Bestimmung erscheint im dritten Verfassungstitel *„Bund, Kantone und Gemeinden"*. Dies bringt zum Ausdruck, dass die Gemeinden nach Bund und Kantonen die dritte, „bürgernächste" Ebene der schweizerischen Eidgenossenschaft bilden.[886] Die Gemeinden erscheinen in der Verfassung als in ein föderatives Gesamtsystem integrierte Trägerinnen staatlicher Aufgaben. Darin kommt zum Ausdruck, dass die Gemeinden im schweizerischen Staatsverständnis Elemente zur Konstituierung der staatlichen Einheit und eine wesentliche Grundlage für die Verwirklichung der Demokratie im Gesamtstaat darstellen.[887]

Die Rücksichtnahmepflichten des Bundes (Abs. 2 und 3) sollen eine Mitverantwortung des Bundes für die Auswirkungen seines Handelns in den Gemeinden, Städten und Agglomerationen begründen.[888] Es handelt sich um *Handlungsverpflichtungen*: Die Rücksicht ist allgemein, d.h. bei jedem politischen und rechtlichen Handeln geboten. Alle Bundesorgane sind bei der Wahrnehmung der Bundesaufgaben verpflichtet, von sich aus den Gemeinden ein hohes Mass an Aufmerksamkeit zu schenken und vor allem auch zu Gunsten der Städte und Agglomerationen problemadäquate Lösungen zu treffen.[889] Für das Verständnis des Art. 50 Abs. 1 BV ist dies insofern aufschlussreich, als die Aufnahme besonderer Rücksichtnahmepflichten von der Bedeutung selbständiger Gemeinden für den schweizerischen Bundesstaat, d.h. auch für die Bundesorgane,

886 Vgl. Botschaft nBV, 217.

887 Vgl. THÜRER, Bund und Gemeinden, 207; MATTER, Gemeinden, 33 ff.

888 RHINOW/SCHEFER, Verfassungsrecht, Rz. 642. Weiterführend zur Entstehungsgeschichte und zur rechtlichen Tragweite dieser Verfassungsnorm insb. KÖLZ/KUSTER, Städteartikel, *passim*; vgl. sodann KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar zu Art. 50 BV, Rz. 16 ff.

889 KÖLZ/KUSTER, Städteartikel, 168. Zum Verständnis der Begriffe „Stadt" und „Agglomeration" vgl. etwa KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar zu Art. 50 BV, Rz. 20 f. m.H.

zeugt.[890] Wenn in Teilen der Lehre argumentiert wird, die Rücksichtnahme ersetze die „vom Verfassungsgeber verworfene Forderung nach Bindung des Bundes an die Gemeindeautonomie“[891], so lässt sich dieser Schluss weder auf den Wortlaut des Art. 50 BV stützen, noch ergibt er sich aus dem inneren Zusammenhang dessen einzelner Abschnitte. Diese Forderung wurde vom Verfassungsgeber denn auch gar nicht verworfen (s. vorne, § 11.V.C). Den Materialien sind keine Hinweise zu entnehmen, dass die Rücksichtnahmepflichten eine Kompensationsmassnahme waren. Schon die Motionen Loretan, Züger und von Allmen forderten sowohl eine Bindung des Bundes an die Gemeindeautonomie als auch eine Rücksichtnahmepflicht.[892]

Von Bedeutung ist im weiteren systematischen Zusammenhang, *dass die Rollen im dritten Verfassungstitel klar verteilt sind*. Auch wenn in der neuen Bundesverfassung im Gegensatz zur aBV klar zum Ausdruck kommt, dass der Bundesstaat auf einer weiter gefassten föderativen Ordnung beruht, die auch die Gemeinden als dritte Teilhaber einbezieht, sind doch der Bund und die Kantone die beiden hauptsächlichen föderalistischen Partner. Die Bundesverfassung konzipiert eine *asymmetrisch dreistufige Bundesstaatlichkeit*.[893] Diese Asymmetrie zeigt sich schon innerhalb des Gemeindeartikels und zwar insofern, als die statuierten Beachtungs- und Rücksichtnahmepflichten lediglich den Bund in die Pflicht nehmen. Sie drückt sich zudem in der von KÖLZ als Systemwidrigkeit[894] bezeichneten Tatsache aus, dass sich der Gemeindeartikel im 3. Verfassungstitel „Bund, Kantone und Gemeinden“ findet, hingegen in dessen 1. Kapitel „Verhältnis von Bund und Kantonen“ eingegliedert ist. Diese Systematik wird erst vor dem Hintergrund des Ringens um die verfassungsrechtliche Stellung der Gemeinden verständlich: Jene Parlamentarierinnen, welche die verfassungsrechtliche Stellung der Gemeinden stärken wollten, versäumten schlicht, neben der Änderung des dritten Verfassungstitels auch die Erwähnung der Gemeinden in dessen 1. Kapitel zu verlan-

890 Vgl. RHINOW/SCHEFER, Verfassungsrecht, Rz. 642.

891 KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar zu Art. 50 BV, Rz. 50.

892 Vgl. Motion Willy Loretan „Föderalistische Zusammenarbeit im Bundesstaat“ vom 22. Juni 1995 (95.3311); Motion Arthur Züger „Föderalistische Zusammenarbeit im Bundesstaat“ vom 22. Juni 1995 (95.3318); Motion Hansueli von Allmen „Föderalistische Zusammenarbeit im Bundesstaat“ vom 19. September 1996 (96.3414). Auch die Textfassung der VK N verlangte bereits sowohl eine Autonomiegarantie als auch besondere Rücksichtnahmepflichten; vgl. Prot. VK N vom 3.-5. September 2007, 40, 46, Antrag Vollmer (Nr. 57).

893 KÄGI-DIENER spricht von einer „doppelten Zweigliedrigkeit“; vgl. KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar zu Art. 50 BV, Rz. 7.

894 KÖLZ, Rechtsgutachten Art. 50 BV, 18; KÖLZ/KUSTER, Städteartikel, 144.

gen.[895] Man kann darin indessen auch einen Hinweis sehen, dass die Gemeinden nicht auf die gleiche Stufe wie die Kantone gestellt werden sollten.[896]

Die wichtigste Feststellung bezüglich der engeren systematischen Stellung des Gemeindeartikels ist allerdings jene, dass diese Verfassungsbestimmung sich im Kapitel über das Verhältnis von Bund und Kantonen, aber nicht in jenem über die Zuständigkeiten (Art. 54 ff. BV) befindet. Dies stellt klar, dass sich aus dem Gemeindeartikel keine neuen, materiellen Bundeskompetenzen ableiten lassen.[897]

B. Bürgerrechte (Art. 37 f. BV)

Schweizerbürgerin oder Schweizerbürger ist, wer das Bürgerrecht einer Gemeinde und das Bürgerrecht eines Kantons besitzt (Art. 37 Abs. 1 BV). *Jede Schweizerin und jeder Schweizer besitzt drei Bürgerrechte dreier staatlicher Ebenen*, die untrennbar miteinander verbunden sind.[898] Hier zeigt sich die traditionsreiche Vorstellung des Staatsaufbaus „von unten nach oben“: Das Bürgerrecht der oberen staatlichen Ebenen beruht auf demjenigen der unteren staatlichen Ebenen, und auf jeder staatlichen Ebene besteht ein besonderes rechtliches Band zwischen der Bürgerin und dem Staatswesen. Die dreigliedrige Bürgerrechtsordnung kommt in Art. 37 Abs. 1 BV – im Unterschied zu Art. 43 Abs. 1 aBV („Jeder Kantonsbürger ist Schweizer Bürger“)[899] – klar zum Ausdruck und verdeutlicht, dass die Gemeinden auf dem gesamten Gebiet der Schweiz die dritte staatliche Ebene bilden.

Der Bürgerrechtserwerb verläuft indessen nur bei der ordentlichen Einbürgerung „von unten nach oben“ (Art. 38 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 12 BüG).[900] Aus der Bürgerrechtsordnung lässt sich nicht ableiten, jeder Kanton müsse sich in mehrere Gemeinden gliedern. Selbst der Extremfall einer Gemeinde, deren Volk und Gebiet mit demjenigen des Kantons zusammenfällt und deren Geschäfte vom Kanton besorgt werden, stünde nicht im Widerspruch zur Bürgerrechtsordnung. Diese setzt die Existenz einer Ge-

---

895 Vgl. Prot. VK N, Sub 3 vom 26./27. März 1997, 1, 13.

896 I.d.S. auch KÖLZ, Rechtsgutachten Art. 50 BV, 18; KÖLZ/KUSTER, Städteartikel, 144.

897 KÖLZ/KÜSTER, Städteartikel, 144; KÖLZ, Rechtsgutachten Art. 50 BV, 18.

898 Vgl. HAFNER/BUSER, St. Galler Kommentar zu Art. 37 BV, Rz. 3; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht, Rz. 1308 ff; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 13 Rz. 26 ff.; SCHAFFHAUSER, Bürgerrechte, Rz. 3 f.

899 Freilich setzte auch die aBV die Existenz und die Untrennbarkeit der drei Bürgerrechte stillschweigend voraus; s. vorne, Teil 1§ 2.VI.

900 Erwerb und Verlust der Bürgerrechte durch Abstammung, Heirat und Adoption werden vom Bund geregelt (vgl. Art. 38 Abs. 1 BV i.V.m. Art. 1 ff. BüG).

meindeebene in jedem Kanton voraus, überlässt jedoch deren Ausgestaltung dem Kanton. Dies ändert indes nichts daran, dass die Gemeinden in den Kantonen regelmässig sowohl in Bezug auf die Zusicherung des Gemeindebürgerrechts als auch hinsichtlich der Verfahrensorganisation erhebliche Autonomie geniessen. Die meisten Kantone benennen das Gemeindebürgerrecht als Grundlage des Kantonsbürgerrechts (vgl. etwa Art. 101 KV SG). Dazu sind sie jedoch nicht verpflichtet.[901]

Das Gemeindebürgerrecht ist, gleich dem Kantonsbürgerrecht, ein „verkümmertes Bürgerrecht" – für beide gilt, dass sich ihre rechtliche Bedeutung fast gänzlich in der Funktion als Grundlage des Schweizer Bürgerrechts erschöpft.[902] Dennoch zeugt die Existenz des Gemeindebürgerrechts von der typisch schweizerischen Konzeption der Gemeinde als selbständige „Urzelle" des demokratischen Staatswesens. Den Gemeinden kommt Staatlichkeit zu: Sie geniessen eine Autonomie, die ihnen als organisierter Verband ermöglicht, eigene Lebensbereiche selbstbestimmt zu gestalten, und sind für alle Aufgaben mit lokalem Bezug zuständig, die nicht Sache des Bundes oder des Kantons sind.[903] Die Dreigliedrigkeit des Bürgerrechts entspricht dem im dritten Verfassungstitel zur Geltung kommenden dreistufigen Staatsaufbau. Die Entwicklung, wonach die Gemeindeautonomie im Einbürgerungsbereich in den letzten Jahren aufgrund eines gewandelten Verständnisses der Rechtsnatur des Einbürgerungsentscheids und einer verstärkten rechtsstaatlichen Kontrolle zunehmend eingeschränkt wurde,[904] vermag die Auslegung des Art. 50 Abs. 1 BV dagegen nicht zu beeinflussen.

Wenn zwischen Art. 37 Abs. 1 BV und Art. 50 Abs. 1 BV praktische Konkordanz hergestellt werden soll, erscheint als gedankliche Verbindung dieser Verfassungsbestimmungen, dass der bundesstaatliche Dualismus durch ein erweitertes Föderalismusverständnis ersetzt wurde, welches auch die Gemeinden als dritte Teilhaber der föderativen Partnerschaft umfasst. Die Neufassung der Bürgerrechtsartikel zeugt davon, dass die Gemeinden als Teil der staatlichen Grundstruktur auch in der Bundesverfassung legitimiert sind. Diese gedankliche Verbindung der Art. 50 Abs. 1 BV und Art. 37 BV spricht dagegen, die verfassungsrechtliche Autonomiegarantie als Gewährleistung

901 So auch BIAGGINI, Kommentar zu Art. 37 BV, Rz. 3.

902 Vgl. AUBERT, Bundesstaatsrecht I, Rz. 938; SCHAFFHAUSER, Bürgerrechte, Rz. 43 m.H.

903 Vgl. KÄGI-DIENER, Zweck und Aufgaben, 528; HANGARTNER, Gemeindeautonomie, 526; BGE 116 Ia 285 E. 3a, 287.

904 S. dazu vorne, Teil 1§ 3.V f. Als jüngstes diesbezügliches Beispiel vgl. den Fall der in Sachen Einbürgerung äusserst widerspenstigen Gemeinde Rheineck, BGE 1D_8/2008, sowie die kritischen Bemerkungen von YVO HANGARTNER, AJP 2009, 1621 ff.

einer *allenfalls* im kantonalen Recht aufzufindenden Garantie zu verstehen. Die Berücksichtigung der Bürgerrechtsordnung spricht dafür, die Gemeindeautonomie als *konstitutives Grundprinzip der Eigenossenschaft* zu begreifen, das die Kantone nach ihren Bedürfnissen ausgestalten, aber nicht abschaffen dürfen.

C. Ausübung der politischen Rechte (Art. 39 BV)

Der Bund regelt die Ausübung der politischen Rechte in eidgenössischen, die Kantone regeln sie in kantonalen *und kommunalen* Angelegenheiten (Art. 39 Abs. 1 BV). Die politischen Rechte werden *am Wohnsitz* ausgeübt (Abs. 2).[905] Dieser sogenannte politische Wohnsitz ist in der Regel *jene Gemeinde*, in welcher der Stimmberechtigte wohnt und angemeldet ist (Art. 3 Abs. 1 BPR). Die erwähnte Zuständigkeit der Kantone, die Stimmrechtsausübung in kantonalen und kommunalen Angelegenheiten zu regeln, ist deklaratorischer Natur; sie besteht ohnedies aufgrund der kantonalen Organisationsautonomie (Art. 47 BV).[906] Das Wohnsitzerfordernis hat die verfahrensrechtliche Bedeutung, dass die in der Schweiz niedergelassenen Stimmberechtigten ihr Stimmrecht in Bund, Kantonen und Gemeinden stets und grundsätzlich am Wohnort wahrnehmen. Es ist daher zwingend, dass alle Stimmberechtigten einer Gemeinde zugeordnet sind, da die Gemeinden die Bundesabstimmungen vollziehen. Auch die Auslandschweizerinnen erhalten eine derartige Gemeinde zugeteilt (eine ihrer Heimat- oder früheren Wohnsitzgemeinden).[907]

Diese Regelung des Art. 39 BV zeigt, dass den Gemeinden nach der schweizerischen Bundesstaatskonzeption durchaus die Rolle von unmittelbaren Vollzugsorganen des Bundesrechts zukommen kann.[908] Sie weist überdies darauf hin, dass sich die schweizerische Demokratie auf allen drei staatlichen Ebenen verwirklichen soll, dass Bund, Kantone und Gemeinden *je drei eigenständige demokratische Gebietskörperschaften* bilden sollen. Wie bereits die Bürgerrechtsordnung spricht Art. 39 BV deshalb klar dafür, die Gemeinden als konstituierende Elemente des Bundesstaates und die *Gemeindeautonomie als konstitutives Grundprinzip der Eigenossenschaft* zu verstehen. Allerdings verdeutlicht Art. 39 BV, dass die Kantone der gemeindlichen Tätigkeit Grenzen

905 Bereits Art. 43 Abs. 2 aBV sah vor, dass der Schweizer Bürger *an seinem Wohnsitz* an allen eidgenössischen Wahlen und Abstimmungen teilnehmen kann. 74 Abs. 4 aBV nahm sodann auf Abstimmungen und Wahlen der Kantone und Gemeinden Bezug.

906 KLEY, St. Galler Kommentar zu Art. 39 BV, Rz. 5.

907 Art. 5 Abs. 1 BPRAS; vgl. dazu KLEY, St. Galler Kommentar zu Art. 39 BV, Rz. 7 ff.

908 So auch THÜRER, Bund und Gemeinden, 209, in Bezug auf Art. 43 Abs. 2 aBV.

setzen, indem er deren Kompetenz zur Regelung der Ausübung der politischen Rechte in kommunalen Angelegenheiten erwähnt.

D. Rechtsschutz (Art. 189 Abs. 1 lit. e BV)

Nach Art. 189 BV, der die Hauptaufgaben des Bundesgerichts umschreibt, beurteilt dieses Streitigkeiten wegen Verletzung „der Gemeindeautonomie und anderer Garantien der Kantone zu Gunsten von öffentlich-rechtlichen Körperschaften" (Abs. 1 lit. e). Der Wortlaut dieser Norm führt zum scheinbar logischen Schluss, die Gemeindeautonomie stelle eine kantonale Garantie dar,[909] und dient zur Untermauerung der Lehrmeinung, die Gemeindeautonomie werde durch den Bund ausschliesslich durch die Autonomiebeschwerde ans Bundesgericht gewährleistet.[910] Das historische Element zeigt auf, dass Art. 189 Abs. 1 lit. e BV ausschliesslich betonen sollte, dass sich der Inhalt der Selbständigkeit erst aus dem kantonalen Recht ergibt (s. vorne, § 11.V.A.1). Um praktische Konkordanz mit Art. 189 Abs. 1 lit. e BV herzustellen, braucht Art. 50 Abs. 1 BV deshalb nicht als Gewährleistung einer kantonalen Garantie verstanden zu werden. Dies gelingt auch bei einem Verständnis der Gemeindeautonomie als Garantie der Bundesverfassung, deren Inhalt durch die Kantone festgelegt wird.

Dass die Gemeindeautonomie indessen bei den Zuständigkeiten des Bundesgerichts erwähnt wird, zeugt von ihrer Eigenschaft als *justiziable Garantie zu Gunsten der kommunalen öffentlich-rechtlichen Körperschaften*. Die Gemeindeautonomie ist eine subjektive Rechtsposition, d.h. der berechtigten Gemeinde steht die Macht zu, Pflichtverletzungen zwangsweise durchsetzen zu lassen oder darauf zu verzichten.[911] Dass die Gemeindeautonomie in der Justizverfassung prominent erscheint, zeugt von ihrer politischen Bedeutung (je nach Zuordnung zum eidgenössischen oder kantonalen Recht wäre eine Subsumtion unter Art. 189 Abs. 1 lit. a oder lit. d möglich gewesen), ist aber auch Ausdruck der prozeduralen Besonderheiten der Autonomiebeschwerde, deren verfassungsrechtliche Grundlage Art. 189 Abs. 1 lit. e BV bildet.

Art. 189 Abs. 1 lit. e BV spricht tendenziell gegen die Anerkennung eines bundesrechtlichen Autonomiekerns. Dies nicht, weil die Eigenschaft der Gemeindeautonomie

---

909 Vgl. statt vieler HALLER, St. Galler Kommentar zu Art. 189 BV, Rz. 35.

910 Vgl. BIAGGINI, Kommentar zu Art. 50 BV, Rz. 7; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 17 Rz. 4.

911 Vgl. dazu SCHLUEP, Rechtstheorie, § 4 Rz. 471; KÄLIN, Beschwerde, 63 ff.

als subjektive Rechtsposition mit einem Kerngehalt unvereinbar wäre,[912] sondern weil Art. 189 Abs. 1 lit. e BV bezeugt, dass die Gemeindeautonomie materiell durch das kantonale Recht bestimmt werden soll. Zudem kann die Hervorhebung der Gemeindeautonomie an dieser Stelle der Verfassung auch als Hinweis dafür gelesen werden, dass die Gewährleistung durch den Bund primär durch die Öffnung des Rechtswegs ans Bundesgericht erfolgen soll.[913]

E. Weitere Verfassungsnormen

Die Gemeinden werden in der Bundesverfassung als *dritte föderative Partner anerkannt.* Sie werden jedoch, obgleich im dritten Verfassungstitel prominent aufgeführt (Bund – Kantone – Gemeinden), abgesehen von den bereits erwähnten Bestimmungen nur vereinzelt in der Verfassung erwähnt.

Im Kontext der Energiepolitik verpflichtet die Verfassung den Bund, den Anstrengungen der Gemeinden Rechnung zu tragen (Art. 89 Abs. 5 BV). Im Rahmen der Konjunkturpolitik werden die Kantone wie auch die Gemeinden mit eingebunden (Art. 100 Abs. 4 BV).[914] In der Finanzverfassung wird der Bund verpflichtet, bei der Festsetzung der Tarife für die direkten Steuern auf die Belastung durch die direkten Steuern der Kantone und Gemeinden Rücksicht zu nehmen (Art. 128 Abs. 2 BV)[915] und für zuständig erklärt, die Grundsätze über die Harmonisierung der direkten Steuern von Bund, Kantonen und Gemeinden festzulegen (Art. 129 Abs. 1 BV). Die Bundesverfassung verbietet sodann Kantonen und Gemeinden, mit gleichartigen Steuern zu belasten, was die Bundesgesetzgebung als Gegenstand der Mehrwertsteuer, der besonderen Verbrauchssteuern, der Stempelsteuer und der Verrechnungssteuer bezeichnet oder für steuerfrei erklärt (Art. 134 BV).

Wie schon der dritte Verfassungstitel und dessen Gemeindeabschnitt bringen diese Bestimmungen zum Ausdruck, dass die Gemeinden die dritten Teilhaber der föderativen Partnerschaft darstellen. Gerade die Rücksichtnahmepflicht im Bereich der Energiepolitik – ein Tätigkeitsbereich, in dem die Gemeinden wichtige Akteure sind – so-

912 So handelt es sich ja auch bei den Grundrechten um subjektive Rechtspositionen, denen aber ein Kerngehalt zugesprochen wird (Art. 36 Abs. 4 BV).

913 Die historische Auslegung bestätigt dies klar, s. vorne, Teil 3§ 11.V.F.

914 Vgl. BIAGGINI, Kommentar zu Art. 100 BV, Rz. 8.

915 Das föderalistische Prinzip verhält sich hier harmonisch zum Ziel der begrenzten Belastung der Steuerpflichtigen; vgl. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel I, Rz. 1131; VALLENDER, St. Galler Kommentar zu Art. 128 BV, Rz. 24 f.

wie die verfassungsrechtliche Verpflichtung, eine konjunkturgerechte Finanzpolitik zu betreiben, weisen darauf hin, dass die Gemeinden eine wichtige Rolle bei der Aufgabenerfüllung im Bundesstaat wahrnehmen. Aufschlussreich ist sodann, dass die *Finanzverfassung wie selbstverständlich davon ausgeht, dass allen drei staatlichen Ebenen Steuerhoheit zukommt*. Dies entspricht der bundesstaatlichen Realität, geniessen doch die Gemeinden in sämtlichen Kantonen eine mehr oder weniger ausgeprägte Steuerautonomie und teilen sich doch traditionellerweise Bund, Kantone und Gemeinden das Steuersubstrat.[916] Allerdings räumen die Bestimmungen der Finanzverfassung den Gemeinden nicht direkt einen Anspruch auf finanzielle Autonomie ein.[917]

Wichtig ist sodann die Feststellung, dass *die Bundesverfassung den Gemeinden keine Kompetenzen* zuweist. In jenen Bestimmungen, in denen die Gemeinden besonders erwähnt werden, werden entweder dem Bund Rücksichtnahmepflichten auferlegt (Art. 89 Abs. 5 und Art. 128 Abs. 2 BV), oder aber die Gemeinden werden zu bestimmten Handlungen verpflichtet (Art. 100 Abs. 4 und Art. 134 BV).

III. Bundesstaatsprinzip

Die *Strukturprinzipien* bezeichnen die prägenden Kennzeichen der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Hierzu zählen primär *das Demokratie-, das Rechtsstaats-, das Bundesstaats- und das Sozialstaatsprinzip*.[918] Die Strukturprinzipien sind Normideen hinter Gruppen positiver Verfassungsvorschriften gleicher Orientierung und entfalten als Auslegungshilfe normative Kraft. Die Zuordnung einer Verfassungsbestimmung zu „ihrem" Strukturprinzip lässt Schlüsse auf den Sinngehalt der Norm zu.[919]

Die verfassungsrechtliche Autonomiegarantie ist vordringlich dem *Bundesstaatsprinzip* zuzuordnen. Dies zeigt der Standort des Art. 50 BV im ersten Kapitel des dritten Verfassungstitels, in dem die *Grundprinzipien schweizerischer Bundesstaatlichkeit* verdeutlicht werden. Die Kennzeichen moderner schweizerischer Bundesstaatlichkeit werden im Grundlagenteil dargelegt (s. vorne, Teil 1§ 1.III). Der Bundesstaat verbindet die Gliedstaaten mit ihren gewachsenen Eigenarten, ihren verschiedenen Sprachen und Kulturen zur schweizerischen Willensnation. Das föderalistische Prinzip fordert, innerhalb der notwendigen Einheit möglichst ausgeprägte Vielfalt zuzulassen. Kernan-

916 Vgl. BEHNISCH, St. Galler Kommentar zu Art. 129 BV, Rz. 5.

917 Vgl. BEHNISCH, St. Galler Kommentar zu Art. 129 BV, Rz. 6.

918 Vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht, Rz. 168 ff.; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 6; MASTRONARDI, Verfassungslehre, Rz. 747 ff.; Botschaft nBV, 14.

919 TSCHANNEN, Verfassungsauslegung, Rz. 19; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 6 Rz. 5 f.

liegen des Bundesstaates ist die „Einrichtung politischer und kultureller Multizentralität“[920]. Die Gemeindeautonomie erscheint als *selbständiges Element des schweizerischen Föderalismus und verstärkt die Wirkung des föderativen Prinzips*. Die Überlassung eigenständigen Regelungsspielraums an die Gemeinden wie auch deren Einbezug in den „Vollzugsföderalismus“ schaffen Raum für lokale Vielfalt, Möglichkeiten der kollektiven Mitgestaltung und erhöhen die politische Autonomie und die persönliche Freiheit der Bürgerinnen und Bürger.[921]

Die Bundesverfassung verankert einen partnerschaftlichen Föderalismus, der die Dreistufigkeit des Bundesstaates hervorhebt. Die charakteristischen Pfeiler schweizerischer Bundesstaatlichkeit verdeutlichen indessen auch die *Asymmetrie im Verhältnis von Bund, Kantonen und Gemeinden*. Die Kantone bilden mit dem Schweizervolk die höchste verfassungsgebende Gewalt (Art. 1 BV). Sie sind eigenständige Gliedstaaten mit Verfassungs-, Organisations- und Aufgabenautonomie (Art. 3 und 47 BV). Die Kompetenzen werden auf Bund und Kantone aufgeteilt (vgl. Art. 3, 42 ff. sowie 128 ff. BV), das Bundesrecht wird von den Kantonen umgesetzt (Art. 46 BV), die Mitwirkungsrechte stehen den Kantonen zu (Art. 45, 55 f. BV). Der föderalistische „Partnerschaftsartikel“ (Art. 44 BV) wendet sich an Bund und Kantone (wobei die Gemeinden mitgemeint sind). Nach wie vor erscheinen Bund und Kantone somit als die zentralen föderalistischen Partner in der Bundesverfassung.[922]

Die Zuordnung des Art. 50 Abs. 1 BV zum Bundesstaatsprinzip lässt Rückschlüsse auf den Gehalt dieser Verfassungsnorm zu. Die integrative Verfassungsauslegung fordert ein Verfassungsverständnis, das der Bedeutung der Gemeinden als dritte staatliche Ebene gerecht wird, gleichzeitig aber die Eigenständigkeit der Kantone und ihre Rolle als *Drehscheibe und Mittelpunkt des föderalistischen Systems* nicht untergräbt.[923] So entspricht es durchaus dem föderalistischen Prinzip, dass Art. 50 Abs. 1 BV die Gemeindeautonomie „nach Massgabe kantonalen Rechts“ garantiert: Die Kantone, nicht der Bund, sollen den Inhalt und das Mass der Gemeindeautonomie festlegen – die Regelung des Gemeindewesens fällt in ihren Kompetenzbereich. Die kantonale Eigenständigkeit (Art. 47 BV) ist ein zentraler Pfeiler des schweizerischen Föderalismus.

920 TSCHANNEN, Staatsrecht, § 6 Rz. 40.

921 Vgl. IMBODEN, Föderalismus, 220; MATTER, Gemeinde, 34; SALADIN, Bund und Kantone, 502 f.; THÜRER, Bund und Gemeinden, 300; s. vorne, Teil 1§ 3.III.

922 Vgl. BIAGGINI, Kommentar BV, 3. Abschnitt: Gemeinden, Rz. 2; KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar zu Art. 50 BV, Rz. 7.

923 Vgl. die Begrifflichkeiten bei THÜRER, Bund und Gemeinden, 293 und 297.

Die integrierende Sichtweise verbietet es, aus dem Gemeindeartikel eine Kompetenz des Bundes zur Regelung des Gemeindewesens abzuleiten. Der Gemeindeartikel steht nur in einem positiven Verhältnis zum föderalistischen Prinzip, wenn er nicht isoliert verstanden oder gar verabsolutiert wird. Weil im Bundesstaat das Prinzip *der vertikalen Konkordanz* verwirklicht werden soll,[924] wäre eine übermässige bundesrechtliche Autonomiegarantie nicht föderalistisch begründbar, sondern setzte sich dem Vorwurf ungebührlichen Eingreifens in die kantonale Organisationshoheit aus.

Die Gemeindeautonomie steht auch in Beziehungen mit den anderen Strukturprinzipien der Verfassung. Darauf wird an dieser Stelle jedoch nicht eingegangen. Die demokratische und rechtsstaatliche Funktion der Gemeindeautonomie bilden einen wesentlichen Teil der teleologischen Auslegung (s. hinten, § 14.II.A).

IV. Begriffe im Verfassungskontext

A. Gewährleistung

Gewährleisten meint: Etwas garantieren, für etwas einstehen müssen, etwas sichern. Daraus lassen sich noch keine Schlüsse ziehen über die *Mittel*, mit denen diese Gewährleistung umzusetzen ist. Die Bundesverfassung verwendet den Gewährleistungsbegriff in zahlreichen Bestimmungen (vgl. insbesondere die Art. 14 ff., 26 f., 34, 50 f. und 93 BV). Sie formuliert in diesen Fällen – meist werden Grundrechte gewährleistet – durchwegs *rechtlich bindende Versprechen im Sinne einer Garantie*. Wie bereits die Wortbedeutung des Gewährleistungsbegriffs und der historische Wille des Verfassungsgebers (s. vorne, § 11.V.F) ist dies erneut ein klarer Hinweis dafür, dass Art. 50 Abs. 1 BV mehr als nur deklaratorische Bedeutung zukommt. Ein *ausschliesslich* auf den gerichtlichen Rechtsschutz (Art. 189 Abs. 1 lit. e BV) bezogenes Verständnis des Gewährleistungsbegriffs stünde in der Verfassung isoliert da. Denn in aller Regel werden *objektive Prinzipien* gewährleistet, die sowohl eine justiziable Dimension (oder anders gesagt: subjektiv-rechtlichen Charakter) haben als auch programmatisch als Gestaltungsprinzipien in die Rechtsordnung hineinwirken.[925]

B. Autonomie

Der Begriff der Autonomie ist in der Schweiz stark vom Begriff der Gemeindeautonomie besetzt. Die Bundesverfassung verwendet ihn jedoch auch in den Art. 47 Abs. 2

924 Vgl. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 42-135 BV, Rz. 2.

925 Vgl. MÜLLER, Grundrechte, Rz. 3; SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 35 BV, Rz. 8 f.

(kantonale Organisationsautonomie), 63a Abs. 3 (Autonomie der Hochschulen) und in Art. 93 Abs. 3 (Programmgestaltungsautonomie von Radio und Fernsehen). In mehrerer Hinsicht aufschlussreich ist, dass die deutsche Fassung des Art. 47 Abs. 1 BV von der *Eigenständigkeit* der Kantone spricht, um zu betonen, dass sich die Stellung der Kantone von jener der Gemeinden unterscheidet, im französischen und italienischen Text aber dennoch – „faute de mieux" – von autonomie/autonomia die Rede ist.[926] Einerseits verdeutlicht dies, dass die kantonale Aufgaben-, Organisations- und Finanzautonomie eine qualitativ andere Eigenständigkeit ist als die Gemeindeautonomie. Andererseits zeugt die Verwendung des Autonomiebegriffs sowohl in Art. 50 BV wie auch in Art. 47 BV jedoch davon, dass weder den Kantonen noch den Gemeinden ein Status als blosse „Selbstverwaltungskörper"[927] zukommt, sondern dass allen drei staatlichen Ebenen in unterschiedlicher Art und Abstraktion Staatlichkeit zugeordnet werden kann.[928] Der Autonomiebegriff wird mithin in der Bundesverfassung in unterschiedlichen Kontexten verwendet, dabei aber stets umfassend im Sinne von (unterschiedlich ausgeprägter) *Eigenständigkeit/Selbständigkeit* verstanden.[929]

V. Gemeinden in der Bundesgesetzgebung

A. Bundesdurchgriffe

Der *Verfassungsgrundsatz der Mediatisierung* der Gemeinden besagt, dass die Kantone die Beziehungen zwischen Bund und Gemeinden vermitteln, der Bund sich deshalb grundsätzlich an die Kantone richtet und die Gemeinden jeweils mit anspricht.[930] Die Kantone setzen das Bundesrecht um und der Bund überlässt ihnen dabei möglichst grosse Gestaltungsfreiheit (Art. 46 BV). Der Bund hat demzufolge die innerkantonale Aufgabenverteilung grundsätzlich dem Kanton zu überlassen. Die Bundesgesetzgebung ist indessen nicht „gemeindeblind"[931]. Es besteht eine stattliche Zahl sogenannter *Bundesdurchgriffe*. Dabei handelt es sich um rechtlich verbindliche Einwirkungen des Bundes auf die Gemeinden respektive organisations- und verfahrensrechtliche Bun-

926 Vgl. AUBERT, Petit Commentaire ad Art. 47 CF, Rz. 1; BIAGGINI, Kommentar zu Art. 47 BV, Rz. 2; KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar zu Art. 47 BV, Rz. 5.

927 So insb. die Sicht von FLEINER/GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht, 47 ff.

928 Vgl. auch KÄGI-DIENER, Zweck und Aufgaben, 526; s. auch hinten, Teil 4§ 17.

929 Vgl. z.B. EHRENZELLER/SAHLFELD, St. Galler Kommentar zu Art. 63a BV, Rz. 19.

930 Vgl. BIAGGINI, Kommentar BV, 3. Abschnitt: Gemeinden, Rz. 2; SEILER, Gemeinden, Rz. 8; PFISTERER, Vielfalt und Einheit, 717

931 SEILER, Gemeinden, Rz. 7.

desvorschriften, die direkt Bezug auf die Gemeinden nehmen. Dabei stehen Vollzugsanordnungen des Bundesgesetzgebers im Vordergrund.[932]

Im Bundesrecht finden sich verschiedene Bestimmungen, die *direkt den Gemeinden Vollzugsaufgaben auferlegen*. So verpflichtet der Bund die Gemeinden, den kantonalen Militärbehörden die Stellungspflichtigen jährlich unentgeltlich zu melden (Art. 11 Abs. 1 MG), Bundesabstimmungen durchzuführen (Art. 3 f. BPR),[933] bei Enteignungsverfahren Pläne aufzulegen,[934] bei der Durchführung von Bundeserhebungen mitzuwirken (Art. 7 BStatG) und weitere administrative Aufgaben zu übernehmen.

Hinzu treten Bestimmungen, welche den Gemeinden für *Not- und Ausnahmesituationen* eine besondere Verantwortung zuweisen.[935] So haben die Gemeinden sicherzustellen, dass die Bevölkerung alarmiert werden kann, und sie müssen für die ständige Betriebsbereitschaft und den Unterhalt ihrer Alarmierungsmittel sorgen.[936] Sie müssen für ausgerüstete öffentliche Schutzräume sorgen (Art. 46 Abs. 2 BZG), den Truppen und den Tieren der Armee Unterkunft gewähren und den Truppen ihre Schiessanlagen zur Verfügung stellen (Art. 131 ff. MG). Bis vor wenigen Jahren wurden die Gemeinden im Zivilschutzgesetz sogar noch als „Hauptträger des Zivilschutzes auf ihrem Gebiet“[937] bezeichnet. Gemäss dem Konzept des neuen BZG bestimmen die Kantone über die Aufgabenverteilung zwischen Kantonen und Gemeinden.[938]

Insbesondere im *Umweltschutz- und Planungsrecht* finden sich sodann zahlreiche Inpflichtnahmen der Gemeinden. Das Gewässerschutzgesetz verpflichtet die Kantone,

---

932 Vgl. THÜRER, Bund und Gemeinden, 213; KÖLZ/KUSTER, Städteartikel, 153.

933 S. zur Bedeutung des Art. 39 BV bereits vorne, Teil 3§ 12.II.C; vgl. aus der Bundesgesetzgebung insbesondere Art. 3 Abs. 1 BPR („Die Stimmabgabe erfolgt am politischen Wohnsitz, nämlich in der Gemeinde, wo der Stimmberechtigte wohnt und angemeldet ist. Fahrende stimmen in der Heimatgemeinde“) sowie Art. 4 BRP (Stimmregister) und Art. 14 BPR (Abstimmungsprotokoll).

934 Vgl. die Art. 29 Abs. 4, 30 und 35 des Enteignungsgesetzes vom 20. Juni 1930 (SR 711); weitere Planauflagepflichten finden sich z.B. in Art. 14 Abs. 4 des Nationalstrassengesetzes vom 8. März 1960 (SR 725.11); Art. 43 Abs. 1 des Luftfahrtgesetzes vom 21. Dezember 1948 (SR 748.0).

935 Diese Mitverantwortung der Gemeinden für die Bewältigung von Krisensituationen ist historisch betrachtet eine Konstante der schweizerischen Bundesstaatlichkeit und kam in der Kriegswirtschaftsgesetzgebung des Bundes während der Weltkriege besonders zur Geltung; vgl. auch THÜRER, Bund und Gemeinden, 216 ff; s. vorne, Teil 1§ 2.VI.

936 Art. 17 der Alarmierungsverordnung vom 5. Dezember 2003 (SR 520.12).

937 Art. 10 Abs. 1 des Zivilschutzgesetzes vom 23. März 1962 (aSR 520.1). Dasselbe Gesetz betraute die Gemeinden mit dem Aufbau örtlicher Schutzorganisationen, Ausbildungspflichten, Bauaufgaben und der Pflicht zur Leistung nachbarlicher Hilfe; vgl. THÜRER, Bund und Gemeinden, 222.

938 Vgl. Art. 1, 3 f. und 6 BZG; BBl 2002 1706 f.; vgl. auch die Hinweise bei REISER, Communes genevoises, 40 ff.

für eine *kommunale* Entwässerungsplanung zu sorgen.[939] Aus Art. 1 RPG geht hervor, dass die Raumplanung eine von Bund, Kantonen *und Gemeinden* zu tragende und im gegenseitigen Zusammenspiel wahrzunehmende Aufgabe ist. Den Gemeinden wird eine Planungspflicht auferlegt (Art. 2 RPG), es wird eine generelle Baubewilligungspflicht angeordnet und ausgestaltet (Art. 22 ff. RPG). Die mit Planungsaufgaben betrauten Behörden müssen darauf achten, den ihnen nachgeordneten Behörden Ermessensspielraum zu lassen (Art. 2 Abs. 3 RPG). Wenn auch diese Bestimmung nicht bedeutet, dass das Mass der Gemeindeautonomie durch Bundesrecht verbindlich umschrieben sei, bringt sie doch zum Ausdruck, dass die Kantone den Gemeinden bei der Erfüllung ihrer Aufgaben Spielraum überlassen sollen.[940]

Diese Aufzählung ist nicht abschliessend. In Ausnahmefällen werden die Gemeinden sogar bundesrechtlich dazu ermächtigt, eine im Vergleich zum Kanton eigenständige Politik zu betreiben. So müssen die Kantone nach der Regelung des Art. 13 BewG ein Verfahren vorsehen, welches den Gemeinden erlaubt, auf ihrem Gebiet von sich aus den Erwerb von Ferienwohnungen durch Personen im Ausland einzuschränken.[941] Jüngst hat sodann das Bundesgericht entschieden, das BVG räume den Gemeinden als Arbeitgeberinnen die Befugnis ein, zur Durchführung der beruflichen Vorsorge ihres Personals eine eigene Vorsorgeeinrichtung zu errichten; in diese auf die Art. 11 und 50 f. BVG gestützte Kompetenz dürften die Kantone nicht eingreifen.[942]

B. Mitwirkungsrechte

Die erwähnten Rücksichtnahmepflichten des Bundes (Art. 50 Abs. 2 und 3 BV) haben zu einer besseren Mitbeteiligung der Gemeinden am Willensbildungs- und Entscheidverfahren im Bund geführt.[943] Art. 4 Abs. 2 lit. c VlG erhebt die gesamtschweizeri-

---

939 Art. 7 Abs. 3 GschG.

940 Vgl. HÄNNI, Planungs-, Bau- und Umweltrecht, 104 f.; THÜRER, Bund und Gemeinden, 223; weiterführend zur Raumplanung LENDI, St. Galler Kommentar zu Art. 75 BV, m.w.H.

941 Vgl. Art. 13 Abs. 1 und 2 des BG über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 16. Dezember 1983 (sog. „Lex Koller", SR 211.412.41). Zur Problematik dieser Bestimmung s. hinten, Teil 4§ 20.III.C.

942 BGE 135 I 28 E. 5.5, 41 f. Es ist allerdings fraglich, ob eine *verfassungskonforme Auslegung* des BVG im Lichte des Art. 50 Abs. 1 BV nicht zu einem anderslautenden Entscheid hätte führen müssen. Auf diese Problematik ging das Bundesgericht nicht ein.

943 Die Gemeinden waren schon vorher an der Willensbildungs- und Entscheidverfahren im Bunde beteiligt, was nicht zuletzt die Entstehungsgeschichte des heutigen Gemeindeartikels mit aller Deutlichkeit zu Tage brachte. Dies geschah (und geschieht so bis heute) durch die (informelle) Präsenz in der Bundesversammlung, die sich aus der für die Mitglieder des schweizerischen Milizparlaments typischen Ämterfolge und Ämterkumulation ergibt, durch die für die Interessen der

schen kommunalen Dachverbände[944] in den Rang obligatorischer Vernehmlassungsadressaten. Damit wird sichergestellt, dass die Gemeinden jeweils im Voraus auf allfällige Probleme, insbesondere im Vollzugsbereich, hinweisen können. Dem Ziel, eine sachlich bessere Problemlösung zu erreichen,[945] dient auch Art. 141 Abs. 2 lit. f ParlG, der den Bundesrat verpflichtet, in seinen Botschaften zuhanden der Bundesversammlung die personellen und finanziellen Auswirkungen eines Erlasses und seines Vollzugs auf Bund, Kantone *und Gemeinden* darzulegen. Dadurch werden Verwaltung, Bundesrat und Parlament veranlasst, den Vollzugsprozess auch mit Blick auf dessen Bedeutung für die Gemeinden zu planen.[946]

Wichtig sind in diesem Kontext die Richtlinien des Bundesrates *betreffend die Zusammenarbeit zwischen dem Bund, den Kantonen und den Gemeinden* (RL ZA). Diese fordern die Verstärkung der vertikalen Zusammenarbeit zwischen Bund, Kantonen und Gemeinden (Art. 1). Der Bund hat die möglichen Auswirkungen auf die Gemeinden auf Städte und Gemeinden systematisch zu berücksichtigen (Art. 2). Die Gemeinden sollen sich angemessen an der Arbeit von Expertenkommissionen und Arbeitsgruppen beteiligen können. Die Stellungnahmen ihrer Verbände im Vernehmlassungsverfahren werden besonders gewichtet (Art. 7). Direktkontakte zwischen Bund und Gemeinden sind möglich, finden aber grundsätzlich in einem tripartiten Rahmen unter Einbezug der Kantone statt (Art. 8).

Der Bund hat das Informationsnetz folgerichtig in einem dreiseitigen Informationsverbund ausgestaltet. In Umsetzung des Art. 50 Abs. 3 BV wurde am 20. Februar 2001 eine Vereinbarung zwischen Bund, Kantonen und Gemeinden geschlossen zur Bildung der *Tripartiten Agglomerationskonferenz (TAK),* welche den drei staatlichen Ebenen als Kontakt- und Kooperationsplattform dient und die Entwicklung einer gemeinsamen

---

Gemeinden wichtige „Lobbyarbeit" der Kommunalverbände, sowie durch die Teilhabebefugnisse an den die Gemeinden betreffenden Planungs- Bewilligungs- und anderen Verwaltungsverfahren des Bundes bzw. an den entsprechenden Rechtsmittelverfahren; vgl. dazu ausführlich THÜRER, Bund und Gemeinden, §§ 24 und 25.

944 Gegenwärtig bestehen folgende Dachverbände: Schweizerischer Gemeindeverband (SGV), Schweizerischer Städteverband (SSV), Schweizerische Arbeitsgemeinschaft für Berggebiete (SAB). Möchte der Bund eine Stellungnahme der Gemeinden oder sucht er ihre Zusammenarbeit, wendet er sich in der Regel an diese Verbände; vgl. Ziff. 7 Abs. 3 RL ZA; SÄGESSER, Kommentar zu Art. 4 VlG, Rz. 65.

945 Vgl. KÖLZ/KUSTER, Städteartikel, 164; KÖLZ, Rechtsgutachten Art. 50 BV, 55; SÄGESSER, Kommentar zu Art. 4 VlG, Rz. 62 ff.

946 KÖLZ/KUSTER, Städteartikel, 160; KÖLZ, Rechtsgutachten Art. 50 BV, 51 f..

Agglomerationspolitik bezweckt.[947] Als besondere Form der Mitwirkungsrechte sind sodann die in zahlreichen Bundesgesetzen aufzufindenden besonderen Beschwerderechte der Gemeinden zu nennen.[948]

C. Zwischenfazit

Die Bundesgesetzgebung ist nicht gemeindeblind. Sie wendet sich teils direkt an die Gemeinden, überantwortet ihnen einige wichtige Vollzugsaufgaben und räumt ihnen Mitwirkungsrechte ein. Die Gemeinden werden auf gesetzlicher Ebene also noch stärker, als dies bereits in der Verfassung geschieht, in die gesamtstaatliche Rechtsordnung integriert. Wie bereits die Bundesverfassung zeugt die Bundesgesetzgebung davon, dass die schweizerische Bundesstaatlichkeit auf einem föderalistischen Ordnungsprinzip beruht, das entsprechend der historischen Entwicklung des Landes den Gemeindeföderalismus mitumfasst.[949] Die Erkenntnis, dass die Gemeinden in erheblichem Masse Bezüge auch zur Bundesgesetzgebung aufweisen, spricht dafür, die Gemeindeautonomie als *konstitutives Grundprinzip der Eidgenossenschaft* und Art. 50 Abs. 1 BV nicht als Garantie einer (fakultativen) kantonalen Rechtsfigur zu begreifen.[950] Wenn die Gemeinden wie dargetan auch vom Bund in die Pflicht genommen werden, ist sodann nicht ersichtlich, weshalb sich die verfassungsrechtliche Autonomiegarantie nicht auch gegen den Bund selber richten sollte.

VI. Wechselwirkungen

Das Rechtsprinzip Gemeindeautonomie entfaltet seine Wirkung im Zusammenspiel mit anderen Normen. Insbesondere die Frage, in welchen Fällen eine *Autonomieverletzung* anzunehmen ist, kann nur beantworten, wer die Wechselwirkungen des Art. 50 Abs. 1 BV mit anderen Verfassungsgrundsätzen, verfassungsmässigen Rechten und dem kantonalen Recht untersucht. In die folgende Darlegung der zentralen Wechselwirkungen fliessen auch grammatikalische, historische sowie teleologische Elemente

947 Vgl. ausführlich zur Agglomerationspolitik des Bundes KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar zu Art. 50 BV, Rz. 24 ff. m.w.H. Zur notwendigen Institutionalisierung der TAK und zur Schaffung eines Bundesgesetzes über die vertikale Zusammenarbeit s. hinten, Teil 4§ 20.IV.D

948 Vgl. beispielsweise Art. 12 Abs. 1 lit. a NHG; Art. 34 Abs. 2 RPG; Art. 2 Abs. 3bis SVG; Art. 14 Abs. 1 lit. a FWG; Art. 57 USG; Art. 46 Abs. 3 WaG.

949 So schon THÜRER, Bund und Gemeinden, 209, noch unter Geltung der aBV.

950 Um diese Aussage an zwei Beispielen zu verdeutlichen: Es ist schwer vorstellbar, wie sich die traditionelle Sicht, die Kantone könnten auf eine Gliederung in Gemeinden auch verzichten, mit der sich aus Art. 7 Abs. 3 GSchG fliessenden Pflicht der Kantone, für eine *kommunale* Entwässerungsplanung zu sorgen, oder mit der aus Art. 3 BPR folgenden Regelung, wonach die Stimmabgabe grundsätzlich in der *Wohngemeinde* erfolgt, vereinbaren lassen sollte.

ein. Weil der Verfassungsgeber am gemeineidgenössischen Autonomierecht anknüpfen wollte, ist die bundesgerichtliche Praxis ebenfalls zu berücksichtigen.

A. Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 BV)

Die Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns gemäss Art. 5 BV sind Verfassungsgrundsätze. Sie begründen für sich selbst keine verfassungsmässigen Rechte.[951] Die verfassungsmässige Autonomiegarantie entfaltet erst dank der Verbindung zu diesen Verfassungsgrundsätzen ihre Kraft.

1. Legalitätsprinzip

1.1 Grundlegung

Das Recht ist die Grundlage und Schranke staatlichen Handelns (Art. 5 Abs. 1 BV). Staatliches Handeln muss sich auf eine Rechtsgrundlage stützen und darf rechtliche Schranken nicht überschreiten. Dies ist der Rechtsstaat im formellen Sinn. Der Rechtsstaat im materiellen Sinn, die Ausrichtung des Rechts auf Menschenrechte, Demokratie und eine gerechte Sozialordnung, ist insofern mitgedacht, als demokratisch legitimiertes sowie auf Freiheit und Sicherheit der Menschen ausgerichtetes Recht vorausgesetzt wird. Der Terminus „Recht“ in Art. 5 Abs. 1 BV umfasst „alles Recht“, unabhängig von seiner Normstufe, der Textualisierung oder der Herkunft.[952]

Art. 5 Abs. 1 BV postuliert eine allseitige Verbindlichkeit des Rechts und verlangt, dass sämtliches staatliches Handeln auf einer Grundlage in einer hinreichend bestimmten generell-abstrakten Norm beruht und die dadurch gesetzten Schranken nicht überschreitet. Die Bestimmung verankert also nicht das Legalitätsprinzip im formellen Sinn, wonach sich das staatliche Handeln (zumindest mittelbar) auf einen von Parlament und/oder Volk beschlossenen Erlass stützen muss.[953] Dieses gilt aufgrund des Demokratieprinzips jedoch trotzdem: Grundlegende Regelungen sind durch ein formelles Gesetz zu treffen.[954] Das *Legalitätsprinzip gilt* nicht nur im Verhältnis des Individuums zum Staat, sondern *auch im Staatsorganisationsrecht*. Die höheren staatlichen Ebenen sollen ihre politische Macht ausschliesslich in rechtlich vermittelter,

951 Vgl. HANGARTNER, St. Galler Kommentar zu Art. 5 BV, Rz. 2.

952 Vgl. weiterführend HANGARTNER, St. Galler Kommentar zu Art. 5 BV, Rz. 5; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 6 Rz. 24 ff.; RHINOW/SCHEFER, Verfassungsrecht, 2608 u. 2614.

953 HANGARTNER, St. Galler Kommentar zu Art. 5 BV, Rz. 7.

954 Dies folgt aus Art. 51, 164 und 182 BV; vgl. HANGARTNER, St. Galler Kommentar zu Art. 5 BV, Rz. 7; RUCH, St. Galler Kommentar zu Art. 51 BV, Rz. 7 ff.

rechtlich begrenzter und rechtlich überprüfbarer Gestalt ausüben können. Auch hier soll der gesellschaftliche Frieden durch die Herrschaft des Rechts erreicht werden.[955]

1.2 Erfordernis der gesetzlichen Grundlage

Alles staatliche Handeln muss auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen. Gefordert ist eine vom zuständigen Organ erlassene und *hinreichend bestimmte generell-abstrakte Regelung*.[956] Dies dient der Rechtssicherheit und der Rechtsgleichheit und setzt eine genügende Normdichte voraus. Die Anforderungen variieren und sind im staatsorganisatorischen Bereich weniger hoch als bei Grundrechtseingriffen.[957] Das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage gilt aber grundsätzlich auch für die vom Kanton wahrzunehmende Regelung des kantonal − kommunalen Verhältnisses. Dies kommt in Art. 50 Abs. 1 BV zum Ausdruck: Das kantonale Recht, nicht das kantonale Belieben, bestimmt das Mass der Gemeindeautonomie. Die Gemeinden stehen demnach zum Kanton (wie auch zum Bund) in *Rechtsbeziehungen*. Bestimmt der Kanton die Schranken der Selbständigkeit der Gemeinden, so hat er dies zumindest auf der Grundlage einer kompetenzgemäss erlassenen Verordnung zu tun. Sodann obliegt es ausschliesslich der Verfassung und dem formellen Gesetz, die *Grundlagen* des kantonal − kommunalen Verhältnisses wie etwa die grundlegenden Bestimmungen über die Ausübung der kantonalen Aufsicht zu regeln.[958]

1.3 Bindung an das vorgegebene Recht

Das Legalitätsprinzip bindet den Staat sodann an das vorgegebene, geltende und gültige Recht. Dies ist das grundlegende Prinzip des *Rule of Law* resp. des Vorrang des Gesetzes, wobei der Gesetzesbegriff in diesem Zusammenhang alles unmittelbar an-

---

955 Vgl. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit Constitutionnel I, Rz. 1763 ff.; MASTRONARDI, Verfassungslehre, Rz. 843 ff.; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 6 Rz. 21 ff.; HANGARTNER, St. Galler Kommentar zu Art. 5 BV, Rz. 5 ff.; SCHULTHESS/WIEDERKEHR, Legalitätsprinzip, 181 f.; ZIMMERLI, Gesetzmässigkeitsprinzip, 81;

956 Vgl. COTTIER, Gesetzliche Grundlage, 1 ff.; BIAGGINI, Kommentar zu Art. 5 BV, Rz. 8; HANGARTNER, St. Galler Kommentar zu Art. 5 BV, Rz. 8 ff.

957 Vgl. BIAGGINI, Kommentar zu Art. 5 BV, Rz. 10 m.H. auf die bundesgerichtliche Praxis. Das Bestimmtheitsgebot legt beispielsweise im Bereich der kantonalen Aufsicht über die Gemeinden nahe, die einzelnen Aufsichtsmittel im Gesetz abschliessend zu nennen (Enumerationsprinzip); i.d.S. SCHULTHESS/WIEDERKEHR, Legalitätsprinzip, 206 f. m.H.

958 Ebenso für den Kanton AG PFISTERER, Gemeinden, 203; vgl. schon MATTER, Gemeinden, 41; i.d.S. neuestens für die Aufsicht über die Gemeinden SCHULTHESS/WIEDERKEHR, Legalitätsprinzip, 189; so schon CORVINI, Kommunale Rechtsetzung, 150 f.

wendbare und jeweils geltende objektive Recht egal welcher Normstufe anspricht.[959] Die rechtsanwendenden Behörden müssen sich an das gesetzte Recht halten, die rechtsetzenden Behörden dürfen die durch das übergeordnete Recht gesetzten Schranken nicht überschreiten.[960] Daraus lässt sich für die Gemeindeautonomie die *allgemeine Eingriffsschranke* ableiten, dass staatliches Handeln, das den autonomen Gestaltungsspielraum der Gemeinden beeinträchtigt, nur zulässig ist, wenn es sich innert der rechtlich vorgegebenen Schranken bewegt, was insbesondere auch voraussetzt, dass es *insgesamt verfassungsgemäss* ist.[961]

1.4 Konnex zur Praxis des Bundesgerichts

Nach dem Gesagten wird klar, weshalb die Gemeinden im Rahmen einer Autonomiebeschwerde die Verletzung weiterer verfassungsmässiger Rechte rügen können, sofern diese Vorbringen mit der behaupteten Verletzung der Autonomie „in engem Zusammenhang" stehen.[962] Im Vordergrund stehen in der Praxis die Rechtsgleichheit (Art. 8 BV), das Willkürverbot und der Anspruch auf Behandlung nach Treu und Glauben (Art. 9 BV) sowie das rechtliche Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV).[963] Diese Rechtsprechung ist die Folge davon, dass das Bundesgericht die Gemeinden während langer Zeit nicht als Grundrechtsträger anerkannte (s. hinten, B.3), gleichzeitig jedoch die Gemeinden wirksam schützen wollte.[964]

Das Kriterium des „engen Zusammenhangs" ist indessen unnötig. Wenn eine kantonale Behörde (etwa im Rahmen der Aufsicht) in einen geschützten kommunalen Auto-

---

959 Vgl. COTTIER, Gesetzliche Grundlage, 2; HANGARTNER, Staatsrecht I, 196.

960 Die BV enthält keine Bestimmung, welche die Normenhierarchie in allgemeiner Weise festlegt. Unter Ausblendung etlicher Besonderheiten ergibt sich die folgende Hierarchie: Bundesverfassung − Bundesgesetz (Art. 164 BV) − Verordnung der Bundesversammlung (Art. 163 BV) − Verordnung des Bundesrates (Art. 182 BV) − interkantonales Recht (Art. 48 Abs. 5 BV) − kantonales Recht (Art. 49 BV) − Gemeinderecht; vgl. BIAGGINI, Kommentar zu Art. 5 BV, Rz. 7 und 12; HANGARTNER, St. Galler Kommentar zu Art. 5 BV, Rz. 25 ff.

961 I.d.S. für die Bundesrepublik Deutschland und ebenfalls mit Hinweis auf das Rechtsstaatsprinzip STERN, Staatsrecht I, §§ 12 II 4.d/8.a m.H.; KNEMEYER/WEHR, Selbstverwaltung, 343, m.H., das BVerfG habe aber mehrfach darauf verwiesen, dass die kommunale Verfassungsbeschwerde kein Recht auf umfassende Normenkontrolle einräume; vgl. etwa BVerfGE 91, 228 (245).

962 Vgl. BGE 2C_685/2007, E. 1.3; 131 I 91 E. 1, 93; 129 I 290 E. 2.3, 295; 128 I 3 E. 2b, 9; 116 Ia 252 E. 3b, 255; 115 Ia 42 E. 3c, 46 m.H.; vgl. dazu PFISTERER, Gemeinden, 334 f.; DILL, Gemeindeautonomie, 123.

963 Vgl. aus der Praxis des BGer zur Gemeindeautonomie zuletzt BGE 136 E. 2.3, 270; 135 I 302 E. 1.2, 305; 131 I 91 E. 3.5, 102 f.; 129 I 290 E. 2.3, 295; 128 I 3 E. 2b, 9 m.w.H.; zahlreiche Hinweise auf die ältere Rechtsprechung bei DILL, Gemeindeautonomie, 113 ff.

964 Vgl. DILL, Gemeindeautonomie, 114 m.H.

nomiebereich eingreift, muss dies *im Einklang mit Recht und Verfassung schlechthin*[965] geschehen. Selbstverständlich muss die Gemeinde deshalb geltend machen können, der Eingriff erfolge auf willkürliche oder rechtsungleiche Weise oder ihr sei das rechtliche Gehör nicht gewährt worden, zumal sie Trägerin dieser verfassungsmässigen Rechte ist (s. hinten, B.3).

Die bundesgerichtliche Praxis erhellt die überragende Bedeutung, welche das *Legalitätsprinzip* im Kontext der Gemeindeautonomie einnimmt. Das Legalitätsprinzip ist die „Eingriffsschranke Nr. 1". Dies soll anhand zweier Beispiele verdeutlicht werden.

BGE 129 I 290 (Arosa)

- **Entscheid**: Die Gemeinde Arosa GR erhob zur Finanzierung der Abfallentsorgung eine Grund- und eine Mengengebühr, die sich nach dem Frischwasserverbrauch bemass. Der Kanton forderte die Gemeinden 1996/1997 auf, ihre Gebührenreglemente neuem Recht anzupassen und eine Sackgebühr/Containergebühr zu erheben. Die Gemeinde kam dieser Aufforderung nicht nach (eine entsprechende Vorlage wurde an der Urne abgelehnt), weshalb die Kantonsregierung im Dezember 2002 eine Ersatzregelung erliess. Die Gemeinde setzte sich dagegen mit Autonomiebeschwerde zur Wehr. Das Bundesgericht bejahte einen *autonomen Gestaltungsspielraum* der Gemeinde: Art. 32a USG konkretisiere nur das Verursacherprinzip, das kantonale Recht regle die Kostenverteilung auf die verschiedenen Abfallerzeuger nicht. Die Gemeinde könne sich deshalb u.a. dagegen wehren, dass die kantonale Behörde ihre Prüfungsbefugnis überschreite oder die den betreffenden Sachverhalt ordnenden kommunalen, kantonalen oder bundesrechtlichen Normen falsch anwende. Die Gemeinde brachte vor, ihre Gebührenregelung entspreche dem Verursacherprinzip. Das Bundesgericht befand jedoch, zwischen dem Frischwasserverbrauch und der Abfallmenge bestehe kein hinreichend enger Zusammenhang. Die Regierung habe das kommunale Abfallgebührenreglement zulässigerweise als bundesrechtswidrig beurteilt und gestützt auf ihre verfassungsmässige Oberaufsichtskompetenz, das Gemeindegesetz und das kantonale Umweltschutzgesetz eine verhältnismässige Ersatzregelung getroffen.
- **Kommentar*:*** Dies ist ein klassischer Entscheid zur Gemeindeautonomie. Zuerst prüft das Bundesgericht, ob sich die Gemeinde in einem *geschützten Autonomiebereich* bewegt und bejaht dies, weil den Gemeinden ein wesentlicher Gestaltungsspielraum zukommt. Danach prüft es, ob die kantonale Aufsichtsmassnahme, welche in den Autonomiebereich eingreift, auf einer *gesetzlichen Grundlage* beruht. Das Bundesgericht bejaht dies: Die Regierung ging zurecht davon aus, dass die kommunale Regelung mit Art. 32a USG nicht vereinbar ist und konnte ihr Handeln daher auf ihre Oberaufsichtskompetenz über die Einhaltung der

965 So die Formulierung von COTTIER, Gesetzliche Grundlage, 2.

Umweltschutzvorschriften stützen. Sie hielt sich an das geltende und gültige Recht. Bemerkenswert an diesem Entscheid ist, dass das Bundesgericht, welches das Legalitätsprinzip als Eingriffskriterium ansonsten oft unausgesprochen prüft, einzelne Teilgehalte des Art. 36 BV analog anwandte,[966] was der Lehre Anlass zu Kritik bot (s. hinten, B.2).

BGE 133 I 128 (Corsier & Saint-Légier-La Chiésaz)

- **Entscheid**: Der Waadtländer Grosse Rat errichtete durch Dekret im Jahr 2005 ein kantonales Monopol für die Verteilung und Lieferung von Elektrizität. Die Gemeinden Corsier und Saint-Légier-La-Chiésaz beschwerten sich, diese Neuregelung verletze ihre Autonomie. Das Bundesgericht hielt fest, die Gemeinden beschwerten sich gegen einen kantonalen Erlass, der ihre Autonomie enger umschreibe als bisher. Sie könnten vorbringen, der Kanton habe durch sein Handeln durch die Verfassung gewährleistete Befugnisse der Gemeinden verletzt.[967] Die Kantonsverfassung sehe vor, dass Kanton und Gemeinden über eine ausreichende und sichere Versorgung mit Wasser und Energie wachen (Art. 56 KV VD). Weder diese Bestimmung noch die Autonomiegarantie des Art. 139 KV VD hinderten den kantonalen Gesetzgeber an der Errichtung des angefochtenen Monopols. Das Monopol liege im kantonalen öffentlichen Interesse und wahre den Grundsatz der Verhältnismässigkeit, zumal die Gemeinden weiterhin bestimmte Gebühren erheben dürften.
- **Kommentar*:*** Es handelt sich um einen Eingriff des kantonalen Gesetzgebers, der per Dekret die Gemeindeautonomie im Elektrizitätsbereich neu und enger als bisher umschreibt und dadurch in einen Autonomiebereich eingreift. Das Bundesgericht prüft, ob es sich um eine *kompetenzgemäss erlassene gesetzliche Grundlage* handelt, was beispielsweise dann nicht der Fall wäre, wenn Art. 56 KV VD für den Energiebereich keine parallele Kompetenz von Kanton und Gemeinden verankerte, sondern diese Aufgabe ausdrücklich den Gemeinden zuwiese. Wenn das Bundesgericht im Anschluss prüft, ob der Kanton von seiner Kompetenz „korrekten Gebrauch“[968] gemacht habe, so ist dies die Folge davon, dass der kantonale Gesetzgeber die durch das übergeordnete Recht gesetzten Schranken nicht überschreiten darf (z.B. nicht gegen das Willkürverbot verstossen darf), und dass sein Handeln im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein muss (s. hinten, 2 f.).

Diese Beispiele zeugen von der die bundesgerichtliche Praxis durchdringenden Prämisse, dass *Eingriffe in den geschützten Autonomiebereich mit dem Legalitätsprinzip vereinbar sein müssen*. Das Bundesgericht benennt diese Eingriffsschranke nicht aus-

966 BGE 129 I 290 E. 4.4, 299: „Das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage sowie der Verhältnismässigkeit des Eingriffs muss aber bei der hier gegebenen Konstellation analog auch für Beschränkungen der Gemeindeautonomie gelten“.

967 BGE 131 I 128 E. 3.3, 131; vgl. auch die Entscheidzusammenfassung in ZBJV 2008, 784 f.

968 BGE 133 I 128 E. 5.2, 135.

drücklich. Es systematisiert nicht, sondern listet pragmatisch verschiedene Tatbestände auf, die eine Autonomieverletzung darstellen. Diese sind aber grossmehrheitlich der „Eingriffsschranke Nr. 1“, dem Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV), zuzuordnen:

- Wenn eine kantonale Behörde ihre Prüfungsbefugnis überschreitet (indem sie z.B. auf Zweckmässigkeit prüft, wo nur eine Rechtskontrolle zulässig ist),[969] hält sie sich nicht an das gesetzte Recht und greift deshalb zu Unrecht (unter Missachtung des Art. 5 Abs. 1 BV) in die Gemeindeautonomie ein.
- Wenn eine kantonale Behörde das Vorliegen einer in Wirklichkeit nicht bestehenden Rechtsverletzung annimmt und deshalb in einen geschützten Autonomiebereich eingreift,[970] verletzt dies die Gemeindeautonomie: Die Aufsichtsmassnahme kann sich nicht auf eine gesetzliche Grundlage stützen. Dies erklärt auch, weshalb eine Autonomieverletzung zu bejahen ist, wenn eine kantonale Behörde die Tragweite eines Grundrechts zum Nachteil der Gemeinde überdehnt.[971]
- Wenn die rechtsetzenden oder die rechtsanwendenden Behörden bei einem Akt, der in einen geschützten Autonomiebereich eingreift, ihre Zuständigkeit überschreiten,[972] so verletzt dies die Gemeindeautonomie – weil die Eingriffsschranke des Art. 5 Abs. 1 BV missachtet wird.

All diese Anwendungsfälle sind letztlich eine Folge der elementaren Forderung, dass der Kanton nur unter Einhaltung seiner Bindung an Recht und Verfassung in den geschützten Autonomiebereich eingreifen darf. Die bundesgerichtliche Praxis ist richtig, doch sollte ausdrücklich vom Eingriffskriterium des Legalitätsprinzips (Art. 5 Abs. 1 BV) gesprochen und dieses auch konsequent angewandt werden.

In einem älteren Entscheid hatte das Bundesgericht noch ausdrücklich festgestellt, dass gesetzliche Vorschriften das Selbstbestimmungsrecht der Gemeinden nur einschränken können, soweit sie nicht selbst verfassungswidrig seien.[973] Diese Praxis entsprach der Verpflichtung des Gesetzgebers, die durch das übergeordnete Recht gesetzten Schranken nicht zu überschreiten. Setzte man diesen Grundsatz konsequent durch, müssten die Gemeinden auch rügen können, dass ein kantonales Gesetz, welches die Gemein-

969 Vgl. aus der Praxis z.B. BGE 114 Ia 373; 97 I 139; 110 Ia 209 f.; für eine Übersicht DILL, Gemeindeautonomie, 101 ff.

970 Vgl. BGE 93 I 154 E. 5, 160.

971 Vgl. z.B. BGE 128 I 3; weitere Beispiele bei DILL, Gemeindeautonomie, 123 ff. m.H.

972 Vgl. z.B. BGE 96 I 724 ff.; BGE 108 Ib 239 E. 3c; BGE 114 Ia 295.

973 Vgl. BGE 52 I 353 E. 3, 363 f; vgl. auch DILL, Gemeindeautonomie, 89, 93 u. 124 m.H.

deautonomie enger fasst als dies bisher der Fall war, mit einem Freiheitsrecht nicht vereinbar sei (weil z.B. ein mit der Wirtschaftsfreiheit nicht vereinbares kantonales Monopol geschaffen werde). Die bundesgerichtliche Praxis lässt dies heute nicht zu und ist insofern zu restriktiv.[974]

1.5 Verpflichtungsadressaten

Das Legalitätsprinzip weist auf die *Verpflichtungsadressaten* der Gemeindeautonomie hin. Art. 5 BV erfasst alle Staatsorgane des Bundes und der Kantone einschliesslich des Gesetzgebers, d.h. auch das Volk im Sinne der Gesamtheit der Stimmberechtigten.[975] Wenn die Gemeindeautonomie zu einer Bundesgarantie geworden ist, muss sie bei allem staatlichen Handeln beachtet werden. Es ist deshalb nicht ersichtlich, weshalb der Bund nicht an die Gemeindeautonomie gebunden sein sollte, wie dies Teile der Lehre vertreten. Selbst wenn Art. 50 Abs. 1 BV als „Garantie einer kantonalen Garantie" verstanden wird, haben die Bundesbehörden im Umgang mit den Gemeinden insbesondere die Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns des Art. 5 BV zu beachten. Auch interkantonale Organe, öffentlich-rechtliche Anstalten und Stiftungen, gemischtwirtschaftliche Unternehmungen, Gemeindeverbände, andere Gemeinden und sogar Private können grundsätzlich Verpflichtungsadressaten der Gemeindeautonomie sein, wenn sie eine staatliche Aufgabe wahrnehmen und hoheitlich handeln, d.h. für die Gemeinden verbindliche Verfügungen treffen.[976]

2. Öffentliches Interesse

Staatliches Handeln muss im *öffentlichen Interesse* liegen (Art. 5 Abs. 2 BV), es muss also den Anliegen der Allgemeinheit dienen. Konkretisiert wird das öffentliche Interesse für den Bund und die Kantone in Zielbestimmungen und Gesetzgebungsaufträgen der Verfassungen und durch die Gesetze. Legitime öffentliche Interessen sind die Interessen der Gesellschaft, aber auch die Interessen des der Gesellschaft dienenden Staates einschliesslich dessen finanzpolitischer Interessen.[977] Die Einordnung des

---

974 Vgl. jüngst etwa BGE 133 I 128 E. 6.2, 136: „Il convient d'abord de souligner […] qu'en tant que détentrices de la puissance publique, les communes recourantes ne peuvent se prévaloir du droit individuel à la liberté économique pour se plaindre de l'institution d'un monopole cantonal en matière de distribution de l'énergie électrique. Dans ces conditions, le Tribunal fédéral n'a pas à en examiner sa compatibilité avec l'art. 27 Cst."

975 Vgl. HANGARTNER, St. Galler Kommentar zu Art. 5 BV, Rz. 3.

976 Vgl. auch DILL, Gemeindeautonomie, 158 f.

977 Vgl. BIAGGINI, Kommentar zu Art. 5 BV, Rz. 16; HANGARTNER, St. Galler Kommentar zu Art. 5 BV, Rz. 32.

Grundsatzes des öffentlichen Interesses bei den Grundsätzen rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 BV) zeigt, dass diese allgemeine Voraussetzung staatlichen Handelns auch im Verhältnis zwischen den staatlichen Ebenen Geltung beansprucht. Dieser Verfassungsgrundsatz kann folglich auch im Zusammenhang mit der verfassungsmässigen Autonomiegarantie geltend gemacht werden.

Der Kanton muss im Verhältnis zu seinen Gemeinden die übergeordneten öffentlichen Interessen wahrnehmen können, namentlich die Belange der Koordination mit anderen Gemeinden und Kantonen, und er muss auch durchsetzen können, dass sich die Gemeinden ihrerseits im Umgang mit den Bürgerinnen an die rechtsstaatlichen Grundsätze und die Grundrechte halten.[978] Die Gemeinden können sich jedoch wehren, falls zur Verwirklichung privater Interessen oder zur Durchsetzung von Sonderinteressen in ihren autonomen Gestaltungsspielraum eingegriffen wird.[979]

3. Verhältnismässigkeit

Das Prinzip der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV)[980] verlangt, dass alles staatliche Handeln drei Teilanforderungen genügt: Es muss (1.) *geeignet* sein, den angestrebten Zweck zu erfüllen, es muss (2.) *erforderlich* sein, d.h. es darf in sachlicher, örtlicher, persönlicher und zeitlicher Hinsicht nicht weiter gehen als nötig, um das verfolgte öffentliche Interesse zu verwirklichen (Kriterium des mildesten wirksamen Mittels), und es muss (3.) *angemessen* sein, d.h. die Massnahme darf nicht in einem Missverhältnis zum verfolgten Zweck oder zu anderen zu beachtenden Interessen stehen.[981] Das Verhältnismässigkeitsprinzip widersetzt sich dem Motto: „Der Zweck heiligt die Mittel“. Es fordert, dass die Mittel in einem angemessenen Verhältnis zum Zweck stehen,[982] und verlangt deshalb immer eine *Interessenabwägung*.

---

978 Vgl. PFISTERER, Gemeindeautonomie, 16.

979 Vgl. BIAGGINI, Kommentar zu Art. 5 BV, Rz. 15. Das Bundesgericht hat beispielsweise in BGE 133 I 128 das Eingriffskriterium des öffentlichen Interesses ausführlich geprüft und festgehalten, die vom kantonalen Monopol angestrebte Senkung der überhöhten Elektrizitätstarife stelle ein zulässiges öffentliches Interesse dar; vgl. BGE 133 I 128 E. 7.2, 137

980 Das Verhältnismässigkeitsprinzip wurde bei der Beurteilung von Grundrechtseinschränkungen entwickelt und hat dort seine grösste Bedeutung (vgl. Art. 36 Abs. 3 BV). Schon früher war es jedoch auch in anderen Kontexten anerkannt. Heute verallgemeinert Art. 5 Abs. 2 BV das Verhältnismässigkeitsprinzip; vgl. HANGARTNER, St. Galler Kommentar zu Art. 5 BV, Rz. 35; zur Entwicklung des Verhältnismässigkeitsprinzips vgl. etwa HUBER, Verhältnismässigkeit, 1 ff.; LERCHE, Übermass, 24 ff. m.H.; ZIMMERLI, Verhältnismässigkeit, 9 ff.

981 Vgl. BIAGGINI, Kommentar zu Art. 5 BV, Rz. 21; HANGARTNER, St. Galler Kommentar zu Art. 5 BV, Rz. 36 f.

982 Vgl. LERCHE, Übermass, 19.

Das Verhältnismässigkeitsprinzip ist eine *allgemeine Schranke für Eingriffe in die Gemeindeautonomie*. Art. 5 Abs. 2 BV ist ein justiziabler Verfassungsgrundsatz, der auch vom Gesetzgeber im Umgang mit den Gemeinden beachtet werden muss.[983]

Das Bundesgericht erkennt den Gemeinden seit langem das Recht zu, im Zusammenhang einer Autonomiebeschwerde den Verhältnismässigkeitsgrundsatz anzurufen.[984] Dies ist unumstritten, wenn die Behörden mit individuell-konkreten Massnahmen in die autonome Sphäre einzelner Gemeinden eingreifen.[985] So sind etwa aufsichtsrechtliche Massnahmen,[986] Verpflichtungen zur Zusammenarbeit mit anderen Gemeinden[987] sowie Eingriffe in den Bestand[988] am Verhältnismässigkeitsprinzip zu messen. Die in der älteren Lehre vertretene Ansicht, das Verhältnismässigkeitsprinzip verpflichte *den Gesetzgeber* im Kontext der Gemeindeautonomie nur zur Schaffung angemessener Übergangsordnungen,[989] ist nicht länger haltbar. Die Gemeindeautonomie ist ein verfassungsmässiges Recht der Gemeinde, dessen Mass vom kantonalen Gesetzgeber festgelegt wird. Auch der „maître de la loi" darf die Gemeindeautonomie nicht auf verfassungswidrige Weise einschränken. Nicht nur ein Gesetz, das „unmittelbar durch die Verfassung gewährleistete Rechtsetzungs- oder Selbstverwaltungsbefugnisse berührt"[990], sondern auch ein Gesetz, das die Gemeindeautonomie *auf unverhältnismässige Weise* enger umschreibt als bisher, verletzt die verfassungsmässige Autonomiegarantie. So lautet denn auch die neuere Praxis des Bundesgerichts.[991]

983 Vgl. Botschaft nBV, 133 f.; AB S Verfassungsreform, 28 f.; AB N Verfassungsreform, 145.

984 Vgl. insb. BGE 94 I 541 E. 5c, 550 f.; 103 Ia 191 E. 4b, 198; 131 I 91 E. 3.3, 99.

985 Vgl. DILL, Gemeindeautonomie, 120 ff.; HUBER, Verhältnismässigkeit, 11; ZIMMERLI, Verhältnismässigkeit, 92 ff.

986 Vgl. z.B. BGE 112 Ia 70 E. 5c, 73: Unverhältnismässigkeit einer Nichtgenehmigung eines Gemeindereglements, weil eine Teilgenehmigung möglich gewesen wäre.

987 Vgl. z.B. BGE 2C_685/2007, E. 4: Verhältnismässigkeit der Bildung einer einzigen Schulgemeinde für den ganzen Bezirk Bucheggberg (Solothurn) und der Verpflichtung dreier politischer Gemeinden zum Beitritt zu dieser Schulgemeinde.

988 Vgl. BGE 131 I 91 E. 3.3, 99 ff.

989 Vgl. ZIMMERLI, Verhältnismässigkeitsprinzip, 94 m.H. auf BGE 103 Ia 191 E. 4bb, 198.

990 So noch die alte Rechtsprechung des Bundesgerichts; vgl. BGE 103 Ia 191 E. 3, 195 m.H. auf BGE 94 I 451 E. 4, 457; vgl. zur älteren Praxis des Bundesgerichts DILL, Gemeindeautonomie, 89 f.; PFISTERER, Gemeinden, 153.

991 Vgl. beispielsweise BGE 133 I 128 E. 7, 136 f.

B. Grundrechte

1. Gemeindeautonomie und Grundrechte

Die Gemeindeautonomie ist ein *verfassungsmässiges Recht der Gemeinde*, aber kein Grundrecht. Das zeigt schon die systematische Stellung ausserhalb des Grundrechtskatalogs (Art. 7-36 BV). Grundrechte sind die fundamentalen Rechte des Menschen, die unmittelbar durch die Verfassung sowie durch das Völkerrecht gewährleistet werden.[992] Die Gemeindeautonomie ist kein Menschenrecht, sondern ein auf die Wahrung des Allgemeinwohl verpflichtetes *„dienendes" verfassungsmässiges Recht der Gemeinden.* Dieses Recht ist auch deshalb nicht mit der Freiheit des Privaten zu verwechseln, weil die Gemeinden nicht willkürlich, gleichsam nach Lust und Laune agieren dürfen, sind sie doch ebenso wie der Kanton und der Bund an das Recht und das öffentliche Interesse gebunden.[993] Dies sind die wesentlichen Unterschiede zwischen der Gemeindeautonomie und den Grundrechten des Menschen. Diese Unterschiede dürfen aber wiederum nicht überbewertet werden. Sicherlich sind die Gemeinden nur frei, soweit Verfassung und Gesetz ihnen Autonomie belassen. Auch deshalb bezeichnet HANGARTNER die Gemeindeautonomie als unvollständiges, „hinkendes" Grundrecht.[994] Die Gemeindeautonomie ist jedoch insofern *grundrechtsähnlich*, als auch sie ein verfassungsmässiges Recht darstellt, das eine gewisse (wenn auch nicht unbegrenzt zu denkende, sondern nur im Rahmen des kantonalen Rechts bestehende) „Freiheitssphäre", d.h. einen selbständigen Autonomiebereich, schützt – allerdings eben nicht eine des Menschen, sondern eine der Gemeinde.

2. Analoge Anwendung des Art. 36 BV?

Eingriffe in die Gemeindeautonomie müssen das Legalitätsprinzip beachten, durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig sein (s. vorne, A). Dies legte es an sich nahe, Autonomiebeschwerden analog des Eingriffsschemas des Art. 36 BV zu prüfen, wie dies das Bundesgericht in einem Entscheid aus dem Jahr 2003 tat.[995] Allen voran KÄLIN kritisierte diesen Ansatz: Er verkenne, „dass die Gemeindeautonomie nicht eine vorbestehende Freiheit ist, in welche der Kanton eingreifen darf, falls das Gesetz ihn dazu ermächtigt und der Eingriff verhältnismässig ist, sondern dass ihr Umfang durch die kantonalen Verfassungen und die höherrangige Gesetzgebung be-

992 SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 7-36 BV, Rz. 2.

993 Vgl. dazu HANGARTNER, Gemeindeautonomie, 525; PFISTERER, Gemeinden, 205.

994 HANGARTNER, Gemeindeautonomie, 524.

995 Vgl. BGE 129 I 290 E. 4.4, 299.

stimmt wird, die Frage des Eingriffs also mit jener der Rechtmässigkeit zusammenfällt. Soweit es um kantonales Gesetzesrecht geht, wird dessen Anwendung nur auf Willkür hin überprüft und nicht unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit. Nur so kann garantiert werden, dass die Gemeindeautonomie bleibt, was sie ist: nicht eine bundesrechtliche, sondern eine kantonale Garantie (so ausdrücklich Art. 50 Abs. 1 BV), deren Umfang je nach Kanton sehr unterschiedlich ist und nicht auf dem Weg einer analogen Anwendung von Art. 36 BV vereinheitlicht werden darf'[996].

Diese Kritik ist insofern berechtigt, als Art. 36 BV auf Grundrechte zugeschnitten ist, die Gemeindeautonomie aber zweifellos kein solches ist. Die analoge Anwendung des Art. 36 BV ist sodann unnötig, weil diese Norm im wesentlichen für Grundrechte präzisiert, was für staatliche Eingriffe in die Gemeindeautonomie ohnehin kraft Art. 5 BV gelten muss. Es ist jedoch nicht einsichtig, weshalb das Verhältnismässigkeitsprinzip im Kontext der Gemeindeautonomie nicht geprüft werden sollte. Dieser Grundsatz gilt für *alles staatliche Handeln*. Die Anerkennung des Verhältnismässigkeitsprinzips als Schranke für Eingriffe in den geschützten Autonomiebereich der Gemeinden bedeutet auch nicht, dass das Bundesgericht die Anwendung des einfachen kantonalen Rechts nicht weiterhin nur unter dem Gesichtswinkel der Willkür zu prüfen hätte: Dies ist eine Frage der richtigen Kognition (s. hinten, Teil 4§ 18.IV.E). Die Gemeindeautonomie ist sodann eine *dienende* Freiheit der Gemeinde, die im Rahmen des kantonalen Rechts besteht. Doch auch sie ist in einem gewissen Sinne vorbestehend. Wenn der Bund die Gemeindeautonomie nach Massgabe des kantonalen Rechts gewährleistet, heisst dies, dass der Kanton die Schranken der Selbständigkeit bestimmt, setzt aber auf der anderen Seite die Selbständigkeit der Gemeinde als bereits vorhanden voraus.[997] Die Aussage, die Gemeindeautonomie müsse eine kantonale Garantie bleiben, findet überdies keinen Halt im Verfassungstext: In Art. 50 Abs. 1 BV steht, die Gemeindeautonomie sei nach Massgabe kantonalen Rechts gewährleistet, und *eben gerade nicht*, die Gemeindeautonomie sei eine kantonale Garantie. Das von KÄLIN vertretene Verständnis ist mit dem französischen Wortlaut nicht vereinbar (s. vorne, § 10) und widerspiegelt auch nicht die Absicht des Verfassungsgebers (s. vorne, § 11.V.A.1).

Die Frage des Eingriffs fällt zudem nicht mit jener der Rechtmässigkeit zusammen. Dies zeigt sich im Prüfprogramm des Bundesgerichts bei Autonomiebeschwerden: Es

996 WALTER KÄLIN, in: ZBJV 2004, 650; ebenfalls kritisch TSCHANNEN, Staatsrecht, § 17 Rz. 23; KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar zu Art. 50 BV, Rz. 14; zustimmend jedoch BIAGGINI, Kommentar zu Art. 36 BV, Rz. 4.

997 I.d.S. schon MATTER, Gemeinden, 37 m.H.

prüft stets zuerst, ob ein geschützter Autonomiebereich vorliegt. Ist dies der Fall, so untersucht es anschliessend, ob die Gemeindeautonomie verletzt wird, was voraussetzt, dass eines der dargelegten Eingriffskriterien nicht eingehalten wird.[998]

Die hier vertretene Sichtweise nimmt mit dem Begriff der *Eingriffsschranken* erkennbare Anleihen bei der Grundrechtslehre.[999] Das soll nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Gemeindeautonomie kein Grundrecht ist. Der Unterschied ist aber weniger grundsätzlich, als dies oft betont wird. Entscheidend ist, dass die Gemeindeautonomie wie die Grundrechte ein verfassungsmässiges Recht ist, das den Gemeinden eine subjektive Rechtsposition einräumt, in die nur unter Beachtung gewisser Schranken eingegriffen werden darf. Diese ergeben sich vordringlich aus Art. 5 BV. Die Gemeindeautonomie würde aber auch durch eine analoge Anwendung des Art. 36 BV nicht vereinheitlicht. Es gelten ohnehin einheitliche Eingriffskriterien (die jedoch massgeblich durch das kantonale Recht konkretisiert werden, s. hinten, D.4). Diese Kriterien bestehen seit geraumer Zeit; diese Studie unternimmt nur eine *Systematisierung*. Die kantonale Vielfalt wird dadurch nicht eingeebnet.

3. Gemeinden als Grundrechtsträger

Die Gemeinden konnten sich als *juristische Personen des öffentlichen Rechts* nach der älteren bundesgerichtlichen Praxis ausserhalb des geschützten Autonomiebereichs grundsätzlich nicht auf die verfassungsmässigen Rechte berufen. Eine Ausnahme galt nur, falls sich die Gemeinden auf dem Boden des Privatrechts bewegten und durch einen staatlichen Akt „wie eine Privatperson" betroffen waren.[1000] Das erklärt sich damit, dass die Grundrechte historisch als Rechte der einzelnen Menschen und Bürger gegen Übergriffe der Staatsgewalt erkämpft und gewährleistet wurden.[1001] Diese Praxis wurde in der Lehre kritisiert: Am eindringlichsten von MATTER, der argumentierte, insbesondere die im Rahmen des Art. 4 aBV entwickelten verfassungsmässigen Rechte (z.B. die Rechtsgleichheit und das Willkürverbot) seien *Strukturprinzipien der gesamten Rechtsordnung* und müssten als solche auch den Gemeinden zugutekommen.

---

998 Vgl. etwa das klassische Prüfprogramm bei TSCHANNEN, Staatsrecht, § 17 Rz. 22 f.; s. zur Systematisierung der Praxis des Bundesgerichts vorne, Teil 3§ 12.VI.A.

999 Ähnlich zur Auslegung des Art. 28 Abs. 2 GG IPSEN, Selbstverwaltungsgarantie, 211 f.

1000 Vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht, Rz. 297; WEBER-DÜRLER, Träger der Grundrechte, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR VII/2, § 205 Rz. 35 ff.; kritisch HANGARTNER, Verfassungsmässige Rechte, 121 f.

1001 Vgl. etwa FLEINER/GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht, 240 f.; HANGARTNER, Verfassungsmässige Rechte, 111 f.

Der traditionelle Schutz der Gemeindeautonomie sowie der Bestandesgarantie vermöchten die Gemeinde nicht hinreichend zu schützen, gerade weil die Gemeinden immer stärker von kantonalen Massnahmen abhängig seien und das Subventionswesen und der Finanzausgleich an Bedeutung gewännen.[1002]

Wohl nicht zuletzt als Folge dieser Kritik liess das Bundesgericht Ende der 1960er Jahre zu, dass sich die Gemeinden im Rahmen einer Autonomiebeschwerde „auf gewisse ungeschriebene oder aus Art. 4 BV abgeleitete allgemeine Verfassungsgrundsätze berufen, sofern deren behauptete Verletzung mit dem streitigen Eingriff in die Autonomie in engem Zusammenhang steht“[1003]. Dies verstärkte die Wirksamkeit der Autonomiebeschwerde, bestätigte aber letztlich die Regel, dass die Gemeinden keine Grundrechtsträger sind.[1004]

An dieser Praxis übten Autoren wie HANGARTNER und PFISTERER – lange Zeit ohne Erfolg[1005] – Kritik: Die Gemeinden müssten sich auf alle verfassungsmässigen Rechte von allgemeiner Tragweite berufen können; dabei könne es keine Rolle spielen, ob Autonomie bestehe oder nicht.[1006] Erst die jüngste bundesgerichtliche Praxis ermöglicht es den Gemeinden, sich auch ausserhalb ihrer Autonomie auf die Rechtsgleichheit und das Willkürverbot zu berufen, falls sie „gleich oder ähnlich wie ein Privater betroffen oder aber in qualifizierter Weise in schutzwürdigen eigenen hoheitlichen Interessen berührt“[1007] sind. Diese Weiterentwicklung der Praxis ist zu begrüssen. Sie geht zu Recht von der Prämisse aus, dass sich die Funktion der Grundrechte nicht darin erschöpft, die Menschen vor staatlichen Eingriffen zu schützen, sondern dass ihnen

1002 Vgl. MATTER, Gemeinden, 41 ff. und 80 f.

1003 BGE 103 Ia 191 E. 4b, 197 m.H. auf BGE 96 I 234 E. 5, 242 (Verhältnismässigkeit); BGE 98 Ia 431 E. 2, 96 I 239 (rechtliches Gehör); BGE 97 I 511 E. 1 und 519 E. 6 (Rechtsgleichheit); BGE 98 Ia 432 f. (Treu und Glauben); BGE 94 I 541 E. 4, 547 f. (Willkür); zum Erfordernis des Zusammenhanges: BGE 102 Ia 166 E. 5, 97 I 511 E. 1, 94 I 451 f. E. 1b, 455.

1004 WEBER-DÜRLER, Träger der Grundrechte, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR VII/2, § 205 Rz. 41.

1005 Vgl. BGE 94 I 451 E. 1b, 455: „Or la commune est elle-même détentrice de la puissance publique; à ce titre, elle n’est pas titulaire des droits constitutionnels des citoyens dont le recours de droit public permet d’assurer la protection“; diese Praxis wurde unter Geltung des alten OG stets bestätigt; vgl. zuletzt BGE 129 I 313 E. 4.1, 318 f. m.H.

1006 Vgl. insb. HANGARTNER, Verfassungsmässige Rechte, 125; HANGARTNER, Staatsrecht II, 43; PFISTERER, Gemeinden, 335; stets mit Hinweis auf MATTER, Gemeinden, insb. 56 ff.

1007 BGE 135 I 43 E. 1.3, 46 f. m.H. auf BGE 134 II 45 E. 2.2.1, 47 und BGE 133 II 400 E. 2.4.2, 406 f.; vgl. auch BGE 5C_2/2009, E. 4.

die Bedeutung von fundamentalen Ordnungsprinzipien zukommt, die als objektive Grundsatznormen die gesamte Rechtsordnung prägen (vgl. Art. 35 BV).[1008]

Wer dem entgegenhält, die Grundrechte dürften im staatlichen „Innenverhältnis" nicht gelten, verkennt, dass die Gemeinden im föderalistischen Staat eigenständige öffentlich-rechtliche Körperschaften sind und zu Kantonen und Bund in Beziehungen stehen, „die Rechtsbeziehungen sind, und die auch von den allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätzen beherrscht sein müssen"[1009]. Sollen die Grundrechte als Essentialen des demokratischen Rechtsstaates ernst genommen werden, müssen sich die Gemeinden *auf all jene verfassungsmässigen Rechte berufen können, die ihrem vernünftigen Sinn nach allgemeine Geltung beanspruchen*, d.h. nicht ausschliesslich auf natürliche Personen oder auf Private bezogen sind.[1010] Die Gemeinden sind folglich nach der hier vertretenen Auffassung grundsätzlich, d.h. auch wenn sie hoheitlich tätig sind, als Trägerinnen der folgenden verfassungsmässigen Rechte anzusehen:

- Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV)
- Willkürverbot (Art. 9 BV)
- Allgemeine Verfahrensgarantien (Art. 29 Abs. 1 und 2 BV)
- Rechtsweggarantie (Art. 29a BV)
- Garantien für gerichtliche Verfahren (Art. 30 BV)
- Petitionsrecht (Art. 33 BV)
- Grundsatz der Gewaltenteilung[1011]
- Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts (Art. 49 BV)[1012]

Die Gemeinden können sich dagegen in der Regel nicht auf die Freiheitsrechte berufen: Diese gewährleisten ihrer Konzeption nach staatsfreie Sphären und vertragen sich schlecht mit der Gemeinwohl- und Aufgabenbindung gemeindlichen Handelns.[1013] Ausnahmen sind indessen in besonderen Konstellationen denkbar bei Freiheitsrechten, die eine politische Bedeutung haben oder mit dem besonderen Zweck der Gemeinde

[1008] Vgl. insb. SALADIN, Grundrechte, 295; MÜLLER, Grundrechte, 633 ff.

[1009] MATTER, Gemeinden, 41.

[1010] I.d.S. auch HANGARTNER, Verfassungsmässige Rechte, 118; PFISTERER, Gemeinden, 335; MATTER, Gemeinden, 56 ff.

[1011] Vgl. statt vieler BGE 126 I 180 E. 2a, 182; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 27 Rz. 36 ff.; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht, Rz. 1405 ff.; MATTER, Gemeinden, 64 ff.

[1012] Vgl. jüngst BGE 135 I 28 E. 4 f., 36 ff.; 130 I 279 E. 2.2, 283; 127 I 60 E. 4, 68; BIAGGINI, Kommentar zu Art. 49 BV, Rz. 11.

[1013] So auch HANGARTNER, Verfassungsmässige Rechte, 120.

zusammenhängen.[1014] So müssen sich insbesondere Kirchgemeinden im Sinne einer treuhänderischen Grundrechtswahrnehmung auf die Religionsfreiheit berufen können.[1015] Nach der bundesgerichtlichen Praxis können sich die Gemeinden sodann auf die Grundrechte berufen, wenn sie „sich auf dem Boden des Privatrechts bewegen oder sonstwie als dem Bürger gleichgeordnete Rechtssubjekte auftreten und durch den angefochtenen Akt wie eine Privatperson betroffen werden“[1016].

C. Subsidiaritätsprinzip (Art. 5a BV)

1. Normativer Gehalt

Bei der Zuweisung und Erfüllung staatlicher Aufgaben ist der Grundsatz der Subsidiarität zu beachten (Art. 5a BV). Dieses *föderalistische Subsidiaritätsprinzip* fordert, dass die höhere bundesstaatliche Ebene nicht Kompetenzen und Aufgaben an sich zieht, die auf tieferer staatlicher Ebene ebenso gut aufgehoben sind. Es verlangt eine dezentrale, autonomieschonende Staatsorganisation und eine bürgernahe Aufgabenerfüllung.[1017] Das Subsidiaritätsprinzip enthält sodann ein Hilfsgebot: Es fordert das Tätigwerden der übergeordneten staatlichen Ebene, falls das Bedürfnis eines „organisatorischen Gesamtzusammenhangs“ und die Erzielung eines übergreifenden Interessenausgleichs deren Handeln erforderlich macht.[1018]

Das Subsidiaritätsprinzip beansprucht Geltung im Verhältnis zwischen allen staatlichen Ebenen und ist in allen Phasen der Rechtsetzung und Rechtsumsetzung zu beachten.[1019] Seine normative Tragweite bleibt ohne weitere Ausgestaltung gering.[1020] Aus dem Subsidiaritätsprinzip lassen sich indes Postulate für die Kompetenzzuweisung und -ausübung gewinnen, die den zur Konkretisierung berufenen Organen einen weiten

---

1014 Vgl. dazu MATTER, Gemeinden, 57 f. mit diversen Beispielen.

1015 So ausdrücklich ein Entscheid des Bundesgerichts aus dem Jahre 1910, vgl. BGE 36 I 374, 377; vgl. dazu WEBER-DÜRLER, Träger der Grundrechte, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR VII/2, § 205 Rz. 42; MATTER, Gemeinden, 58; BIAGGINI, Kommentar zu Art. 15 BV, Rz. 16; CAVELTY/KLEY, St. Galler Kommentar zu Art. 15 BV, Rz. 27 f.

1016 BGE 129 I 313, 319; 120 Ia 95 E. 1a, 97; 112 Ia 356, 365; kritisch dazu HANGARTNER, Verfassungsmässige Rechte, 121 f.

1017 Vgl. Botschaft NFA I, 2306 u. 2457 f.; BIAGGINI, Kommentar zu Art. 5a BV, Rz. 5; SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 5a BV, Rz. 10; FREY, Neuer Finanzausgleich, 28.

1018 Vgl. MÖLLER, Selbstverwaltung, 56; ZIPPELIUS/WÜRTENBERGER, Staatslehre, § 17 I 3.

1019 Vgl. RICHLI, Subsidiaritätsprinzip, 58; BIAGGINI, Kommentar zu Art. 5a BV, Rz. 10.

1020 Vgl. BIAGGINI, Kommentar zu Art. 5a BV, Rz. 11 f.; RENGELING, Rechtsgrundsätze, 93, 106 ff.; LARENZ, Methodenlehre, 169 ff. Während die h.L. Art. 5a BV als nicht justiziabel einstuft, bejaht insb. RICHLI gewisse justiziable Gehalte des Subsidiaritätsprinzips; vgl. RICHLI, Subsidiaritätsprinzip, 66 ff., 79 f.; zustimmend PFISTERER, Vielfalt und Einheit, 720.

und sachbereichsgeprägten Bewertungs-, Gestaltungs- und Prognosespielraum überlassen.[1021] Im Verhältnis von Bund, Kantonen und Gemeinden sind folgende *Richtpunkte* massgebend: (1.) Kompetenzen werden der unteren staatlichen Ebene überlassen, wenn eine einheitliche Regelung nicht zwingend ist; (2.) Kompetenzen werden nach Möglichkeit konkurrierend ausgestaltet und auf das Wesentliche beschränkt; (3.) bei Regelung auf höher Ebene wird der Vollzug grundsätzlich der unteren Ebene überlassen (unter Einräumung von Gestaltungsspielräumen); (4.) die unteren Ebenen sind an der Rechtsetzung der oberen Ebene beteiligt.[1022] Grundsätzlich sollen die höheren staatlichen Ebenen, falls sich eine Kompetenzausübung rechtfertigt, dies möglichst autonomieschonend tun.[1023] Die Hauptbedeutung des Subsidiaritätsprinzips liegt in der *Schaffung verstärkten Rechtfertigungs- und Begründungszwangs*.[1024]

Zwischen Art. 5a, Art. 47 und Art. 50 Abs. 1 BV ist praktische Konkordanz herzustellen. Der Bund garantiert die Gemeindeautonomie nach Massgabe kantonalen Rechts und ist verpflichtet, die Eigenständigkeit der Kantone zu wahren. Den Kantonen steht bei der Anwendung des Subsidiaritätsprinzips ein weiter Ermessensspielraum zu – sie dürfen ihm eine eigene Prägung verleihen.[1025] Die Kantone sind der Subsidiarität verpflichtet. Art. 5a BV verankert die Subsidiarität für sie aber nicht als justiziables Rechtsprinzip, sondern als *programmatische Handlungsmaxime*.[1026] Aus Art. 50 Abs. 1 BV in Verbindung mit Art. 5a BV lässt sich zwar ableiten, dass die Kantone im Verhältnis mit den Gemeinden die genannten Richtpunkte beachten sollen – deren Einhaltung ist aber nicht justiziabel.[1027] Der diesbezüglich sehr klare Wille des Verfassungsgebers ist aufgrund des geringen Alters des Art. 5a BV von besonderer Bedeutung. Das Subsidiaritätsprinzip wurde absichtlich nicht in Art. 5 BV integriert, weil die

1021 Vgl. BIAGGINI, Kommentar zu Art. 5a BV, Rz. 12; MÖLLER, Selbstverwaltung, 47 f.

1022 Vgl. RICHLI, Subsidiaritätsprinzip, 68; SALADIN, Kommentar zu Art. 3 aBV, Rz. 59 und 69; SCHWEIZER/MÜLLER, St. Galler Kommentar zu Art. 5a BV, Rz. 18 und 22.

1023 Vgl. BIAGGINI, Kommentar zu Art. 5a BV, Rz. 13; RICHLI, Subsidiaritätsprinzip, 68.

1024 Vgl. Botschaft NFA I, 2458; BIAGGINI, Kommentar zu Art. 5a BV, Rz. 12; KOLLER, Subsidiarität, 695 f.; SCHWEIZER/MÜLLER, St. Galler Kommentar zu Art. 5a BV, Rz. 20.

1025 I.d.S. SCHWEIZER/MÜLLER, St. Galler Kommentar zu Art. 5a BV, Rz. 12; vgl. auch das Votum von Bundesrat Kaspar Villiger, AB S 2002, 850.

1026 Vgl. Botschaft NFA I, 2339 u. 2458; Voten Bundesrat Kaspar Villiger, AB S 2002, 850 sowie AB N 2003, 956 f.; Votum Hans Lauri, AB S 2002, 854.

1027 So auch die überwiegende Lehre; vgl. nur BIAGGINI, Kommentar zu Art. 5a BV, Rz. 14; SCHWEIZER/MÜLLER, St. Galler Kommentar zu Art. 5a BV, Rz. 15; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 19 Rz. 15; optimistischer RICHLI, Subsidiaritätsprinzip, 79 ff.

dort genannten Grundsätze justiziabel sind.[1028] Eine Qualifikation als justiziables Rechtsprinzip liesse sich mit der Organisations- und Aufgabenautonomie der Kantone (Art. 47 BV) kaum vereinbaren. Dies bewirkte eine erhebliche Machtverschiebung von der kantonalen Legislative hin zur Judikative und vom Kanton hin zum Bund. Es entspricht dem Gedanken der Subsidiarität, Raum für kantonale Vielfalt und für kantonal unterschiedliche Regelungen der Aufgabenteilung zwischen Gemeinden und Kanton zu belassen. Der kantonale Verfassungs- und Gesetzgeber ist gefordert, das Subsidiaritätsprinzip bereichsspezifisch zu konkretisieren und bei der Zuteilung und Erfüllung staatlicher Aufgaben als staatspolitische Maxime zu beachten.

2. Konnex zur Gemeindeautonomie

Das Subsidiaritätsprinzip und die Gemeindeautonomie zielen beide „auf die strukturelle Ermöglichung maximaler personeller Entfaltung des Menschen und basieren auf dem Primat der Freiheit und Selbstverantwortung“[1029]. Sie sind staatsorganisatorische Prinzipien im Dienste der menschlichen Freiheit. Die Gemeinden können ihre Funktionen nur erfüllen, wenn ihnen ein erheblicher Gestaltungsspielraum zukommt – genau dafür streitet das Subsidiaritätsprinzip. Es verschafft der Gemeindeautonomie Nachachtung[1030] und ergänzt dieses verfassungsmässige Recht um eine positivfordernde Komponente. Diese ist programmatischer Natur, kann jedoch vom Kanton mit justiziablen Gehalten angereichert werden.

Verschiedene Kantonsverfassungen verpflichten den Gesetzgeber, den Gemeinden *möglichst weiten Handlungsspielraum* zu gewähren. Diese Bestimmungen werden teilweise als justiziabel eingestuft.[1031] Ein justiziables Subsidiaritätsprinzip kann zum Schutz der durch den Gesetzgeber bedrängten Gemeindeautonomie beitragen und muss nicht bewirken, dass sich die demokratischen Kräfte nicht mehr entfalten können und fortan die Justiz entscheidet, „ob die tiefere Ebene eine Aufgabe gut, gerade noch

---

1028 Vgl. SANDRA BONASSI, Leitlinien für die Aufgabenteilung und -erfüllung zwischen Bund und Kantonen, LeGes 2005, 70 f. m.H.

1029 MÖLLER, Selbstverwaltung, 78.

1030 Vgl. SCHWEIZER/MÜLLER, St. Galler Kommentar zu Art. 5a BV, Rz. 11.

1031 So wird etwa Art. 106 Abs. 2 KV AG ein justiziabler Gehalt erblickt; vgl. dazu insb. PFISTERER, Gemeinden, 151 ff. und EICHENBERGER, Kommentar zu § 106 KV AG, RZ. 11. Andere kantonale Verfassungsnormen mit weitgehend gleichlautendem Inhalt werden dagegen als programmatische Normen eingestuft; zu Art. 109 Abs. 2 KV BE vgl. ZIMMERLI, Gemeinden, 204 f.; zu Art. 85 Abs. 1 KV ZH vgl. JAAG, Kommentar zu Art. 85 KV ZH, Rz. 12.

genügend oder eben nicht mehr richtig zu lösen vermag“[1032]. Die Gerichte müssen die Entscheidungsprärogative des Gesetzgebers beachten (s. hinten, Teil 4§ 18.IV.E). Sie sind funktional primär zur Durchsetzung des prozeduralen Gehalts des Subsidiaritätsprinzips geeignet. Es ist jedoch *das kantonale Recht*, das die Rolle der Justiz bei der Durchsetzung des Subsidiaritätsprinzips bestimmt. Falls die Kantonsverfassung justiziable Teilgehalte dieses Prinzips verankert, können die Gemeinden deren Verletzung mit Autonomiebeschwerde geltend machen.[1033]

Das Subsidiaritätsprinzip enthält auch ein *Hilfsgebot*: Es fordert die höheren staatlichen Ebenen zum Handeln auf, wenn die unteren Ebenen nicht im Stand sind, die Aufgaben aus eigener Kraft zu bewältigen. Dies führt jedoch nicht zu einer Subventionierungspflicht.[1034] Wenn SCHWEIZER/MÜLLER argumentieren, mit Art. 5a BV werde der Umfang der Gemeindeautonomie inhaltlich konkretisiert und substantiiert,[1035] verkennen sie, dass einzig die Kantone das Mass der Gemeindeautonomie bestimmen. Das Subsidiaritätsprinzip sichert die kommunale Selbständigkeit insofern, als es (primär) den Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des kommunalen Gestaltungsspielraums in die Pflicht nimmt. Falls ein Kanton justiziable Teilgehalte des Subsidiaritätsprinzips kennt, konkretisiert er damit nicht den Umfang der Gemeindeautonomie, sondern er statuiert bei Einwirkungen in die Gemeindeautonomie zu beachtende Normen, deren Verletzung die Gemeinden mit Autonomiebeschwerde rügen können.

3. Konnex zur Verhältnismässigkeit

Das Verhältnismässigkeitsprinzip ist justiziabel, das Subsidiaritätsprinzip dagegen grundsätzlich nicht. Dies ist die Folge unterschiedlicher Absichten des Verfassungsgebers. Eine Abgrenzung der beiden Prinzipien zeigt sodann, dass die unterschiedliche normative Tragweite sachlich gerechtfertigt ist. Das Subsidiaritätsprinzip thematisiert als Kompetenzverteilungsregel bereits die Frage, *„ob“* die höhere staatliche Ebene zum Handeln befugt ist. Es umschliesst eine inhaltliche Grundentscheidung, ist aber von normativen Konkretisierungen abhängig. Die Subsidiarität „ist kraft ihres Wesens

[1032] So die Formulierung von RHINOW/SCHEFER, Verfassungsrecht, Rz. 616; vgl. zu dieser Befürchtung auch PFISTERER, Gemeinden, 154.

[1033] So im Ergebnis auch RICHLI, Subsidiaritätsprinzip, 81 f.

[1034] Vgl. auch ISENSEE, Subsidiaritätsprinzip, 30; UWE BERNZEN, Das Subsidiaritätsprinzip als Prinzip des deutschen Staatsrechts, Kiel 1966, 43 ff.; BENEDIKT P. KUTTENKEULER, Die Verankerung des Subsidiaritätsprinzips im Grundgesetz, Frankfurt a.M. 1998, 30 f.

[1035] SCHWEIZER/MÜLLER, St. Galler Kommentar zu Art. 5a BV, Rz. 11.

weniger lex als ratio legis“[1036]. Das Verhältnismässigkeitsprinzip setzt das Bestehen eines legitimen Zwecks dagegen bereits voraus, fragt nach der Eignung und Erforderlichkeit der Mittel, verbietet Missverhältnisse und tritt damit ein für die optimale Entfaltung der Gemeinden. Das Verhältnismässigkeitsprinzip greift also die Frage nach dem *„wie“* staatlichen Handelns auf.[1037] Es lässt sich als formales Rechtsprinzip auf jede Zweck-Mittel-Relation beziehen, bedarf keiner weiteren Konkretisierung und kann daher von den Gerichten angewendet werden.[1038]

Subsidiaritäts- und Verhältnismässigkeitsprinzip sind folglich komplementär und schützen in Verbindung mit der Gemeindeautonomie beide den kommunalen Gestaltungsspielraum. Während das Subsidiaritätsprinzip im Vorfeld potentieller Autonomieeingriffe, bei der Begründung staatlicher Zuständigkeiten, als programmatische Leitidee wirkt, reagiert das Verhältnismässigkeitsprinzip repressiv auf einen konkreten Eingriff in eine geschützte Autonomieposition und widersetzt sich nicht erforderlichen oder übermässigen Massnahmen.[1039] Beide Prinzipien sind auch bei der Rechtsetzung zu beachten, wobei nur das Verhältnismässigkeitsprinzip von Bundesverfassungs wegen Geltung als justiziables Rechtsprinzip beansprucht.[1040]

D. Kantonales Recht

1. Grundlegung

Die Bundesverfassung gewährleistet die Gemeindeautonomie nach Massgabe des kantonalen Rechts. Die Bestimmung verweist auf das gesamte kantonale Normengefüge, d.h. alle auf kantonaler Ebene erlassenen Rechtsnormen ungeachtet ihres Rangs in der Stufenordnung des Rechts (Verfassung, Gesetz, Verordnung).[1041] Die Gemeindeautonomie ist deshalb *in hohem Mass von der Ausgestaltung des kantonalen Rechts abhängig.* Die Regelung des Gemeindewesens obliegt nach der verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung den Kantonen (Art. 3, 42 und 47 BV). Dies ist eine Konstante schweizerischer Bundesstaatlichkeit: Die Gemeinden sind seit jeher dem kantonalen

[1036] ISENSEE, Subsidiaritätsprinzip, 90 ff.; vgl. DÜRIG, Verfassung und Verwaltung, 199; JAKOBS, Verhältnismässigkeit, 97 ff.

[1037] Grundlegend zu dieser Unterscheidung ISENSEE, Subsidiarität, 91;vgl. auch MÖLLER, Selbstverwaltung, 198 f.

[1038] Vgl. LERCHE, Übermass, 316; ISENSEE, Subsidiaritätsprinzip, 92.

[1039] I.d.S. bezogen auf Grundrechtseingriffe SCHOLZ, Subsidiaritätsprinzip, 300.

[1040] Vgl. dazu auch ISENSEE, Subsidiarität, 1279.

[1041] Vgl. HANGARTNER, St. Galler Kommentar zu Art. 5 BV, Rz. 8; RHINOW, Rechtsetzung und Methodik, 1; SCHLUEP, Rechtstheorie, Rz. 78 ff. und 467 f.; ZIPPELIUS, Methodenlehre, 1.

Recht unterstellt. Die hervorragende Bedeutung des kantonalen Rechts im Kontext der Gemeindeautonomie zeigt sich primär darin, dass die Kantone die *Träger der Gemeindeautonomie bestimmen*, den *Umfang* der Gemeindeautonomie festlegen und die *Eingriffsschranken* konkretisieren.

2. Konkretisierung der Trägerschaft …

Bereits die grammatikalische wie auch die historische Auslegung zeigen, dass das kantonale Recht bestimmt, wer *Träger der Autonomiegarantie* ist. Neben den politischen Gemeinden können auch andere öffentlich-rechtliche Körperschaften, denen gemäss kantonalem Recht ein autonomer Bereich öffentlicher Gewalt zusteht, Träger der Gemeindeautonomie sein.[1042] Auf die Gemeindeautonomie können sich auch *Gemeindeverbände* berufen: Wenn die Gemeinden zur Erledigung ihrer Aufgaben Ein- oder Mehrzweckverbände bilden, partizipieren diese an der Rechtsstellung der Gemeinden und damit auch an deren Autonomie.[1043]

3. … des geschützten Autonomiebereichs …

Die Kantone bestimmen *das Mass* der Gemeindeautonomie. Wohl gilt: In Anwendung der bundesverfassungsrechtlichen Autonomiegarantie wird bestimmt, unter welchen Voraussetzungen von einem geschützten Autonomiebereich auszugehen ist. Nach der bundesgerichtlichen Praxis aktualisiert sich diese Schutzverpflichtung, wenn das kantonale Recht einen Sachbereich „nicht abschliessend ordnet, sondern ihn ganz oder teilweise der Gemeinde zur Regelung überlässt und ihr dabei eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit einräumt“[1044]. Das *Mass* des Autonomiebereichs ergibt sich indessen immer erst aus dem *kantonalen Recht*: Dieses beantwortet die Frage, *auf welchen Gebieten und in welchem Umfang* die Gemeinden selbständig handeln. Weil sich die Kantonsverfassungen meist nur in allgemeiner Weise über die Gemeindeautonomie äussern, ist in aller Regel zu prüfen, ob das kantonale Gesetzes- und Verordnungsrecht den Gemeinden einen wesentlichen Gestaltungsspielraum überlässt.[1045]

Die verfassungsrechtliche Autonomiegarantie richtet sich nach dem gesamten kantonalen Recht und bezieht sich demnach auch auf die Kantonsverfassung. Geht eine kan-

---

[1042] Insb. Bürger- und Schulgemeinden; vgl. auch SEILER, Gemeinden, Rz. 41; DILL, Gemeindeautonomie, 155 m.H.

[1043] Vgl. BGE 134 I 204 E. 2.2, 206; HANGARTNER, Verfassungsmässige Rechte, 116; DILL, Gemeindeautonomie, 156 m.H.

[1044] BGE 129 I 290 E. 2.1, 294; s. zur bundesgerichtlichen Praxis vorne, Teil 1§ 4.IV.

[1045] Vgl. dazu eingehend DILL, Gemeindeautonomie, 44 ff.; PFISTERER, Gemeinden, 234 ff.

tonale Autonomiegarantie in ihrer Tragweite über die bundesverfassungsrechtliche Garantie hinaus, wird sie von Art. 50 Abs. 1 BV miterfasst. Das Bundesgericht hat deshalb Lehre und Praxis zur kantonalen Verfassungsnorm zu berücksichtigen.[1046] Der Schutzbereich der verfassungsrechtlichen Autonomiegarantie erfasst auch besondere Autonomiegarantien der Kantonsverfassungen und allfällige verfassungsrechtliche Aufgabenzuweisungen an die Gemeinden, soweit diese den Gemeinden direkt wesentlichen Gestaltungsspielraum einräumen. So gewährt z.B. Art. 115 Abs. 1 KV BE den Gemeinden ausdrücklich das Recht, ein Gemeindeparlament einzuführen.[1047]

4. … und der Eingriffsschranken

Die klassischen „Tatbestände der Autonomieverletzung" konnten den Grundsätzen rechtsstaatlichen Handelns zugeordnet werden: Eingriffe in den geschützten Autonomiebereich müssen mit dem Legalitätsprinzip vereinbar, im öffentlichen Interesse und verhältnismässig sein (s. vorne, A).

Auch bei der *Konkretisierung der Eingriffskriterien ist das kantonale Recht von entscheidender Bedeutung*. Das öffentliche Interesse wird zwar in allgemeinster Weise im Zweckartikel der Bundesverfassung umschrieben (Art. 2 BV). Im Bundesstaat muss diesbezüglich freilich dem kantonalen Verfassungs- und Gesetzgeber ein ganz erheblicher Bewertungs- und Beurteilungsspielraum zukommen.[1048] Das *Legalitätsprinzip* wird in der Praxis in aller Regel erst in Verbindung mit dem kantonalen Recht operationabel. Denn der Grundsatz, dass sich das staatliche Handeln auf einen demokratisch legitimierten Erlass stützen und mit der übergeordneten Rechtsordnung übereinstimmen muss, bedeutet nicht nur, dass die Gemeinden sich im Kontext ihrer Autonomie auf die ihrem Wesen nach auf sie anwendbaren verfassungsmässigen Rechte der Bundesverfassung berufen können (z.B. das Willkürverbot), sondern ganz vordringlich, dass sie sich *gegen Verletzungen der kantonalen positivrechtlichen Kompetenzord-*

[1046] Dies muss selbst dann gelten, wenn eine Gemeinde einzig die Verletzung des Art. 50 Abs. 1 BV rügt. I.d.S. auch der Appell von PFISTERER, Gemeinden, 57, freilich noch unter Geltung der alten Bundesverfassung.

[1047] Vgl. dazu NUSPLIGER, Bernisches Staatsrecht, 90. Ein anderes Beispiel: Die KV AG bezeichnet die Gemeinden ausdrücklich als Träger des obligatorischen Volksschulunterrichts und der Kindergärten. Sie sind von Verfassungs wegen berechtigt und verpflichtet, diese Aufgaben wahrzunehmen; vgl. §§ 26 Abs. 3 i.V.m. 29 Abs. 1 KV AG.

[1048] Vgl. auch BIAGGINI, Kommentar zu Art. 36 BV, Rz. 18.

nung und der kantonalen verfassungsrechtlichen Grundsätze über die Ausgestaltung des Gemeindewesens zur Wehr setzen können.[1049]

Viele der klassischen Tatbestände der Autonomieverletzung, so beispielsweise dass eine Aufsichtsbehörde ihre Prüfungsbefugnis überschreitet, lassen sich deshalb nur in jedem Einzelfall unter Berücksichtigung des kantonalen Rechts untersuchen. Die verfassungsrechtlichen Grundsätze über die Rechtsstellung der Gemeinden sind von Kanton zu Kanton verschieden. Sofern es sich um justiziable Bestimmungen handelt, kann sich die Gemeinde gegenüber dem kantonalen Gesetzgeber auf deren Einhaltung berufen. Zu beachten ist, dass ähnliche Verfassungstexte insbesondere als Folge unterschiedlicher Intentionen des Verfassungsgebers unterschiedlich ausgelegt werden können. So wird die Garantie des „möglichst weiten Handlungsspielraums" im Kanton Aargau als justiziable Norm verstanden (§ 106 Abs. 2 KV AG),[1050] in anderen Kantonen gelten ähnliche Bestimmungen dagegen als programmatische Handlungsmaximen (z.B. Art. 109 Abs. 2 KV BE).[1051]

VII. Normhypothese

Das systematische Element spricht dafür, die Gemeindeautonomie als *konstitutive Garantie der Bundesverfassung* zu qualifizieren. Sämtliche verfassungsrechtlichen Gewährleistungen wirken auch objektiv-rechtlich als Gestaltungsprinzipien in die gesamte Rechtsordnung hinein. Ein auf den Schutz durch das Bundesgericht reduziertes Verständnis des Gewährleistungsbegriffs stünde in der Verfassung isoliert da. Denn in aller Regel werden objektive Prinzipien gewährleistet, die sowohl eine justiziable Dimension aufweisen als auch programmatisch im Sinne von werthaften Gestaltungsentscheidungen in die Rechtsordnung hineinwirken.

Der enge systematische Rahmen impliziert, dass die Gemeinden unverzichtbare Elemente des *dreistufigen föderativen Gesamtsystems* sind. Im dreigliedrigen Bürgerrecht manifestiert sich die traditionelle Staatsvorstellung des dreistufigen Staatsaufbaus von unten nach oben. Diese geht davon aus, dass auf dem gesamten schweizerischen Staatsgebiet Gemeinden bestehen, die selbständige Träger von Staatsgewalt sind. Die Gemeinden sind keine Verbände von Untertanen, sondern Verbände von Bürgerinnen

[1049] I.d.S. auch PFISTERER, Gemeinden, 213 f.; SEILER, Gemeinden, Rz. 45.
[1050] Vgl. dazu PFISTERER, Gemeinden, 151 ff.
[1051] Vgl. NUSPLIGER, Bernisches Staatsrecht, 90 m.H.

und Bürgern.[1052] In Kombination mit der Regelung der politischen Rechte in Art. 39 BV weist die Bürgerrechtsordnung darauf hin, dass *Bund, Kantone und Gemeinden je drei eigenständige demokratische Gebietskörperschaften* bilden sollen. Die Gesamtbetrachtung im Kontext der Bundesverfassung und der Bundesgesetzgebung entfaltet das Bild eines weitergespannten föderalistischen Ordnungsprinzips, welches die Gemeinden als dritte Teilhaber des Bundesstaates mitumfasst.

All dies spricht für ein Verständnis der Gemeindeautonomie als *konstitutives Grundprinzip der Eidgenossenschaft,* das als objektives Rechtsprinzip von fundamentaler Bedeutung die gesamte Rechtsordnung durchdringen soll. Der Konnex zur Justizverfassung besiegelt die aufgrund der historischen Auslegung gewonnene Erkenntnis, dass die Gemeindeautonomie auch eine subjektive Rechtsposition darstellt. Die Gemeindeautonomie ist eine *justiziable Verfassungsgarantie* zu Gunsten der Gemeinden, die eines besonderen verfassungsrichterlichen Schutzes bedarf.

Die systematische Auslegung zeigt ebenso klar auf, dass die *Kantone die hauptsächlichen föderalistischen Partner des Bundes* sind, die Drehscheiben und Mittler im föderalistischen Verbund, welche die Gemeindeautonomie näher ausgestalten. Aus dem Gemeindeartikel lassen sich keine materiellen Bundeskompetenzen ableiten. Dass Art. 189 Abs. 1 lit. e BV die Gemeindeautonomie sinngemäss als „kantonale Garantie" bezeichnet, zeugt davon, dass sie *inhaltlich* durch das kantonale Recht bestimmt wird. Auch wenn sie als *bundes*verfassungsmässiges Recht verstanden wird, als ein Leitgrundsatz des gesamten föderalistischen Staatswesens, führt dies nicht zu einer Nivellierung der kommunalen Selbständigkeit. Die Kantone gestalten das Gemeinderecht und regeln die innerkantonale Aufgabenverteilung nach ihren Bedürfnissen. Dies entspricht dem schweizerischen Föderalismus. Die Gemeindeautonomie erhält damit eine von Kanton zu Kanton stark unterschiedliche Prägung.

Neben den politischen Gemeinden können auch andere öffentlich-rechtliche Körperschaften, denen gemäss kantonalem Recht ein selbständiger Bereich öffentlicher Gewalt zusteht, *Träger* der Gemeindeautonomie sein. Die Gemeindeautonomie ist eine Garantie zugunsten öffentlich-rechtlicher Körperschaften, kein Grundrecht des Menschen. Sie verpflichtet alle, die eine staatliche oder vom Staat übertragene Aufgabe wahrnehmen und für die Gemeinden verbindlich handeln. Der Bund, die Kantone, interkantonale Organe, öffentlich-rechtliche Anstalten und Stiftungen, gemischtwirt-

[1052] I.d.S. auch PFISTERER, Gemeinden, 203.

schaftliche Unternehmungen, Gemeindeverbände, andere Gemeinden und sogar Private können Verpflichtungsadressaten der Gemeindeautonomie sein, sofern sie verbindlich auf einen geschützten Autonomiebereich einer Gemeinde einwirken.

Die Kantone bestimmen *das Mass* der Gemeindeautonomie. Die integrale Auslegung verbietet es, aus dem Gemeindeartikel eine Kompetenz des Bundes zur Regelung des Gemeindewesens abzuleiten, und sie mahnt davor, in einem möglichen bundesrechtlichen Autonomiekern mehr als ein Bollwerk gegen extreme Zentralisierungen zu erblicken. In Anwendung der verfassungsrechtlichen Autonomiegarantie ist zu bestimmen, unter welchen Voraussetzungen vom Vorliegen eines *geschützten Autonomiebereichs* auszugehen ist. Das kantonale Recht aber bestimmt, auf welchen Gebieten und in welchem Umfang die Gemeinden selbständig handeln.

Die Erkenntnis, dass die Autonomiegarantie einen bestimmten Autonomiebereich der Gemeinden schützt, führt zur Grundsatzfrage, welchen Schranken Eingriffe in den Autonomiebereich unterworfen sind. Das Bundesgericht kennt seit langem verschiedene Tatbestände der Autonomieverletzung, die auf ein praxistaugliches Eingriffsschema zurückzuführen sind. Eingriffe in den Autonomiebereich müssen im Einklang mit dem Legalitätsprinzip geschehen, durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig sein. Dadurch wird ersichtlich, dass *einheitliche Kriterien für Eingriffe in die Gemeindeautonomie* gelten. Die kantonale Vielfalt wird deshalb nicht eingeebnet. Die Gemeindeautonomie bleibt in einem gewissen Sinne eine „kantonale Rechtsfigur", weil die Kantone den Umfang ihres Schutzbereichs bestimmen und die Grundsätze über die Ausgestaltung des Gemeindewesens festlegen, deren Einhaltung im Rahmen des Eingriffskriteriums des Legalitätsprinzips geprüft wird.

Das *Subsidiaritätsprinzip* (Art. 5a BV) ist wie die Gemeindeautonomie ein staatsorganisatorisches Prinzip im Dienste der menschlichen Freiheit. Die Gemeinden können die ihnen zugedachte Rolle als Zellen der Demokratie nur wahrnehmen, wenn ihnen ein erheblicher Gestaltungsspielraum zukommt – dafür streitet das Subsidiaritätsprinzip. Es ergänzt die verfassungsmässige Autonomiegarantie um eine *positiv-fordernde Komponente*. Die Bundesverfassung gibt die Subsidiarität als *staatspolitische Maxime* vor und überlässt deren Konkretisierung im innerkantonalen Verhältnis dem kantonalen Verfassungs- und Gesetzgeber. Reichert eine Kantonsverfassung oder die kantonale Gesetzgebung das Subsidiaritätsprinzip mit justiziablen Gehalten an, so können die Gemeinden als Ausfluss des Legalitätsprinzips bei Eingriffen in den geschützten Autonomiebereich die Einhaltung dieser Garantien verlangen.

§ 13. Völkerrechtskonformes Element

I. Vorbemerkung

Der Europarat hat sich mit seiner Gemeindeautonomiecharta im Bestreben, die persönliche und die politische Freiheit der Menschen zu fördern, der Gemeindeautonomie angenommen. Die Schweiz hat sich zur Beachtung der Charta verpflichtet. Es gilt deshalb, die Gemeindeautonomie im Lichte dieses völkerrechtlichen Vertragswerks auszulegen. Art. 5 Abs. 4 BV begründet eine Rechtspflicht für alle staatlichen Organe, das Völkerrecht zu beachten. Die verfassungsrechtliche Autonomiegarantie ist deshalb *völkerrechtskonform* auszulegen. Unter mehreren vertretbaren Lesarten ist ihr jene Bedeutung beizumessen, die dem Sinn der Normen der Charta am besten entspricht.[1053] Das innerstaatliche und das internationale Recht sind so weit als möglich miteinander zu einer sinnhaften Einheit zu verbinden.[1054]

II. Harmonisierende Auslegung

A. Bekräftigung der Gewährleistung

Das völkerrechtskonforme Element spricht klar gegen die traditionalistische Sicht des Art. 50 Abs. 1 BV als Gewährleistung einer (allenfalls) im kantonalen Recht aufzufindenden Rechtsfigur (s. vorne, Teil 1§ 4.II). Das damit einhergehende Verständnis des Art. 50 Abs. 1 BV als deklaratorische Rechtsnorm lässt sich mit dem Sinn und Zweck des Art. 2 Charta, der von den Signatarstaaten verlangt, den Grundsatz der Gemeindeautonomie soweit als möglich in der Verfassung zu verankern, nicht vereinbaren, zielt diese Bestimmung in föderalistischen Staaten doch ganz vordringlich auf eine *Garantie in der Bundesverfassung.*[1055] Es mag vertretbar sein zu argumentieren, es sei mit Art. 2 Charta vereinbar, wenn sämtliche Kantonsverfassungen die Gemeindeautonomie schützten.[1056] Wenn man jedoch Art. 50 Abs. 1 BV in dem Sinne auslegt, der dem Zweck des Art. 2 Charta *am besten* entspricht, spricht dies klar für ein Verständnis der

---

1053 Vgl. zur völkerrechtskonformen Auslegung statt vieler HANGARTNER, St. Galler Kommentar zu Art. 5 BV, Rz. 22 u. 44; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 9 Rz. 36; THÜRER, Verfassungsrecht und Völkerrecht, Rz. 31 je m.H.; s. allgemein zur Charta vorne, Teil 2§ 5.

1054 TIETJE, Internationalisierung, 1093 m.H.

1055 Vgl. THÜRER, Charta, 229; SCHAFFARZIK, Handbuch, § 12 Rz. 2; s. vorne, Teil 2§ 5.III.B.

1056 I.d.S. THÜRER, Charta, 229 f.; BUSCHOR, Charta, 105; a.M. SCHAFFARZIK, Handbuch, § 12 Rz. 2, m.H., dass die Kantonsverfassungen in der Normenhierarchie unter dem Bundesrecht stehen (Art. 49 BV) und deshalb keinen Schutz gegen Bundeseingriffe vermitteln.

Gemeindeautonomie als *Grundprinzip der Bundesverfassung*, das die Kantone konkretisieren und begrenzen, aber nicht untergraben dürfen.

Art. 2 Charta verlangt die Anerkennung des *Grundsatzes*[1057] der Gemeindeautonomie. Dies, aber auch die Offenheit der Begriffsumschreibung des Art. 3 Charta (s. unten, B), weist auf den *Prinzipiencharakter* der Gemeindeautonomie hin. Die Präambel der Charta verdeutlicht, dass es sich um ein *fundamentales Verfassungsprinzip* handelt. Sie bezeichnet die selbständigen Gemeinden als einen der Grundpfeiler jeder demokratischen Staatsform und den Schutz und die Stärkung der Gemeindeautonomie als wichtigen Beitrag zum Aufbau eines Europas, das auf den Grundsätzen der Demokratie und der Dezentralisierung der Macht gründet.

Die Gemeindeautonomie kann deshalb nicht darauf beschränkt sein, *allenfalls* im kantonalen Recht vorhandene Autonomieräume zu schützen. Die Gemeinden erscheinen in der Charta als die *Grundpfeiler des demokratischen Staates*, die sich mit jeder Angelegenheit befassen dürfen, die nicht ausdrücklich von ihrem Kompetenzbereich ausgeschlossen ist (Art. 4 Abs. 2 Charta). Dies deckt sich mit der schweizerischen Tradition der Gemeinden als den Keimzellen der Demokratie und ändert nichts daran, dass die Gemeinden dem kantonalen Recht unterstellt sind. Doch die Selbständigkeit der Gemeinden ist von der Bundesverfassung und der Charta *vorausgesetzt* und wird nicht erst vom Kanton gewährt. Die Kantone bestimmen das Mass der Autonomie (Art. 50 Abs. 1 BV), indem sie deren Rahmen, also deren Grenzen festsetzen, wie dies im französischen Verfassungstext zum Ausdruck kommt.

B. Definition der Gemeindeautonomie

Art. 3 Abs. 1 Charta definiert die Gemeindeautonomie als das Recht und die tatsächliche Fähigkeit der Gemeinden, im Rahmen des Gesetzes einen wesentlichen Teil der öffentlichen Angelegenheiten in eigener Verantwortung zum Wohl ihrer Einwohner zu regeln und zu gestalten. Abs. 2 hält fest, dass dieses Recht von demokratisch legitimierten Behörden oder direkt von den Gemeindebürgerinnen ausgeübt werden muss. Diese Definitionsnorm bezieht sich systematisch auf Art. 2 Charta, der eine Verfassungsgrundlage der Gemeindeautonomie fordert. Weil dieses Postulat in der Schweiz

[1057] Die Begriffe „Grundsatz“ und „Prinzip“ werden in dieser Studie als Synonyme verwendet. Art. 2 der französischen Chartafassung spricht vom „principe de l’autonomie locale“, Art. 2 der englischen Fassung vom „principle of local self-government“.

durch Art. 50 Abs. 1 BV erfüllt wird,[1058] müssen die in Art. 3 Charta beschriebenen Charakteristiken der Gemeindeautonomie als *Umschreibung der verfassungsrechtlichen Autonomiegarantie* verstanden werden.

Ist diese Definition mit der Formel des Bundesgerichts vereinbar, eine Gemeinde sei 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“[1059]?

Diese Standardformel definiert nicht die Gemeindeautonomie,[1060] sondern umschreibt, wann in einem bestimmten Sachbereich von Autonomie auszugehen ist. Der bundesgerichtliche Autonomieschutz setzt nach dieser Formulierung voraus, dass das kantonale Recht der Gemeinde eine Zuständigkeit und eine Entscheidungsbefugnis einräumt.[1061] Die Definition des Art. 3 Charta bringt indessen klar zum Ausdruck, dass *Gemeindeautonomie mehr erfordert als die blosse Beachtung der Gemeindekompetenzen durch die Kantone*.[1062] Die Gemeindeautonomie bedeutet das Recht, einen wesentlichen Teil der öffentlichen Angelegenheiten in eigener Verantwortung zu regeln und zu gestalten, und sie bedeutet die tatsächliche Fähigkeit zu entsprechendem Handeln. Die bundesgerichtliche Standardformel betrifft damit lediglich ein *Element der Gemeindeautonomie*. Denn die Autonomie ist erst sichergestellt, wenn die Gemeinden *tatsächlich* einen *wesentlichen Teil* der öffentlichen Angelegenheiten *eigenverantwortlich* gestalten können. Was der Staat zu diesem Zweck alles zu beachten und zu unternehmen hat, wird in den Art. 4-11 der Charta konkretisiert.

Dass Art. 50 Abs. 1 BV auf das kantonale Recht verweist, lässt sich mit Art. 3 Charta vereinbaren. Der Verweis in Art. 50 Abs. 1 BV stellt klar, dass die Gemeinden dem kantonalen Recht unterstellt sind und die Kantone das Mass der Autonomie bestimmen. Die *Gemeindeautonomie* kann folglich völkerrechtskonform definiert werden als *das Recht und die tatsächliche Fähigkeit der Gemeinden, im Rahmen des kantonalen*

1058 Vgl. Botschaft Charta, 89 u. 91; KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar zu Art. 50 BV, Rz. 5.

1059 Statt vieler BGE 129 I 410 E. 2.1, 413.

1060 Eine allgemeine Begriffsumschreibung nahm das Bundesgericht seit längerem nicht mehr vor, s. schon vorne, Teil 1§ 1.II.C. THÜRER (Charta, 231) verweist auf einen alten Entscheid des Bundesgerichts, in dem das Bundesgericht bereits in der Vergangenheitsform anmerkte, es habe die Gemeindeautonomie früher als „die Zuständigkeit der Gemeinde zur selbständigen Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben“ bezeichnet; BGE 93 I 427 E. 3b, 432.

1061 PFISTERER, Gemeindeautonomie, 11; vgl. zuletzt etwa BGE 135 I 43 E. 1.2, 45 f.

1062 So schon MATTER, Gemeinden, 41.

Rechts einen wesentlichen Teil der öffentlichen Angelegenheiten in eigener Verantwortung zu regeln und zu gestalten. Auf die in Art. 3 Abs. 1 Charta ebenfalls enthaltene Wendung „zum Wohle ihrer Einwohner" kann verzichtet werden, denn die Verpflichtung der Gemeinden auf das Gemeinwohl ist selbstverständlich und ergibt sich bereits aus Art. 5 Abs. 2 BV. Die dargelegte Definition der Gemeindeautonomie dient vordringlich als Auslegungshilfe und ist insbesondere bei der völkerrechtskonformen Bestimmung des geschützten Autonomiebereichs zu beachten.

C. Konkretisierung der Gemeindeautonomie

Die völkerrechtskonforme Auslegung verlangt, soweit sich dies mit den weiteren Auslegungselementen vereinbaren lässt, eine *weitest mögliche Harmonisierung* der verfassungsrechtlichen Autonomiegarantie und der Europäischen Charta der Gemeindeautonomie. Diese fordert nicht nur (so weit als möglich) eine verfassungsrechtliche Autonomiegarantie (Art. 2) und enthält weit wichtigeres als die dargelegte Legaldefinition der Gemeindeautonomie (Art. 3). Die Art. 4-11 Charta begründen gleichsam eine Kodifikation, d.h. eine systematische Sammlung jener Bestimmungen, welche das „ein Stück europäische Identität darstellende Bild der autonomen Gemeinde"[1063] zeichnen. Die als Teil der schweizerischen Rechtsordnung auf Bundesebene geltenden völkerrechtlichen Normen der Charta konkretisieren die Gemeindeautonomie durch ganz zentrale „principles of local self-government"[1064], wie es der erläuternde Bericht des Europarats ausdrückt, also durch spezifische *Grundsätze der Gemeindeautonomie*. Dies wird durch den Wortlaut der Charta,[1065] durch ihren Sinn und Zweck, die Gemeindeautonomie zu schützen und zu stärken (Präambel), ja bereits durch ihre Bezeichnung als Europäische Charta der Gemeindeautonomie bekräftigt.

Eine *bestmögliche Harmonisierung* gelingt, wenn die Bestimmungen der Charta zur Konkretisierung des Schutzbereichs der verfassungsrechtlichen Autonomiegarantie des Art. 50 Abs. 1 BV herangezogen werden. Eine solche in einem gewissen Sinne „chartaintegrierende" Auslegung ist nicht zwingend: Die Charta ist ohnehin verbindlich, und der Rechtsanwender kann bei seiner Entscheidfindung den justiziablen Teil der Charta (s. vorne, Teil 2§ 7.IV) berücksichtigen, ohne dessen Bezüge zur verfassungsrechtlichen Autonomiegarantie zu beachten. Es entspricht indessen dem Sinn und Zweck des Art. 5 Abs. 4 BV, durch eine völkerrechtskonforme Auslegung des

[1063] THÜRER, Charta, 224.

[1064] Explanatory Report, B.

[1065] Art. 13 Charta: „Die in dieser Charta enthaltenen Grundsätze der Gemeindeautonomie […]."

Landesrechts eine Harmonisierung von Landes- und Völkerrecht zu erreichen, am besten, wenn die Rechtsanwender weiterhin mit der inländischen Verfassungsgarantie operieren und dabei die in der Charta enthaltenen justiziablen Aufschlüsselungen der Gemeindeautonomie berücksichtigen.[1066]

Als Wegweiser kann die bundesgerichtliche Praxis zur EMRK-konformen Auslegung der Grundrechte dienen. Das Bundesgericht hat die Garantien der EMRK zum Bestandteil des verfassungsrechtlichen Grundrechtsschutzes gemacht und orientiert sich bei der Konkretisierung des Schutzobjekts der Grundrechte an der europäischen Rechtsentwicklung. Es sieht in den EMRK-Garantien einen *europäischen Mindeststandard*, den die schweizerischen Grundrechte in der Regel erreichen oder überschreiten. Häufig geht das Bundesgericht vom Grundrecht der Bundesverfassung aus und berücksichtigt die entsprechenden Garantien der EMRK nur „en tant qu'ils la concrétisent". Das Gericht lässt seinen Blick zwischen dem schweizerischen und dem europäischen Recht hin- und herwandern und bemüht sich, die EMRK und die Bundesverfassung zu harmonisieren.[1067]

Auch die Europäische Charta der Gemeindeautonomie verankert einen *gemeineuropäischen Minimalstandard*. Während aber die EMRK-Garantien auf gleicher Abstraktionsebene wie die Grundrechte angesiedelt sind*, definiert und konkretisiert* die Charta die Gemeindeautonomie. Eine bestmögliche Harmonisierung lässt sich folglich erreichen, wenn die normativen Gehalte der Charta in die verfassungsrechtliche Autonomiegarantie integriert werden. Die staatlichen Organe können die verfassungsrechtliche Garantie mit dem durch die Charta angereicherten Inhalt für ihre Entscheidungen heranziehen, anstatt ausschliesslich die Chartagarantien als Rechtsgrundlage zu verwenden.[1068] Dies ermöglicht eine Konkretisierung der Verfassungsgarantie, ändert aber nichts daran, dass die Kantone das Gemeindewesen nach ihren eigenen Bedürfnissen ausgestalten und das Mass der Gemeindeautonomie bestimmen.

Das Bundesgericht hat in den ersten Entscheiden, in denen es sich mit der Charta zu beschäftigen hatte, die Rechte der Gemeinden denn auch bereits im hier vertretenen Sinne geschützt. So behandelte es im Rahmen von Autonomiebeschwerden verschie-

[1066] I.d.S. auch SCHAFFARZIK, Handbuch, § 20 Rz. 29 f.

[1067] Vgl. z.B. BGE 117 Ia 472 E. 3, 477 f.; 116 Ia 73 E. 1, 74; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht, Rz. 241; KÄLIN, Beschwerde, 50; VILLIGER, EMRK, § 3 Rz. 76 m.H.

[1068] Im hier vertretenen Sinne auch SCHAFFARZIK, Handbuch, § 20 Rz. 17.

dener Tessiner Gemeinden jeweils auch die Rüge, die kantonalen Massnahmen hätten das in Art. 5 Charta enthaltene Konsultationsrecht verletzt.[1069]

III. Kerngehalt

Die völkerrechtskonforme Auslegung spricht dafür, die Gemeindeautonomie als *Grundprinzip der Bundesverfassung* einzustufen. Eine Verfassungsgarantie, die „gemeindeautonomiefreie Zonen" zuliesse, genügte Art. 2 f. Charta nicht.[1070] Die Charta spricht folglich dafür, einen *Kerngehalt* der Gemeindeautonomie anzuerkennen. Dazu muss all jenes gezählt werden, das unerlässlich ist, um überhaupt von Gemeindeautonomie sprechen zu können (s. hinten, § 14.VII).[1071]

Das völkerrechtskonforme Element ermöglicht, diese reichlich vage Umschreibung zu konkretisieren. Es spricht erstens dafür, die *Existenz einer Gemeindeebene* als Teilaspekt des Kerngehalts zu qualifizieren. Die Präambel der Charta bezeichnet die Gemeinden als „Grundlage jeder demokratischen Staatsform". Die Existenz der collectivités locales, die über demokratisch bestellte Entscheidungsorgane und wesentliche Selbständigkeit verfügen, ist konstitutiv für einen demokratischen Staat. Die Charta setzt voraus, dass im gesamten Staatsgebiet *örtliche demokratische Gebietskörperschaften* existieren. Die Schweiz hat anlässlich des Chartabeitritts erklärt, die Charta gelte für die politischen Gemeinden.[1072] Die von der Charta geforderte örtliche Demokratie muss durch diesen wichtigsten Gemeindetypus sichergestellt werden. Die Charta toleriert keine Zone ohne örtliche Demokratie.[1073]

Die Gemeinden müssen die Teilhabe der Bürgerinnen an einer örtlichen Demokratie ermöglichen. Ob eine Gemeinde dieses Kriterium erfüllt, hängt nicht nur von der Bevölkerungszahl, sondern auch von ihrer flächenmässigen Ausdehnung und der Topographie ab. Massgeblich kann nur der Einzelfall sein. Der Kerngehalt verhindert die Abschaffung der örtlichen Selbständigkeit. Wenn etwa der Kanton Bern – ca. eine

---

1069 Vgl. etwa BGE 1C_41/2008, E. 11.

1070 I.d.S. auch THÜRER, Charta, 230.

1071 Vgl. auch SCHAFFARZIK, Handbuch, § 21 Rz. 153; für die Bundesrepublik Deutschland vgl. statt vieler STERN, Bonner Kommentar zu Art. 28 GG, Rz. 122.

1072 Die bundesrätliche Botschaft weist darauf hin, eine Anwendung der Chartagarantien auf die Kantone sei „nicht vorstellbar"; Botschaft Charta, 98.

1073 So auch MARTENET, Fusion, 193. Die Gebietsklausel des Art. 16 Charta wurde für die spezielle Situation europäischer Staaten geschaffen, die über nicht dem Mutterland zugehörige Hoheitsgebiete verfügen. Der Artikel erlaubt es nicht, einzelne Gliedstaaten eines Bundesstaates vom Anwendungsbereich der Charta auszuschliessen; Botschaft Charta, 99; Argumentarium Charta, 12.

Million Einwohner, verteilt auf 5959 km^2 – beschliessen würde, seine heute weit über 300 Gemeinden zu noch drei „Gemeinden" Oberland, Mittelland und Seeland zusammenzulegen, bliebe offensichtlich keine örtliche, sondern nur mehr eine regionale Demokratie übrig. Eine solche Neugliederung wäre eine Kerngehaltsverletzung, weil sie einer Abschaffung der örtlichen Demokratie gleichkäme. Die Kerngehaltssperre kann jedoch nur solche oder ähnliche *Extremszenarien* verhindern und begründet keine schematische, für alle Kantone gleichermassen geltende Gliederungspflicht. So liesse es sich mit dem Kerngehalt sogar vereinbaren, falls in einem Stadtkanton wie Basel-Stadt oder im Kleinstkanton Appenzell-Innerrhoden nur noch eine Gemeinde bestünde, also Kanton und Gemeinde zusammenfielen.[1074] Appenzell-Innerhoden hat nur rund 15'000 Einwohnerinnen, Basel-Stadt besteht nur aus drei Gemeinden, wobei die beiden „Landgemeinden" Riehen und Bettingen mit der Stadt Basel faktisch zusammengewachsen sind. Wenn in diesen Kantonen der Souverän eine Zusammenlegung von Kanton und Gemeinden beschlösse, könnte dies kaum als Kerngehaltsverletzung bezeichnet werden, zumal eine lokale Demokratie erhalten bliebe (zum anders gelagerten Fall des Kantons Glarus s. hinten, Teil 4§ 18.VI.B).[1075]

Wenn die Chartagarantien als Konkretisierungen der Gemeindeautonomie verstanden werden, muss ihre *gänzliche Ausserkraftsetzung* dem innerstaatlichen Gesetzgeber als Kerngehaltsverletzung in jedem Fall untersagt sein. Die folgenden beispielhaften Regelungen müssten folglich als Verletzung des Kerngehalts des Verfassungsprinzips Gemeindeautonomie eingestuft werden:

- Eine Degradierung der Gemeinden zu reinen Vollzugsgehilfen des Kantons wäre mit Art. 3 Abs. 1 Charta, wonach die Gemeinden einen *wesentlichen Teil* der öffentlichen Angelegenheiten regeln und gestalten, unvereinbar.
- Eine Regelung, wonach der Gemeinderat von der kantonalen Regierung ernannt wird, wäre mit Art. 3 Abs. 2 Charta unvereinbar.
- Eine Regelung, wonach die Gemeinden nur jene Aufgaben wahrnehmen dürfen, die ein kantonales Gesetz abschliessend festlegt, wäre mit Art. 4 Abs. 2 Charta unvereinbar. Das „Aufgabenzugriffsrecht" gehört zum Kernbereich der Gemeindeautonomie.[1076]

[1074] So auch MARTENET, Fusion, 194 ff.; vgl. sodann FETZ, Gemeindefusion, 95.
[1075] I.d.S. auch MARTENET, Fusion, 197 f.
[1076] So auch in der Bundesrepublik Deutschland; vgl. IPSEN, Selbstverwaltungsgarantie, 197.

- Wenn den Gemeinden zwar ein wesentlicher Gestaltungsspielraum zugestanden wird, sie davon aber mangels jeder Finanzierungsmöglichkeit keinen tatsächlichen Gebrauch machen können, verletzt dies den Kerngehalt der Gemeindeautonomie (vgl. Art. 3 Abs. 1 und Art. 9 Charta).
- Eine Regelung, wonach die Gemeinden keine oder nur gänzlich unbedeutende eigene Steuern erheben dürfen, wäre mit Art. 9 Abs. 3 Charta unvereinbar.

Diese Liste zeigt, dass der Kerngehalt dank der Charta eine wichtige Konkretisierung erfährt. Er bleibt von seiner Funktion her indessen ein letztes unüberwindbares Bollwerk gegen krasse Autonomieverletzungen (s. hinten, § 14.VII).

IV. Justiziable Schicht

Die völkerrechtskonforme Auslegung bekräftigt die Qualifikation der Gemeindeautonomie als besonderes *verfassungsmässiges Recht*, d.h. als justiziabler Rechtsanspruch der Gemeinde, dessen Gewicht so gross ist, dass er verfassungsrichterlichen Schutzes bedarf. Dies kommt in Art. 3 Abs. 1 Charta, der den Grundsatz der Gemeindeautonomie ausdrücklich als ein *Recht der Gemeinden* darstellt, deutlich zum Vorschein, und wird durch die Rechtsweggarantie des Art. 11 Charta bekräftigt.

A. Rechtsträger

Die Charta gilt in der Schweiz nur für die politischen Gemeinden.[1077] Die chartakonforme Auslegung bewirkt deshalb einzig eine *Konkretisierung der verfassungsrechtlichen Autonomiegarantie für die politischen Gemeinden*. Diese Einschränkung ist berechtigt, weil die meisten Bestimmungen der Charta auf diese Gemeindeart zugeschnitten sind. Dass die Charta auf andere Gemeindearten keine Anwendung findet, bedeutet nicht, dass diese sich nicht auf die verfassungsrechtliche Autonomiegarantie berufen könnten. Darüber, welchen öffentlich-rechtlichen Körperschaften die Autonomie *neben den politischen Gemeinden* zusteht, entscheidet das kantonale Recht. Den politischen Gemeinden dürfen die Kantone jedoch den in der Charta zugesicherten Autonomiestandard nicht vorenthalten.

[1077] Art. 1 Abs. 2 BB über die Genehmigung der Europäischen Charta der Gemeindeautonomie vom 15. Dezember 2004 (AS 2005 2391); Botschaft Charta, 98.

B. Verpflichtungsadressaten

Die Charta nimmt als völkerrechtlicher Vertrag den Staat als solchen und damit auch den Bund in die Pflicht.[1078] Darauf wies die bundesrätliche Botschaft zur Charta ausdrücklich hin: „Auch wenn der Inhalt der Gemeindeautonomie im kantonalen Recht festgelegt ist, werden die Bestimmungen der Charta nach deren Inkrafttreten für die Schweiz bindend sein und für alle staatlichen Organe des Bundes und der Kantone gelten“[1079]. Das völkerrechtskonforme Element spricht deshalb dafür, dass an die Gemeindeautonomie gebunden ist, *wer staatliche Aufgaben wahrnimmt*. Eine Verfassungsgarantie, die auch den Bund in die Pflicht nimmt, entspricht dem Sinn und Zweck des Art. 2 Charta am besten: Diese Bestimmung zielt auf eine Bundesgarantie ab, welche die Gemeinden auch vor Einwirkungen der Bundesbehörden schützt.[1080] Die Kantone sind aufgrund der innerstaatlichen Zuständigkeitsordnung die *primären Verpflichtungsadressaten*. Die völkerrechtskonforme Auslegung verdeutlicht aber, dass auch der Bund und sogar andere Gemeinden Verpflichtungsadressaten sind. Letzteres wird vor allem bei Planungsentscheidungen relevant, die auch die Entwicklung von Nachbargemeinden betreffen (vgl. Art. 4 Abs. 6 Charta).[1081]

C. Konkretisierung des Schutzbereichs

1. Vorbemerkung

Die Gemeindeautonomie schützt die Selbständigkeit der Gemeinden und kann völkerrechtskonform definiert werden als das *Recht der Gemeinden*, im Rahmen des kantonalen Rechts *einen wesentlichen Teil der öffentlichen Angelegenheiten in eigener Verantwortung zu regeln und zu gestalten*. Diesem Recht kommt ein bestimmter sachlicher Geltungsbereich zu. Es ist danach zu fragen, welche Sachverhalte unter dem Schutz der Autonomiegarantie stehen.[1082] Dies ist die Frage nach dem *Schutzbereich* der Gemeindeautonomie. Diese Terminologie unterstellt nicht, die Gemeindeautonomie sei ein Grundrecht (s. vorne, § 12.VI.B.1). Auch das verfassungsmässige Autonomierecht der Gemeinden hat einen Schutzbereich, also einen bestimmten *sachlichen Geltungsbereich*. Im Folgenden ist dieser Schutzbereich völkerrechtskonform zu kon-

[1078] Vgl. Botschaft nBV, 135; HANGARTNER, St. Galler Kommentar zu Art. 5 BV, Rz. 44.
[1079] Botschaft Charta, 88.
[1080] Vgl. SCHAFFARZIK, Handbuch, § 12 Rz. 2.
[1081] Vgl. auch BURGI, Kommunalrecht, § 6 Rz. 9.
[1082] Vgl. für die ähnliche Situation in der Bundesrepublik IPSEN, Selbstverwaltungsgarantie, 199.

kretisieren.[1083] Der in der Legaldefinition enthaltene Verweis auf das kantonale Recht weist auf die Zuständigkeit der Gliedstaaten hin, in ihrem Gebiet die Verteilung der öffentlichen Aufgaben zu bestimmen und die Gemeindeautonomie näher auszugestalten. Der Vorbehalt des kantonalen Rechts bezieht sich auf den gesamten Schutzbereich der verfassungsrechtlichen Autonomiegarantie. Er verdeutlicht die in diesem Kontext essentielle Bedeutung des kantonalen Rechts, die mit der Gemeindeautonomiecharta ohne weiteres vereinbar ist. Die Charta fordert keine Zuständigkeit des Bundes zur Regelung des Gemeindewesens (s. vorne, Teil 2§ 8.IV).

2. Elemente

2.1 Aufgaben

Die Gemeindeautonomie schützt die *Autonomieaufgaben*. Die Gemeinde muss einen *wesentlichen Teil der öffentlichen Angelegenheiten* eigenverantwortlich gestalten können. Im Unterschied zu Art. 28 Abs. 2 GG wird der kommunale Aufgabenbereich nicht auf die „örtlichen Angelegenheiten" beschränkt.[1084] Die Gemeinden dürfen sich gemäss dem *Prinzip der Allzuständigkeit* (Art. 4 Abs. 2 Charta) mit jeder öffentlichen Angelegenheit befassen, die nicht von ihrem Kompetenzbereich ausgeschlossen ist. Sie können deshalb grundsätzlich selbst Aufgaben übernehmen, die allgemein als kantonale oder gar nationale Anliegen empfunden werden. Dies setzt voraus, dass ihre lokalen Interessen berührt sind und die Aufgabenerfüllung durch die Gemeinde möglich und sinnvoll ist (worüber jedoch die Gemeinde selbst entscheidet).[1085]

Die chartakonforme Auslegung spricht für ein weites Verständnis des Begriffs der *Autonomieaufgaben*. Art. 3 Abs. 1 Charta spricht von *regeln wie auch von gestalten*. Nicht nur die Gesetzgebung, sondern auch der Vollzug des eigenen Gemeinderechts sowie des übergeordneten Rechts von Bund und Kantonen fallen potentiell in den ge-

---

1083 I.d.S. auch THÜRER, Rechtsgutachten Charta, 19.

1084 Dies rührt vom Bewusstsein um die unterschiedlichen Traditionen der Mitgliedstaaten des Europarats betreffend die Frage, welche Aufgaben als Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft betrachtet werden, sowie vom Wissen um die Abgrenzungsprobleme, die der Begriff der „Örtlichkeit" mit sich bringt; vgl. Explanatory Report, Art. 3; zur Diskussion in der Bundesrepublik Deutschland statt vieler BURGI, Kommunalrecht, § 6 Rz. 13 ff.; DREIER, Kommentar zu Art. 28 GG, Rz. 110 ff.; SCHAFFARZIK, Handbuch, § 21 Rz. 87 ff.

1085 Dies entspricht der schweizerischen Tradition der Gemeindeautonomie; vgl. i.d.S. BGE 116 Ia 285 E. 3a, 287; HANGARTNER, Gemeindeautonomie, 526; KÄGI-DIENER, Zweck und Aufgaben, 529; allerdings jeweils mit einer Beschränkung auf lokale öffentliche Aufgaben (wobei dies jeweils nicht eng verstanden werden soll).

schützten kommunalen Aufgabenbereich.[1086] Die Charta umschreibt die Autonomieaufgaben der Gemeinden bewusst in potentiell sehr weiter, aber unbestimmter Weise, damit die Umgrenzung des kommunalen Aufgabenbereichs gemäss den mitgliedstaatlichen Traditionen geschehen kann. Aus Art. 4 Abs. 2 Charta kann jedoch nicht geschlossen werden, dass selbst jene Aufgaben der Gemeinden in den Schutzbereich der Gemeindeautonomie fallen, in denen die Gemeinden bloss als Vollzugshelfer des Kantons auftreten.[1087] Ein derart weites Verständnis der geschützten Autonomieaufgaben stünde in krassem Gegensatz zur Definition des Art. 3 Abs. 1 Charta, der von der *eigenverantwortlichen* Gestaltung öffentlicher Aufgaben spricht.

Die für die Praxis entscheidende Frage bleibt damit jene nach der *Abgrenzung des autonomen vom nichtautonomen Tätigkeitsbereich der Gemeinden*. Aus der diesbezüglichen Offenheit der Charta folgt, dass im Grundsatz am bewährten Konzept der „tupfenweisen" Autonomie (s. vorne, Teil 1§ 4.IV) festzuhalten ist. Es ist weiterhin darauf abzustellen, ob der Gemeinde *im Rahmen des kantonalen Rechts ein relativ erheblicher Gestaltungsspielraum* zusteht. Die Standardformel des Bundesgerichts, wonach eine Gemeinde in einem Sachbereich autonom ist, „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", ist freilich anpassungsbedürftig. Denn diese Wendung geht offensichtlich davon aus, dass die Entscheidungsfreiheit den Gemeinden *vom Kanton eingeräumt wird*. Die Charta und mit ihr die chartakonform interpretierte verfassungsrechtliche Autonomiegarantie setzen jedoch die Selbständigkeit der Gemeinden bereits voraus. Die Kantone bestimmen das Mass und die Grenzen der Autonomie, müssen sie aber nicht erst selbst einräumen. Dies gilt für die Rechtsetzung, aber auch für die Rechtsanwendung. So geniesst die Gemeinde beispielsweise auch bei der Anwendung eines unbestimmten kantonalen Rechtsbegriffs – wie etwa der „Beeinträchtigung" des Ortsbilds[1088] – Autonomieschutz, weil ihr im Rahmen des kantonalen Rechts ein relativ erheblicher Gestaltungsspielraum zusteht. Doch auch hier wird die Selbständigkeit nicht vom entsprechenden kantonalen Gesetz „eingeräumt", sondern sie wird von den Garantien der Bundes- und der Kantonsverfassung wie auch von der Charta vorausgesetzt und

[1086] Der Aufgabenbereich der Gemeinden ist somit weder auf die „örtlichen Angelegenheiten" noch auf den sog. eigenen Wirkungskreis beschränkt. Eine solche sachliche Unterscheidung zwischen verschiedenen Wirkungskreisen erschien den Autoren der Charta als unzeitgemäss und nicht mehr opportun; vgl. SCHAFFARZIK, Handbuch, § 21 Rz. 7 m.H.

[1087] Vgl. auch SCHAFFARZIK, Handbuch, § 21 Rz. 122.

[1088] PFISTERER, Gemeindeautonomie, 11.

geschützt und vom kantonalen Gesetz für den entsprechenden Sachbereich näher umschrieben. All dies ändert nichts daran, dass das kantonale Recht in allen Sachbereichen das „Ob" eines autonomen kommunalen Gestaltungsspielraums definiert. Die bundesgerichtliche Standardformel ist mithin nur leicht zu modifizieren:

> Eine Gemeinde ist in einem Sachbereich autonom, wenn das übergeordnete Recht diesen nicht abschliessend regelt und der Gemeinde einen relativ erheblichen Gestaltungsspielraum überlässt. Der geschützte Autonomiebereich kann sich auf die Befugnis zum Erlass oder Vollzug eigener Vorschriften beziehen oder einen entsprechenden Spielraum bei der Anwendung des kantonalen oder eidgenössischen Rechts betreffen. Der Schutz der Gemeindeautonomie setzt Spielraum nicht in einem ganzen Aufgabengebiet, sondern lediglich im streitigen Bereich voraus.

Beim Erlass oder Vollzug eigenen Rechts ist die entscheidende Frage, ob das eidgenössische oder kantonale Recht eine Materie entweder gar nicht oder wenigstens nicht abschliessend regelt.[1089] Bei der Anwendung unbestimmter Regelungen des übergeordneten Rechts ist entscheidend, ob den Gemeinden aufgrund dieser Normen relativ erheblicher Gestaltungsspielraum zusteht. Es ist mit der Charta ohne Weiteres vereinbar, bei der Beantwortung dieser Frage den Sinn und Zweck der Gemeindeautonomie zu berücksichtigen (s. hinten, § 14.VIII.A).

2.2 Eigenverantwortlichkeit

Zum Schutzbereich der Gemeindeautonomie gehören somit *die Autonomieaufgaben als solche*, indessen auch – und ebenso wichtig – die Autonomie als *eigenverantwortliche Art und Weise der Aufgabenerfüllung*. Die Gemeindeautonomie schützt nicht nur die autonomen Aufgaben der Gemeinden an sich vor dem Entzug, sondern sie bezieht sich auch darauf, „welche Lösungen angestrebt werden und mit welcher Organisation, mit welchen Mitteln und in welchem Verfahren die Aufgaben zu erfüllen sind"[1090]. Diese Differenzierung ergibt sich aus der chartakonformen Definition der Gemeindeautonomie und ermöglicht eine Konkretisierung des Schutzbereichs. Die Gemeindeautonomie schützt neben den Autonomieaufgaben auch die *Eigenverantwortlichkeit*, die in der Bundesrepublik Deutschland als „autonom bestimmter Verwaltungstypus" beschrieben wird, „der neben der für die Selbstverwaltung schlechthin bezeichnenden

[1089] Vgl. dazu ausführlich DILL, Gemeindeautonomie, 51 ff.; PFISTERER, Gemeinden, 236 ff.
[1090] HANGARTNER, Gemeindeautonomie, 526.

Rechtsetzungsautonomie eine eigene Finanz- und Personalwirtschaft sowie die Organisation und Planung der eigenen Angelegenheiten umfasst“[1091].

Die völkerrechtskonforme Auslegung ermöglicht, dieses Element des Schutzbereichs zu konkretisieren. Viele der in der Charta verbürgten *principles of local self-government* sind sektorale Gliederungen der den Gemeinden zugesicherten Eigenverantwortung oder sie normieren ergänzende Gewährleistungen, die notwendige Voraussetzungen für eigenverantwortliches Handeln beinhalten.[1092] Es geht stets um die Entschliessungsfreiheit der Gemeinde, die in ihrem selbständigen Gestaltungsbereich verorteten Aufgaben im Rahmen der Rechtsordnung so zu erfüllen, wie dies ihrem Gestaltungswillen entspricht.[1093] Diese der Gemeindeautonomie inhärente Befugnis zur eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung bezieht sich einzig auf die *Autonomieaufgaben*. Das Kriterium des „relativ erheblichen Gestaltungsspielraums“ (s. hinten, § 14.VIII.A) bleibt auch für dieses Element des Schutzbereichs relevant.

Die Eigenverantwortlichkeit wird in der deutschen Lehre und Praxis in „Gemeindehoheiten“ aufgegliedert.[1094] Dieser in der Schweiz nicht geläufige Begriff ist zu vermeiden, weil er darüber hinwegtäuscht, dass Art. 50 Abs. 1 BV die *eigenverantwortliche Aufgabenerfüllung*, aber keine isoliert zu sehenden oder gar absoluten „Hoheitsrechte“ der Gemeinden gewährleistet.[1095] Die chartakonforme Interpretation ermöglicht dagegen, bestimmte Teilausschnitte gemeindlicher Eigenverantwortlichkeit herauszuarbeiten, welche gemeinsam *die Gemeindeautonomie als eigenverantwortliche Art und Weise der Aufgabenerfüllung umschreiben* (wobei zu betonen ist, dass auch hier das kantonale Recht *das Mass* der Autonomie bestimmt):

- Die allgemeine Befugnis zur inhaltlichen Bestimmung über das *Wie* der Aufgabenerledigung. Diese ergibt sich aus der chartaeigenen Definition der Gemeindeautonomie als das Recht, einen wesentlichen Teil der öffentlichen Angelegenheiten *in eigener Verantwortung* zu regeln und zu gestalten. Die Staatsaufsicht über die Gemeinden (Art. 8 Charta) bildet das nötige Gegenstück zur Eigenverantwortlichkeit.

[1091] IPSEN, Selbstverwaltungsgarantie, 202.

[1092] Vgl. SCHAFFARZIK, Handbuch, § 13 Rz. 2.

[1093] NIERHAUS, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Art. 28 Rz. 52.

[1094] Vgl. dazu statt vieler STERN, Staatsrecht I, § 12 II 4; BURGI, Kommunalrecht, § 6 Rz. 31 ff.; NIERHAUS, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Art. 28 Rz. 53 ff.

[1095] Kritisch in der deutschen Lehre etwa auch IPSEN, Selbstverwaltungsgarantie, 202.

- Dass die Gemeinden einen wesentlichen Teil der öffentlichen Angelegenheiten *regeln* dürfen (Art. 3 Abs. 1 Charta), zeugt von ihrer Befugnis, eigenes Recht zu erlassen (*Satzungsautonomie*). Die Gemeinden dürfen sich aller öffentlicher Angelegenheiten annehmen, die nicht gesetzlich dem Kanton oder dem Bund vorbehalten sind (Art. 4 Abs. 2 Charta).[1096]

- Die Befugnis zur „Selbstgestaltung" (Art. 3 Abs. 1 Charta) äussert sich insbesondere im *eigenverantwortlichen Entscheid über die räumliche und bauliche Entwicklung*. Die Gemeinden erlassen Baureglemente und Ortspläne, die freilich mit der übergeordneten Planung (insb. RPG, kantonale Richtplanung) im Einklang stehen müssen.[1097]

- Die Befugnis, die *Gemeindeorganisation* im Rahmen allgemeiner gesetzlicher Bestimmungen selbst zu bestimmen (Art. 6 Charta). Dazu gehört auch das Recht, die Mitglieder der kommunalen Exekutiv- und Legislativbehörden auf demokratische Weise selbst zu bestimmen (Art. 3 Abs. 2 Charta) und das Recht, Gemeindepersonal anzustellen, zu befördern und zu entlassen und Festlegungen hinsichtlich ihres Zuständigkeitsbereichs zu treffen.[1098]

- Die *finanzielle Eigenverantwortung* als die Befugnis der Gemeinden, über ihre Eigenmittel frei zu verfügen (Art. 9 Abs. 1 und 8 Charta) und die Befugnis, eigene Steuern und Abgaben zu erheben, deren Satz die Gemeinden im gesetzlichen Rahmen festlegen dürfen (Art. 9 Abs. 3 Charta).[1099]

- Die Befugnis, im selbständigen Gestaltungsbereich im gesetzlichen Rahmen *mit anderen Gemeinden zusammenzuarbeiten* und kommunalen Interessenverbänden beizutreten (Art. 10 Charta). Die Eigenverantwortlichkeit schliesst also das Recht zu interkommunaler Zusammenarbeit mit ein. Dazu gehört auch das Recht, diese in Grenzen zu halten oder zu beendigen.[1100]

1096 Vgl. dazu schon HANGARTNER, Rechtsetzung, 209; JAGMETTI, Gemeinden, 311 ff.

1097 Vgl. dazu auch DILL, Gemeindeautonomie, 87 f.

1098 Vgl. etwa Art. 95 GdG SG; vgl. für die Bundesrepublik Deutschland statt vieler BURGI, Kommunalrecht, § 6 Rz. 33.

1099 Insbesondere die Eigenverantwortlichkeit betreffend die Steuereinnahmen besteht nur innerhalb eines recht engen bundes- und kantonalrechtlichen Rahmens; s. vorne, Teil 1§ 1.IV.F.

1100 Vgl. auch PFISTERER, Gemeindeautonomie, 31.

2.3 Mitwirkungsrechte

Die völkerrechtskonforme Auslegung spricht dafür, *autonomierelevante Mitwirkungsbefugnisse der Gemeinden* an Entscheidungs- und Planungsverfahren der übergeordneten staatlichen Ebenen als Element des Schutzbereichs der verfassungsrechtlichen Autonomiegarantie einzustufen. Die offene Begriffsumschreibung der Gemeindeautonomie als Recht, einen wesentlichen Teil der öffentlichen Aufgaben zu gestalten, lässt Raum für ein solchermassen erweitertes Verständnis. Ausschlaggebend ist, dass die Europäische *Charta der Gemeindeautonomie* den Mindeststandard an Mitwirkungsautonomie selbst vorgibt, also davon ausgeht, dass auch die Mitwirkungsrechte der Gemeinden autonomierelevant sind. Die Gemeinden sind bei allen Planungs- und Entscheidungsprozessen, die sie direkt betreffen, rechtzeitig und in geeigneter Weise zu konsultieren (Art. 4 Abs. 6). Zudem sind bei jeder Änderung kommunaler Gebietsgrenzen die betroffenen örtlichen Bevölkerungen zu konsultieren (Art. 5). Art. 9 Abs. 6 verankert sodann ein Konsultationsrecht im Finanzausgleich und bei Subventionen.[1101] Die Mitwirkung an den autonomierelevanten Planungs- und Entscheidungsprozessen der höheren staatlichen Ebenen ist wie die eigene Aufgabenerfüllung als erheblicher Gestaltungsspielraum der Gemeinden zu begreifen. Die Mindestgarantien der Charta werden durch gesetzlich besonders geregelte Mitwirkungsrechte an kanntonalen Verfahren wie auch an Verfahren im Bund ergänzt (s. hinten, § 14.VIII.A.2).

2.4 Bestand

Die traditionelle Sicht der Bestandesgarantie als ein von der Gemeindeautonomie zu unterscheidendes Recht wurzelt in der Konzeption, wonach die Gemeindeautonomie ausschliesslich kommunale Sachzuständigkeiten schützt.[1102] Die völkerrechtskonforme Definition der Gemeindeautonomie als das Recht und die tatsächliche Fähigkeit der Gemeinde, im Rahmen des kantonalen Rechts einen wesentlichen Teil der öffentlichen Angelegenheiten in eigener Verantwortung zu gestalten, setzt jedoch voraus, dass die Gemeinde überhaupt als *eigenständiger Hoheitsträger in ihrem rechtlichen Bestand geschützt ist*.[1103] Das Selbständigkeitsrecht der Gemeinde wird bei einer Abtrennung eines Teils des Gemeindegebiets räumlich dezimiert und im Falle einer Zwangsver-

[1101] Im hier vertretenen Sinne auch SCHAFFARZIK, Handbuch, § 22 Rz. 20; s. zur rechtlichen Tragweite dieser Rechte vorne, Teil 2§ 5.III.D f. sowie hinten, Teil 4§ 19.IV.E.2.3 f.

[1102] Statt vieler GEIGER, Gemeindeautonomie, 133; s. vorne, Teil 1§ 2.VII.B.5.

[1103] Vgl. SCHAFFARZIK, Handbuch, § 25 Rz. 5.

schmelzung sogar gänzlich aufgehoben. Auch dass Art. 5 Charta ein Konsultationsrecht bei „jeder Änderung kommunaler Gebietsgrenzen“[1104] statuiert, spricht dafür, den Bestand als Element des Schutzbereichs der Gemeindeautonomie einzustufen. Alles andere bedeutete, dieses Konsultationsrecht als Fremdkörper in der Europäischen *Charta der Gemeindeautonomie* zu bezeichnen.[1105]

Freilich ist auch der Bestand der Gemeinde nur im Rahmen des kantonalen Rechts garantiert. Die Charta selbst gewährt nur einen minimalen präventiven Bestandesschutz, indem sie die Zulässigkeit von Gebietsveränderungen von der vorgängigen Konsultation der Gemeindebevölkerung abhängig macht. Mit der chartakonformen Auslegung lässt sich deshalb kein Verbot von Zwangsfusionen begründen. Sie spricht aber sehr wohl dafür, den individuellen Bestand der Gemeinde als Element des Schutzbereichs der Gemeindeautonomie zu verstehen. Jegliche diesbezügliche Eingriffe setzen deshalb voraus, dass die rechtsstaatlichen Grundsätze (Art. 5 BV) beachtet, die Konsultationsrechte der Charta gewährt und die Voraussetzungen des kantonalen Rechts eingehalten werden (s. hinten, Teil 4§ 19.IV.E).

D. Eingriffsschranken

Nach der chartakonformen Konkretisierung des Schutzbereichs der Autonomiegarantie stellt sich die Frage, ob die kraft innerstaatlichen Rechts geltenden Eingriffsschranken (s. vorne, § 12.VI.A) aufgrund der völkerrechtskonformen Auslegung ebenfalls eine Konkretisierung erfahren. Auch diesbezüglich muss der Blick zwischen dem schweizerischen und dem europäischen Recht hin- und herwandern.

Die völkerrechtskonforme Auslegung bekräftigt das schon aus Art. 5 Abs. 1 BV folgende Eingriffskriterium des *Legalitätsprinzips*. Art. 8 Abs. 1 Charta verankert für staatliche Aufsichtsmassnahmen ausdrücklich den Grundsatz der Verfassungs- und Gesetzmässigkeit. Die Geltung des Legalitätsprinzips als umfassendes Eingriffskriterium folgt aber bereits aus der Tatsache, dass die Gemeindeautonomie „im Rahmen des Gesetzes“ besteht (Art. 3 Abs. 1 Charta) und die meisten der einzelnen Chartagarantien der Ausformung durch den zuständigen Gesetzgeber bedürfen (vgl. insb. Art. 4

[1104] Der inhaltsgleiche konzeptionelle Vorläufer des Art. 5 Charta, Art. 4 in der Version des Entwurfs von 1981, trug sogar noch den Titel „Bestandesschutz für kommunale Gebietskörperschaften“; abgedruckt bei SCHAFFARZIK, Handbuch, Anhang 9.

[1105] So auch SCHAFFARZIK, Handbuch, § 25 Rz. 6; a.M. SCHNEIDER, Kommunaler Einfluss, 311 und WEISS, Charta, 167, freilich mit der nicht überzeugenden Begründung, die Charta wolle nicht die Integrität der Gebietskörperschaften schützen. Art. 5 Charta bezweckt ja gerade, einen gewissen Schutz der territorialen Integrität der Gemeinden herzustellen.

und Art. 6 Charta). Dies impliziert, dass alleine der zuständige Gesetz- und Verordnungsgeber (im Einklang mit Recht und Verfassung) der gemeindlichen Tätigkeit Schranken setzen darf und dass sich die rechtsanwendenden Behörden im Umgang mit den Gemeinden an das gesetzte Recht zu halten haben.[1106]

Art. 8 Abs. 3 Charta hält sodann fest, dass Aufsichtsmassnahmen verhältnismässig sein müssen. Das Verhältnismässigkeitsprinzip gilt bereits kraft Art. 5 Abs. 2 BV als allgemeine Eingriffsschranke. Dass die Charta nur in Art. 8 davon spricht, bedeutet nicht, dass dieser Grundsatz ausschliesslich für individuell-konkrete Aufsichtsmassnahmen gilt. Die Charta verbürgt nur einen *Minimalstandard*. Sie überlässt den Entscheid über die Tragweite des Verhältnismässigkeitsprinzips dem Landesrecht. Im Übrigen hat sich der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu einem gefestigten völkerrechtlichen Prinzip entwickelt. Es gibt heute kaum einen Bereich des internationalen Rechts, in dem ihm die Wirksamkeit versagt wird.[1107]

Die Charta bekräftigt die Existenz eines Kerngehalts, der eine letzte, unübersteigbare Eingriffsschranke darstellt (s. vorne, III). Ansonsten enthält sie keine weiteren Eingriffsschranken. Das in Art. 4 Abs. 3 Charta enthaltene Prinzip der Bürgernähe, das einen Teilaspekt des Subsidiaritätsprinzips betrifft, ist nicht justiziabel und bildet deshalb keine Eingriffsschranke (s. vorne, Teil 2§ 7.IV.F.8). Die Charta enthält auch keine Festlegungen darüber, welche öffentlichen Interessen die Einschränkung einer ihrer jeweiligen Garantien erlauben (anders etwa Art. 8 Abs. 2 EMRK).

V. Programmatische Schicht

Das völkerrechtskonforme Element spricht dafür, die Gemeindeautonomie als *Grundprinzip der Bundesverfassung* zu verstehen. Dessen positive Funktion besteht in seinem richtungsgebenden Einfluss auf die Rechtsordnung. Die Gemeindeautonomie wirkt nicht nur abwehrend, sondern auch fordernd, als allgemeines, in die Zukunft hinein wirkendes Postulat an die Gestaltung des Staates. Die Gemeinden sollen die *Keimzellen der Demokratie* sein, in denen die Bürgerinnen die für die direkte Demokratie unabdingbare politische Diskussion praktizieren und einüben. Dieser programmatische Gehalt der Gemeindeautonomie, wonach die Gemeinden so weit als möglich selbständig und in eigener Verantwortung ihre öffentlichen Aufgaben erfüllen sollen, erfährt durch die Charta eine wichtige *Verdichtung*.

[1106] Vgl. auch SCHAFFARZIK, Handbuch, §§ 17 Rz. 46 und 21 Rz. 11.
[1107] Vgl. SCHAFFARZIK, Handbuch, § 21 Rz. 60 f.

Die Charta bringt in ihrer Präambel den Grundgedanken zum Ausdruck, dass es zum Aufbau eines demokratischen Europas des Bestehens von Gemeinden bedarf, die über demokratisch bestellte Entscheidungsorgane, weitgehende Selbständigkeit und die zur Erfüllung ihres Auftrags erforderlichen Mittel verfügen. Gefordert ist eine *möglichst weit gehende Selbständigkeit*: Die Gemeinden sollen einen *wesentlichen Teil* der öffentlichen Aufgaben eigenverantwortlich erfüllen. Sie müssen tatsächlich fähig sein, diesen Gestaltungsspielraum wahrzunehmen (Art. 3 Charta). Die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben obliegt vorzugsweise ihnen als der bürgernächsten staatlichen Ebene (Art. 4 Abs. 3). Werden den Gemeinden Aufgaben übertragen, so muss es ihnen so weit wie möglich freigestellt werden, deren Ausübung den örtlichen Gegebenheiten anzupassen (Art. 4 Abs. 5). Dies fordert den gestaltenden staatlichen Gesetzgeber dazu auf, sich – wenn er die Gemeinden zur Aufgabenerfüllung heranzieht – jeweils nicht einzig auf die möglichst perfekte Aufgabenerfüllung zu konzentrieren und diese mit umfassenden Vollzugsvorschriften abzusichern, sondern auch „die rechtsstaatlichen und demokratischen Aspekte, die Eigenheiten, die Leistungsfähigkeit, den Milizcharakter usw. der Gemeinden angemessen zu berücksichtigen“[1108] und darauf zu achten, dass den Gemeinden beim Vollzug ein erheblicher Gestaltungsspielraum verbleibt. Die Gemeinden müssen sodann über ausreichend eigene und im Verhältnis zu ihren Kompetenzen insgesamt angemessene Finanzmittel verfügen (Art. 9).

Die programmatische Schicht nimmt aufgrund der innerstaatlichen Kompetenzverteilung ganz vordringlich die Kantone in die Pflicht. Auch der Bund muss jedoch im Rahmen seiner Zuständigkeiten darauf achten, dass er den Gemeinden einen möglichst wesentlichen Gestaltungsspielraum überlässt. Die Verwirklichungsweise des programmatischen Gehalts ist der gerichtlichen Überprüfung entzogen, *ausser der Kanton sehe diesbezügliche justiziable Garantien zugunsten der Gemeinden vor*. Es steht den Kantonen also frei, in ihren Verfassungen resp. in ihrer Gesetzgebung den programmatischen Gehalt der verfassungsrechtlichen Autonomiegarantie zu normativ hinreichend bestimmten und daher justiziablen Autonomiepositionen zu verdichten.

VI. Gewährleistung

Die völkerrechtskonforme Auslegung widersetzt sich dem traditionalistischen Verständnis, wonach der Bund die Gemeindeautonomie einzig dadurch sichert, indem er sie unter eidgenössischen Gerichtsschutz stellt. Weil der Bund im Aussenverhältnis für

[1108] PFISTERER, Gemeindeautonomie, 29 f.

die Einhaltung der durch den Chartabeitritt entstandenen völkerrechtlichen Bindungen verantwortlich ist, muss er über die Einhaltung der verfassungsrechtlichen Autonomiegarantie wachen und mit den Mitteln der Bundesaufsicht sicherstellen, dass die Kantone ihre Verpflichtungen erfüllen. Allerdings bekräftigt die völkerrechtskonforme Auslegung, dass der gerichtlichen Streitschlichtung als die gleichzeitig schonendste und wirksamste Durchsetzungsmassnahme der Vorrang vor anderen Aufsichtsmassnahmen zusteht (vgl. Art. 11 Charta). Ausser in extremen Ausnahmesituationen wird sie das einzig erforderliche Kontrollmittel sein.[1109] Es ist grundsätzlich die Aufgabe des Bundesgerichts, die Beachtung der verfassungsrechtlichen Autonomiegarantie und deren einheitliche Anwendung zu gewährleisten.[1110] Neben der gerichtlichen Kontrolle ist die Gewährleistung der Kantonsverfassungen durch die Bundesversammlung ein wichtiges Aufsichtsmittel. Die kantonalen Verfassungen sind zu überprüfen, ob sie den verfassungs- und völkerrechtlichen Autonomiestandard einhalten. Eine weiter gehende Verantwortung des Bundes für die Gemeinden lässt sich weder aus der Charta noch aus dem Gemeindeartikel der Bundesverfassung ableiten.

VII. Normhypothese

Die völkerrechtskonforme Auslegung fordert, die verfassungsrechtliche Autonomiegarantie mit der Europäischen Gemeindeautonomiecharta zu harmonisieren. Sie spricht dafür, die Gemeindeautonomie als *Grundprinzip der Bundesverfassung* zu verstehen. Das traditionalistische Verständnis des Art. 50 Abs. 1 BV als Gewährleistung einer allenfalls vorhandenen kantonalen Rechtsfigur lässt sich mit Art. 2 Charta kaum vereinbaren und widerspricht der in der Chartapräambel zur Ausdruck kommenden Anerkennung der Gemeinden als Grundpfeiler jeder demokratischen Staatsform.

Die Gemeindeautonomie (Art. 50 Abs. 1 BV) kann völkerrechtskonform definiert werden als das Recht und die tatsächliche Fähigkeit der Gemeinden, im Rahmen des kantonalen Rechts einen wesentlichen Teil der öffentlichen Angelegenheiten in eigener Verantwortung zu regeln und zu gestalten (vgl. Art. 3 Charta).

Die völkerrechtskonforme Auslegung ermöglicht eine Konkretisierung dreier Schichten der verfassungsrechtlichen Autonomiegarantie. Es gibt einen Kerngehalt, einen justiziablen Gehalt sowie einen programmatischen Gehalt der Gemeindeautonomie. Die Charta kodifiziert zentrale gemeineuropäische *Grundsätze der Gemeindeautono-*

[1109] I.d.S. zu Art. 28 Abs. 2 GG vgl. DREIER, Kommentar zu Art. 28 GG, Rz. 185.
[1110] Vgl. dazu RUCH, St. Galler Kommentar zu Art. 49 BV, Rz. 29.

mie. Eine optimale Harmonisierung von Landes- und Völkerrecht gelingt, wenn die völkerrechtskonforme Auslegung gleichsam zur chartaintegrierenden Auslegung wird. Diese *völkerrechtsfreundliche* Auslegung ist nicht zwingend, aber, unter der Voraussetzung, dass sie mit den übrigen Elementen der Verfassungsauslegung vereinbar ist (s. hinten, § 16.III), zur optimalen Verwirklichung des aus Art. 5 Abs. 4 BV fliessenden Harmonisierungsgebots geboten. Die Einhaltung der völkerrechtlichen Verpflichtungen gelingt am besten, wenn die Rechtsanwenderinnen grundsätzlich mit der inländischen Verfassungsgarantie operieren und dabei die in der Charta enthaltenen justiziablen Aufschlüsselungen der Gemeindeautonomie berücksichtigen.

Die chartakonforme Auslegung spricht für die Anerkennung eines bundesrechtlichen Autonomiekerns. Zum Kerngehalt gehört alles, was unerlässlich ist, um von Gemeindeautonomie sprechen zu können. Auf dem gesamten Staatsgebiet müssen Gemeinden mit *wesentlichem selbständigem Gestaltungsspielraum* existieren, die eine Teilhabe der Bürgerinnen an der *örtlichen Demokratie* gewährleisten. Die *Ausserkraftsetzung* einer die Schweiz bindenden Chartagarantie entspricht einer Kerngehaltsverletzung und ist dem zuständigen Gesetzgeber in jedem Fall untersagt.

Das völkerrechtskonforme Element bekräftigt die Qualifikation der Gemeindeautonomie als *verfassungsmässiges Recht*. Als solches vermittelt die Autonomiegarantie den Gemeinden *Rundumschutz*. Wer staatliche Aufgaben wahrnimmt, hat die Gemeindeautonomie zu beachten. Der Schutzbereich der Autonomiegarantie lässt sich chartakonform konkretisieren. *Das genaue Mass* der Gemeindeautonomie richtet sich allerdings weiterhin nach kantonalem Recht. Die vier Elemente des Schutzbereichs umfassen die Autonomieaufgaben, die Eigenverantwortlichkeit, die Mitwirkungsrechte sowie den Bestand der Gemeinden. Das bundesgerichtliche Konzept zur Abgrenzung der geschützten Autonomieaufgaben muss leicht modifiziert werden. Eine Gemeinde ist in einem Sachbereich autonom, wenn das übergeordnete Recht diesen nicht abschliessend regelt und der Gemeinde einen *relativ erheblichen Gestaltungsspielraum* überlässt. Zum Schutzbereich gehört auch die *eigenverantwortliche Art und Weise* der Aufgabenerfüllung. Die chartakonforme Auslegung ermöglicht es, die Teilausschnitte gemeindlicher Eigenverantwortlichkeit zu erkennen.

Die Auslegung im Lichte der Charta bestätigt die Erkenntnis, dass sich bei der verfassungsrechtlichen Autonomiegarantie eine Separierung von *Schutzbereich und Schranken* vornehmen lässt. Betreffend die Schrankenregelung erhärtet die völkerrechtliche Perspektive die Geltung des Legalitätsprinzips wie auch des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit. Dass die Charta ansonsten keine besondere Schrankenregelung veran-

kert, ermöglicht den Rechtsanwendern, die justiziablen Chartagarantien als Aufschlüsselungen des Schutzbereichs der Gemeindeautonomie zu gebrauchen.

Die *programmatische Schicht* der Gemeindeautonomie erfährt durch den nicht justiziablen Gehalt der Charta eine beträchtliche Verdichtung. Primär die Kantone sind angehalten, den Gemeinden einen möglichst erheblichen Gestaltungsspielraum zu gewähren und zu belassen, im Rahmen der Gesetzgebungs- und Planungsverfahren aktiv nach autonomiefreundlichen Lösungen zu suchen und darauf zu achten, dass die Gemeinden zur eigenverantwortlichen Aufgabenerfüllung tatsächlich in der Lage sind. Nur so können die Gemeinden ihre für das Staatsganze bedeutende Rolle als Keimzellen der Demokratie auch in Zukunft wahrnehmen.

§ 14. Teleologisches Element

I. Vorbemerkung

Teleologische Auslegung heisst Auslegung gemäss den Zwecken einer Regelung („telos" = griech. Zweck).[1111] Der Verfassungsgeber hatte politische Ziele und liess sich von Wertvorstellungen leiten, die dem Gemeindeartikel zugrunde liegen.[1112] Diese *subjektiv-teleologische* wird durch die *„objektiv"-geltungszeitliche Methode ergänzt:* Gefragt wird danach, welcher Zweck der Norm nach heutigem Wertungshorizont zuzumessen ist.[1113] Relevant sind der Zweck des Gemeindeartikels an sich wie auch die spezifischen Zwecke des Verfassungsprinzips Gemeindeautonomie. Zusätzlich sind die Zwecke des Erlasses als Ganzes heranzuziehen, was im hiesigen Kontext zur Berücksichtigung der verschiedenen *Verfassungsfunktionen* verpflichtet.[1114]

II. Die Zwecke …

A. … der Gemeindeautonomie

Die Gemeindeautonomie will die Gemeinden als die traditionellen Demokratiezellen schützen und ihnen Gestaltungsspielraum verschaffen. Die Gemeinden sollen eigenständige Problemlösungen ermöglichen und die demokratische Partizipation der Bürgerinnen stärken. Die Gemeindeautonomie errichtet eine Schranke gegen die Allmacht der Mehrheit in Bund und Kanton. Sie ist nicht nur demokratisch, sondern auch rechtsstaatlich begründet und soll eine wirkungs- und rücksichtsvolle, sach- und bürgernahe Aufgabenerfüllung ermöglichen. Auf individueller Ebene bezweckt die Gemeindeautonomie, die persönliche und die politische Freiheit der Menschen zu stärken. Sie erfüllt damit auch eine identitätsstiftende Funktion. Auf die Bedeutung der autonomen Gemeinden für Freiheit, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit (s. vorne, Teil 1§ 3.IV) ist im Kontext der teleologischen Auslegung besonders zu achten.

B. … des Gemeindeartikels

Die Vorstellung der Gemeinschaftsbildung „von unten nach oben" ist im schweizerischen Staatsverständnis tief verwurzelt und stimmt mit der historischen Erfahrung be-

---

1111 LARENZ, Methodenlehre, 332.

1112 Statt vieler KRAMER, Methodenlehre, 130 f.; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4 Rz. 33 ff.

1113 Zur Ermittlung von Ziel und Zweck einer Vorschrift sind folglich regelmässig andere Auslegungselemente beizuziehen; vgl. SCHLUEP, Rechtstheorie, § 6 Rz. 1355 ff. m.H.

1114 Vgl. auch NOBS, Volksinitiative und Völkerrecht, 272.

treffend die Bedeutung der Gemeinden für die Demokratie und die Aufgabenerfüllung im Bundesstaat überein.[1115] Der Gemeindeartikel unterstreicht die Bedeutung der Gemeinden und ihrer Autonomie für den schweizerischen Bundesstaat. Er zeugt davon, dass der bundesstaatliche Dualismus der aBV durch ein erweitertes Föderalismusverständnis ersetzt wurde. Die Bundesverfassung orientiert darüber, dass die Gemeinden die dritte Ebene des Gemeinwesens bilden.[1116] Dies war das zentrale Anliegen all jener, die sich für den Gemeindeartikel einsetzten (s. vorne, § 11.IV.C). Die Bundesverfassung sollte auf die grundlegende Rolle und Funktion der Gemeinden im schweizerischen Gesamtstaat hinweisen. Die Gemeinden sind die dritte staatliche Ebene und selbständige Träger von Staatsgewalt. Mit dem Gemeindeartikel wird der Tatsache Rechnung getragen, dass in allen Kantonen Gemeinden mit wichtigen Aufgaben, einschliesslich des Vollzugs von Bundesrecht, befasst sind.[1117] Der *Grundgedanke des Gemeindeartikels ist damit die Verankerung eines dreistufigen Bundesstaates*, in dem alle föderalistischen Akteure je eine starke und eigenständige Ebene bilden.[1118] Diese prinzipielle Anerkennung der Dreistufigkeit des Bundesstaates führt aber nicht zu einer „Durchföderalisierung". Die Gemeinden besitzen dem Bund gegenüber nicht die gleiche Stellung wie die Kantone. Bezüglich der Vollzugs- und Partizipationsfunktion der Gemeinden wurde am Mediatisierungsmodell festgehalten (s. vorne, § 12.II f.). Die Gemeindeautonomie ist garantiert, aber nach Massgabe kantonalen Rechts. Der Zweck des Gemeindeartikels ist also nicht, die Kantone als eigenständige Gliedstaaten (Art. 3 u. 47 BV), in ihrer wichtigen Rolle als Koordinatoren des Vollzugs und als zentrale Ordnungsfaktoren, zu schwächen. Im Rahmen des teleologischen Elements ist folglich auch darauf zu achten, dass die Interpretation des Normgehalts des Art. 50 Abs. 1 BV die kantonale Eigenständigkeit nicht ungebührend beeinträchtigt.

C. … der Verfassung

Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates bestimmt die Leitprinzipien, nach denen politische Einheit sich bilden und staatliche Aufgaben wahrgenommen werden sollen. Sie schafft die Grundlagen und normiert die Grundzüge staatlicher Ordnung und erfüllt damit spezifische Funktionen. Die Verfassung soll den Staat funk-

[1115] Vgl. JAGMETTI, Gemeinden, 361 f.; KÖLZ/KUSTER, Städteartikel, 146.

[1116] Vgl. KÖLZ/KUSTER, Städteartikel, 146; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht, Rz. 974; Botschaft nBV, 217 m.H. auf LIEBESKIND, L'autonomie communale, 233 ff.

[1117] Vgl. SEILER, Gemeinden, Rz. 3 f.; KÖLZ/KUSTER, Städteartikel, 146; KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar zu Art. 50 BV, Rz. 1 f.; THÜRER, Städte und Gemeinden, 221.

[1118] KÖLZ/KUSTER, Städteartikel, 151.

tionsfähig machen und ihm eine besondere Legitimation verschaffen (Organisations- und Legitimationsfunktion), den staatlichen Organen Schranken setzen, um die Freiheit der Menschen zu sichern (freiheitliche Funktion), die grundlegenden Werte der Rechtsgemeinschaft festlegen (Gestaltungsfunktion) und den Bürgerinnen ein wirklichkeitsgetreues Bild des Staates vermitteln und ihnen die Identifikation mit diesem ermöglichen (Orientierungs- und Identifikationsfunktion). [1119] Die teleologische Auslegung des Art. 50 Abs. 1 BV muss diese Verfassungsfunktionen berücksichtigen.

III. Rechtsnatur

Der Zweck des Gemeindeartikels, auf die Bedeutung der Gemeinden als demokratische Zellen des dreistufigen Bundesstaates hinzuweisen, wie auch die vielfältigen und wichtigen Funktionen der Gemeindeautonomie zeugen vom grundlegenden Charakter des Art. 50 BV und sprechen wie bereits der historische Wille des Verfassungsgebers klar dafür, die Gemeindeautonomie als verfassungsmässiges Recht anzuerkennen. Art. 50 Abs. 1 BV soll den Gestaltungsspielraum der örtlichen Demokratie schützen und ist als *justiziable, gerichtlich durchsetzbare Verfassungsgarantie zu begreifen*. Der Gemeindeartikel bezweckt aber nicht, die Gemeindeautonomie als Grundrecht zu verankern. Sie betrifft die persönliche und politische Freiheit der Menschen nur indirekt, d.h. sie will den Gestaltungsspielraum der gesamten örtlichen Bürgerschaft und nicht – wie die Freiheitsrechte – eine „staatsfreie Sphäre" des Individuums schützen.

Wenn man Art. 50 BV als Bekenntnis des Verfassungsgebers zur grundlegenden Rolle der Gemeinden im dreigliedrigen Bundesstaat versteht, spricht dies für ein Verständnis der Gemeindeautonomie als *Grundprinzip der Bundesverfassung*. Es wäre mit dem Zweck des Gemeindeartikels nicht vereinbar, wenn die Kantone die Gemeindeautonomie als solche abschaffen könnten. Sie würden die von der Verfassung gewollte Dreistufigkeit des schweizerischen Bundesstaates unterlaufen. Die Kantone müssen sich in Gemeinden gliedern und diese so organisieren, dass sie ihre bundesstaatlichen Aufgaben tatsächlich erfüllen können.[1120] Die Gemeindeautonomie ist ein Verfas-

[1119] Vgl. zum Begriff und zu den Funktionen der Verfassung WERNER KÄGI, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, Zürich 1945; HESSE, Verfassungsrecht, § 1 Rz. 17 ff.; JEAN-FRANÇOIS AUBERT, Notion et fonctions de la Constitution, in: Thürer/Aubert/Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht, § 1 Rz. 36 ff.; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht, Rz. 2 und 21; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 3 Rz. 25 ff. je m.H.

[1120] In diese Richtung AUBERT, Petit Commentaire ad Art. 50 BV, Rz. 5 f.; KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar zu Art. 50 BV, Rz. 9; SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 5a BV, Rz. 11; noch unter Geltung der aBV SALADIN, Organisationshoheit, 338; THÜRER, Bund und Gemeinden, 301; HANGARTNER, Gemeindeautonomie, 525.

sungsgrundsatz, der in die ganze Rechtsordnung hinauswirkt. Dies muss umso mehr gelten, als die Verfassung die rechtliche Grundordnung des Staates, eine Sammlung von Leitgrundsätzen, darstellt.[1121] Vor diesem Hintergrund kann es nicht angehen, dem ausdrücklich als Gewährleistung formulierten Art. 50 Abs. 1 BV lediglich einen „moralischen Appell" entnehmen zu wollen.[1122] Die Orientierungsfunktion der Verfassung würde beeinträchtigt, könnten die Kantone den Gemeinden jegliche Autonomie vorenthalten. Der Gemeindeautonomie kommt nicht ausschliesslich eine subjektive Abwehrdimension, sondern ebenfalls objektive Bedeutung zu, die bei der Aufgabenverteilung und bei der Ausgestaltung der Gemeindeorganisation zu beachten ist.[1123]

Nur ein solches *konstitutives Verständnis der Gemeindeautonomie* steht im Einklang mit den Funktionen der Verfassung, nur so erweist sich Art. 50 Abs. 1 BV im vollen Sinne als Verfassungsrecht. Wenn die Gemeinden im „Gemeindeartikel" erscheinen, werden sie als dritte bundesstaatliche Ebene und als Träger staatlicher Macht konstituiert: Darin zeigt sich die Organisations- und Legitimationsfunktion der Verfassung. Die ihnen garantierte Autonomie weist die Macht von Bund und Kantonen in rechtliche Schranken und sichert damit mittelbar die Freiheit der Menschen: Darin zeigt sich die freiheitliche Funktion der Verfassung. Die Garantie auf Ebene der Bundesverfassung orientiert die Bürger darüber, dass die Gemeindeautonomie als föderalistisches Leitprinzip verbindlich und dauerhaft als grundlegender Wert der Rechtsgemeinschaft festgelegt und dem ständigen politischen Kampf entrückt ist: Darin zeigt sich die Gestaltungs- und Orientierungsfunktion der Verfassung.[1124]

IV. Träger

Die Gemeindeautonomie ist nach der bundesgerichtlichen Praxis, der herrschenden Lehre und dem klaren Willen des Verfassungsgebers ein *Recht der Gemeinde*, wobei wie bereits dargetan das kantonale Recht die Träger der Gemeindeautonomie im Einzelnen bestimmt. Der durch die Gemeindeautonomie vermittelte Schutzanspruch

[1121] I.d.S. für die Grundrechte SALADIN, Grundrechte, 295 m.H. auf RUDOLF SMEND, Verfassung und Verfassungsrecht, Leipzig 1928, 78.

[1122] In diese Richtung aber BIAGGINI, Kommentar zu Art. 50 BV, Rz. 3.

[1123] Vgl. auch MÜLLER, Grundrechtstheorie, 13 ff.; PFISTERER, Gemeinden, 111 f.; SALADIN, Grundrechte, 295.

[1124] Vgl. HESSE, Verfassungsrecht, § 1 Rz. 25 ff.

kommt weder einzelnen Gemeindeorganen noch einzelnen Gemeindemitgliedern oder bestimmten Gruppen innerhalb der Gemeinde zu.[1125]

Es stellt sich die Frage, weshalb die Gemeindeautonomie nicht auch als Recht des Gemeindemitglieds anerkannt wird. Soll sie nicht die *persönliche und politische Freiheit der betroffenen Menschen fördern*? Dies liess in der älteren Lehre die Forderung aufkommen, die Gemeindeautonomie sei als *verfassungsmässiges Recht der Gemeinde und der einzelnen Gemeindemitglieder* einzustufen.[1126] In der Tat sind Konstellationen denkbar, in denen das Rechtsschutzinteresse bei einer Minderheit oder bei einem einzelnen Gemeindemitglied liegt. Deshalb verstärkte es die Schutzfunktion der Gemeindeautonomie, wenn Autonomieverletzungen auch dann sanktioniert würden, wenn die Mehrheit der Gemeindebevölkerung kein Interesse daran hat. In der älteren Praxis des Bundesgerichts wurde die Gemeindeautonomie denn auch noch als Recht der Gemeinde und der stimmberechtigten Gemeindegenossen geschützt.[1127] Das Bundesgericht begründete den Abschied von dieser Praxis im Jahr 1946 mit der Überlegung, die Anerkennung der Gemeindeautonomie als Individualrecht ermögliche es einer Minderheit von Gemeindeeinwohnern, der Mehrheit eine abweichende Auffassung aufzuzwingen, die möglicherweise nicht im Interesse der Gemeindebevölkerung liege.[1128] Dieser Auffassung ist beizupflichten. Trägerin des durch die Gemeindeautonomie vermittelten Schutzanspruchs ist *die Bürgerschaft als Kern der örtlichen politischen Einheit.*[1129] Es entspricht dem Grundgedanken der Gemeindeautonomie, dass die Gemeinde demokratisch darüber zu entscheiden hat, ob sie sich auf dem Rechtsweg gegen eine Autonomieverletzung wehren will oder nicht. Diese Entscheidung ist vom zuständigen kommunalen Organ zu treffen (s. hinten, Teil 4§ 18.IV.B.2.1).

V. Adressat

Die Sicherung der Gemeindeautonomie durch die Bundesverfassung ist von den Kommunalverbänden und den ihnen nahe stehenden Parlamentarierinnen und Parlamentariern insbesondere verlangt worden, um den Bund zum Verpflichtungsadressaten zu machen. So forderte die von einer Mehrheit der Nationalratsmitglieder unterzeich-

[1125] Vgl. statt vieler BGE 105 Ia 47 E. 2, 48; 102 Ia 564, E. 1, 566; AUER, Verfassungsgerichtsbarkeit, 200; DILL, Gemeindeautonomie, 156 f.; PFISTERER, Gemeinden, 198 m.H.

[1126] I.d.S. etwa GIACOMETTI, Staatsrecht der Kantone, 74; vgl. auch IMBODEN, Gemeindeautonomie, 104 f.; MATTER, Gemeinden, 68 f.

[1127] Vgl. etwa BGE 20 808; 42 I 384; dazu GEIGER, Gemeindeautonomie, 195 f.

[1128] Vgl. BGE 72 I 23 E. 1, 24 ff. m.H.; kritisch dazu GEIGER, Gemeindeautonomie, 197.

[1129] PFISTERER, Gemeinden, 198.

nete Motion von Allmen,[1130] die Bundesverfassung solle „[…] sicherstellen, dass sich diese Defensivfunktion des Verfassungsstatus der Gemeinden auch gegen den Bund richten kann". Die Motionäre begründeten dieses Anliegen damit, der Bund greife immer öfter direkt auf die unterste staatliche Ebene durch, weil die Erfüllung bundesstaatlicher Aufgaben nur noch über die Verknüpfung aller drei Ebenen möglich sei. Wenn die Gemeinden aber in der Verfassungswirklichkeit wesentliche Bundesaufgaben im Interesse des Ganzen erfüllten, so müssten sie ihre Autonomie auch gegenüber dem Bund verteidigen können.[1131] Es widerspricht also der Absicht der Promotoren des Gemeindeartikels, wenn heute der Bund nicht als Verpflichtungsadressat der Gemeindeautonomie betrachtet wird. Gegen die Bindung des Bundes wurde im Rahmen der Verfassungsdebatte vorgebracht, dies erfordere die Umschreibung eines Autonomiekerns, woraus „mit der Zeit so etwas wie ein kommunales Einheitsstatut" resultieren könne.[1132] Dieser Einwand verkennt, dass eine Bundesbehörde auch in einen nach Massgabe kantonalen Rechts geschützten Autonomiebereich einer Gemeinde eingreifen kann. Falls sie ohne gesetzliche Grundlage, willkürlich oder unverhältnismässig handelt, verletzt sie die kantonale Eigenständigkeit wie auch die Gemeindeautonomie. In solchen Fällen muss sich die Gemeinde auf ihre Autonomie berufen können. Auch das gemeindewirksame Handeln des Bundes muss von den rechtsstaatlichen Grundsätzen beherrscht sein, so wie dies für die Kantone seit jeher gilt. Wird die Bindung des Bundes an die Gemeindeautonomie verneint, beeinträchtigt dies die Orientierungsfunktion der Verfassung. Die machthemmende und freiheitsfördernde Funktion der Gemeindeautonomie muss auch gegenüber dem Bund wirken.[1133]

VI. Massgabe des kantonalen Rechts

Art. 50 Abs. 1 BV gewährleistet die Gemeindeautonomie nach Massgabe des kantonalen Rechts. Diese Wendung versteht nur richtig, wer den Sinn und Zweck des Art. 50 BV berücksichtigt, die Gemeinden als dritte Teilhaber im dreistufigen Bundesstaat zu legitimieren, aber gleichzeitig würdigt, dass die Verfassung dem Bund keine Kompetenz zur Regelung des Gemeindewesens zuspricht. Diese doppelte Perspektive offen-

[1130] Motion Hansueli von Allmen „Föderalistische Zusammenarbeit im Bundesstaat" vom 19. September 1996 (96.3414).

[1131] Votum Willy Loretan, AB S 1995, 1178; vgl. dazu auch THÜRER, Städte und Gemeinden, 221.

[1132] Antwort des Bundesrates vom 2. Dezember 1996 auf die Motion Hansueli von Allmen „Föderalistische Zusammenarbeit im Bundesstaat" vom 19. September 1996 (96.3414); Votum Bundesrat Arnold Koller, AB S 1995, 1179 f.

[1133] I.d.S. auch THÜRER, Bund und Gemeinden, 302.

bart, dass der Verweis auf das kantonale Recht ein *Ausgestaltungsauftrag* ist, ein Auftrag der Bundesverfassung an die Kantone, das Gemeindewesen nach den eigenen Bedürfnissen auszugestalten und der Gemeindeautonomie „das Mass zu geben". Gleichzeitig stellt der Verweis einen *Eingriffsvorbehalt* dar. Das kantonale Recht darf das Mass der Gemeindeautonomie, respektive ihre Grenzen, bestimmen. Dies impliziert wiederum die Geltung der rechtsstaatlichen Grundsätze. Nur das kantonale Recht, nicht das kantonale Belieben, darf die Gemeindeautonomie näher ausgestalten. Der Vorbehalt des kantonalen Rechts erfüllt damit eine *ambivalente Doppelfunktion*.[1134]

VII. Kerngehalt

Der Zweck des Art. 50 BV, die Gemeinden als konstitutive Elemente des Bundesstaates auszuweisen, spricht für die Existenz eines Kerngehalts, also für einen Punkt, an dem die Abwägung im Rahmen der Verhältnismässigkeit aufhört und jede weitere Einschränkung unterbleiben muss.[1135] Die Kantone sollen die Gemeindeautonomie nach ihren je eigenen Bedürfnissen ausgestalten, dürfen sie aber nicht abschaffen. AUBERT begründet dies in aller Kürze so: „limiter n'est pas abolir"[1136].

Dieser Kerngehalt kann nicht irgendwelche besonderen Sachzuständigkeiten der Gemeinden umfassen – dies widerspräche dem Grundentscheid, dass die Kantone das Mass der Gemeindeautonomie festlegen. Die Annahme einer derart starren Eingriffsschranke wäre dem schweizerischen Föderalismusverständnis fremd. Der Kerngehalt des Art. 50 Abs. 1 BV kann nur ein *absolutes Minimum* umfassen, und dieses ist *von den Grundgedanken der Gemeindeautonomie her* zu bestimmen. Zum Kerngehalt gehört all das, was absolut unerlässlich ist, damit die Gemeinden ihre demokratischen, rechtsstaatlichen und wirtschaftlichen Funktionen erfüllen können.[1137] Weil dies ohne Gliederung der Kantone in Gemeinden und ohne ein Mindestmass an eigenverantwortlich zu gestaltenden Aufgaben nicht möglich ist, können zum „Kern" des Art. 50 Abs. 1 BV eine Gliederungspflicht sowie ein Aushöhlungsverbot gezählt werden.[1138]

1134 I.d.S. zum Gesetzesvorbehalt in Art. 28 Abs. 2 GG vgl. NIERHAUS, in: Sachs (Hrsg.), Kommentar zu Art. 28 GG, Rz. 61.

1135 JÖRG PAUL MÜLLER, Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten, in: Thürer/Aubert/Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht, § 39 Rz. 58

1136 AUBERT, Petit Commentaire ad Art. 50 CF, Rz. 6.

1137 Vgl. zur „Wesensgehaltssperre" auch PFISTERER, Gemeinden, 160 f.

1138 Das teleologische Element spricht freilich auch für eine Begrenzung des Kerngehalts auf das *wirklich Unerlässliche*. Die Zwecke der Gemeindeautonomie werden auch durch die kantonale Eigenständigkeit gefördert, und übermässige Eingriffe in die kantonale Eigenständigkeit führen

Freilich gilt es festzuhalten, dass diese Kerngehaltssperre nur in *absoluten Extremfällen* für die Praxis relevant wird. Eine mit der Kerngehaltssperre nicht vereinbare Einschränkung müsste beispielsweise in einer Anordnung eines kantonalen Gesetzgebers erblickt werden, im gesamten autonomen Gestaltungsspielraum der Gemeinden bestehe eine Zweckmässigkeitskontrolle der kantonalen Exekutive.[1139] Solche Fälle sind wenig wahrscheinlich, weil die Gemeindeautonomie politisch zu gut verankert ist, als dass sie drohte, in ihren Grundfesten erschüttert zu werden. Das Bundesgericht musste deshalb auch noch nie zur Kerngehaltsdiskussion Stellung nehmen.[1140]

Zur *Gliederungspflicht* gilt es festzuhalten, dass diese aufgrund der ausserordentlichen Kleinheit einzelner schweizerischer Gliedstaaten nicht mit letzter Konsequenz, d.h. nicht für jeden Kanton, gelten kann (s. vorne, § 13.III).

VIII. Justiziable Schicht

A. Schutzbereich

Das Bundesgericht spricht nicht vom Schutzbereich der Autonomiegarantie, sondern prüft jeweils, ob ein „geschützter kommunaler Autonomiebereich“[1141] vorliegt. Behauptet eine Gemeinde, in ihrer Autonomie verletzt zu sein, prüft es *vorweg*, ob ihr im fraglichen Bereich „relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit“ zusteht. Erst wenn es einen geschützten Autonomiebereich feststellt, prüft es, ob ein zulässiger Eingriff in die Gemeindeautonomie oder eine Autonomieverletzung vorliegt. Es wurde bereits dargelegt, dass dieser geschützte Autonomiebereich letztlich nichts anderes ist als der *Schutzbereich* der verfassungsmässigen Autonomiegarantie (s. vorne, § 13.IV.C), und dass zur Prüfung ein praxistaugliches Eingriffsschema herangezogen werden kann (s. vorne, § 12.VI.A). Weil die Gemeindeautonomie als verfassungsmässiges Recht in der Bundesverfassung gewährleistet ist, muss ihr Schutzbereich *teleologisch* bestimmt werden.[1142] Damit steht auch fest, dass der Schutzbereich nicht für alle Zeiten begriff-

deshalb nicht zu einer Stärkung, sondern unter Umständen sogar zu einer Schwächung der Zwecke der Gemeindeautonomie; vgl. auch SALADIN, Organisationshoheit, 349.

1139 Vgl. HANGARTNER, Gemeindeautonomie, 528.

1140 Das Bundesgericht hat diese Frage bereits unter Geltung der aBV stets offen gelassen; vgl. BGE 103 Ia 191 E. 3, 195 m.H. auf ZIMMERLI, Gemeindeautonomie, 264 f.

1141 BGE 135 I 43 E. 1.2, 46.

1142 I.d.S. zu den Grundrechten RHINOW/SCHEFER, Verfassungsrecht, Rz. 1083; MÜLLER, Grundrechtstheorie, 90.

lich festzulegen ist. Neu auftauchende Sachverhalte können durchaus die Weiterentwicklung des Schutzbereichs bedingen.[1143]

1. Die geschützten Autonomieaufgaben

Nach bundesgerichtlicher Praxis umfassen die Autonomieaufgaben den ursprünglichen und den übertragenen Wirkungsbereich und Gesetzgebung wie Verwaltung. Das Kriterium zur Abgrenzung des autonomen Tätigkeitsbereichs ist, ob *relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit* vorliegt.[1144] Es wurde dargelegt, dass völkerrechtskonform vom Gestaltungsspielraum zu sprechen ist (s. vorne, § 13.IV.C.2.1). Nicht jeder Handlungsspielraum begründet Autonomie. Der Spielraum muss quantitativ erheblich sein: Die Gemeinden müssen wesentliche Fragen beantworten können.[1145] Ein geschützter Autonomiebereich setzt sodann nach bundesgerichtlicher Praxis in qualitativer Hinsicht voraus, dass der Gestaltungsspielraum „gemeindefreiheitsbezogen" ist, was bedeutet, dass der Spielraum „auf die Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse und Bedürfnisse in den jeweiligen Gemeinden ausgerichtet ist […]"[1146].

Das Bundesgericht prüft dieses Kriterium nur selten. Es ist jedoch in der Praxis gefestigt und stösst in der Lehre mehrheitlich auf Zustimmung.[1147] In der Tat ist der Autonomieschutz auf jenen Gestaltungsspielraum zu begrenzen, dessen Zweck darin besteht, mehr Demokratie und Rechtsstaatlichkeit sowie eine wirksamere und sachnahe Aufgabenerfüllung auf lokaler Ebene zu ermöglichen.[1148] Im Bereich der kommunalen Rechtsetzung ist dieses Kriterium regelmässig problemlos erfüllt. Wenn die Gemeinden Rechtsätze oder auch Nutzungspläne schaffen dürfen, setzt dies quantitativ wie qualitativ wesentlichen Gestaltungsspielraum notwendig voraus. Hingegen kann nicht jeder Spielraum bei der Rechtsanwendung den Autonomieschutz bewirken, will sich das Bundesgericht nicht zu tief in kantonale Verwaltungsbelange verstricken las-

---

1143 I.d.S. für die Grundrechte MÜLLER, Grundrechtstheorie, 89 f. Im Kontext der Gemeindeautonomie kann der Wechsel vom Konzept der beiden Wirkungskreise hin zum Konzept der tupfenweisen Autonomie Ende der 1960er Jahre als Beispiel für eine Neudefinition des Schutzbereichs der Gemeindeautonomie gelten; s. vorne, Teil 1§ 2.VII.B.2.

1144 BGE 136 I 265 E. 2.1, 269; 135 I 233 E. 2.2, 241; 133 I 128 E. 3.1, 130 f. m.H.

1145 Vgl. DILL, Gemeindeautonomie, 59 ff.; PFISTERER, Gemeinden, 254 f. je m.H.

1146 BGE 2P.43/2003, in: ZBl 2004, 157 m.H. auf BGE 118 Ia 218 E. 3d f., 222.

1147 Ausführlich PFISTERER, Gemeinden, 253 ff; PFISTERER, Gemeindeautonomie, 18 ff.; bejahend KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar zu Art. 50 BV, Rz. 11; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 17 Rz. 11; bejahend, aber kritisch zum Begriff „gemeindefreiheitsbezogen" BIAGGINI, Kommentar zu Art. 50 BV, Rz. 6 und DILL, Gemeindeautonomie, 60 ff.

1148 PFISTERER, Gemeindeautonomie, 19; vgl. auch PFISTERER, Gemeinden, 254 f.

sen.[1149] Wenn etwa einer kommunalen Schulbehörde bei der Entscheidung, ob ein Kind die Voraussetzungen für die Einweisung in eine Sonderklasse erfüllt, ein quantitativ erheblicher Entscheidungsspielraum zusteht, geht es in qualitativer Hinsicht ganz primär darum, in jedem Einzelfall eine *pädagogisch sachgerechte* Entscheidung zu ermöglichen, hingegen nicht um die Beförderung der Zwecke der Gemeindeautonomie.[1150] In solchen Fällen ist der Schutzbereich der Gemeindeautonomie nicht betroffen. Dies gilt jedoch nur dann, wenn der Gestaltungsspielraum vordringlich „gemeindeautonomiefernen" Zwecken dient und für die Funktionen der Gemeindeautonomie von gänzlich untergeordneter Bedeutung ist. Das Kriterium der *relativen Erheblichkeit* sollte nur in solchen klaren Fällen zur Anwendung gelangen. Die Gemeindeautonomie erfüllt zudem unterschiedliche Funktionen; dies verkennt SEILER, wenn er den Autonomieschutz davon abhängig machen will, „ob die Entscheidungszuständigkeit auf kommunaler Ebene den Stimmbürgern zusteht"[1151]. Die Gemeindeautonomie soll nicht nur *direkte* Demokratie, sondern *allgemein eine demokratische Entscheidfindung*, mehr Rechtsstaatlichkeit sowie eine wirksame Aufgabenerfüllung auf lokaler Ebene ermöglichen. Die Entscheidzuständigkeit der Stimmbürgerschaft impliziert das Vorliegen relativ erheblicher Entscheidungsfreiheit; eine solche kann aber durchaus auch bei Zuständigkeiten z.B. des Gemeinderates bejaht werden.

Der Schutzbereich der Autonomiegarantie erfasst somit jene Gemeindeaufgaben, bei denen den Gemeinden ein *in quantitativer Hinsicht wie auch im Hinblick auf die Zwecke der Gemeindeautonomie erheblicher Gestaltungsspielraum zusteht*. Der Gestaltungsspielraum muss wesentlich zur Erfüllung der Funktionen der Gemeindeautonomie beitragen und darf nicht primär anderen Zwecken dienen. Wenn die Gemeinde bloss als untere kantonale Behörde auftritt und ein ihren Organen zustehender Gestaltungsspielraum nicht Fragen betrifft, die für die Zwecke der Gemeindeautonomie bedeutsam sind, agiert die Gemeinde nicht in einem geschützten Autonomiebereich. Dieses Kriterium ist letztlich immer eine Auslegungs- und Wertungsfrage.

1149 PFISTERER, Gemeinden, 254.

1150 Vgl. BGE 2P.43/2003, ZBl 2004, 157. Der Entscheid bezieht sich auf ein mittlerweile nicht mehr in Kraft stehendes thurgauisches Gesetz. Für ein weiteres einprägsames Beispiel PFISTERER, Gemeindeautonomie, 19: „Das trifft bei der gemeinderätlichen Strafkompetenz nicht zu, sie mag einen noch so grossen Strafrahmen enthalten; sie bezweckt keine kommunale Selbstbestimmung, sondern eine strafrechtlich, im Interesse des Angeschuldigten, möglichst umfassende Würdigung, vorab des Verschuldens"; vgl. § 38 GdG AG und weiterführend BAUMANN, Aargauisches Gemeinderecht, 335 ff.

1151 SEILER, Gemeinden, Rz. 44.

2. Mitwirkungsrechte

Relativ erheblicher Gestaltungsspielraum heisst, dass sich die Gemeinde im Rahmen des Gesetzmässigkeitsgrundsatzes zwischen verschiedenen Lösungen für die ihr passende entscheiden kann.[1152] Nach bundesgerichtlicher Praxis kommt den Gemeinden in der Rechtsetzung und in der Rechtsanwendung ein geschützter Autonomiebereich zu, falls das kantonale Recht einen Sachbereich „nicht abschliessend ordnet, sondern ihn ganz oder teilweise der Gemeinde zur Regelung überlässt und ihr dabei eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit einräumt“[1153]. Die Gemeinde muss demnach eine Zuständigkeit und eine Entscheidungsbefugnis besitzen. Blosse Antrags- und andere Mitwirkungsrechte an der Entscheidfindung im Kanton und im Bund begründen nach dieser Konzeption keine autonome Entscheidungsfreiheit.[1154]

Es wurde bereits dargelegt, dass das völkerrechtskonforme Element für ein breiteres Verständnis der Autonomie als Gestaltungspielraum spricht (s. vorne, § 13.IV.C.2.3). Das teleologische Element bekräftigt dies. Denn wenn die Gemeindeautonomie die Gemeinden wirksam schützen und eine bürgernahe Aufgabenerfüllung ermöglichen soll, erfordert dies einen *präventiven Autonomieschutz*. Der fortschreitende Verlust inhaltlicher Selbständigkeit der Gemeinden wird im modernen Föderalismus durch die Mitwirkung der Gemeinden an sie betreffenden Entscheidverfahren auf kantonaler Ebene wie auch auf Bundesebene teilweise aufgefangen. Dies ist kein Ersatz für die selbständige Aufgabenerfüllung durch die Gemeinde. Jedoch entspricht es dem Grundgedanken der Gemeindeautonomie, ihren Schutzbereich *umfassend als Gestaltungsspielraum* und kommunale Mitwirkungsbefugnisse als ein Element desselben zu begreifen. Dies ist jedenfalls dann gerechtfertigt, wenn staatliche Entscheidverfahren die kommunale Selbständigkeit wesentlich beeinflussen können.[1155]

Zu erwähnende Beispiele für autonomierelevante Mitwirkungsrechte sind insbesondere das Recht der Gemeinden zur Mitwirkung an der kantonalen Richtplanung,[1156] spe-

---

[1152] Vgl. DILL, Gemeindeautonomie, 62.

[1153] Vgl. statt vieler BGE 129 I 410 E. 2.1, 413 m.H.

[1154] Zuletzt bestätigt in BGE 135 I 43 E. 1.2, 45 f.; BGE 5C_2/2009, E. 3.3; vgl. PFISTERER Gemeindeautonomie, 11; PFISTERER, Gemeinden, 234 ff.

[1155] I.d.S. auch PFISTERER, Gemeindeautonomie, 24.

[1156] Art. 10 Abs. 2 RPG verpflichtet die Kantone zur Regelung der Mitwirkung der Gemeinden und anderer Träger raumwirksamer Aufgaben an der Richtplanung; beispielhaft etwa die Regelung des Kantons St. Gallen, Art. 43 Abs. 2 Baugesetz SG (sGS 731.1).

zielle Initiativ- und Referendumsrechte,[1157] Sitzgarantien im Kantonsparlament zugunsten der Gemeinden[1158] sowie die zahlreichen Beschwerderechte zur Wahrnehmung verschiedener kommunaler Interessen.[1159] Zudem lässt sich auch unmittelbar aus den Autonomieklauseln einiger der neueren kantonalen Verfassungen ein kommunales Mitwirkungsrecht ableiten.[1160]

3. Bestand

Eine gewisse *Existenzsicherheit* ist unabdingbar für eine echte kommunale Selbständigkeit. Die Gemeindeautonomie könnte ihre demokratischen, machthemmenden und wirtschaftlichen Funktionen nicht erfüllen, wenn die Kantone gleichsam nach Lust und Laune Gemeindezusammenschlüsse beschliessen könnten.[1161] Das teleologische Element spricht deshalb dafür, den individuellen Bestand der Gemeinde als Element des Schutzbereichs der Gemeindeautonomie zu qualifizieren. Die Kriterien für die Ausübung von Zwang und Druck, die wichtigsten Verfahrensfragen und die Voraussetzungen von Gemeindefusionen sind gesetzlich zu regeln und in jedem Einzelfall einzuhalten (s. hinten, Teil 4§ 19.IV). Die Gemeinden müssen Eingriffe in ihren Bestand auf ihre Rechtmässigkeit überprüfen lassen können; andernfalls kann nicht von echter Selbständigkeit gesprochen werden. Der Grundentscheid, ob der Bestand der Gemeinden in der Kantonsverfassung absolut (vgl. beispielsweise Art. 108 KV BE) oder lediglich relativ (vgl. etwa § 58 KV TG) gewährleistet werden soll, ist im kantonalen demokratischen Entscheidungsprozess zu treffen.

Es ist mit Art. 50 Abs. 1 BV durchaus vereinbar, dass die Existenzsicherheit der Gemeinden in den Kantonen unterschiedlich hoch gewichtet wird: Auch dies ist Ausfluss

---

1157 So kann beispielsweise nach Art. 12 Abs. 1 KV GR, ein Siebtel der bündnerischen Gemeinden mit einer Initiative eine Total- oder Teilrevision der Verfassung verlangen; vgl. im Weiteren etwa Art. 12 Abs. 2 KV GR (Gesetzesinitiative) und Art. 17 KV GR (Gesetzesreferendum); Art. 33 Abs. 2 lit. b KV ZH (Referendumsrecht von 12 politischen Gemeinden, der Stadt Zürich oder der Stadt Winterthur); Art. 54 Abs. 4 Ziff. 3 KV NW (Antragsrecht der in der Verfassung genannten Gemeindebehörden).

1158 Vgl. JAGMETTI, Gemeinden, 315 f.

1159 Vgl. beispielsweise Art. 12 Abs. 1 lit. a NHG; Art. 34 Abs. 2 RPG; Art. 2 Abs. 3bis SVG; Art. 14 Abs. 1 lit. a FWG; Art. 57 USG; Art. 46 Abs. 3 WaG.

1160 Vgl. PISTERER, Gemeindeautonomie, 24 f.: Jedenfalls in Kantonen mit einer § 106 Abs. 2 KV AG vergleichbaren Regelung lasse sich unmittelbar auf die Kantonsverfassung ein Recht der Gemeinde abstützen, darzutun, „dass und warum überwiegende besondere örtliche Interessen für ihren Standpunkt sprechen […]".

1161 Vgl. KÄLIN, Decentralised Government, 1: „Clearly, local governments cannot perform properly if their existence is in constant jeopardy by the ability of authorities on higher levels of government to dissolve them easily at any time."

des Föderalismus. Das teleologische Element spricht nur dafür, den Bestand als Element des Schutzbereichs der verfassungsrechtlichen Autonomiegarantie einzustufen. Wer Zwangsfusionen per se als verfassungswidrig bezeichnet, verkennt, dass Art. 50 Abs. 1 BV auf das kantonale Recht verweist und nimmt in Kauf, dass Kantone mit überkommener Gemeindestruktur ihre Handlungsfähigkeit verlieren. Allerdings dürfen Kommunalreformprozesse nicht so weit gehen, dass die Bürger nicht mehr an einer örtlichen Demokratie teilhaben können (s. vorne, § 13.III).

B. Eingriffsschranken

1. Bedeutung

Die Gemeindeautonomie ist ein Verfassungsprinzip, welches im Dienste der persönlichen und politischen Freiheit der Menschen steht. Als verfassungsmässiges Recht kommt ihr ein justiziabler Schutzbereich zu, der vom kantonalen Recht näher ausgestaltet wird, in den Eingriffe nur unter Einhaltung bestimmter Eingriffsschranken zulässig sind (s. vorne, § 12.VI.A). Erst diese *Schrankenordnung* ermöglicht, einen Massstab des Ausgleichs zwischen der lokalen Eigenständigkeit und der notwendigen Einheitlichkeit zu finden. Die kommunale Selbständigkeit ist kein letzter und kein einziger Wert. Sie legitimiert sich im demokratischen Staat nur, wenn sie der Freiheit und Würde der Menschen dient. Erst das Zusammenwirken von Schutzbereich und Eingriffsschranken ermöglicht, die Autonomiegarantie zur Entfaltung zu bringen. Die Geltung des Legalitätsprinzips bringt zum Ausdruck, dass es im demokratischen Staat primär Aufgabe des Gesetzgebers ist, die übergeordneten Interessen wahrzunehmen und mit den Schattenseiten der Gemeindeautonomie fertig zu werden.[1162] Die politische Machtausübung soll jedoch nicht nur im Verhältnis zwischen Staat und Bürgerin, sondern ebenfalls im Umgang mit den Gemeinden ausschliesslich in *rechtlich vermittelter, rechtlich begrenzter und rechtlich überprüfbarer Gestalt geschehen*.

Wenn sodann für Eingriffe in den Schutzbereich der Gemeindeautonomie ein öffentliches Interesse sowie die Einhaltung des Verhältnismässigkeitsprinzips und die Beachtung des Kerngehalts als Eingriffsschranken gelten, so wird damit der Gemeindeautonomie die Chance gegeben, nicht zuletzt auch gegenüber dem zuständigen Gesetzgeber eigene Steuerungskraft zu entfalten.[1163]

[1162] I.d.S., jedoch ohne den Bezug auf das Legalitätsprinzip PFISTERER, Gemeindeautonomie, 16; zu den Gefahren der Gemeindeautonomie s. vorne, Teil 1§ 3.VI.

[1163] Vgl. i.d.S., allerdings in Bezug auf Grundrechte, MÜLLER, Grundrechtstheorie, 106.

2. Begriff des Eingriffs

Das Bundesgericht legt nicht allgemein fest, wann ein *Eingriff* in die Gemeindeautonomie vorliegt. Es untersucht praxisgemäss zuerst, ob ein geschützter Autonomiebereich vorliegt und folgert, wenn es diese Frage bejaht, die Gemeinde könne sich „dagegen zur Wehr setzen, dass eine kantonale Behörde in einem Rechtsmittel- oder Genehmigungsverfahren ihre Prüfungsbefugnis überschreitet oder die den betreffenden Sachbereich ordnenden kommunalen, kantonalen oder bundesrechtlichen Normen falsch anwendet; eine Autonomieverletzung kann aber auch vorliegen, wenn der Kanton durch anderweitige Anordnungen – z.B. durch den Erlass einer generell-abstrakten Regelung oder einer kantonalen Planungszone – zu Unrecht in geschützte Autonomiebereiche eingreift“[1164].

Das teleologische Element spricht dafür, sämtliches Handeln, das dem Staat zurechenbar ist und den Schutzbereich der Gemeindeautonomie beeinträchtigt, als Eingriff in die verfassungsmässige Autonomiegarantie zu verstehen und auf die Vereinbarkeit mit den Eingriffsschranken zu prüfen. Beeinträchtigungen können grundsätzlich sowohl durch normative Akte des Staates (Gesetze, Pläne, Verfügungen, Urteile) als auch durch faktisches Handeln (Realakte) erfolgen.[1165]

IX. Programmatische Schicht

Wenn die Gemeindeautonomie als *konstitutives Grundprinzip der Bundesverfassung* anerkannt wird, spricht dies für ihre Anerkennung als „allgemeines, in die Zukunft hinein zu übernehmendes Postulat an die Gestaltung des Staates“[1166]. Nur wenn sie so verstanden wird, vermag die Gemeindeautonomie ihre verschiedenen Zwecke zu erfüllen. Die Gemeindeautonomie ist nicht nur ein rechtlich geschützter Gestaltungsspielraum, sondern ebenfalls ein Ziel: Nämlich dies, dass „wo möglich die Gemeinde selbständig und in eigener Verantwortlichkeit ihre Aufgaben erfüllen soll“[1167]. Die Gemeindeautonomie enthält einen „allgemeinen Rechtsgedanken“, an dem sich jede nähere Ausgestaltung dieses Rechtsprinzips – insbesondere die Aufgabenverteilung im

[1164] BGE 129 I 290 E. 2.3, 295 m.H.

[1165] Vgl. dazu auch DILL, Gemeindeautonomie, 92; aus der Bundesgerichtspraxis vgl. statt vieler beispielsweise BGE 135 I 302 (Gerichtsentscheid); 134 I 204 (Gerichtsentscheid); 133 I 128 (Parlamentsdekret); 131 I 91 (Parlamentsbeschluss).

[1166] MATTER, Gemeinden, 70.

[1167] MATTER, Gemeinde, 37.

Bundesstaat – orientieren soll.[1168] Es ist der Grundgedanke der kommunalen Selbständigkeit, dass die eigenständige Aufgabenerfüllung im kleinen Raum der Gemeinde wichtige demokratische, rechtsstaatliche und wirtschaftliche Funktionen erfüllt und deshalb in „relativ auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten möglichst hohem Masse realisiert werden muss“[1169].

Dieser *programmatische Gehalt* ist insbesondere im Gesetzgebungsverfahren zu beachten. Die Gemeindeautonomie fordert, wie dies in zahlreichen neueren Kantonsverfassungen zum Ausdruck kommt (vgl. etwa Art. 85 KV ZH), dass den Gemeinden ein „möglichst weiter Handlungsspielraum“ zugestanden wird. Daraus ergibt sich eine Pflicht zu gemeindefreundlichem Verhalten: Bund und Kantone müssen den Gemeinden hinreichend Gelegenheit verschaffen, dem Sinn und der Funktion der kommunalen Selbständigkeit gerecht werden zu können.[1170] Es ist nicht nur eine Frage der Staatskunst, wenn Bund und Kantone nach autonomiefreundlichen Problemlösungen suchen, sondern *dieses Handeln ist verfassungsrechtlich geboten*. Die Gemeinden benötigen in jenen Gebieten, wo die lokale Aufgabenerfüllung sinnvoll und möglich ist, tatsächliche Chancen für politisches Handeln. Dies setzt voraus, dass sie frei sind, welche Aufgaben sie auf welche Weise erfüllen wollen, welche Initiativen sie entwickeln und wie sie ihr Handeln finanzieren und organisieren wollen.[1171]

Die Autonomiegarantie richtet sich betreffend das Mass und den Inhalt der Autonomie nach kantonalem Recht und schliesst daher auch besondere kantonale Autonomiegarantien mit ein. Folglich kann, was von Bundesverfassungs wegen als programmatischer Gestaltungsauftrag gilt, je nach Ausgestaltung des kantonalen Rechts zu justiziablen Garantiegehalten verdichtet werden. So wird beispielsweise aus § 106 Abs. 2 KV AG eine den Gesetzgeber bindende „Mitberücksichtigungspflicht“ abgeleitet, welcher in der Lehre eine gewisse Justiziabilität beigemessen wird.[1172] Solche kantonalen Normen sind *auszulegen,* wobei auf kantonale Besonderheiten Rücksicht zu nehmen

[1168] Vgl. LARENZ, Methodenlehre, 474 f.; LARENZ, Richtiges Recht, 24 f.; CANARIS, Systemdenken, 57; ALEXY, Grundrechte, 75 f.

[1169] ALEXY, Grundrechte, 75.

[1170] I.d.S. auch PFISTERER, Gemeinden, 156; HÄBERLE, Selbstverwaltung, 305.

[1171] Vgl. PFISTERER, Gemeinden, 156 f.

[1172] Vgl. die ausführliche Abhandlung bei PFISTERER, Gemeinden, 163 ff. sowie 214 f.

ist; hinter ähnlichen Formulierungen können sich unterschiedliche Absichten des kantonalen Verfassungsgebers verstecken.[1173]

X. Gewährleistung

Betrachtet man die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Gemeindeautonomie vor dem Hintergrund des Zwecks des Gemeindeartikels, auf die grundlegende Rolle der Gemeinden im schweizerischen Bundesstaat hinzuweisen, sowie im Lichte der Legitimations- und Gestaltungsfunktion der Verfassung, so wird klar, dass das rechtlich bindende Versprechen des Art. 50 Abs. 1 BV mit *allen notwendigen und angemessenen Mitteln gesichert werden* muss. Dabei entspricht es dem freiheitlichen Grundgedanken der Gemeindeautonomie, dass deren Durchsetzung primär und im Normalfall einzig durch die Öffnung des Rechtswegs ans Bundesgericht erfolgt. Weil aber der Bund generell eine Mitverantwortung dafür hat, dass das (bundes)verfassungsmässige Recht der Gemeindeautonomie zur Geltung kommt, hat er allgemein über dessen Einhaltung durch die Kantone zu wachen (vgl. Art. 49 Abs. 2 BV).

XI. Normhypothese

Die Gemeindeautonomie erfüllt wichtige demokratische, rechtsstaatliche und freiheitsfördernde Funktionen, soll eine sach- und bürgernahe Aufgabenerfüllung ermöglichen und lokale Identifikations- und Partizipationsmöglichkeiten bieten. Der Verfassungsgeber liess sich von grundlegenden demokratischen und freiheitlichen Wertvorstellungen leiten, als er die Gemeindeautonomie als Grundprinzip der Bundesverfassung im Gemeindeartikel verankerte. Art. 50 BV soll die Gemeinden als dritte staatliche Ebene und als selbständige Träger von Staatsgewalt aus- und auf deren *konstitutive Rolle im Bundesstaat* hinweisen. Damit wird jedoch weder eine Durchföderalisierung noch eine Schwächung der kantonalen Eigenständigkeit angestrebt.

Die Bedeutung der Gemeindeautonomie für die Freiheit der Menschen zeugt von einem ausgeprägten Schutzbedürfnis und spricht für eine Qualifikation als *verfassungsmässiges Recht* der Gemeinde. Diesem Recht ist ein Kerngehalt zuzusprechen, d.h. die Verfassungsgarantie der Gemeindeautonomie beinhaltet eine zwingende Grundentscheidung zugunsten eines Staatsaufbaus nach Gemeinden. Die Kantone müssen sich in mit Gebietshoheit und einer gewissen minimalen Selbständigkeit ausgestattete Gemeinden gliedern.

[1173] So wird etwa Art. 109 Abs. 2 KV BE als nicht justiziabel eingestuft; vgl. ZIMMERLI, in: Kälin/Bolz (Hrsg.), Bernisches Verfassungsrecht, 204 f.

Träger der Gemeindeautonomie sind in erster Linie die politischen Gemeinden, zumal diese im Bundesstaat durchwegs die zentrale dritte staatliche Ebene bilden. Jedoch bestimmt das kantonale Recht die Träger der Gemeindeautonomie; folglich sind alle kantonalen Gemeindetypen sowie weitere öffentlich-rechtliche Körperschaften, denen das kantonale Recht einen selbständigen Bereich öffentlicher Gewalt einräumt, Träger der Gemeindeautonomie. Der von der Gemeindeautonomie vermittelte Schutzanspruch steht der Bürgerschaft als Kern der örtlichen politischen Einheit zu. Damit die machthemmende Funktion der Gemeindeautonomie voll zum Tragen kommen kann, muss sich dieser Schutzanspruch sowohl gegen den Kanton (als primärer Verpflichtungsadressat) als auch gegen den Bund richten.

Der Schutzbereich der Gemeindeautonomie ist unter Berücksichtigung ihrer Zwecke zu konkretisieren. Der Schutzbereich ist grundsätzlich in Anwendung des Art. 50 Abs. 1 BV zu umschreiben; sein Mass richtet sich jedoch nach dem kantonalen Recht. Geschützt ist die eigenverantwortliche Aufgabenerfüllung. Eine Gemeinde ist in einem bestimmten Sachbereich autonom, falls ihr ein *erheblicher Gestaltungsspielraum* zusteht, der wesentlich zur Erfüllung der Funktionen der Gemeindeautonomie beiträgt und nicht primär anderen Zwecken dient. Dieser Gestaltungsspielraum kann sich auf selbst gewählte oder übertragene Aufgaben beziehen und umfasst sowohl die Rechtsanwendung wie auch die Rechtsetzung. Als weiteres Element des Schutzbereichs sind Mitwirkungsrechte an Verfahren der übergeordneten staatlichen Ebenen einzustufen. Weil eine gewisse Existenzsicherheit unabdingbar ist, damit die Gemeinden ihre Funktionen erfüllen können, ist der individuelle Bestand der Gemeinde als Element des Schutzbereichs der Gemeindeautonomie einzustufen

Sämtliches staatliche Handeln, das in den Schutzbereich der Gemeindeautonomie eingreift, muss gewisse Eingriffsschranken beachten. Erst die Wechselwirkung zwischen Schutzbereich und Eingriffsschranken ermöglicht, einen Massstab des Ausgleichs zwischen der lokalen Eigenständigkeit und der notwendigen Einheitlichkeit zu finden und die Autonomiegarantie zur optimalen Entfaltung zu bringen.

Die Gemeindeautonomie ist ein in die Zukunft hinein zu übernehmendes Postulat an die Gestaltung des Staates. Sie beinhaltet eine *Pflicht zu gemeindefreundlichem Verhalten*. Bund und Kantone müssen den Gemeinden Gelegenheit verschaffen, dem Sinn und der Funktion der kommunalen Selbständigkeit gerecht werden zu können. Sowohl der eidgenössische als auch die kantonalen Gesetzgeber haben darauf zu achten, dass sich das öffentliche Leben so weit als möglich in den Gemeinden abspielt, dass ihnen möglichst weiter Gestaltungsspielraum überlassen wird und sie einen wesentlichen

Teil der öffentlichen Aufgaben erfüllen können. Diese programmatische Schicht kann vom kantonalen Recht zu justiziablen Rechtsansprüchen verdichtet werden.

§ 15. Zeitgemässes Element

I. Vorbemerkung

Die zeitgemässe Auslegung stellt ab auf das Normverständnis und die Verhältnisse, wie sie zur Zeit der Rechtsanwendung bestehen. In den Grenzen der Gewaltenteilung ermöglicht sie eine kontinuierliche Anpassung des Rechts an die soziale Wirklichkeit. Die Betroffenen können sich dadurch ohne Kenntnis der Materialien über ihre Rechte und Pflichten informieren.[1174] Die zeitgemässe Auslegung kann bewirken, dass ein Normverständnis aufgegeben wird, weil es sich als Folge veränderter Verhältnisse nicht mehr halten lässt. Die Bundesverfassung von 1999 ist indessen auch heute ein vergleichsweise junges Grundgesetz. Die Bedeutung der wichtigsten Neuerung im Vergleich zur Entstehungszeit des Gemeindeartikels, der Beitritt zur Europäischen Gemeindeautonomiecharta, wurde überdies bereits berücksichtigt (§ 13). Das folgende Kapitel ist deshalb kurz gehalten und widmet sich einigen Aspekten, die bei der Suche nach einem aktuellen Normgehalt noch zu berücksichtigen sind.

II. Gemeindeautonomie als Grundprinzip des Bundesstaates

In einem ersten Schritt gilt es der Frage nachzugehen, ob die Gemeindeautonomie zehn Jahre nach Inkrafttreten des Gemeindeartikels weiterhin als kantonale Rechtsfigur verstanden wird. Die Mehrheit der Staatsrechtslehre vertritt diese Sicht noch heute und betrachtet Art. 50 Abs. 1 BV als deklaratorische Norm, d.h. als Hinweis auf den bundesgerichtlichen Schutz der kantonalen Garantien (s. vorne, Teil 1§ 4.II). Der Praxis des Bundesgerichts ist diesbezüglich wenig zu entnehmen. Das zeitgemässe Element will nun das *allgemeine* Normverständnis ermitteln. Dabei interessiert besonders, wie *der Bundesrat und die Bundesversammlung* Art. 50 Abs. 1 BV verstehen.

Bereits im Jahr 2000 stellte Nationalrat Andreas Gross in einer Interpellation zur Auslegung von Art. 50 BV u.a. die Frage, ob die Gemeindeautonomie als konstitutives Element bzw. als konstitutives Prinzip der Eidgenossenschaft bezeichnet werden könne. Der Bundesrat antwortete darauf, die Gemeindeautonomie sei „eines der Grundprinzipien unseres Bundesstaates“[1175]. Er wies *nicht* darauf hin, die Gemeindeautonomie sei ein „Institut des kantonalen Rechts“ und werde vom Bund nur insofern ge-

[1174] Vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht, Rz. 114 ff.; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4 Rz. 28.

[1175] Ip. Andreas Gross zur „Auslegung von Artikel 50 der Bundesverfassung“ vom 23. Juni 2000 (00.3404).

schützt, als er eine Beurteilung von innerkantonalen Autonomiestreitigkeiten durch das Bundesgericht ermögliche. Wer die Gemeindeautonomie als Grundprinzip des Bundesstaates bezeichnet, misst Art. 50 Abs. 1 BV mehr als nur deklaratorische Bedeutung bei: Er versteht diese Rechtsnorm als *konstitutives Verfassungsprinzip*.

Diese bundesrätliche Aussage wurde in jüngerer Vergangenheit mehrfach bestätigt. Insbesondere die Debatte des Beitritts zur Gemeindeautonomiecharta zeigt klar, dass die Gemeindeautonomie heute allgemein als *Grundprinzip der Bundesverfassung* verstanden wird. So führte der Bundesrat in der Botschaft zur Charta aus, „dass die Gemeindeautonomie ein Institut des Bundesrechts ist (Art. 50 Abs. 1 BV), materiell jedoch durch das kantonale Recht definiert wird“[1176]. Dieses Verfassungsverständnis dominierte auch anlässlich der parlamentarischen Debatte: Man betrachtete die Gemeindeautonomie als Garantie der Bundesverfassung. Die allgemeine Sichtweise war die, dass die Forderung des Art. 2 Charta, der eine Garantie der Gemeindeautonomie so weit als möglich in der Verfassung verlangt, durch Art. 50 Abs. 1 BV erfüllt werde, die Kantone aber den Inhalt der Autonomie bestimmen.[1177] Auch das Bundesgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 zeugt von diesem Verständnis. Art. 89 Abs. 2 lit. c BGG, der ein besonderes Beschwerderecht der Gemeinden und anderer öffentlich-rechtlicher Körperschaften statuiert, verweist nicht ausschliesslich auf kantonale Garantien, sondern nimmt auch auf Garantien der Bundesverfassung Bezug. Die bundesrätliche Botschaft weist in diesem Kontext auf Art. 50 BV hin.[1178] Wenn BIAGGINI diese Bezugnahmen als „unzutreffend“[1179] bezeichnet, verkennt er, dass die offene Formulierung des Art. 89 Abs. 2 lit. c BGG dem allgemeinen Verfassungsverständnis entspricht, das in der Gemeindeautonomie ein Grundprinzip des Bundesstaates und in Art. 50 Abs. 1 BV deshalb weder eine Appell- noch eine Verweisnorm, sondern die *verfassungsrechtliche Verankerung eines Grundprinzips des Bundesstaates* erblickt.

Ausdruck dieses allgemeinen Normverständnisses ist sodann, dass die Glarner Verfassungsreform, die eine Reduktion der Zahl der Glarner Gemeinden auf 3 mit sich brachte (s. hinten, Teil 4§ 18.VI.B), auf ihre Vereinbarkeit mit der Gemeindeauto-

1176 Botschaft Charta, 89.

1177 Vgl. Votum Bundesrätin Micheline Calmy-Rey, AB N 2004, 942; Votum Ständerat Philipp Stähelin, AB S 2004, 630 f.; Votum Ständerat Hannes Germann, AB S 2004, 634; Votum Carlo Schmid, AB S 2004, 628.

1178 Botschaft Bundesrechtspflege, 4330: „Buchstabe c räumt den Gemeinden […] ein Beschwerderecht zur Anfechtung von Akten ein, welche Garantien verletzen, die ihnen die Bundesverfassung (vgl. Art. 50 BV) oder eine Kantonsverfassung gewährt […].“

1179 BIAGGINI, Kommentar zu Art. 189 BV, Rz 6.

nomie geprüft wurde.[1180] Der Bundesrat wies in seiner Botschaft darauf hin, der Kanton reduziere die Anzahl seiner Gemeinden, was diese in ihrer Autonomie beeinträchtige, und prüfte sodann (allerdings nur oberflächlich), ob das in Art. 5 Charta verankerte Mitwirkungsrecht der Gemeinden gewahrt wurde.[1181] Die Kommissionssprecherin erklärte im Ständerat, die Gemeindeautonomie sei bundesrechtlich garantiert, bestehe jedoch nur nach Massgabe des kantonalen Rechts. Der Landsgemeindeentscheid sei „nicht als so krasse Verletzung des Bundesrechtes zu werten, dass der Verfassung die Gewährleistung nicht erteilt werden könnte, auch wenn die Gemeindeautonomie beeinträchtigt worden wäre"[1182]. Diese Aussage ist zwar problematisch (s. hinten, Teil 4§ 18.VI.C), zeugt aber doch davon, dass die Gewährleistungsbehörden die Beeinträchtigung der Gemeindeautonomie durch eine Kantonsverfassung für grundsätzlich *möglich* hielten. Dies wiederum lässt sich nur erklären, wenn man die Gemeindeautonomie als Grundprinzip der Bundesverfassung versteht, das auch den kantonalen Verfassungsgeber in die Pflicht nimmt (und nicht erst von diesem gewährleistet werden muss, um im Kanton Geltung zu erlangen).

Das traditionelle Verständnis der Gemeindeautonomie als (ausschliesslich) kantonale Rechtsfigur wird also ausserhalb der juristischen Literatur, die noch stark der dualistischen Bundesstaatskonzeption der aBV verhaftet ist, kaum mehr vertreten. Das allgemeine Normverständnis entspricht der Feststellung AUBERTS:[1183] „[…] la Confédération ne se borne plus à qualifier et à protéger, c'est elle qui garantit l'autonomie des communes, «dans les limites», il est vrai, «fixées par le droit cantonal»".

Auch der derzeitige rasante Wandel der sozialen Wirklichkeit und die dadurch hervorgerufene und kontinuierlich fortschreitende Tendenz der schleichenden Auflösung des eigenverantwortlichen Gestaltungsspielraums der Gemeinden (s. vorne, Teil 1§ 3.V f.) spricht für einen starken Schutz der Gemeindeautonomie durch die Bundesverfassung und damit für ein *konstitutives Verständnis* des Art. 50 Abs. 1 BV.

III. Schutzbereich der Gemeindeautonomie

Die zeitgemässe Auslegung verstärkt die aufgrund des völkerrechtskonformen und des teleologischen Elements gewonnene Erkenntnis, dass der Schutzbereich der verfas-

[1180] Vgl. BBl 2007, 629 ff. (Gewährleistungsbotschaft); BBl 2007, 4933 f. (Gewährleistungsbeschluss); AB S 2007, 322 ff.; AB N 2007, 933 f.

[1181] Vgl. BBl 2007, 638.

[1182] Vgl. Votum Trix Heberlein, AB S 2007, 322 f.

[1183] AUBERT, Petit Commentaire ad Art. 50 CF, Rz. 5 ff.

sungsrechtlichen Autonomiegarantie neben der eigenverantwortlichen Aufgabenerfüllung auch den individuellen Bestand der Gemeinde und ihre Mitwirkungsrechte umfassen muss. Davon zeugt wiederum die Behandlung der Glarner Gemeindereform durch die Gewährleistungsbehörden.[1184] Die in der Gewährleistungsbotschaft des Bundesrates enthaltene Aussage, eine Reduktion der Anzahl Gemeinden beeinträchtige die Gemeinden in ihrer Autonomie, wie auch die anschliessende Prüfung des in Art. 5 Charta verankerten Mitwirkungsrechts sind beide nur vertretbar, wenn man den Schutzbereich der Gemeindeautonomie nicht auf Sachzuständigkeiten der Gemeinden reduziert. Es dürfte auch dem durchschnittlichen Normadressaten schwierig zu vermitteln sein, weshalb ein Eingriff eines Kantons in eine Kompetenz der Gemeinde die Gemeindeautonomie beeinträchtigen, diese bei einer Zwangsauflösung der Gemeinde aber nicht betroffen sein sollte. Diese Ansicht scheint auch das Bundesgericht in jüngeren Entscheiden nicht mehr zu vertreten, wenn es von der Verletzung der Gemeindeautonomie „in der Bedeutung der Bestandesgarantie“[1185] spricht, eine klare Trennung von Autonomie- und Bestandesgarantie also nicht mehr vornimmt.

IV. Bindung des Bundes

Das zeitgemässe Verständnis der Gemeindeautonomie als Grundprinzip der Bundesverfassung geht mit der Bejahung der Bindung des Bundes an die Gemeindeautonomie einher. Natürlich sind es grundsätzlich die Kantone, welche für die Regelung des Gemeindewesens zuständig sind, die Gemeinden beaufsichtigen, ihre Autonomie näher ausgestalten und bei all diesen Gelegenheiten direkt auf die Gemeinden einwirken. Der Bund dagegen wendet sich in der Regel an die Kantone und nicht direkt an die Gemeinden (s. hinten, §§ 17 u. 20). Doch auch die Organe des Bundes müssen bei ihrem Handeln das Recht der Gemeinden beachten, einen wesentlichen Teil der öffentlichen Angelegenheiten eigenverantwortlich zu gestalten. Dass die Kantone das Mass der kommunalen Selbständigkeit bestimmen, vermag daran nichts zu ändern. Wenn etwa das Bundesamt für Gesundheit die Stadt St. Gallen dazu verpflichtete, einem Initiativkomitee das Unterschriftensammeln für eine Volksinitiative „für die Freiheit der Raucher und Wirte“ zu untersagen, weil dieses Anliegen die öffentliche Gesundheit gefährde, wäre dies offensichtlich eine krasse Verletzung der politischen Rechte der Initianten (Art. 34 BV), gleichzeitig aber auch eine Verletzung der Gemeindeautono-

[1184] Vgl. BBl 2007, 638; AB S 2007, 322 ff.
[1185] BGE 131 I 91 E. 2, 94.

mie (Art. 50 Abs. 1 BV), weil die Bundesbehörde ohne gesetzliche Grundlage in einen geschützten Autonomiebereich der Stadt St. Gallen eingriffe.[1186]

Natürlich ist dieses Beispiel fiktiv. Doch es gibt durchaus *Bundesdurchgriffe* auf die Gemeinden (s. hinten, § 20), und es wäre unverständlich und widersprüchlich, davon auszugehen, die Gemeindeautonomie sei ein Grundsatz der Bundesverfassung, die Organe des Bundes seien aber nicht daran gebunden. Es kann insbesondere nicht angehen, dem Bundesrecht nur eine „Institutsgarantie" zuzuordnen, eine Bindung des Bundes an die Gemeindeautonomie aber zu verneinen.[1187]

V. Normhypothese

Das zeitgemässe Element spricht dafür, die Gemeindeautonomie als Grundprinzip der Bundesverfassung einzustufen. In den Jahren nach dem Inkrafttreten der neuen Bundesverfassung wurde die Gemeindeautonomie von Bundesrat und Bundesversammlung stets als *Garantie der Bundesverfassung*, deren Mass sich nach kantonalem Recht bestimmt, verstanden. Der Schutzbereich der verfassungsrechtlichen Autonomiegarantie wird umfassend verstanden und nicht auf die Sachzuständigkeiten der Gemeindeautonomie beschränkt. Auch der Bestand der Gemeinde und deren Mitwirkungsrechte werden als Teilgehalte der Gemeindeautonomie verstanden. Das zeitgemässe Verständnis der Gemeindeautonomie als Grundprinzip der Bundesverfassung muss sodann mit der Bejahung der Bindung des Bundes an die Gemeindeautonomie einhergehen. Die traditionalistische Sicht der Gemeindeautonomie als ausschliesslich kantonale Rechtsfigur, die der Bund selber einzig durch die Autonomiebeschwerde schützt, widerspricht dem allgemeinen Normverständnis. Zudem spricht auch die fortschreitende Entwicklung der Auflösung des eigenverantwortlichen Gestaltungsspielraums der Gemeinden für einen starken Schutz der Gemeindeautonomie durch die Bundesverfassung und damit für ein *konstitutives Verständnis* des Art. 50 Abs. 1 BV.

[1186] Der Gemeinde kommt in dieser Frage ein relativ erheblicher Gestaltungsspielraum zu; vgl. in diesem Kontext BGE 135 I 302 E. 1.2, 304 f.

[1187] I.d.S. aber KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar zu Art. 50 BV, Rz. 9 f.

§ 16. Synthese: Neuinterpretation der Gemeindeautonomie

I. Einleitung

Nach der Betrachtung der einzelnen Auslegungselemente gilt es, die Erkenntnisse zu einer Synthese zu verdichten. Das folgende Kapitel beansprucht, eine *neue Interpretation der Gemeindeautonomie* zu erörtern, weil die Ergebnisse dieser Studie der herrschenden Sicht der kommunalen Selbständigkeit widersprechen und Anpassungen der bundesgerichtlichen Praxis fordern. Die Neuinterpretation ist das Ergebnis einer Verfassungsauslegung mit dem Ziel, ein aktuell gültiges, situations- und wirklichkeitsbezogenes Verständnis des Art. 50 Abs. 1 BV zu entwickeln. Im Fokus dieser Studie sind die politischen Gemeinden. Die folgenden Ausführungen können daher nur sinngemäss auf andere Gemeindearten übertragen werden.

II. Grundprinzip der Bundesverfassung

A. Bundesgarantie

Die Gemeindeautonomie ist unter Würdigung aller Auslegungselemente als *Garantie der Bundesverfassung* einzustufen. Das traditionelle Verständnis der Gemeindeautonomie als kantonale Rechtsfigur ist bereits mit dem Verfassungstext schwer vereinbar: Art. 50 Abs. 1 BV garantiert die Gemeindeautonomie und verweist einzig bezüglich ihres Masses, resp. ihrer Grenzen (frz. Text) auf das kantonale Recht. Die Gemeindeautonomie erscheint in Art. 50 Abs. 1 BV als *Figur des Bundesrechts*. Der Verfassungstext geht auf die Textfassung der nationalrätlichen Verfassungskommission zurück, die sich als Folge des Widerstands der Kantone, des Bundesrats und des Ständerats erst in der Differenzbereinigung durchsetzte. Der historische Kompromiss bestand darin, dass die Gemeindeautonomie zur Garantie der Bundesverfassung wird, *ihr Inhalt und Mass* jedoch entsprechend der föderalistischen Vielfalt des Landes variieren und deshalb nicht vom Bund, sondern von den Kantonen bestimmt werden soll. Einzig die Frage, ob der Verfassungsgarantie ein Kerngehalt zu entnehmen sei, blieb in der Verfassungsdiskussion umstritten und letztlich ungeklärt.[1188]

Wer aufgrund der Wendung „[…] Gemeindeautonomie und anderer Garantien der Kantone“ in Art. 189 Abs. 1 lit. e BV auf die Eigenschaft der Gemeindeautonomie als (ausschliesslich) kantonale Garantie schliesst und in Art. 50 Abs. 1 BV lediglich eine

[1188] Vgl. insb. die divergierenden Voten der Kommissionspräsidenten: Votum Joseph Deiss, AB N Verfassungsreform, 258; Votum René Rhinow, AB S Verfassungsreform, 211 f.

deklaratorische Rechtsnorm erblickt,[1189] verkennt, dass der massgebende Entscheid zur Gemeindeautonomie anlässlich der Beratung des Gemeindeartikels fiel. Art. 189 Abs. 1 lit. e BV verdeutlicht einzig, dass das kantonale Recht den Inhalt der Gemeindeautonomie bestimmt. Das völkerrechtskonforme Element bekräftigt das Verständnis der Gemeindeautonomie als Garantie des Bundes: Art. 2 Charta zielt in föderalistischen Staaten auf eine Garantie der Bundesverfassung. Die Gemeinden erscheinen in der Charta als die *Grundpfeiler des demokratischen Staates*, die sich mit allen Angelegenheiten befassen dürfen, die nicht von ihrem Kompetenzbereich ausgeschlossen sind (Art. 4 Abs. 2 Charta). Die Kantone bestimmen das Mass des Gestaltungsspielraums und setzen der Gemeindetätigkeit ihre Grenzen. *Die gemeindliche Selbständigkeit wird aber von der Bundesverfassung vorausgesetzt und garantiert*. Dieses Verständnis wird dem Zweck des Gemeindeartikels gerecht, auf die grundlegende Rolle und Bedeutung der Gemeinden als dritte staatliche Ebene hinzuweisen. In diesem Sinne lautet auch das allgemeine, zeitgemässe Normverständnis, das in jüngerer Vergangenheit insbesondere anlässlich der Beratung der Gemeindeautonomiecharta und der glarnerischen Verfassungsreform in der Bundesversammlung zum Vorschein kam.

B. Begriff

Gemeindeautonomie ist die im Rahmen einer rechtlich vorgegebenen Ordnung bestehende Selbständigkeit der Gemeinden. Sie wird in der Schweiz traditionell begriffen als das Recht der Gemeinde, ihre öffentlichen Aufgaben selbständig, d.h. nach ihren eigenen Beurteilungen, Wertungen und Präferenzen zu erfüllen. Der Autonomiebegriff wird nicht auf die Rechtsetzungsbefugnis reduziert: Die Selbständigkeit kann sich auf den Erlass oder Vollzug eigener kommunaler Vorschriften beziehen oder kann einen entsprechenden Spielraum bei der Rechtsanwendung betreffen. Wer *autonom* ist, handelt zwar im Rahmen einer rechtlich vorgegebenen Ordnung, agiert aber nach eigenem Willen und in eigener Verantwortlichkeit, also nicht fremdbestimmt. Den rechtlichen Rahmen, die Grenzen der Autonomie, setzt das kantonale Recht.

Die Gemeindeautonomie kann unter Berücksichtigung von Art. 3 Charta definiert werden als *das Recht und die tatsächliche Fähigkeit der Gemeinden, im Rahmen des kantonalen Rechts einen wesentlichen Teil der öffentlichen Angelegenheiten in eigener Verantwortung zu regeln und zu gestalten*. Diese Begriffsbestimmung zeugt vom prin-

[1189] I.d.S. z.B. HALLER, St. Galler Kommentar zu Art. 189 BV, Rz. 35; BIAGGINI, Kommentar zu Art. 189 BV, Rz. 6.

zipienhaften Charakter der Gemeindeautonomie (C) und von ihrer Doppelfunktion als subjektives Recht der Gemeinde (D.1) und objektives Gestaltungsprinzip (D.2).

C. Rechtsprinzip

Die verfassungsrechtliche Autonomiegarantie ist im Sinne einer Rechtsnorm mit *Prinzipiencharakter* formuliert. Die offene Formulierung des Art. 50 Abs. 1 BV, der keine Rechtsfolge festlegt, weist in Kombination mit der Wendung „ist gewährleistet" darauf hin, dass die Gemeindeautonomie ein Rechtsprinzip ist. Diese Interpretation wird durch die Materialien[1190] wie auch durch die völkerrechtskonforme Auslegung (Art. 2 Charta spricht vom *principle of local self-government*) bekräftigt. Die Gemeindeautonomie gebietet, die Selbständigkeit der Gemeinden in möglichst hohem Masse zu verwirklichen. Ein wesentlicher Teil der öffentlichen Angelegenheiten soll im kleinen Verband der Gemeinde eigenverantwortlich gestaltet werden können. Dies ist der leitende Gedanke der Gemeindeautonomie, welche zur Entfaltung ihrer Wirkungen notwendig auf weitere Bezüge und Ausgestaltungen angewiesen ist. Das Mass der Verwirklichung der kommunalen Selbständigkeit kann und darf je nach Kanton unterschiedlich sein. Dieses Verständnis wird durch alle Auslegungselemente bestätigt. Die föderalistische Vielfalt der schweizerischen Kantone kann sich in unterschiedlichen Inhalten der kommunalen Autonomie manifestieren.

D. Der Doppelcharakter der Gemeindeautonomie

Als Rechtsprinzip kommt der Gemeindeautonomie eine positive und eine negative Wirkung zu. Die negative, abwehrende Funktion der Gemeindeautonomie besteht darin, dass sie ihr widersprechende Wertungen und die auf ihnen beruhenden Erlasse und Entscheide ausschliesst. Dieses *defensive Autonomieverständnis* bestimmt die juristische Literatur, die auf die Praxis des Bundesgerichts fokussiert. Der Gemeindeautonomie ist jedoch auch eine positive Funktion eigen, die in ihrem Richtung gebenden Einfluss auf die gesamte Rechtsordnung besteht. Dieser *Doppelcharakter* der Gemeindeautonomie manifestiert sich in ihrer dualen Wirkungsweise als subjektives Abwehrrecht wie auch als objektives Gestaltungsprinzip.

[1190] Die Gemeindeautonomie wurde anlässlich der Beratung des Gemeindeartikels in den Verfassungskommissionen und im Plenum immer wieder als *Rechtsprinzip* bezeichnet. Dies entspricht auch der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Gemeindeautonomie, an welche der Verfassungsgeber anknüpfen wollte; s. vorne, Teil 3§ 11.V.A.3.

1. Subjektive Rechtsposition der Gemeinde

Die Gemeindeautonomie ist das Recht der Gemeinde, im Rahmen des kantonalen Rechts einen wesentlichen Teil der öffentlichen Angelegenheiten eigenverantwortlich zu gestalten. Diese Definition zeugt vom Wesen der Gemeindeautonomie als *subjektive Rechtsposition der Gemeinde*. Die Gemeindeautonomie ist ein *verfassungsmässiges Recht*, d.h. ein *justiziabler Rechtsanspruch*, dessen Gewicht so gross ist, dass er nach dem Willen des demokratischen Verfassungsgebers verfassungsrichterlichen Schutzes bedarf. Die Gemeindeautonomie ist aber kein Grundrecht, sondern ein Recht der Gemeinde. Das zeigt sich an der systematischen Stellung der Gemeindeautonomie ausserhalb des Grundrechtskatalogs wie auch in der vom Verfassungsgeber gewollten Anknüpfung an das gemeineidgenössische Autonomierecht. Art. 50 Abs. 1 BV gewährt der Gemeinde eine subjektive Rechtsposition: Es steht ihr die Macht zu, die Autonomiegarantie gegen Verletzungen zwangsweise durchsetzen zu lassen oder darauf zu verzichten.[1191] Dies zeigt sich klar durch die Hervorhebung der Gemeindeautonomie bei den Zuständigkeiten des Bundesgerichts (Art. 189 Abs. 1 lit. e BV). Auch die Rechtsschutzgarantie des Art. 11 Charta zeigt, dass die Gemeindeautonomie nicht als ausschliesslich objektive Rechtsnorm verstanden werden darf.

2. Konstitutives Grundprinzip

Die Frage, ob die Gemeindeautonomie durch Art. 50 Abs. 1 BV zu einem *konstitutiven Grundprinzip der Eidgenossenschaft* normiert werde, welches die Kantone nicht unterlaufen dürfen, war in der Verfassungsdiskussion umstritten und lässt sich aufgrund einer rein historischen Betrachtungsweise nicht eindeutig beantworten.[1192]

Der Wille einer grossen Zahl eidgenössischer Parlamentarier, die grosse Bedeutung der Gemeinden und ihrer Autonomie für den schweizerischen Bundesstaat zu unterstreichen und den dreistufigen Staatsaufbau mit *Bund, Kantonen und Gemeinden* in der Verfassung zu verankern (3. Verfassungstitel), spricht dafür, dass Art. 50 Abs. 1 BV ein konstitutives Gestaltungsprinzip normiert. Die Gemeindeautonomie ist ein *konstitutives Element des Bundesstaates*: Sie gibt dem Staat Rechtfertigung und setzt

[1191] Weiterführend zu den Begriffen des objektiven und subjektiven Rechts SCHLUEP, Rechtstheorie, Rz. 467 ff.

[1192] S. dazu ausführlich vorne, Teil 3§ 11.V.A.4.

ihm Ziele, sie ist eine Richtlinie des staatlichen Prozesses im Ganzen und erfüllt damit eine legitimierende wie auch integrierende Funktion.[1193]

Der Grundgedanke der Gemeindeautonomie, wonach die eigenständige Aufgabenwahrnehmung im kleinen Raum der Gemeinde wichtige demokratische, rechtsstaatliche und wirtschaftliche Funktionen erfüllt und essentiell ist für die Freiheit der Menschen (s. vorne, Teil 1§ 3), rechtfertigt es, die in Art. 50 Abs. 1 BV verankerte kommunale Selbständigkeit als ein in die Zukunft hinein zu übernehmendes Postulat an die Gestaltung des Staates zu verstehen: Nämlich dies, dass wo immer möglich die Gemeinde selbständig und in eigener Verantwortung ihre Aufgaben erfüllen soll.[1194] Das zeitgemässe Element wie auch die integrale Verfassungsauslegung im Lichte der gesamten Bundesstaatsordnung, welche die Gemeinden als dritte Teilhaber des Bundesstaates mitumfasst, sprechen dafür, die Gemeindeautonomie als konstitutives Grundprinzip der Eidgenossenschaft zu verstehen. Dies stimmt mit dem Sinn und Zweck des Gemeindeartikels überein, die Gemeinden als dritte staatliche Ebene und als selbständige Träger von Staatsgewalt auszuweisen. Auch die Charta basiert auf dem Leitgedanken, dass das demokratische Europa demokratischer Gemeinden bedarf, die über eine weit gehende Selbständigkeit und die zur Erfüllung ihres Auftrags erforderlichen Mittel verfügen. Das völkerrechtskonforme Element spricht deshalb ebenfalls dafür, die Gemeindeautonomie als *konstitutives Verfassungsprinzip* zu begreifen. Die Präambel der Charta verdeutlicht dies, wenn sie selbständige Gemeinden als einen der *Grundpfeiler jeder demokratischen Staatsform* bezeichnet.

3. Zwischenfazit

Die Bundesverfassung verankert die Gemeindeautonomie als (objektiv-rechtliches) konstitutives Verfassungsprinzip, das eine subjektive Rechtsposition der Gemeinde beinhaltet, im Rahmen des kantonalen Rechts einen wesentlichen Teil der öffentlichen Angelegenheiten eigenverantwortlich zu gestalten. Die Gemeindeautonomie ist folglich nicht nur eine „Verfassungsgarantie prozessualer Natur“[1195]. Diese Bezeichnung täuscht darüber hinweg, dass sich der Gemeindeartikel nicht in einem Hinweis auf den bundesgerichtlichen Autonomieschutz erschöpft. Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Gemeindeautonomie und der Autonomiebeschwerde sind deshalb gemeinsam

[1193] Vgl. MÜLLER, Grundrechtstheorie, 4 f.

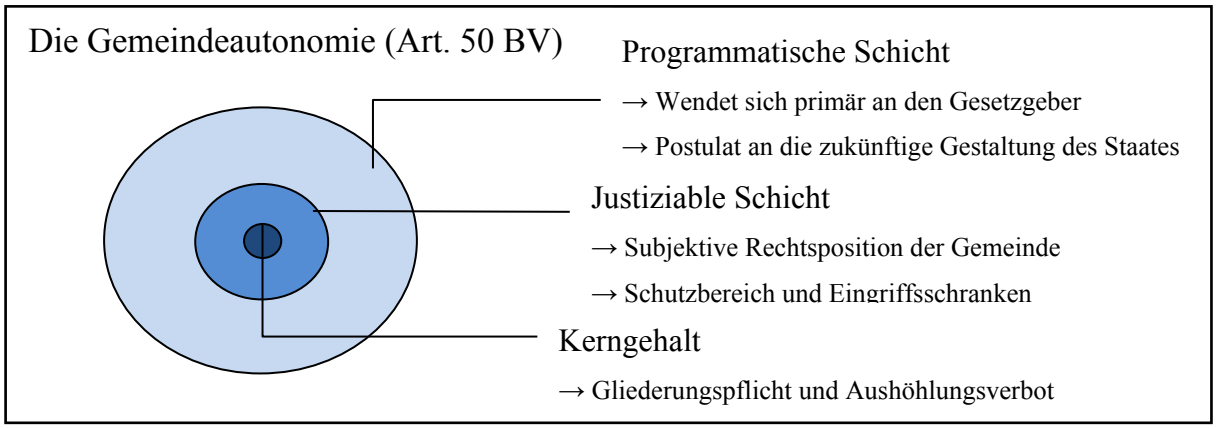
[1194] I.d.S. auch MATTER, Gemeinde, 37 u. 70.

[1195] So der Ausdruck bei KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar zu Art. 50 BV, Rz. 14, m.H. auf WALTER KÄLIN, ZBJV 2004, 649, der ausführt, die Gemeindeautonomie sei im Grunde genommen eine „Verfassungsgarantie prozeduraler Natur“.

zu lesen, weil sich in Art. 189 Abs. 1 lit. e BV eine *verfahrensrechtliche Kehrseite* des in Art. 50 Abs. 1 BV statuierten Verfassungsprinzips zeigt. Die Gemeindeautonomie sollte aber auch nicht als „institutionelle Garantie" bezeichnet werden. Die Rechtsfigur der institutionellen Garantie fokussiert aufgrund ihrer Prämissen darauf, eine Einrichtung „an sich" zu erhalten und täuscht tendenziell darüber hinweg, dass die Gemeindeautonomie in der Schweiz traditionell eine *subjektive Rechtsposition* der individuellen Gemeinde darstellt und (auch) als solche in die Bundesverfassung aufgenommen wurde. Der Begriff der institutionellen Garantie stiftet Verwirrung und birgt die Gefahr eines Fehlschlusses dahingehend, die Gemeindeautonomie werde durch die Bundesverfassung „nur institutionell, aber nicht individuell"[1196] garantiert. Der Rückgriff auf die Rechtsfigur der institutionellen Garantie ist sodann nicht notwendig, um einen Kerngehalt der verfassungsmässigen Autonomiegarantie zu begründen (s. hinten, IV).

E. Die Schichten der Gemeindeautonomie

Der skizzierte Doppelcharakter der Gemeindeautonomie mündet in drei verschiedene *Schichten der Gemeindeautonomie*:



Die in dieser Studie erarbeitete Neuinterpretation des Art. 50 Abs. 1 BV postuliert, zwischen drei Schichten der verfassungsmässigen Autonomiegarantie zu unterscheiden. Die *programmatische Schicht* des Art. 50 Abs. 1 BV resultiert aus der Anerkennung der Gemeindeautonomie als objektives Gestaltungsprinzip, als Essentiale der bundesstaatlichen Ordnung. Das Postulat, dass wo möglich die Gemeinde selbständig und eigenverantwortlich lokale Angelegenheiten besorgen soll, wendet sich vordringlich an den Gesetzgeber und nimmt diesen in die Pflicht (s. hinten, VI).

[1196] Vgl. zu dieser Problematik in der Bundesrepublik Deutschland statt vieler IPSEN, Selbstverwaltungsgarantie, 199 f.; MÖLLER, Selbstverwaltung, 155 ff.

Nur die beiden „inneren Schichten“ der Autonomiegarantie können von den Gerichten und anderen rechtsanwendenden Behörden direkt, ohne Dazwischentreten des Gesetzgebers, verwirklicht werden. Die *justiziable Schicht* schützt das Recht der Gemeinden, einen wesentlichen Teil der öffentlichen Angelegenheiten eigenverantwortlich zu gestalten, gegen unrechtmässige Beeinträchtigungen. Eingriffe in den Schutzbereich sind zulässig, falls sie die Eingriffsschranken beachten (s. hinten, V). Die Anerkennung der Gemeindeautonomie als konstitutives Gestaltungsprinzip führt zur Anerkennung eines absolut geltenden *Autonomiekerns* (s. hinten, IV). Diese drei Schichten dienen auf unterschiedliche Weise der Verwirklichung des Rechts der Gemeinden, einen wesentlichen Teil der öffentlichen Angelegenheiten eigenverantwortlich zu gestalten.

III. Art. 50 Abs. 1 BV, das kantonale Recht und die Charta

Die Gemeindeautonomie ist eine Verfassungsgarantie, deren Inhalt und Mass entsprechend der föderalistischen Vielfalt des Landes variiert. Weder Art. 50 BV noch die Europäische Charta der Gemeindeautonomie begründen eine Bundeskompetenz zur Regelung des Gemeindewesens. Der in Art. 50 Abs. 1 BV enthaltene Verweis auf das kantonale Recht ist als Ausgestaltungsauftrag an die Kantone zu verstehen, der Gemeindeautonomie „das Mass zu geben“. Er begründet aber gleichzeitig einen Zuständigkeitsvorbehalt: Der Kanton, nicht der Bund, bestimmt das Mass der kommunalen Selbständigkeit. Art. 50 Abs. 1 BV enthält zwei Grundsatzentscheide des Verfassungsgebers: „[…] c’est que, d’une part, l’autonomie communale soit garantie par le droit fédérale – principe numéro un –, et que, d’autre part, l’importance de cette autonomie communale soit définie par le droit cantonal – principe numero deux.“[1197]

Die Kantone können das Gemeinderecht und die innerkantonale Aufgabenverteilung eigenständig gestalten. Damit erhält die Gemeindeautonomie eine von Kanton zu Kanton unterschiedliche Prägung. Die Gemeindeautonomiecharta konkretisiert die Gemeindeautonomie durch zentrale „principles of local self-government“, d.h. durch spezifische *Grundsätze der Gemeindeautonomie*. Das völkerrechtskonforme Element postuliert eine harmonisierende Verfassungsauslegung: Die die Schweiz bindenden Chartabestimmungen sind als *Konkretisierungen der verfassungsrechtlichen Autonomiegarantie* anzuerkennen. Diese Forderung gerät auf den ersten Blick in einen Konflikt mit dem verfassungsrechtlichen Grundentscheid, wonach das kantonale Recht das Mass der Gemeindeautonomie bestimmt. Dieser Konflikt löst sich jedoch auf, weil die

[1197] Vgl. das Votum von Jean-François Leuba, AB N Verfassungsreform, 441.

harmonisierende Auslegung nichts daran ändert, dass die Kantone den rechtlichen Rahmen der Gemeindeautonomie bestimmen. Die meisten der Chartabestimmungen enthalten Gesetzesvorbehalte (vgl. insb. Art. 4 Abs. 2 und Art. 6 Abs. 1 Charta), die entsprechend der schweizerischen Bundesstaatsordnung auf den zuständigen kantonalen Gesetzgeber zu beziehen sind. Es führt also nicht zu einem Bruch mit der *Tradition der föderalistisch variablen Gemeindeautonomie*, wenn die drei *Schichten der Gemeindeautonomie im Lichte der Gemeindeautonomiecharta konkretisiert werden*. Nach wie vor bestimmt das kantonale Recht das Mass der Gemeindeautonomie, wie dies bereits die völkerrechtskonforme Definition zum Ausdruck bringt (s. vorne, II.B). Die harmonisierende Auslegung plädiert dafür zu anerkennen, dass Art. 50 Abs. 1 BV in Kombination mit der Charta einen *minimalen* Autonomiestandard gewährleistet. Dies beeinträchtigt nicht das Recht der Kantone zu bestimmen, in welchem Masse und in welchen Sachgebieten die Gemeinden Gestaltungsspielraum geniessen, und hat keine Nivellierung der Gemeindeautonomie zur Folge.[1198]

Sowohl der Kerngehalt, die justiziable Schicht wie auch die programmatische Schicht der Gemeindeautonomie erfahren dank der Charta eine wichtige Konkretisierung. Die Unterteilung in drei verschiedene Schichten verdeutlicht, dass die Gemeinden auch weiterhin nicht „zu politischen Inhalten an das Bundesgericht gelangen können“[1199], wie dies Nationalrat Ulrich Schlüer befürchtete. Diesbezüglich ist insbesondere die *Abgrenzung des justiziablen vom programmatischen Gehalt der Gemeindeautonomie von entscheidender Bedeutung*.

IV. Kerngehalt

A. Begründung

Wenn Art. 50 Abs. 1 BV die Gemeindeautonomie garantiert und gleichzeitig klarstellt, dass die Kantone die Grenzen der gemeindlichen Selbständigkeit bestimmen, setzt dies voraus, dass überhaupt selbständige Gemeinden existieren. Der Gemeindeartikel beinhaltet eine *Grundentscheidung zugunsten eines dreistufigen Staatsaufbaus mit Gemeinden*. Auch wenn die Materialien diesbezüglich nicht von einem eindeutigen Willen des Verfassungsgebers zeugen, spricht die Absicht einer Vielzahl eidgenössischer Parlamentarier, die Gemeindeautonomie in Art. 50 BV als *konstitutives Grundprinzip*

[1198] S. dazu vorne, Teil 2§ 6.V.

[1199] So die Befürchtung von Ulrich Schlüer, AB N 2004, 939.

der Eidgenossenschaft zu verankern,[1200] für die Anerkennung eines Kerngehalts. Auch die Fassung des dritten Verfassungstitels („Bund, Kantone und Gemeinden"), die dreigliedrige Bürgerrechtsordnung (Art. 37 f. BV) sowie der Sinn und Zweck des Gemeindeartikels, die Gemeinden als dritte bundesstaatliche Ebene auszuweisen, sprechen für ein solches Verständnis. Der in Art. 50 Abs. 1 BV enthaltene Verweis auf das kantonale Recht bedeutet nicht, dass die Gemeindeautonomie gänzlich zur Disposition des Kantons steht. Art. 50 BV beinhaltet einen Ausgestaltungsauftrag an die Kantone, das Gemeindewesen nach den jeweils eigenen Bedürfnissen auszugestalten und der Gemeindeautonomie „das Mass zu geben" (die Gemeindeorganisation zu regeln, die Gemeindeaufgaben festzulegen). Das völkerrechtskonforme Element bekräftigt diese Sicht: Eine Verfassungsgarantie, welche beliebig viele gemeindeautonomiefreie Zonen zuliesse, widerspräche der Forderung des Art. 2 Charta nach einer möglichst wirksamen verfassungsrechtlichen Anerkennung der Gemeindeautonomie. Es ist folglich ein *Kerngehalt* der verfassungsmässigen Autonomiegarantie zu bejahen. Dieser schränkt die Kantone in ihrer Organisationsautonomie (Art. 47 Abs. 2 BV) ein. Eine integrative Auslegung im Lichte der Einheit der Verfassung verbietet indessen, in dieser innersten Schicht des Art. 50 Abs. 1 BV mehr als ein *Bollwerk gegen extreme Zentralisierungen* zu sehen, die einer Abschaffung der Gemeindeautonomie gleichkämen.

B. Elemente

1. Existenz einer Gemeindeebene

Die herrschende Lehrmeinung, wonach die Kantone „theoretisch frei wären, auf ein unitäres System ohne Gemeinden zu wechseln"[1201], lässt sich als Folge des Wandels der Gemeindeautonomie zum Grundprinzip der Bundesverfassung nicht länger halten. Die verfassungsrechtliche Autonomiegarantie setzt voraus, dass in allen Kantonen Gemeinden bestehen, die selbständige Träger von Staatsgewalt sind und die Mitwirkung der Bürgerinnen an den Gemeindeangelegenheiten ermöglichen. *Die Gemeinden sind als örtliche demokratische Gebietskörperschaften die Grundlagen des demokratischen Staates*. Die von der Charta geforderte örtliche Demokratie wird nach der ausdrücklichen Erklärung der Schweiz durch die politischen Gemeinden sichergestellt. Die Autonomiegarantie bedeutet deshalb grundsätzlich eine Pflicht für die Kantone, ihr Gebiet in selbständige Gemeinden zu gliedern. Sie untersagt es den Kantonen frei-

[1200] I.d.S. insb. die Motionen Loretan, Züger und von Allmen; s. vorne, Teil 3§ 11.IV.C.

[1201] So die Formulierung von FETZ, Gemeindefusion, 244; i.d.S. statt vieler MARTENET, Autonomie Constitutionelle, 258 und 261; TÖNDURY, Bundesstaatliche Einheit, 235 m.H.

lich nicht, Gebietsreformen durchzuführen. Die Kerngehaltssperre greift erst in Extremfällen: Wenn eine Gebietsreform nur mehr eine regionale Demokratie übrig liesse, welche die besonderen Funktionen der Gemeindeautonomie nicht mehr erfüllen würde. Daraus resultiert keine schematische, für alle Kantone gleichermassen geltende Gliederungspflicht. *Grösse, Organisation, Aufgaben und Selbständigkeit der Gemeinden sind von Kanton zu Kanton unterschiedlich*. Das ist ebenso wie die Gemeindeautonomie ein Element des schweizerischen Föderalismus. Es liesse sich mit dem Kerngehalt sogar vereinbaren, wenn etwa in einem Stadtkanton wie Basel-Stadt oder im Kleinstkanton Appenzell-Innerrhoden nur noch eine Gemeinde bestünde, zumal eine örtliche Demokratie bestehen bliebe.[1202] In grösseren und topographisch anders gestalteten Kantonen käme ein solches Modell indessen einer Kerngehaltsverletzung gleich, weil in einem Teil des schweizerischen Staatsgebiets keine örtlichen demokratischen Gebietskörperschaften mehr vorhanden wären.

2. Mindestmass an Selbständigkeit

Die Autonomiegarantie verlangt, dass den Gemeinden ein Mindestmass an Gestaltungsspielraum zukommt. Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat zu Art. 28 Abs. 2 GG früh festgehalten, die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung dürfe nicht derart eingeschränkt werden, „dass sie innerlich ausgehöhlt wird, die Gelegenheit zu kraftvoller Betätigung verliert und nur noch ein Schattendasein führen kann“[1203]. Diese Umschreibung kann auf Art. 50 Abs. 1 BV übertragen werden, versinnbildlicht sie doch, dass der Kerngehalt keine bestimmten Sachzuständigkeiten der Gemeinden schützt. Der Kerngehalt kann nur ein *absolutes Minimum an Selbständigkeit erfassen*, das von den Grundgedanken der Gemeindeautonomie her zu bestimmen ist. Dazu gehört alles, was unerlässlich ist, damit die Gemeinden ihre demokratischen, rechtsstaatlichen und wirtschaftlichen Funktionen erfüllen können. Die Gemeinden müssen einen *insgesamt noch wesentlichen Teil der öffentlichen Angelegenheiten eigenverantwortlich gestalten* können. Sie müssen ihre örtlichen Entscheidungsorgane demokratisch bestellen und auf sich neu entwickelnde Aufgaben zugreifen können. Sodann darf ihre Selbständigkeit nicht aufgrund fehlender Finanzierungsmöglichkeiten zum leeren Recht verkommen (s. auch vorne, § 13.III).

[1202] So auch MARTENET, Fusion, 194 ff.; s. dazu auch vorne, Teil 3§ 13.III sowie hinten, Teil 4§ 19.
[1203] BVerfGE 1, 167 (175).

C. Bedeutung

Der Kerngehalt kann nur ein *Bollwerk gegen extreme Zentralisierungen* sein. Die Ansicht KÄGI-DIENERS, die Anerkennung eines bundesrechtlichen Autonomiekerns sei angesichts der kommunalen Fusionsbewegung wünschbar,[1204] täuscht darüber hinweg, dass dieser Autonomiekern erst bei Gebietsreformen relevant würde, die letztlich einer Abschaffung der Gemeindeautonomie in einem Kanton gleichkämen. Eine derartige Gefahr besteht derzeit nicht. Ein rechtsvergleichender Blick nach Deutschland zeigt denn auch, dass der Kerngehalt aller Voraussicht nach kaum praktische Bedeutung erlangen wird. Diese innerste Schicht des Art. 50 Abs. 1 BV kann nur ein absolutes Minimum an Gemeindeautonomie verteidigen, entfaltet aber im Gegensatz zu den beiden anderen Schichten der Gemeindeautonomie keine Wirkung, wenn es darum geht, den fortwährenden, „schleichenden" Abbau örtlicher Selbständigkeit durch Aufgabenzentralisierungen und Gebietsreformen zu verhindern oder auch nur zu erschweren. Bezeichnenderweise existiert in der Bundesrepublik Deutschland zum Kernbereichsschutz als absolute Grenze der gesetzgeberischen Ausgestaltung der kommunalen Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG) zwar eine reichhaltige Dogmatik, doch hat das Bundesverfassungsgericht in seiner langjährigen Praxis zu Art. 28 Abs. 2 GG noch nie eine Kernbereichsverletzung festgestellt. Das Bundesverfassungsgericht hat sogar selbst auf die Unzulänglichkeiten der Kernbereichslehre hingewiesen.[1205]

Die Bedeutung des Kerngehalts liegt damit vordringlich in seiner *symbolischen Funktion*: Er ruft in Erinnerung und schärft das Bewusstsein, dass die Kantone das grundlegende Verfassungsprinzip Gemeindeautonomie ausgestalten und die kommunale Selbständigkeit begrenzen, aber nicht abschaffen dürfen. Dies werden sie aller Voraussicht nach aus wohlverstandenem Eigeninteresse nicht tun. Gerade im Hinblick auf die kommunale Reform- und Einigungsbewegung kommt daher der Frage, an welche rechtlichen Schranken die Kantone bei Neugliederungsmassnahmen gebunden sind

[1204] Vgl. KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar zu Art. 50 BV, Rz. 8.

[1205] Vgl. MÖLLER, Selbstverwaltung, 143 m.H. In der berühmten „Rastede-Entscheidung" hat das BVerfG die Unzulänglichkeiten der eigenen Kernbereichslehre diagnostiziert: „Auch der Gedanke, Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG verbiete es, die gemeindliche Selbstverwaltung als solche – sei es durch ihre Aufhebung, sei es durch schleichende Aushöhlung – zu beseitigen […], greift erst, wenn sich positiv feststellen liesse, dass der den Gemeinden nach einem Aufgabenentzug verbleibende Aufgabenbestand einer Betätigung ihrer Selbstverwaltung keinen hinreichenden Raum mehr belässt. Dann aber wäre der Minimumstandard schon erreicht; er würde allenfalls verteidigt, aber nicht verhindert. Dies aber würde Ziel und Inhalt der Gewährleistung aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG nicht gerecht."; BVerfGE 79, 127 (148).

und welchen Kontrollmassstab die kontrollierenden Gerichte anzulegen haben, weit grössere Bedeutung zu (s. hinten, Teil 4§ 19).[1206]

V. Justiziable Schicht

A. Qualifikation als verfassungsmässiges Recht

Die Gemeindeautonomie ist ein *verfassungsmässiges Recht*: eine Verfassungsnorm, deren Gewicht so gross ist, dass sie nach dem Willen des demokratischen Verfassungsgebers verfassungsrichterlichen Schutzes bedarf. Der Begriff des verfassungsmässigen Rechts ist vorab prozessrechtlich ausgerichtet: Neben dem grundlegenden Charakter der Norm und dem Rechtsschutzbedürfnis ist die Justiziabilität der entscheidende Faktor.[1207] Die Gemeindeautonomie erfüllt alle diese Voraussetzungen.

Der Sinn und Zweck des Gemeindeartikels, auf die grosse Bedeutung selbständiger Gemeinden als demokratische Aufbauelemente des Bundesstaates hinzuweisen, wie auch deren gewichtige freiheits- und identitätsstiftende Wirkungen zeugen vom *grundlegenden Charakter der Gemeindeautonomie.* In Kombination mit der faktisch wie rechtlich überschiessenden Gestaltungsmacht von Kanton und Bund resultiert daraus ein erhebliches Rechtsschutzbedürfnis. Es ist unabdingbar, dass sich die Gemeinden gegen unrechtmässige Beeinträchtigungen ihres Rechts, einen wesentlichen Teil der öffentlichen Angelegenheiten eigenverantwortlich zu gestalten, zur Wehr setzen können. Dies ist im Rahmen *der justiziablen Schicht* der Gemeindeautonomie möglich: Es ist dies jener Normgehalt, der hinreichend bestimmt und klar ist, um mit den Mitteln richterlicher Rechtsfindung durchgesetzt werden zu können. Die justiziable Schicht der verfassungsrechtlichen Autonomiegarantie wird durch die *unmittelbar anwendbaren* Garantien der Charta konkretisiert (s. vorne, Teil 2§ 7.IV.E f.).

B. Träger

Die Gemeindeautonomie ist ein *Recht der Gemeinden*. Trägerin der Autonomiegarantie ist *die Gemeinde*, nicht die einzelne Gemeindeeinwohnerin oder der einzelne Gemeindebürger.[1208] Dies entspricht der vom Verfassungsgeber gewollten Anknüpfung

---

[1206] So auch MÖLLER, Selbstverwaltung, 156.

[1207] Vgl. KÄLIN, Beschwerde, 63 ff.; BIAGGINI, Basler Kommentar zu Art. 116 BGG, Rz. 7.

[1208] Der durch die Gemeindeautonomie vermittelte Schutzanspruch steht konkret der Bürgerschaft als Kern der örtlichen politischen Einheit zu. Die Gemeindeautonomie schützt weder einzelne Gemeindeorgane noch einzelne Gemeindemitglieder oder bestimmte Gruppen innerhalb der Ge-

an das gemeineidgenössische Autonomierecht. In Art. 189 Abs. 1 lit. e BV kommt zum Ausdruck, dass die Gemeindeautonomie eine Garantie zu Gunsten *öffentlich-rechtlicher Körperschaften* darstellt.[1209]

Nach der in dieser Studie vertretenen Sicht müssen auf dem gesamten Staatsgebiet politische Gemeinden bestehen. Diese können sich als einzige Gemeindeart auf die in der Charta enthaltenen Konkretisierungen der Gemeindeautonomie berufen. Dennoch sind auch die anderen in einem Kanton bestehenden Gemeindetypen und weitere öffentlich-rechtliche Körperschaften, denen nach kantonalem Recht ein vergleichbarer Bereich autonomer öffentlicher Gewalt zukommt,[1210] Träger der Autonomiegarantie. Die Konkretisierung des personellen Schutzbereichs der Gemeindeautonomie obliegt grundsätzlich dem Kanton. Sofern Gemeindeverbände oder andere körperschaftliche Formen der interkommunalen Zusammenarbeit Aufgaben aus dem autonomen Gestaltungsbereich wahrnehmen, partizipieren sie an der Rechtsstellung der Gemeinden und können sich ebenfalls auf die Autonomiegarantie berufen.[1211]

C. Verpflichtungsadressaten

Die Gemeindeautonomie ist als Grundprinzip der Bundesverfassung *bei allem staatlichen Handeln* zu beachten (vgl. Art. 5 Abs. 1 BV). Alle Organe und Behörden der Kantone und des Bundes, auch interkantonale Organe, öffentlich-rechtliche Anstalten und Stiftungen, gemischtwirtschaftliche Unternehmungen, Gemeindeverbände,[1212] ja grundsätzlich sogar andere Gemeinden und Private haben die Gemeindeautonomie zu beachten, falls sie eine öffentliche oder vom Staat übertragene Aufgabe wahrnehmen und auf das Selbständigkeitsrecht einer Gemeinde einwirken.

---

meinde; vgl. statt vieler BGE 105 Ia 47 E. 2, 48; 102 Ia 564, E. 1, 566; AUER, Verfassungsgerichtsbarkeit, 200; DILL, Gemeindeautonomie, 156 f.; PFISTERER, Gemeinden, 198 m.H.

1209 Diese Wendung wurde genau aus diesem Grund in die Bundesverfassung aufgenommen; vgl. die Diskussion in Prot. VK N Sub 2 vom 27. März 1997, 12 ff.

1210 Vgl. auch SEILER, Gemeinden, Rz. 41; HALLER, St. Galler Kommentar zu Art. 189 BV, Rz. 30; DILL, Gemeindeautonomie, 155. So hat das Bundesgericht beispielsweise vor kurzem die Legitimation einer schwyzerischen Genossame zur Autonomiebeschwerde bejaht; vgl. BGE 132 I E. 1.1, 69; s. dazu auch hinten, Teil 4§ 18.IV.C.2.

1211 I.d.S. die neuere bundesgerichtliche Praxis betreffend Gemeindeverbände, vgl. BGE 134 I 204 E. 2.2, 206; s. dazu auch hinten, Teil 4§ 18.IV.C.2.2.

1212 Dies gilt, soweit die Gemeindeverbände befugt sind, für die Mitgliedsgemeinden verbindliche Verfügungen zu treffen. Zu denken ist etwa an die Erteilung von Bewilligungen zur Benutzung von Verbandsanlagen. Falls der entsprechende Beschluss des Gemeindeverbands einer kantonalen Bewilligung bedarf, richtet sich die Gemeindeautonomie wiederum gegen den Kanton; vgl. DILL, Gemeindeautonomie, 159.

Die Anerkennung dieser *Rundumschutzwirkung* der verfassungsrechtlichen Autonomiegarantie ist im Lichte einer integralen Verfassungsauslegung geboten. Sie widerspricht *nicht* dem historischen Willen des Verfassungsgebers. Die Forderung nach der Bindung des Bundes an die Gemeindeautonomie wurde vom Verfassungsgeber nicht verworfen.[1213] Dass die Autonomiegarantie auch den Bund in die Pflicht nimmt, beeinträchtigt die kantonale Eigenständigkeit nicht und ändert nichts daran, dass der Bund keine Zuständigkeit zur Regelung des Gemeindewesens besitzt. Es zöge hingegen die Orientierungsfunktion der Verfassung und die freiheitsfördernde und machthemmende Wirkung der Gemeindeautonomie in Mitleidenschaft, wenn sich die Gemeinden nicht gegen Bundeseingriffe in ihren Autonomiebereich wehren könnten.[1214] Die Anerkennung eines Rundumschutzes entspricht auch Art. 2 Charta, der nicht zuletzt deshalb auf eine Garantie der Bundesverfassung abzielt, weil eine solche die Gemeinden vor unzulässigen Einwirkungen durch die Bundesbehörden zu schützen vermag.[1215]

D. Schutzbereich der Gemeindeautonomie

1. Kritik der Standardformel des Bundesgerichts

Die Gemeindeautonomie ist das in Art. 50 Abs. 1 BV begründete Recht der Gemeinden, im Rahmen des kantonalen Rechts einen wesentlichen Teil der öffentlichen Angelegenheiten eigenverantwortlich zu regeln und zu gestalten. Diese Beschreibung zeugt davon, dass die bundesgerichtliche Standardformel zur Gemeindeautonomie anpassungsbedürftig ist. Es entspricht zwar dem Willen des Verfassungsgebers,[1216] dass das Bundesgericht an das traditionelle gemeineidgenössische Autonomierecht anknüpft und die Gemeindeautonomie immer dann schützt, wenn das kantonale Recht einen „Sachbereich nicht abschliessend ordnet, sondern ihn ganz oder teilweise der Gemeinde zur Regelung überlässt und ihr dabei eine relativ erhebliche Entscheidungs-

---

[1213] S. dazu vorne, Teil 3§ 11.V.C.

[1214] Solche Beeinträchtigungen werden in der Praxis selten vorkommen, sind aber durchaus denkbar; s. dazu vorne, Teil 3§ 15.IV.

[1215] Vgl. SCHAFFARZIK, Handbuch, § 12 Rz. 2.

[1216] Wenn in den Verfassungskommissionen mehrfach auf die klaren Konturen des Begriffs der Gemeindeautonomie hingewiesen wurde, so musste damit nicht zuletzt dieses in jahrzehntealter Praxis gefestigte Konzept der tupfenweisen Autonomie gemeint sein; vgl. Prot. VK N Sub 3 vom 26./
27. März 1997, 1, 21 f.; Prot. VK N Sub 2 vom 27. März 1997, 11 f.; s. zur Entwicklung der bundesgerichtlichen Praxis unter Geltung der aBV vorne, Teil 1§ 2.VII.B.2.

freiheit einräumt“[1217]. In diesem Sinne umschreibt das Bundesgericht den geschützten Autonomiebereich bis heute.[1218] Wenn ein Autonomiebereich geschützt wird, in den nur unter gewissen Voraussetzungen eingegriffen werden darf (s. hinten, E), kann und sollte wie bei anderen verfassungsmässigen Rechten der gängige und einprägsame Begriff des *Schutzbereichs* Verwendung finden. Damit wird der Tatsache Rechnung getragen, dass die Gemeindeautonomie subjektive Rechtspositionen der Gemeinden schützt, die nichts anderes als einen Schutzbereich der Autonomiegarantie bilden. Die bundesgerichtliche Standardformel geht vor allen Dingen nach wie vor davon aus, dass der Kanton den Gemeinden Entscheidungsfreiheit einräumt. Die kommunale Selbständigkeit muss aber den Gemeinden nicht immer erst vom Kanton eingeräumt werden: Sie wird *durch die Bundesverfassung gewährleistet*. Die Rolle der Kantone ist es, das Mass und die Grenzen der gemeindlichen Selbständigkeit zu bestimmen.

Sodann ist nach bundesgerichtlicher Praxis eine notwendige Voraussetzung für den Autonomieschutz, dass die Gemeinde eine Zuständigkeit und *eine Entscheidungsbefugnis* („Entscheidungsfreiheit“) besitzt. Insbesondere das völkerrechtskonforme und das teleologische Element sprechen indessen für ein weiteres Verständnis der Gemeindeautonomie als *Gestaltungsspielraum*, der nicht nur die Sachzuständigkeiten, sondern auch die Mitwirkungsrechte der Gemeinden an den Verfahren im Kanton und Bund umfasst. Sodann lässt sich auch die Trennung von Bestandes- und Autonomiegarantie nicht aufrecht erhalten. Dies gilt es bei der Umschreibung der *einzelnen Elemente des Schutzbereichs* darzustellen. Im Anschluss an die Skizzierung dieser einzelnen Elemente wird eine neue, einprägsame Umschreibung des Schutzbereichs der Gemeindeautonomie vorgeschlagen (s. hinten, 4).

2. Elemente

2.1 Aufgaben

Grundlegung

Die Autonomiegarantie fordert, dass die Gemeinden einen *wesentlichen Teil der öffentlichen Angelegenheiten* eigenverantwortlich gestalten können.

[1217] So die auch in den Jahren vor und während der Verfassungsreform konstante bundesgerichtliche Rechtsprechung; vgl. etwa BGE 124 I 223 E. 2b, 226 m.H. auf BGE 122 I 279 E. 8b, 290 und BGE 119 Ia 285 E. 4b, 294; s. zur aktuellen Rechtsprechung vorne, Teil 1§ 4.IV.

[1218] BGE 136 I 265 E. 2.1, 269; 135 I 43 E. 1.2, 46 m.w.H.

Das erste Element des Schutzbereichs der Gemeindeautonomie sind demnach die *Gemeindeaufgaben*. Deren Mass ergibt sich aus dem kantonalen Recht: Dieses beantwortet die Frage, auf welchen Gebieten und in welchem Umfang die Gemeinde selbständig handelt. Die Aufgaben der Gemeinden dürfen sich gemäss dem *Prinzip der Allzuständigkeit* (Art. 4 Abs. 2 Charta) mit jeder öffentlichen Angelegenheit befassen, die nicht von ihrem Kompetenzbereich ausgeschlossen oder einer anderen Behörde übertragen ist. Dies setzt voraus, dass ihre lokalen Interessen berührt sind und die Aufgabenerfüllung durch die Gemeinde möglich und sinnvoll ist (worüber die Gemeinde selbst entscheidet).[1219] Die Gemeinden haben ein *Aufgabenzugriffsrecht*. Der Begriff der *Autonomieaufgaben* ist weit zu fassen: Gemeindeautonomie heisst *regeln und gestalten*. Nicht nur die kommunale Gesetzgebung, sondern auch der Vollzug des eigenen Gemeinderechts wie auch des übergeordneten Rechts von Bund und Kantonen fallen in den Schutzbereich der Gemeindeautonomie. Voraussetzung ist jedoch immer, dass den Gemeinden ein *Gestaltungsspielraum* zukommt.

Abgrenzung

Die entscheidende Frage bleibt jene nach der *Abgrenzung des autonomen vom nichtautonomen Aufgabenbereich der Gemeinden*. Nicht jede von der Gemeinde wahrgenommene Aufgabe fällt in den Schutzbereich der Autonomiegarantie. Die historische Perspektive zeigt, dass am Konzept der „tupfenweisen Autonomie“ anzuknüpfen ist. Es ist darauf abzustellen, ob der Gemeinde *im Rahmen des kantonalen Rechts ein relativ erheblicher Gestaltungsspielraum* zusteht. Die Standardformel des Bundesgerichts hat wie dargetan zur Prämisse, dass der Kanton der Gemeinde eine Entscheidungsbefugnis einräumt. Sie ist deshalb anzupassen:

> Eine Gemeinde ist in einem Sachbereich autonom, wenn das übergeordnete Recht diesen nicht abschliessend regelt und der Gemeinde einen relativ erheblichen Gestaltungsspielraum überlässt. Der geschützte Autonomiebereich kann sich auf die Befugnis zum Erlass oder Vollzug eigener Vorschriften beziehen oder einen entsprechenden Spielraum bei der Anwendung des kantonalen oder eidgenössischen

[1219] Dies entspricht der schweizerischen Tradition der Gemeindeautonomie; i.d.S. BGE 116 Ia 285 E. 3a, 287; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 15 Rz. 8; HANGARTNER, Gemeindeautonomie, 526; KÄGI-DIENER, Zweck und Aufgaben, 529; allerdings jeweils mit einer Beschränkung auf lokale öffentliche Aufgaben. M.E. darf die Gemeinde stets gestützt auf die ihr verfassungsrechtlich zustehende Autonomie handeln und gesetzgeberisch tätig werden, falls dies zum Wohle ihrer Einwohnerinnen erforderlich ist (Art. 3 Abs. 1 Charta) und sofern sie dabei nicht übergeordnetem kantonalem oder eidgenössischem Recht zuwiderhandelt.

> Rechts betreffen. Der Schutz der Gemeindeautonomie setzt Spielraum nicht in einem ganzen Aufgabengebiet, sondern lediglich im streitigen Bereich voraus.

Eine *geschützte Autonomieaufgabe* setzt stets voraus, dass der Gemeinde *bezüglich einer konkreten Problemstellung eine Zuständigkeit und ein Gestaltungsspielraum* zukommt. Die Gemeinde muss sich im Rahmen des Gesetzmässigkeitsgrundsatzes zwischen verschiedenen Lösungen für die ihr passende entscheiden können. Massgeblich ist dabei regelmässig eine von Einzelfrage zu Einzelfrage differenzierende Auslegung des kantonalen Rechts.[1220] Nur der *relativ erhebliche Gestaltungsspielraum* fällt in den Schutzbereich der Gemeindeautonomie. Dieser erfährt durch das teleologische Element eine Konkretisierung. Der Schutzbereich erfasst nur jene Gemeindeaufgaben, bei denen den Gemeinden ein sowohl *quantitativ als auch im Hinblick auf den Zweck der Gemeindeautonomie erheblicher Gestaltungsspielraum zusteht*. Der Gestaltungsspielraum muss wesentlich zur Erfüllung der verschiedenen Funktionen der Gemeindeautonomie beitragen und darf nicht primär anderen Zwecken dienen. Wenn die Gemeinde bloss als untere kantonale Behörde auftritt und ein ihren Organen zustehender Gestaltungsspielraum nicht Fragen betrifft, die für die demokratischen, rechtsstaatlichen und wirtschaftlichen Zwecke der Gemeindeautonomie bedeutsam sind, agiert die Gemeinde nicht in einem geschützten Autonomiebereich. Das Leitkriterium des erheblichen Gestaltungsspielraums ist wie folgt zu konkretisieren:

> Eine Gemeindeaufgabe fällt in den Schutzbereich der Gemeindeautonomie, wenn die Gemeinde für ihre Autonomie wesentliche Fragen beantworten kann, d.h. wenn ihr ein relativ zum Sinn und Zweck der verfassungsmässigen Autonomiegarantie erheblicher Gestaltungsspielraum zusteht. Ein geschützter Aufgabenbereich setzt somit voraus, dass die kommunale Gestaltung unter anderem mehr örtliche Demokratie sowie eine wirkungsvolle und bürgernahe Aufgabenerfüllung auf lokaler Ebene ermöglicht und nicht vordringlich anderen Zwecken dient.

Dieses Kriterium ist insbesondere von Bedeutung, wenn es zu beurteilen gilt, ob der Gemeinde beim *Vollzug* des übergeordneten Rechts ein erheblicher Gestaltungsspielraum zukommt. Wenn ein kantonales Gesetz unbestimmte Rechtsbegriffe enthält, die vordringlich einzelfallgerechte Lösungen ermöglichen sollen (beispielsweise betref-

[1220] Vgl. PFISTERER, Gemeindeautonomie, 17; DILL, Gemeindeautonomie, 62.

fend die Einstufung von Schülern in Sonder- oder Regelklassen),[1221] so ist das Leitkriterium des relativ erheblichen Gestaltungsspielraums nicht erfüllt.

2.2 Eigenverantwortlichkeit

Die Gemeindeautonomie schützt nicht nur die Gemeindeaufgaben, sondern auch die *eigenverantwortliche Art der Aufgabenerfüllung*. Der Gestaltungsspielraum der Gemeinden erstreckt sich demnach auch darauf, „welche Lösungen angestrebt werden und mit welcher Organisation, mit welchen Mitteln und in welchem Verfahren die Aufgaben zu erfüllen sind"[1222]. Auch dieses Element des Schutzbereichs besteht im Rahmen des übergeordneten Rechts. *Das kantonale Recht bestimmt das Mass auch dieses Elements des Schutzbereichs der Gemeindeautonomie*. Weil sich die Eigenverantwortlichkeit auf die Autonomieaufgaben bezieht, bleibt das dargelegte Kriterium des relativ erheblichen Gestaltungsspielraums relevant. Das völkerrechtskonforme Element ermöglicht, jene *Teilausschnitte gemeindlicher Eigenverantwortlichkeit* zu umschreiben, welche gemeinsam die Gemeindeautonomie als eigenverantwortliche Art und Weise der Aufgabenerfüllung begründen:

- Die Befugnis, das „Wie" der Aufgabenerledigung zu bestimmen;
- Die Befugnis, im Rahmen ihrer Zuständigkeiten eigenes Recht zu erlassen (Satzungsautonomie);
- Die Befugnis, im Rahmen des übergeordneten Rechts die räumliche und bauliche Entwicklung eigenverantwortlich zu gestalten;[1223]
- Die Befugnis, im gesetzlichen Rahmen die Gemeindeorganisation zur Bewältigung der eigenen Aufgaben selbst zu bestimmen;

[1221] Beispielhaft 2P.43/2003, E. 2.4 m.H. auf BGE 118 Ia 218 E. 3e; s. vorne, Teil 3§ 14.VIII.A.1. Es kann indessen nicht angehen, die Anerkennung einer geschützten Autonomieaufgabe primär davon abhängig zu machen, ob die Entscheidungszuständigkeit auf kommunaler Ebene den Stimmberechtigten zusteht. Die Gemeindeautonomie erfüllt auch wirtschaftliche und rechtsstaatliche Funktionen; vgl. jedoch SEILER, Gemeinden, Rz. 44 sowie BGE 2P.230/2005, E. 2.3.

[1222] HANGARTNER, Gemeindeautonomie, 526.

[1223] Die Gemeinden erlassen Baureglemente und Ortspläne, die mit der übergeordneten Planung (insb. mit dem RPG und der kantonalen Richtplanung) im Einklang stehen müssen; vgl. auch DILL, Gemeindeautonomie, 87 f.

- Die Befugnis, im gesetzlichen Rahmen eine eigenverantwortliche Ausgaben- und Finanzverwaltung zu führen sowie eigene Steuern (und Abgaben) zu erheben und deren Satz selbst festzulegen;[1224]
- Die Befugnis, mit anderen Gemeinden zusammenzuarbeiten und kommunalen Interessenverbänden beizutreten.[1225]

2.3 Mitwirkungsrechte

Die Gemeindeautonomie schützt nach traditioneller Sicht nur Sachzuständigkeiten, aber keine Antrags- und andere Mitwirkungsrechte bei Planungs- und Entscheidungsprozessen im Kanton und im Bund.[1226] Vordringlich das teleologische und das völkerrechtskonforme Element sprechen indes dafür, autonomierelevante *Mitwirkungsrechte der Gemeinden* als drittes Element des Schutzbereichs der Autonomiegarantie einzustufen. Die Definition der Gemeindeautonomie als Recht, einen wesentlichen Teil der öffentlichen Angelegenheiten eigenverantwortlich zu *gestalten*, lässt dieses weiter gefasste Verständnis zu. Die Charta gibt *einen Mindeststandard an Mitwirkungsautonomie* vor (Art. 4 Abs. 6, Art. 5 und Art. 9 Abs. 6), sie geht also davon aus, dass Mitwirkungsrechte autonomierelevant sind.[1227] Die Mitwirkungsrechte der Gemeinden sind daher wie die eigenverantwortliche Erfüllung der eigenen Aufgaben als *relativ zu den Zwecken der Gemeindeautonomie erheblicher Gestaltungsspielraum* zu begreifen. Dies entspricht dem teleologischen Element: Wenn die Gemeindeautonomie die Gemeinden als selbständige Demokratiezellen wirksam schützen soll, erfordert dies im modernen Bundesstaat einen präventiven Autonomieschutz.

Der Verlust inhaltlicher Selbständigkeit kann durch die Mitwirkung der Gemeinden an den Planungs- und Entscheidfindungsverfahren in Bund und Kantonen zumindest teilweise kompensiert werden. Von diesem dritten Element des Schutzbereichs der verfassungsrechtlichen Autonomiegarantie werden sowohl die Mindestgarantien der Charta als auch gesetzlich besonders geregelte Mitwirkungsrechte an kantonalen und eidgenössischen Planungs- und Entscheidfindungsprozessen im Kanton und im Bund

---

[1224] Die Eigenverantwortlichkeit betreffend Steuern besteht nur innerhalb eines recht engen bundes- und kantonalrechtlichen Rahmens; vgl. insb. Art. 134 BV, StHG sowie die kantonale Gemeinde- und Steuergesetzgebung; s. auch vorne, Teil 1§ 1.IV.F.

[1225] Die Eigenverantwortlichkeit schliesst das Recht zu interkommunaler Zusammenarbeit mit ein. Dazu gehört im Gegenzug auch das Recht, diese in Grenzen zu halten oder zu beendigen; vgl. PFISTERER, Gemeindeautonomie, 31; Art. 10 Charta; s. vorne, Teil 3§ 13.IV.C.2.2.

[1226] Vgl. zuletzt etwa BGE 135 I 43 E. 1.2, 45 f.; BGE 5C_2/2009, E. 3.3.

[1227] S. diesbezüglich vorne, Teil 2§ 5.III.D f. sowie Teil 2§ 7.IV.F.1.

erfasst. Dazu gehören beispielsweise das Recht der Gemeinden zur Mitwirkung an der kantonalen Richtplanung,[1228] besondere Initiativ- und Referendumsrechte[1229] und besondere Beschwerderechte zur Wahrnehmung kommunaler Interessen.[1230]

2.4 Bestand

Der Verfassungsgeber wollte an das gemeineidgenössische Autonomierecht anknüpfen. Das Bundesgericht hatte die Bestandesgarantie entsprechend der Systematik vieler Kantonsverfassungen stets als *besondere Garantie* zu Gunsten der Gemeinden behandelt, sie aber gleichzeitig als Grundlage und Voraussetzung der Autonomie bezeichnet, deshalb ebenfalls zur gemeineidgenössischen Garantie gemacht und in prozessualer Hinsicht gleich behandelt wie die allgemeine Autonomiegarantie.[1231] Alle anderen Auslegungselemente sprechen jedoch für ein breites Autonomieverständnis, welches den *individuellen Bestand der Gemeinde*, d.h. ihre politische Existenz und ihr Gebiet, *als viertes Element des Schutzbereichs der Gemeindeautonomie* anerkennt. Gemeindeautonomie bedeutet Gestaltungsspielraum. Dieser wird bei Eingriffen in die politische Existenz der Gemeinde aufgehoben (Zwangsfusionen) und bei Eingriffen in das geografische Gebiet (Grenzveränderungen) in räumlicher Hinsicht beeinträchtigt. Sollen die Gemeinden ihre Rolle als identitätsstiftende und freiheitsfördernde Demokratiezellen wahrnehmen können, muss ihnen eine planmässige Aufgabenerfüllung möglich sein. Dies setzt eine gewisse Existenzsicherheit voraus. Auch dass die Europäische Charta der Gemeindeautonomie den Gemeinden ein Konsultationsrecht bei „jeder Änderung kommunaler Gebietsgrenzen“ zuspricht, ist nur mit einem breiten, die Bestandesgarantie mitumfassenden Autonomieverständnis vereinbar.

Das kantonale Recht bestimmt *das Mass der Bestandesgarantie*. Wenn gesagt wird, der individuelle Bestand der Gemeinde sei ein Teilelement des Schutzbereichs der verfassungsmässigen Autonomiegarantie, bedeutet dies nicht, dass der Bestand einer jeden Gemeinde einer Einwirkung des kantonalen Gesetzgebers schlechthin entzogen ist. Die Bundesverfassung spricht den Gemeinden kein absolutes Recht zu, selbständig

---

[1228] Vgl. Art. 10 Abs. 2 RPG, der die Kantone zur Regelung der Mitwirkung der Gemeinden und anderer Träger raumwirksamer Aufgaben an der Richtplanung verpflichtet.

[1229] Vgl. z.B. Art. 12 u. 17 KV GR; Art. 33 Abs. 2 lit. b KV ZH; Art. 54 Abs. 4 Ziff. 3 KV NW.

[1230] Vgl. beispielsweise Art. 12 Abs. 1 lit. a NHG; Art. 34 Abs. 2 RPG; Art. 2 Abs. 3bis SVG; Art. 14 Abs. 1 lit. a FWG; Art. 57 USG; Art. 46 Abs. 3 WaG.

[1231] Vgl. BGE 119 Ia 214 E. 1, 216 f.; 104 Ia 381 E. 1, 387; 89 I 207 E. 1, 207; s. in diesem Zusammenhang vorne, Teil 3§ 11.V.D.

über ihre Weiterexistenz zu bestimmen. Die Kantone können auch dieses Teilelement des Schutzbereichs ausgestalten (s. hinten, Teil 4§ 19.IV).

3. Föderalistisch variabler Schutzbereich

Wenn diese Studie mit dem Begriff des Schutzbereichs operiert und diesen in vier verschiedene Elemente gliedert, darf dies nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich die Autonomiegarantie nach kantonalem Recht richtet. Zwar ist in Anwendung der Bundesverfassung (und chartakonform) zu umschreiben, was Gemeindeautonomie ist und welche Sachverhalte unter den Schutz dieser Verfassungsgarantie fallen, d.h. die Elemente des Schutzbereichs dieser Norm bilden. Im Unterschied zum Schutzbereich der Grundrechte *variiert jener der Gemeindeautonomie jedoch von Kanton zu Kanton*. Weil Art. 50 Abs. 1 BV auf das kantonale Recht und damit auf sämtliche auf kantonaler Ebene erlassene Rechtsnormen ungeachtet ihres Rangs in der Stufenordnung des Rechts (Verfassung, Gesetz, Verordnung) verweist, erfasst der Schutzbereich der Autonomiegarantie auch die Autonomiegarantien der Kantonsverfassungen und allfällige verfassungsrechtliche Aufgabenzuweisungen an die Gemeinden, soweit sie den Gemeinden direkt erheblichen Gestaltungsspielraum einräumen.[1232] Die kantonalen Autonomiegarantien behalten ihre Bedeutung und entfalten ihre Wirkung insbesondere dann, wenn sie einen eigenständigen Gehalt, eine eigene Tragweite beinhalten. Das Bundesgericht hat, wenn das kantonale Recht originell ist, Lehre und Rechtsprechung zur kantonalen Verfassungsnorm zu berücksichtigen.[1233]

4. Modifizierte Autonomieformel

Die skizzierten Elemente des Schutzbereichs der Gemeindeautonomie können zu einer modifizierten Autonomieformel zusammengefasst werden:

> Die Gemeindeautonomie ist das Recht der Gemeinde, im Rahmen des kantonalen Rechts einen wesentlichen Teil der öffentlichen Angelegenheiten in eigener Verantwortung zu regeln und zu gestalten. Der Schutzbereich dieses Rechts umfasst 1.) Die autonomen Gemeindeaufgaben; 2.) Die eigenverantwortliche Art der Aufgabenerfüllung; 3.) Die autonomierelevanten Mitwirkungsrechte; 4.) Den individuellen Bestand der Gemeinde (d.h. ihre politische Existenz und das geografische Gebiet der Gemeinde). Der Schutzbereich der Gemeindeautonomie erfasst den

[1232] Vgl. statt vieler Art. 115 Abs. 1 KV BE (Recht, ein Gemeindeparlament einzuführen); Art. 48 KV SO (Recht auf Zusammenarbeit); Art. 84 Abs. 1 KV ZH: Bestandesgarantie.

[1233] Dies muss selbst dann gelten, wenn eine Gemeinde einzig die Verletzung des Art. 50 Abs. 1 BV rügt. I.d.S. der Appell von PFISTERER, Gemeinden, 57, noch unter Geltung der aBV.

> gesamten Gestaltungsspielraum der Gemeinde, der relativ zum Sinn und Zweck der Gemeindeautonomie, unter anderem mehr örtliche Demokratie sowie eine wirkungsvolle und bürgernahe Aufgabenerfüllung auf lokaler Ebene zu ermöglichen, erheblich ist. Es ist Sache des kantonalen Rechts zu bestimmen, auf welchen Gebieten und in welchem Umfang den Gemeinden Autonomie zusteht.

Betreffend die Konkretisierungen der vier Elemente des Schutzbereichs, insbesondere zur Abgrenzung des selbständigen vom unselbständigen Aufgabenbereich der Gemeinde, sind die vorausgegangenen Ausführungen zu beachten.

E. Einschränkungen der Gemeindeautonomie

1. Was ist eine Einschränkung der Gemeindeautonomie?

Diese Studie systematisiert das bundesgerichtliche „Tummelfeld blosser Kasuistik“[1234] und entwickelt eine spezifische Schrankenordnung für Einschränkungen der Gemeindeautonomie. Der Begriff der Einschränkung bezeichnet eine Beeinträchtigung des Schutzbereichs der verfassungsrechtlichen Autonomiegarantie. Nicht jede Einschränkung stellt eine Autonomieverletzung dar: Es gibt zulässige und unrechtmässige Eingriffe in die Gemeindeautonomie. Zulässig sind nur jene Eingriffe, welche die Eingriffsvoraussetzungen (s. hinten, 3) beachten. Die Anerkennung einer Rundumschutzwirkung der Gemeindeautonomie spricht dafür, *sämtliches Handeln oder Unterlassen,*[1235] *das dem Staat zurechenbar ist und den Schutzbereich der Gemeindeautonomie beeinträchtigt*, als Eingriff in die verfassungsmässige Autonomiegarantie zu verstehen. Dies entspricht der bundesgerichtlichen Praxis, die unter der Prämisse steht, dass die Gemeindeautonomie sowohl durch Rechtsanwendungsakte als auch durch Rechtsetzungs- und Planungsakte verletzt werden kann.[1236] Als Folge der Bindung des Bundes an die Gemeindeautonomie entfällt die Beschränkung auf kantonale Hoheitsakte. Die Gemeindeautonomie kann grundsätzlich sowohl durch normative Akte des Staates (Gesetze und Verordnungen, Pläne, Verfügungen, Gerichtsentscheide) als auch durch dessen faktisches Handeln (Realakte) erfolgen. Es sind auch indi-

---

[1234] So die Charakterisierung von FAGAGNINI, Kanton und Gemeinden, 31.

[1235] Die Gemeindeautonomie kann auch durch staatliche Untätigkeit verletzt werden, so z.B. dann, wenn eine Gemeinde bei einem Planungsprozess, der sie direkt betrifft, nicht rechtzeitig und in geeigneter Weise konsultiert wird; vgl. Art. 4 Abs. 6 Charta.

[1236] Vgl. BGE 135 I 302 E. 1.2, 304 f.; 133 I 128 E. 3.3, 131; 129 I 290 E. 2.3, 295 m.H.; ausführlich DILL, Gemeindeautonomie, 158 ff.

rekte Beeinträchtigungen denkbar, d.h. wenn ein staatliches Handeln nur mittelbar, durch seine Auswirkungen, in ein Element des Schutzbereichs eingreift.[1237]

2. Die Bedeutung der Schrankenordnung

Die Gemeindeautonomie ist nur im Rahmen einer Gesamtordnung sinnvoll.[1238] In einer Verfassung, welche die Freiheit und Würde der Menschen in grösstmöglichem Masse sicherstellen will,[1239] ist sie ein Prinzip unter vielen, das seine Sinnhaftigkeit nur in Verbindung mit anderen Verfassungsprinzipien gewinnt. So muss der Kanton im Rahmen seiner Aufsicht den Schattenseiten der Gemeindeautonomie begegnen und insbesondere die Grundrechte der Menschen gegen Verletzungen durch die Gemeinden durchsetzen können. Die Gemeinden sind als Teile des Staates zu rechtsstaatlichem Handeln verpflichtet (Art. 5 BV).[1240] Der Bund und die Kantone müssen die übergeordneten öffentlichen Interessen wahrnehmen. So *muss* der kantonale Gesetzgeber eine Staatsaufgabe an sich ziehen und dadurch den Schutzbereich der Gemeindeautonomie einschränken können, wenn die Gemeinden eine Aufgabe nicht mehr sachgerecht wahrzunehmen vermögen. Der Schutzbereich der Gemeindeautonomie ist also nicht unantastbar, sondern notwendigerweise den Einwirkungen des Gesetzgebers und der rechtsanwendenden Behörden ausgesetzt. Der Umgang mit den kleinsten staatlichen Einheiten hat jedoch ausschliesslich in rechtlich vermittelter, rechtlich begrenzter und rechtlich überprüfbarer Gestalt zu geschehen. Der Schutzbereich der Gemeindeautonomie ermöglicht im Zusammenspiel mit der nachfolgend skizzierten *Schrankenordnung*, einen Massstab des Ausgleichs zwischen der lokalen Eigenständigkeit und der notwendigen Einheitlichkeit zu finden.

3. Eingriffsschranken

3.1 Legalitätsprinzip

Die Gemeindeautonomie ist das Recht der Gemeinde, *im Rahmen des kantonalen Rechts* einen wesentlichen Teil der öffentlichen Aufgaben eigenverantwortlich zu re-

[1237] So kann der individuelle Bestand der Gemeinde m.E. auch dadurch beeinträchtigt werden, dass ein staatlicher Hoheitsakt derart grosse finanzielle Belastungen nach sich zieht, dass dies letztlich die Existenz der Gemeinde in Gefahr bringt; vgl. dazu AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit Constitutionnel I, Rz. 302.

[1238] Vgl. dazu auch PFISTERER, Gemeindeautonomie, 16 f.

[1239] Vgl. MÜLLER, Grundrechte, Rz. 44.

[1240] I.d.S. auch PFISTERER, Gemeindeautonomie, 16. Zu den verschiedenen Gefahren der Gemeindeautonomie s. vorne, Teil 1§ 3.VI.

geln und zu gestalten. Dies Begriffsumschreibung verdeutlicht, dass *das Recht* die Schranken der Gemeindeautonomie bestimmt. Die erste und in der Praxis zentrale Voraussetzung eines zulässigen Gemeindeautonomieeingriffs ist die *Beachtung des Legalitätsprinzips* (Art. 5 Abs. 1 BV). Staatliches Handeln, das den Schutzbereich der Gemeindeautonomie beeinträchtigt, muss auf einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage beruhen[1241] und ist nur zulässig, wenn es sich innerhalb der rechtlich vorgegebenen Schranken bewegt, was voraussetzt, dass es *insgesamt verfassungsgemäss ist*.[1242] Der kantonale Gesetzgeber darf also den Rahmen der Gemeindeautonomie enger ziehen, hat dabei jedoch die ihm durch das übergeordnete Recht gesetzten Schranken zu respektieren.[1243] Die Aufsichtsbehörden haben ihrerseits durchzusetzen, dass die Gemeinden ihre Pflichten nicht verletzen und ihren Gemeinwohlauftrag erfüllen, müssen sich im Umgang mit den Gemeinden aber an das geltende Recht halten.[1244] Zur Eingriffsschranke des Legalitätsprinzips gehört auch, dass Beeinträchtigungen des Schutzbereichs der verfassungsmässigen Autonomiegarantie nicht gegen andere verfassungsmässige Rechte der Gemeinden verstossen dürfen.[1245]

3.2 Öffentliches Interesse

Eingriffe in den Schutzbereich der verfassungsrechtlichen Autonomiegarantie sind nur zulässig, wenn sie im *öffentlichen Interesse* erfolgen. Diese allgemeine Voraussetzung

---

1241 Bestimmt der Kanton die Schranken der kommunalen Selbständigkeit, so hat er dies zumindest auf der Grundlage einer kompetenzgemäss erlassenen Verordnung zu tun. Sodann obliegt es der Verfassung und dem formellen Gesetz, die *Grundlagen* des kantonal − kommunalen Verhältnisses zu regeln; s. vorne, Teil 3§ 12.VI.A.1.2

1242 Dies ist das grundlegende Prinzip des *Rule of Law*; vgl. COTTIER, Gesetzliche Grundlage, 2; HANGARTNER, Staatsrecht I, 196; vgl. i.d.S. für die Bundesrepublik Deutschland und ebenfalls mit Hinweis auf das Rechtsstaatsprinzip STERN, Staatsrecht I, §§ 12 II 4.d/8.a m.H.; KNEMEYER/WEHR, Selbstverwaltung, 343.

1243 Darunter fallen auch die besonderen justiziablen Autonomiegarantien der kantonalen Verfassungen (vgl. z.B. § 106 Abs. 2 KV AG) und jene verfassungsmässigen Rechte, die allgemeine Geltung beanspruchen und ihrem Wesen nach auch auf die Gemeinden anwendbar sind; s. dazu Teil 3§ 12.VI.B.3. Nach der hier vertretenen Auffassung verstösst auch ein kantonales Gesetz, das die Gemeindeautonomie enger fasst als bisher und im Widerspruch mit einem Freiheitsrecht der Bundesverfassung steht (weil z.B. ein mit der Wirtschaftsfreiheit nicht vereinbares kantonales Monopol geschaffen wird), gegen die Gemeindeautonomie. Das Bundesgericht lässt aber eine solche Rüge bis anhin nicht zu; vgl. BGE 133 I 128 E. 6.2, 136.

1244 Diese Eingriffsschranke umfasst viele der klassischen Tatbestände der Autonomieverletzung; s. dazu vorne, Teil 3§ 12.VI.A.1.4.

1245 Im Vordergrund stehen in der Praxis die Rechtsgleichheit (Art. 8 BV), das Willkürverbot und der Anspruch auf Behandlung nach Treu und Glauben (Art. 9 BV) sowie das rechtliche Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV). Auf das Erfordernis des engen Zusammenhangs zu einer behaupteten Autonomieverletzung ist zu verzichten; s. vorne, Teil 3§ 12.VI.A.1.4 sowie Teil 3§ 12.VI.B.3.

rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 Abs. 2 BV) beansprucht auch im Verhältnis zwischen den staatlichen Ebenen Geltung. So muss der Kanton im Verhältnis zu den Gemeinden die übergeordneten öffentlichen Interessen wahrnehmen und durchsetzen können, dass sich die Gemeinden im Umgang mit ihren Einwohnerinnen an die rechtsstaatlichen Grundsätze und die Grundrechte halten.[1246] Das öffentliche Interesse wird in allgemeinster Weise im Zweckartikel der Bundesverfassung umschrieben (Art. 2 BV). Im Bundesstaat kommt dem *kantonalen Verfassungs- und Gesetzgeber* diesbezüglich freilich ein erheblicher Bewertungs-, Prognose- und Gestaltungsspielraum zu. Das Eingriffskriterium des öffentlichen Interesses ermöglicht den Gemeinden, sich zur Wehr zu setzen, falls zur Durchsetzung von Einzel- oder Sonderinteressen in ihren Gestaltungsspielraum eingegriffen wird.

3.3 Verhältnismässigkeit

Das Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 BV) bildet die dritte Schranke für Eingriffe in die Gemeindeautonomie. Jedes dem Staat zurechenbare Handeln, das den Schutzbereich der Gemeindeautonomie beeinträchtigt, muss drei Teilanforderungen genügen. Es muss *geeignet* sein, den im öffentlichen Interesse liegenden Zweck zu erfüllen; es muss *erforderlich* sein, d.h. es darf in sachlicher, örtlicher, persönlicher und zeitlicher Hinsicht nicht weiter gehen als nötig, um das verfolgte öffentliche Interesse zu verwirklichen (Kriterium des mildesten wirksamen Mittels); und es muss *angemessen* sein, d.h. die dem Staat zurechenbare Massnahme darf nicht in einem Missverhältnis zum verfolgten Zweck oder zu anderen zu beachtenden Interessen stehen.[1247]

Dies verlangt eine *Interessenabwägung*. Die Gemeindeautonomie verdient immer dann Schutz, wenn jene Anliegen, die ihre Sinnhaftigkeit für den Menschen und ihre Funktion im demokratischen System ausmachen, schwerer ins Gewicht fallen als das durch das staatlichen Handeln angestrebte öffentliche Interesse.[1248] Das Verhältnismässigkeitsprinzip gilt als allgemeine Eingriffsschranke sowohl für individuell-konkrete Akte (wie etwa Aufsichtsmassnahmen) als auch für Erlasse und Pläne der recht-

[1246] Vgl. PFISTERER, Gemeindeautonomie, 16; zum Erfordernis des öffentlichen Interesses statt vieler HANGARTNER, St. Galler Kommentar zu Art. 5 BV, Rz. 30 ff.

[1247] Zum Grundsatz der Verhältnismässigkeit allgemein BIAGGINI, Kommentar zu Art. 5 BV, Rz. 21; HANGARTNER, St. Galler Kommentar zu Art. 5 BV, Rz. 36 f. Art. 5 Abs. 2 BV ist ein justiziabler Verfassungsgrundsatz, der auch vom Gesetzgeber zu beachten ist; vgl. Botschaft nBV, 133 f.; AB S Verfassungsreform, 28 f.; s. schon vorne, Teil 3§ 12.VI.A.3.

[1248] I.d.S. PFISTERER, Gemeindeautonomie, 17, der für den Ausgleich zwischen lokalen und übergeordneten Interessen jedoch nicht das Verhältnismässigkeitsprinzip fruchtbar macht.

setzenden Behörden, welche den Gestaltungsspielraum der Gemeinden in generell-abstrakter Weise enger ziehen als bisher. Das Verhältnismässigkeitsprinzip bindet auch den kantonalen Verfassungs- und Gesetzgeber. Dieser bestimmt zwar *das Mass der Gemeindeautonomie,* doch auch seine Handlungen müssen geeignet, erforderlich und angemessen sein. Freilich steht dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber bezüglich Zielvorstellungen, Bewertungen und Prognosen ein erheblicher Gestaltungsspielraum zu, den die Gerichte zu beachten haben (s. hinten, Teil 4§ 18.IV.E). Das Verhältnismässigkeitsprinzip ist indessen eine Absage an gesetzgeberische Beliebigkeit und bürdet dem Gesetzgeber eine *Argumentationslast* auf:[1249] Es ist ihm verwehrt, ohne genaue Prüfung der Rückwirkungen auf die Funktionen der Gemeindeautonomie in den Schutzbereich der Autonomiegarantie einzugreifen.

3.4 Kerngehalt

Der Kerngehalt wurde als innerste Schicht der Autonomiegarantie beschrieben, die ein signalkräftiges Bollwerk gegen extreme Zentralisierungen bildet. Dies schafft gleichzeitig eine *letzte, unter keinen Umständen übersteigbare Eingriffsschranke*. So darf der kantonale Gesetzgeber die Gemeindeautonomie unter Beachtung der dargelegten Eingriffsvoraussetzungen nach den besonderen kantonalen Bedürfnissen *ausgestalten*, doch er darf sie nicht abschaffen. Zum Kerngehalt gehört indessen nur, was absolut unerlässlich ist, damit die Gemeindeautonomie ihre vielfältigen Funktionen erfüllen kann. So verstiesse beispielsweise eine kantonale Verfassungsrevision, die den Gemeinden das Aufgabenzugriffsrecht[1250] entzöge, gegen den Kerngehalt der Autonomiegarantie (für weitere Beispiele s. vorne, IV).

4. Föderalistisch variable Eingriffsschranken

Die dargelegte Schrankenordnung soll der Praxis dienen, indem sie das „besondere Frageschema“[1251] bei Autonomiebeschwerden, das in Bezug auf den Prüfungspunkt der Autonomieverletzung letztlich nichts anderes als eine Fallsammlung darstellt,[1252] systematisiert und vereinfacht. Vor einem allzu schematischen Durchprüfen der dargelegten Kriterien sei jedoch gewarnt. Es gilt zu beachten, dass vordringlich das Legalitätsprinzip als Eingriffsschranke in aller Regel voraussetzt, dass *in jedem Einzelfall*

[1249] So auch IPSEN, Selbstverwaltungsgarantie, 209.
[1250] S. vorne, Teil 3§ 13.III; vgl. auch Art. 4 Abs. 2 Charta.
[1251] So der von TSCHANNEN, Staatsrecht, § 17 Rz. 23, verwendete Ausdruck.
[1252] S. dazu im Einzelnen vorne, Teil 3§ 12.VI.A.1.4.

das kantonale Recht und dessen Besonderheiten berücksichtigt werden. Die verfassungsrechtlichen Grundsätze über die Rechtsstellung der Gemeinden etwa sind von Kanton zu Kanton verschieden; sofern es sich um justiziable Normen handelt, kann sich die Gemeinde auf deren Einhaltung berufen.[1253] Zu beachten ist überdies, dass es den Kantonen freisteht, den programmatischen Gehalt der verfassungsrechtlichen Autonomiegarantie zu normativ bestimmten, justiziablen Autonomiepositionen zu verdichten. Sodann darf nicht vergessen gehen, dass dem kantonalen Verfassungs- und Gesetzgeber sowohl betreffend das öffentliche Interesse als auch die Beurteilung der Verhältnismässigkeit ein *erheblicher Bewertungs- und Beurteilungsspielraum* zukommt. Letztlich bildet nur der Kerngehalt der Autonomiegarantie eine schweizweit einheitliche Eingriffsschranke; ansonsten sind diese – wie bereits für den Schutzbereich festgestellt – *föderalistisch variabel*. Die in dieser Studie vertretene dualistische Konzeption mit Schutzbereich und Schrankenordnung führt also keinesfalls zu einer Vereinheitlichung des Umfangs der Gemeindeautonomie, wie dies KÄLIN für den Fall einer analogen Anwendung des Art. 36 BV befürchtet.[1254]

F. Bedeutung

Die justiziable Schicht zeugt von der Wichtigkeit der Gemeindeautonomie als *Essentialie der bundesstaatlichen Ordnung*. Das Bundesgericht anerkannte schon vor Jahrzehnten die Bedeutung der Gemeinde als Grundeinheit des demokratischen Staates und das ausgeprägte Bedürfnis, ihre selbständige Rechtsstellung subjektiv-rechtlich abzusichern.[1255] Wohl betont diese Studie, dass echte gemeindliche Selbständigkeit nur zum geringsten Teil in den Händen der Gerichte liegen kann. Dennoch ist die justiziable Schicht der Autonomiegarantie von essentieller Bedeutung: Sie begründet ein unverzichtbares Korrigendum zur (notwendigen) Überordnung von Kantonen und Bund und sorgt dafür, dass das Primat des Rechts auch im Verhältnis zwischen den einzelnen Staatsebenen beachtet und, im Falle von Autonomieverletzungen, auf richterlichen Befehl hin auch durchgesetzt wird. Die justiziable Schicht der Autonomiegarantie gewährleistet erst, dass die Gemeinden als selbständige Körperschaften von Bund und Kanton ernst genommen werden. Sie garantiert den Gemeinden, dass sie im

[1253] Zu beachten ist, dass ähnliche Verfassungstexte als Folge unterschiedlicher Intentionen des kantonalen Verfassungsgebers unterschiedlich ausgelegt werden können.

[1254] Vgl. WALTER KÄLIN, in: ZBJV 2004, 649 f. Diese Studie leitet die Eingriffsschranken der Gemeindeautonomie aus Art. 5 BV ab, nicht aus Art. 36 BV. Auch die analoge Anwendung des Art. 36 BV würde indes nicht zu einer Vereinheitlichung der Gemeindeautonomie führen.

[1255] Vgl. dazu AUER, Verfassungsgerichtsbarkeit, 197 f.; PFISTERER, Gemeinden, 110 f.

Rahmen ihrer geschützten Autonomie eine eigenständige Politik betreiben können, auch wenn diese den Nachbargemeinden, dem Kanton oder dem Bund nicht immer genehm ist.[1256] Erst das Wissen darum, dass die Gemeinde ihr Selbständigkeitsrecht notfalls gerichtlich durchsetzen kann (s. hinten, § 18), verschafft dem *Verfassungsprinzip Gemeindeautonomie* jenes Mindestmass an Achtung, das für die Entfaltung der für die Demokratie allgemein wie auch für die Freiheit der einzelnen Menschen wichtigen Funktionen der Gemeindeautonomie unabdingbar ist.

VI. Programmatische Schicht

A. Gehalt

Art. 50 Abs. 1 BV gewährleistet ein *Grundprinzip des Bundesstaats*, dem neben einer justiziablen Schicht auch ein programmatischer Gehalt zukommt. Die Gemeinden sollen Keimzellen der Demokratie sein, deren Einwohnerinnen die örtlichen Angelegenheiten frei und eigenverantwortlich besorgen und die für die direkte Demokratie unabdingbare politische Diskussion regelmässig praktizieren. Die Demokratie ist auf qualifizierte Demokraten angewiesen – das gilt für die Stimmbürger wie auch für die Mandatsträgerinnen. Damit die Gemeinden ihre Funktion als „eine treffliche Vorschule zur Bildung von Repräsentanten und Staatsleuten“[1257] und ihre weiteren, nicht minder wichtigen Funktionen erfüllen können, müssen sie einen möglichst wesentlichen Teil der öffentlichen Angelegenheiten eigenverantwortlich gestalten können.

Die Gemeindeautonomie verpflichtet Bund und Kantone zu *gemeindefreundlichem Verhalten*. Sie beinhaltet ein Postulat an die zukünftige Gestaltung des Staates und streitet gemeinsam mit dem Subsidiaritätsprinzip (Art. 5a BV) dafür, den Gemeinden als den bürgernächsten staatlichen Gebietskörperschaften *möglichst erhebliche Gesetzgebungs-, Vollzugs- und Mitwirkungsautonomie zu gewähren*. Konkret führt dieses Zusammenwirken zwischen Gemeindeautonomie und Subsidiaritätsprinzip zur Forderung, dass im Verhältnis zwischen Kanton und Gemeinden die folgenden *Richtpunkte* massgebend sein müssen:[1258]

[1256] Vgl. i.d.S. auch PFISTERER, Gemeinden, 2.

[1257] LUDWIG SNELL, zit. nach: KÖLZ, Verfassungsgeschichte I, 255. Dieser grundlegende Gedanke bewog bereits die Vordenker der liberalen Bewegung im 19. Jahrhundert zur Aufnahme der Gemeindeautonomie in die regenerierten Kantonsverfassungen; s. vorne, Teil 1§ 2.IV.

[1258] I.d.S. auch RICHLI, Subsidiaritätsprinzip, 68; SALADIN, Bund und Kantone, 559 f.; SCHWEIZER/MÜLLER, St. Galler Kommentar zu Art. 5a BV, Rz. 18 und 22.

1. Kompetenzen werden der unteren staatliche Ebene zugewiesen, wo eine einheitliche Regelung nicht zwingend ist.
2. Kompetenzen werden nach Möglichkeit konkurrierend ausgestaltet und auf das Wesentliche beschränkt.
3. Bei Regelung auf höherer Ebene wird der Vollzug grundsätzlich unter Einräumung von Gestaltungsspielräumen der unteren Ebene überlassen.
4. Die unteren Ebenen sind an der Rechtsetzung der oberen Ebene beteiligt.

B. Verdichtung durch die Charta

Der programmatische Gehalt erfährt durch die Gemeindeautonomiecharta eine wichtige Verdichtung. Konkret kann jener Gehalt der Charta, der als nicht unmittelbar anwendbar qualifiziert wurde (s. vorne, Teil 2§ 7.IV), der programmatischen Schicht der Gemeindeautonomie hinzugerechnet werden.

Die Gemeinden sollen einen *wesentlichen Teil* der öffentlichen Aufgaben eigenverantwortlich erfüllen (Art. 3 Abs. 1 Charta). Die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben obliegt vorzugsweise ihnen als der bürgernächsten staatlichen Ebene (Art. 4 Abs. 3). Werden den Gemeinden Aufgaben übertragen, so muss es ihnen *so weit wie möglich* freigestellt werden, deren Ausübung den örtlichen Gelegenheiten anzupassen (Art. 4 Abs. 5 Charta). Dies ruft den gestaltenden Gesetzgeber dazu auf, sich – wenn er die Gemeinden zur Aufgabenerfüllung heranzieht – nicht einzig auf die möglichst perfekte Erfüllung der jeweiligen Aufgabe zu konzentrieren und diese mit umfassenden Vollzugsvorschriften abzusichern, sondern „die rechtsstaatlichen und demokratischen Aspekte, die Eigenheiten, die Leistungsfähigkeit, den Milizcharakter usw. der Gemeinden angemessen zu berücksichtigen“[1259]. Denn „in der Möglichkeit, den Vollzug von übertragenen Aufgaben selbständig zu gestalten, liegt die wesentliche Motivation, dass sich die Gemeinden überhaupt noch auf den Standpunkt stellen: «Wir sind selber jemand, wir wollen die Gestaltung des Gemeindelebens selber in die Hand nehmen, soweit dies möglich ist»“[1260]. Der kantonale Gesetzgeber hat sodann darauf zu achten, dass die Gemeinden über ausreichend eigene und im Verhältnis zu ihren Kompetenzen insgesamt angemessene Finanzmittel verfügen (Art. 9 Charta).

[1259] PFISTERER, Gemeindeautonomie, 29 f.

[1260] So der frühere Präsident des Schweizerischen Gemeindeverbands ULRICH ISCH, in: Schweizer Gemeinde 6/2008, 11.

C. Wirkungsweise

Die programmatische Autonomieschicht ist ebenso verbindlich wie die justiziable Schicht, überlässt aber dem Gesetzgeber erhebliche gestalterische Freiheit. Die programmatische Schicht ist normativ nicht hinreichend bestimmt und klar, um von den Gerichten und anderen rechtsanwendenden Behörden unmittelbar, ohne Dazwischentreten des zuständigen Gesetzgebers, angewendet zu werden. Dies ändert jedoch nichts daran, dass auch diese Dimension der verfassungsrechtlichen Autonomiegarantie den angesprochenen Gesetzgeber (Kanton und Bund) *in die Pflicht nimmt*. Das Streben nach autonomiefreundlichen Lösungen ist ein bindender Verfassungsauftrag.

Der *kantonale Gesetzgeber* steht zufolge der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung in der *Hauptverantwortung*: Er hat dafür zu sorgen, dass in seinem Gebiet leistungsfähige Gemeinden bestehen, die zur Erfüllung eines wesentlichen Teils der öffentlichen Angelegenheiten tatsächlich in der Lage sind. Die Kantone haben ihre Gemeinden so zu organisieren, dass sie Bund und Kantonen echte Partnerinnen sind und ihre bundesstaatlichen Aufgaben erfüllen können.[1261] Auch der Bund hat im Rahmen seiner Zuständigkeiten darauf zu achten, dass er den Gemeinden möglichst wesentlichen Gestaltungsspielraum überlässt. Diese Forderung ist im Kontext der in Art. 50 Abs. 2 und 3 BV verankerten Rücksichtnahmepflichten zu sehen (s. hinten, Teil 4§ 20.IV).

Die programmatische Schicht spricht auch die rechtsanwendenden Behörden an, weil diese zufolge des Gebots *verfassungskonformer Auslegung* dem von der Gemeindeautonomie vermittelten allgemeinen Rechtsgedanken im Rahmen der Gesetzesauslegung und -konkretisierung so weit wie möglich Rechnung tragen müssen.[1262] Sodann ist zu berücksichtigen, dass die Kantone den programmatischen Gehalt der verfassungsrechtlichen Autonomiegarantie zu justiziablen Autonomiepositionen verdichten können. Was von Bundesverfassungs wegen als programmatischer Gestaltungsauftrag zu autonomieschonender kantonalen Gesetzgebung gilt, muss je nach Ausgestaltung des kantonalen Rechts unmittelbar von den Gerichten verwirklicht werden.

[1261] I.d.S. auch SCHWEIZER/MÜLLER, St. Galler Kommentar zu Art. 5a BV, Rz. 11, welche diese Forderung indessen aus dem Subsidiaritätsprinzip ableiten.

[1262] I.d.S., jedoch in Bezug auf das Beachtungsgebot des Art. 50 Abs. 2 BV, KÖLZ/KUSTER, Städteartikel, 147 f.: „Insbesondere bei der Anwendung offener oder unbestimmter Normen und bei Ermessensregelungen könnte das Beachtungsgebot auch im Bereiche der Justiz erhebliche Bedeutung erlangen. Es ist hier beispielsweise an Verwaltungsverfahren über Bewilligungen für den Bau oder die Erweiterung von Flughäfen, Kraftwerken oder militärischen Bauten und Anlagen, aber auch an zentrale Entscheide im Bereich der Sozialgesetzgebung zu denken."

D. Bedeutung

Die Gemeindeautonomie beinhaltet ein Postulat an die Gestaltung des staatlichen Prozesses im Ganzen. Die programmatische Schicht der Autonomiegarantie zeugt davon, dass das Recht und die tatsächliche Fähigkeit der Gemeinden, einen wesentlichen Teil der öffentlichen Angelegenheiten eigenverantwortlich zu gestalten, nur durch eine *konsequente Ausrichtung der übergeordneten Gesetzgebung auf dieses elementare Verfassungsprinzip* verwirklicht werden kann.

Die Bedeutung der programmatischen Schicht darf freilich nicht überschätzt werden. Dieser Normgehalt ist nicht justiziabel und gewährt dem ausgestaltenden kantonalen Gesetzgeber erheblichen gestalterischen Spielraum. Die Gemeindeautonomie wird in den Kantonen in politischen Prozessen konkretisiert. Das Mass ihrer Verwirklichung wird durch Wertungen des kantonalen Verfassungs- und Gesetzgebers bestimmt, der immer mannigfache öffentliche Interessen, verschiedenartige Gemeinwohlinhalte und manche weitere Verfassungsprinzipien (wie insbesondere die Grundrechte) zu berücksichtigen hat.[1263] Es wäre verfehlt zu versuchen, konkrete soziale Gestaltungsprobleme durch geschicktes und intensives Ausschöpfen des Verfassungsprinzips Gemeindeautonomie zu lösen. Dadurch würde notwendige politische Entscheidfindung im demokratischen Prozess überspielt und der Autonomiegarantie wie auch der Charta mehr zugemutet, als sie leisten können. Die Schaffung wesentlichen Gestaltungsspielraums, die Bewahrung einer substanziellen örtlichen Demokratie ist ein wichtiges Verfassungspostulat und muss ein Anliegen des politischen Prozesses in Bund und Kantonen sein. Dies darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Gemeindeautonomie kein ausformuliertes Gesetzgebungsprogramm bildet. Sie ist ein wichtiges, aber doch nur eines von vielen Prinzipien im Dienste der menschlichen Freiheit.

VII. Gewährleistung durch den Bund

Der Bund *gewährleistet* die Gemeindeautonomie. Art. 50 Abs. 1 BV formuliert ein *rechtlich bindendes Versprechen im Sinne einer Garantie*. Die Gewährleistung impliziert als stärkste Form einer Inpflichtnahme eine Verpflichtung, alle erforderlichen und angemessenen Massnahmen zu ergreifen, um die Verwirklichung der Gemeindeautonomie sicherzustellen. Dies entspricht dem Zweck des Gemeindeartikels, auf die grundlegende Rolle der Gemeinden im schweizerischen Bundesstaat hinzuweisen, und

[1263] I.d.S zur beschränkten Bedeutung des objektiv-rechtlichen Gehalts der Grundrechte auch RHINOW, Grundrechtstheorie, 434 f.

der Legitimations- und Gestaltungsfunktion der Verfassung. Die Gewährleistung der Gemeindeautonomie geschieht nach dem Willen des Verfassungsgebers *primär* mittels Öffnung des Rechtswegs an das Bundesgericht (Art. 189 Abs. 1 lit. e BV), geht aber darüber hinaus. Der Bund muss die Beachtung der verfassungsrechtlichen Autonomiegarantie (welche durch die Charta konkretisiert wird) wie alles Bundesrecht überwachen und folglich grundsätzlich mit den Mitteln der Bundesaufsicht sicherstellen, dass die Kantone ihre Verpflichtungen erfüllen (vgl. Art. 49 Abs. 2 BV).[1264]

Der bundesgerichtlichen Streitschlichtung als die *den föderalistischen Prinzipien am besten entsprechende Massnahme zur Durchsetzung der Autonomiegarantie* steht der Vorrang vor allen anderen Aufsichtsmassnahmen zu. Ausser in Ausnahmesituationen wird sie das einzig erforderliche Kontrollmittel sein.[1265] Neben der gerichtlichen Kontrolle ist die *Gewährleistung der Kantonsverfassungen* das zweitwichtigste Aufsichtsmittel. Die kantonalen Verfassungen sind jeweils darauf hin zu überprüfen, ob sie den verfassungs- und völkerrechtlich geforderten Autonomiestandard erfüllen (s. dazu hinten, Teil 4§ 18.VI).

Wiewohl die Gemeindeautonomie das Recht wie auch die tatsächliche Fähigkeit der Gemeinden bedeutet, einen wesentlichen Teil der öffentlichen Angelegenheiten eigenverantwortlich zu erledigen, beinhaltet die Gewährleistungspflicht des Bundes keine finanzielle Verantwortung. Der Gemeindeartikel begründet weder eine Bundeskompetenz zur Regelung des Gemeindewesens noch eine finanzielle Verantwortung des Bundes für die Gemeinden.[1266]

VIII. Würdigung

Diese Studie adaptiert die von JÖRG PAUL MÜLLER zu den Grundrechten entwickelte «Schichtenlehre»[1267] auf die Gemeindeautonomie. Sie unterscheidet einen *Kerngehalt*, eine *justiziable Schicht* mit der ebenfalls aus der Grundrechtsdogmatik bekannten binären Struktur von Schutzbereich und Eingriffsschranken und eine vordringlich den ausgestaltenden Gesetzgeber in die Pflicht nehmende *programmatische Schicht*.

1264 Zu den Voraussetzungen und Mitteln der Bundesaufsicht vgl. BIAGGINI, Kommentar zu Art. 49 BV, Rz. 15 ff.; RUCH, St. Galler Kommentar zu Art. 49 BV, Rz. 25 je m.w.H.

1265 I.d.S. für die Gewährleistung der kommunalen Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG) in der Bundesrepublik Deutschland NIERHAUS, in: Sachs (Hrsg.), Kommentar zu Art. 28 GG, Rz. 100; DREIER, Kommentar zu Art. 28 GG, Rz. 185.

1266 Vgl. in diesem Sinne auch KÖLZ/KUSTER, Städteartikel, 143; KÖLZ, Rechtsgutachten Art. 50 BV, 12 ff.; KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar zu Art. 50 BV, Rz. 31.

1267 Vgl. zusammenfassend MÜLLER, Grundrechte, Rz. 29 ff.

Diese Anleihen sind nicht unproblematisch, wenn gleichzeitig eingeräumt wird, dass die Gemeindeautonomie kein Grundrecht des Menschen, sondern ein *spezielles verfassungsmässiges Recht der Gemeinde* darstellt. Dieses Recht unterscheidet sich von der Freiheit des Privaten, weil es eine *auf die Wahrung des Allgemeinwohls verpflichtete*, dienende „Freiheit" der Gemeinde begründet, die genau deshalb besser Autonomie denn Freiheit genannt wird. Diese zentralen Unterschiede sprechen nicht gegen die in dieser Studie postulierte neue Interpretation. Die Gegensätzlichkeit von Grundrechten und Gemeindeautonomie wird traditionell auf die Erwägung gestützt, Grundrechte beruhten auf der Vorstellung einer prinzipiell unbegrenzten Freiheitssphäre, „institutionelle Garantien" aber seien immer etwas „umgrenztes, bestimmten Aufgaben und bestimmten Zwecken dienendes"[1268]. Dies mag als idealtypische Charakterisierung zutreffen,[1269] ist aber zu relativieren. So schützen die Grundrechte elementare Positionen menschlicher Freiheit und Entfaltung, die ihrerseits vom staatlichen Recht mitgeprägt und mitgestaltet sind.[1270] Wenn sodann juristischen Personen des öffentlichen Rechts Grundrechtsfähigkeit beigemessen wird,[1271] handelt es sich ebenfalls um etwas „umgrenztes, bestimmten Zwecken dienendes".

Entscheidend ist letztlich, dass die Bundesverfassung sowohl die Grundrechte als auch in der Gemeindeautonomie als *objektive grundlegende Gestaltungsprinzipien* der gesamten Rechtsordnung verankert, die den Berechtigten auch *subjektive Rechtspositionen einräumen* und damit eine Verteidigungsmöglichkeit gewähren. Ob diesen geteilten Eigenschaften tritt die Unterschiedlichkeit der Gemeindeautonomie zu den Grundrechten in den Hintergrund,[1272] und es spricht nichts gegen die Adaption der aus der Grundrechtsdogmatik bekannten «Schichtenlehre» und der binären Konzeption von Schutzbereich und Eingriffsschranken.

Diese Studie erarbeitet eine *Neuinterpretation* der Gemeindeautonomie als staatsorganisatorisches Grundprinzip der Bundesverfassung, das in drei verschiedenen Schichten in die Rechtsordnung ausstrahlt. Es gilt jedoch zu betonen, dass kein Aspekt dieser Neuinterpretation – nicht das Verständnis als Gestaltungsprinzip, nicht die charta-

[1268] CARL SCHMITT, Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung, in: Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924 – 1954: Materialien zu einer Verfassungslehre, 3. A., Berlin 1985, 140 ff., 170.

[1269] Vgl. auch IPSEN, Selbstverwaltungsgarantie, 211.

[1270] Vgl. dazu RHINOW, Grundrechtstheorie, 431.

[1271] Vgl. HANGARTNER, Verfassungsmässige Rechte, *passim*; s. vorne, Teil 3§ 12.VI.B.3.

[1272] I.d.S. in Bezug auf Art. 28 Abs. 2 GG IPSEN, Selbstverwaltungsgarantie, 211 f.

harmonisierende Auslegung, nicht der Kerngehalt und nicht die Dualität von Schutzbereich und Eingriffsschranken – zu der vielfach befürchteten Nivellierung der Gemeindeautonomie führt.[1273] Die Kantone bestimmen das Mass der Gemeindeautonomie. An diesem verfassungsrechtlichen Grundentscheid gibt es nichts zu rütteln. Das darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass die kommunale Selbständigkeit ein *konstitutives Grundprinzip der Eidgenossenschaft* darstellt. Es ist ein in der Geschichte verankertes Leitprinzip des Bundesstaates, dass die Gemeinden als örtliche demokratische Gebietskörperschaften die Grundlage der schweizerischen Staatsordnung bilden. Als solche erfüllen sie eine unverzichtbare Funktion für das Staatswesen als Ganzes wie auch für die Bewohnerinnen des Landes. Nur wenn Bund wie Kantone im Rahmen ihrer Zuständigkeiten die Gemeindeautonomie in all ihren Dimensionen ernst nehmen, wird diese ihre für die persönliche und politische Freiheit der Menschen essentiellen Funktionen auch in Zukunft erfüllen können.

[1273] Vgl. z.B WALTER KÄLIN, in: ZBJV 2004, 649 f.; Votum Philipp Stähelin, AB S 2004, 631; Votum Ulrich Schlüer, AB N 2004 939.

Teil 4 Auswirkungen einer neu interpretierten Gemeindeautonomie

§ 17. Der dreistufige Bundesstaat

I. Vorbemerkung

Das Ergebnis des dritten Teils dieser Studie ist eine Neuinterpretation der verfassungsmässigen Autonomiegarantie (Art. 50 Abs. 1 BV). Die Bundesverfassung gewährleistet das Recht der Gemeinden, im Rahmen des kantonalen Rechts einen wesentlichen Teil der öffentlichen Angelegenheiten zu regeln und zu gestalten. Die Gemeindeautonomie ist ein Verfassungsgrundsatz, dessen justiziabler Gehalt die Gerichte durchsetzen und der zugleich als Gestaltungsprinzip in die gesamte Rechtsordnung ausstrahlt. Das folgende Kapitel widmet sich der Bedeutung dieses Verständnisses für die grundsätzliche Konzeption der Staatsstruktur.

II. Die Gemeinden als dritter föderalistischer Partner

Die Gemeindeautonomie verpflichtet als Verfassungsgrundsatz des Bundes alle Kantone wie auch den Bund selbst. Die Vorstellung, wonach von den drei Ebenen des Bundesstaats nur Bund und Kantone bundesverfassungsrechtlich konstituiert seien, ist aufzugeben. Der Gemeindeartikel enthält mehr als eine unverbindliche Reminiszenz an die Dreistufigkeit als ein von den Kantonen geschaffenes Charakteristikum des Bundestaates. Art. 50 BV verlangt einen grundsätzlich dreistufigen Staatsaufbau. Damit verschafft die Bundesverfassung den Gemeinden keine Stellung, die mit jener der Kantone vergleichbar wäre. Dies zeigt schon Art. 1 BV, der durch die Nennung der einzelnen Kantone deren Anzahl und Bestand verbindlich festlegt und damit definiert, welche Gliedstaaten gemeinsam mit dem Schweizervolk die Eidgenossenschaft bilden.[1274] Die Kantone sind also klarerweise die hauptsächlichen föderalistischen Partner des Bundes (vgl. insb. Art. 3, 42 ff. u. 51 BV). Dennoch trifft das Bild der Gemeinde als die *dritte Ebene des schweizerischen Bundesstaates* zu.

Die Bundesverfassung ist die Grundordnung des ganzen Gemeinwesens: Sie gibt den föderativen Dualismus der alten Bundesverfassung von 1874 auf und bringt zum Ausdruck, dass der schweizerische Bundesstaat aus *Bund, Kantonen und Gemeinden* besteht und die Gemeinden unverzichtbare Glieder eines einzigen Gesamtorganismus

[1274] Vgl. HAFNER/SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 1 BV, Rz. 8.

bilden. Die Gemeinden wurden mit Art. 50 BV als *konstitutive Elemente des Bundesstaates* in die Bundesverfassung aufgenommen.[1275]

Es steht den Kantonen prinzipiell[1276] nicht frei, auf eine Gliederung in selbständige Gemeinden zu verzichten. Die Kantone sind aufgrund ihrer Organisationsautonomie (Art. 47 Abs. 2 BV) befugt, über die Aufgaben und Organisation der Gemeinden zu entscheiden. Sie können Gemeindestrukturreformen durchführen, das Gemeindewesen integral neu regeln – wie es die Kantone TG und GL bereits getan haben und in anderen Kantonen (z.B. GR, UR und AI) derzeit geplant wird – und festlegen, welche Gemeinden Trägerinnen der Autonomie sind.[1277] Die Kantone bestimmen das Mass und die Tragweite der Gemeindeautonomie. Sie sind berechtigt wie verpflichtet, die Gemeinden zu beaufsichtigen, die Rechtmässigkeit des kommunalen Handelns zu prüfen und notfalls mit den angemessenen Aufsichtsmitteln durchzusetzen. Die Kantone sind *verpflichtet*, die Gemeindeautonomie auszugestalten und das Verfassungspostulat, wonach ein wesentlicher Teil der öffentlichen Angelegenheiten in bürgernahen örtlichen Gebietskörperschaften gestaltet werden soll, zu beachten. Bei Eingriffen in den Schutzbereich der Autonomiegarantie sind sie an besondere Eingriffsschranken gebunden. Insbesondere haben die Kantone bei der Gestaltung des Gemeindewesens die in der Gemeindeautonomiecharta verankerten Grundsätze zu beachten.

Die Gemeinden sind als *dritte Teilhaber einer partnerschaftlichen föderativen Ordnung* in der Bundesverfassung legitimiert,[1278] wobei ihnen keine den Kantonen vergleichbare bundesunmittelbare Bedeutung zukommt. Auch ihre Stellung im Kanton ist eine andere als jene der Kantone im Bund, zumal sich die meisten Kantone historisch nicht aus ursprünglich souveränen Gemeinden zusammensetzten,[1279] die Gemeinden einer allgemeinen Aufsicht durch den Kanton unterstehen und dieser Gemeindeaufgaben i.d.R. durch einfaches Gesetz an sich ziehen kann. Darin kommt jedoch „nicht ein grundsätzlicher Unterschied zum Ausdruck. Es handelt sich trotzdem hier wie dort um eine Form des Föderalismus, und auch der Gemeindeföderalismus ist nicht eine

[1275] So auch KÖLZ/KUSTER, Städteartikel, 146. Die Bundesverfassung entspricht also heute der Forderung von THÜRER, Bund und Gemeinden, 300.

[1276] Eine Ausnahme muss für Kleinst- und Stadtkantone gelten, in denen bereits der Kanton selbst eine *örtliche* Demokratie gewährleistet, welche die Funktionen der Gemeindeautonomie zu erfüllen vermag; s. vorne, Teil 3§ 16.IV.B.1.

[1277] Vgl. auch KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar zu Art. 50 BV, Rz. 9 m.H.; s. in diesem Kontext zum jüngsten Fall der Glarner Gemeindereform hinten, Teil 4§ 18.VI.B.

[1278] Vgl. dazu THÜRER, Bund und Gemeinden, 293.

[1279] S. zur geschichtlichen Entwicklung ausführlich vorne, § 2.

zufällige Ausgestaltung staatlicher Dezentralisation, sondern ein selbständiges Element des schweizerischen Föderalismus und damit des schweizerischen Staatsgedankens überhaupt“[1280].

Es geht folglich nicht an, nur dem Bund und den Kantonen Staatlichkeit zuzusprechen, die Gemeinden aber als „Selbstverwaltungskörperschaften“ zu bezeichnen. Die Gemeinden sind Träger von Staatsgewalt und können sich mit jeder öffentlichen Angelegenheit befassen, die nicht von ihrem Kompetenzbereich ausgeschlossen ist. Sie sind die *Grundpfeiler des demokratischen Staates*. Verzichtet man darauf, Staatlichkeit als „Souveränität“ zu begreifen, und begnügt sich mit einer Autonomie, die dem jeweiligen Verband ermöglicht, die ihm zustehenden Bereiche selbstbestimmt zu gestalten, so kann allen drei Ebenen des Bundesstaates eine gewisse unterschiedlich ausgeprägte und bemessene Staatlichkeit zugeordnet werden.[1281]

III. Die asymmetrische Dreistufigkeit

A. Die Kantone als Gestalter der Gemeindeautonomie

Die Bundesverfassung weist die Gemeinden als konstitutive Elemente des Bundesstaates aus, garantiert die traditionelle Gemeindeautonomie und begründet damit einen grundsätzlich dreistufigen Staatsaufbau. Sie statuiert jedoch keine feste, gleichsam durchföderalisierte, sondern eine ungleiche, *asymmetrische Dreistufigkeit*.[1282] In der Betonung dieser Asymmetrie liegt der gültige Kern der überholten Aussage, das Bild der Gemeinde als dritte Ebene sei „staatsrechtlich nicht ganz zutreffend“[1283]. Die Bundesverfassung betont die Eigenständigkeit (Art. 47 BV), ja sogar die „Souveränität“ der Kantone (Art. 3 BV). Dies bringt deutlich zum Ausdruck, dass der Gemeindeautonomie keine der kantonalen Eigenständigkeit vergleichbare Stellung zukommt. Davon zeugen auch der Partnerschaftsartikel (Art. 44 BV) und die verfassungsrechtliche Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen (Art. 3/42 ff. BV). Der Bund hat keine Kompetenz zur Regelung des Gemeindewesens: Weder der Gemeindeartikel noch die Europäische Charta der Gemeindeautonomie könnten als Grundlage für ein „Bundesgesetz über die Gemeindeorganisation“ dienen. Art. 50 Abs. 1 BV enthält *zwei* fundamentale Entscheide des Verfassungsgebers: „[…] c’est que, d’une part,

[1280] MATTER, Gemeinden, 34.

[1281] So auch KÄGI-DIENER, Zweck und Aufgaben, 527 f.

[1282] Vgl. auch Kägi-Diener, St. Galler Kommentar zu Art. 50 BV, Rz. 7, die von einer doppelten Zweigliedrigkeit (Bund − Kantone und Kantone − Gemeinden) spricht.

[1283] BIAGGINI, Kommentar BV, 3. Abschnitt: Gemeinden, Rz. 1.

l'autonomie communale soit garantie par le droit fédérale – principe numéro un –, et que, d'autre part, l'importance de cette autonomie communale soit définie par le droit cantonal – principe numéro deux."[1284] *Beide* dieser Prinzipien sind essentielle Elemente der schweizerischen dreistufigen Bundesstaatskonzeption.

B. Die Vollzugs- und Partizipationsfunktion der Gemeinden

1. Der Grundsatz der Mediatisierung

Die Asymmetrie der bundesstaatlichen Ordnung rührt ganz vordringlich daher, dass betreffend die Vollzugs- und die Partizipationsfunktion der Gemeinden im Bundesstaat das traditionelle *„Mediatisierungsmodell"* weiterhin gilt: Es sind die Kantone, die das Bundesrecht umsetzen (Art. 46 BV) und darüber befinden, in welchem Masse sie in diesem Zusammenhang die Gemeinden in Anspruch nehmen. Dieser Grundentscheid trägt der Tatsache Rechnung, dass die Verhältnisse in den Kantonen verschieden sind und eine grundsätzliche Bündelung der vielen letztlich auf die Gemeinden einwirkenden Bundesmassnahmen durch die Kantone die Rationalität und Leistungsfähigkeit des föderalistischen Systems erhöhen.[1285] Sodann stehen auch die zentralen in der Bundesverfassung verankerten Mitwirkungsrechte (vgl. insb. Art. 45, 55, 141 f. und 160 BV) *den Kantonen* zu. Auch hier kommt ihnen die Rolle zu, im kantonalen demokratischen Verfahren die kommunalen Anliegen zu sammeln und zu koordinieren und sie beim Bund als ihre eigenen zu vertreten.

Diese Rolle der Kantone als *Drehscheiben und Mittelpunkte des föderalistischen Systems*[1286] wird weder durch die in dieser Studie vertretene neue Interpretation der Gemeindeautonomie noch von der Charta in Frage gestellt. Es ist eine der wichtigen Aufgaben der Kantone, eine Sammlung und Abstimmung der Bund-Gemeinde-Beziehungen vorzunehmen. Damit erfüllen sie eine Integrationsfunktion und treten in ihrer Rolle als Vervielfältiger demokratischer Entscheidungsstrukturen auf.[1287]

[1284] Vgl. das Votum von Jean-François Leuba, AB N Verfassungsreform, 441.

[1285] Vgl. THÜRER, Bund und Gemeinden, 297 m.H. auf die amerikanische Erfahrung, wonach eine unbekümmerte situations- und nicht systembezogene *ad hoc*-Praxis zu einem hochkomplexen System, einem immensen Koordinationsbedarf und zu grossen Reibungsverlusten führt.

[1286] So der von THÜRER, Bund und Gemeinden, 297, verwendete Ausdruck.

[1287] Vgl. THÜRER, Städte und Gemeinden, 221.

2. Die flexible Mediatisierung

Es steht mit dem Grundsatz der Mediatisierung nicht im Widerspruch, dass die Bundesverfassung die Gemeindeautonomie gewährleistet und dass nach dem Chartabeitritt ein für den Bund wie für alle Kantone gleichermassen verbindlicher minimaler Autonomiestandard gilt. *Die rechtliche Stellung der Gemeinden im Bund ist damit beträchtlich verstärkt worden*. Die Betonung der Asymmetrie der föderativen Ordnung und der Bedeutung der Kantone als eigenständige Gliedstaaten bedeutet nicht, dass direkte Rechtsbeziehungen zwischen Bund und Gemeinden unzulässig wären. Die Haltung eines Teils der Lehre, das Bundesrecht müsse „gemeindeblind"[1288] sein, verkennt, dass das verfassungsrechtliche Mediatisierungsmodell *relativ und durchlässig* ist.[1289] Der Bund kann unter gewissen Bedingungen auf die Gemeinden durchgreifen, er kann ihnen ausnahmsweise direkt Aufgaben übertragen und macht von dieser Möglichkeit in seltenen Fällen auch Gebrauch (s. hinten, § 20.III). Die verstärkte bundesrechtliche Stellung der Gemeinden hat in den vergangen Jahren sodann zu einer stark verbesserten Mitbeteiligung der Gemeinden an der Entscheidfindung im Bund geführt (vgl. insb. Art. 4 Abs. 2 lit. c VlG; RL ZA; TAK). Der Chartabeitritt und die Verpflichtung des Bundes, im Rahmen seiner Zuständigkeiten die Gemeindeautonomie als Postulat an die Gestaltung des Staates zu beachten, sprechen für eine verstärkte, durch rechtliche Ansprüche abgesicherte Mitarbeit der Gemeinden im Bund und eine ausgeprägte Berücksichtigung der kommunalen Anliegen (s. hinten, § 20).

C. Die Bedeutung der Asymmetrie

Dass *die Kantone* das Mass der kommunalen Selbständigkeit festlegen, die Organisation der Gemeinden bestimmen und die innerkantonale Aufgabenverteilung regeln, ist ein integrierender Aspekt der von der Verfassung geforderten *substantiellen Eigenständigkeit* (Art. 47 BV) der Gliedstaaten. Es wäre verfehlt, in Art. 50 BV oder in der Gemeindeautonomiecharta eine Tragweite zu erblicken, die an dieser jahrzehntealten und im schweizerischen Föderalismus tief verankerten Tradition etwas änderte: „Il faut être uni, s'allier, s'entraider, mais il ne faut pas, pour autant, perdre son âme et sa vérité"[1290]. Doch wenn die Mehrheit der Staatsrechtslehre weiter darauf beharrt, der Bund sei nicht an die Gemeindeautonomie gebunden und die Kantone könnten die Gemeinden und ihre Autonomie auch abschaffen, fröhnt sie einem übermässigen Parti-

[1288] SEILER, Gemeinden, Rz. 7.
[1289] I.d.S. THÜRER, Städte und Gemeinden, 221.
[1290] KNAPP, Fédéralisme, 299 f.

kularismus, von dem echter Föderalismus nichts gewinnt. In die andere Richtung unangemessen wäre es, im Kerngehalt der verfassungsrechtlichen Autonomiegarantie mehr als nur ein Bollwerk gegen extreme Zentralisierungen zu erblicken, aus der Gemeindeautonomiecharta ein Verbot von Zwangsfusion oder eine Zuständigkeit des Bundes zur Regelung der Gemeindeaufgaben ableiten zu wollen. Den Kantonen muss als eigenständige Zentren der politischen Entscheidfindung erhebliche Organisationsautonomie und Gestaltungsfreiheit zukommen, damit sie ihre eigene politische Philosophie, ihr eigenes Konzept des öffentlichen Interesses verwirklichen können.[1291] Dies setzt notwendig voraus, dass die Kantone der Gemeindeautonomie ihre eigene Prägung verleihen und das Gemeinderecht – unter Beachtung der *principles of local self-government* der Charta – nach ihren Bedürfnissen ausgestalten können.

IV. Würdigung

Diese Studie zeigt den Wandel der Gemeindeautonomie von einer kantonalen Rechtsfigur zum Verfassungsgrundsatz des Bundes. Dieser Wandel sowie der Chartabeitritt verstärken die bundesrechtliche Stellung der Gemeinden. Der schweizerische Bundesstaat besteht aus Bund, Kantonen und Gemeinden. Die Gemeinden werden als dritte föderative Partner durch die Bundesverfassung legitimiert. Dies bedeutet keinen Bruch mit der früheren Ordnung, sondern eine *sanfte Weiterentwicklung des schweizerischen Föderalismus*. Ein in der Geschichte wie im politischen Selbstverständnis des Landes tief verankerter Leitgrundsatz der schweizerischen Demokratie ist in die rechtliche Grundordnung des Gemeinwesens aufgenommen worden. Deshalb und in der Folge des Chartabeitritts gilt seit einigen Jahren ein schweizweiter minimaler Autonomiestandard. Dieser schränkt die kantonale Eigenständigkeit ein. Es handelt sich um einen Eingriff von geringer Tragweite, der mit der Intention geschah, einen von den Kantonen auszugestaltenden Leitgrundsatz der Eidgenossenschaft zu stärken, der wichtige Funktionen für die persönliche und politische Freiheit der Menschen erfüllt.

Als Folge dieses Wandels stimmt das Bild der drei staatlichen Ebenen heute auch als staatsrechtlicher Sicht. Die Gemeinden sind *selbständige Trägerinnen von Staatsgewalt.* Die Dreistufigkeit des Bundesstaates ist das Ergebnis eines langjährigen Prozesses des Zusammenwachsens des Staatswesens. Sie bedeutet die konsequente Darstellung einer in der Verfassungstradition, der Rechtsmittelordnung und der bundesge-

[1291] Vgl. SALADIN, Lebendiger Föderalismus, 179 ff.; THÜRER, Bund und Gemeinden, 298.

richtlichen Praxis vorgezeichneten Grundstruktur.[1292] *Bund, Kantone und Gemeinden sollen Zentren eigenständiger demokratischer Entscheidfindung sein*. Kantone und Gemeinden vervielfältigen die Möglichkeiten der Menschen und der unterschiedlichen Kulturen, Sprachgruppen und Mentalitäten zur Verwirklichung der demokratischen Selbstbestimmung. Wer Schweizer Bürger ist, soll seine politischen Rechte in der Gemeinde, im Kanton und im Bund ausüben und an *der Gestaltung der öffentlichen Angelegenheiten von lokaler, regionaler und landesweiter Bedeutung teilhaben können*. So lautet die in der Verfassungsordnung angelegte dreistufige Konzeption der schweizerischen politischen Freiheit. Sie findet ihre Entsprechung im dreiteiligen Aufbau des politischen Systems mit Orts-, Kantonal- und Bundesparteien und den diesen Stufen folgenden Laufbahnen der meisten Politikerinnen.[1293]

Die folgenden Kapitel dieser Studie widmen sich dem rechtlichen Schutz der Gemeindeautonomie (§ 18), der aktuellen Gemeindefusionsthematik (§ 19) und einigen ausgewählten Aspekten im Verhältnis Bund und Gemeinden (§ 20). Es kann nicht das gesamte Spektrum der sich an dieser Stelle aufdrängenden Themen betrachtet werden. Die besondere Problematik der Städte und Agglomerationen, die Thematik demokratieverträglicher Zusammenarbeitsformen und der Regionenbildung können im Rahmen dieser Studie nicht behandelt werden. Diesbezüglich sei daran erinnert, dass der Föderalismus ein Prinzip ist, das „in jeder historischen Konstellation neu durchdacht und […] neu ausgeformt werden muss“[1294]. Die Bundesverfassung konzipiert einen dreistufigen Staatsaufbau und garantiert die Gemeindeautonomie. Dies lässt Raum für eine Weiterentwicklung des Föderalismus. Dieser kann seine positiven Wirkungen nur entfalten, wenn er vital bleibt, wenn er seiner sich stets wandelnden Umwelt mit kreativen Lösungen begegnet. Es ist an den Kantonen und Gemeinden, von ihrem Gestaltungsspielraum auf innovative Weise Gebrauch zu machen.[1295]

1292 Vgl. THÜRER, Städte und Gemeinden, 221; THÜRER, Bund und Gemeinden, 302.

1293 vgl. auch KÖLZ, Rechtsgutachten Art. 50 BV, 20 f.

1294 SALADIN, Lebendiger Föderalismus, 167.

1295 Die Kantone und Gemeinden sind deshalb insbesondere gefordert, das gravierende Problem der schleichenden Entdemokratisierung von staatlichen Entscheidungsprozessen offensiv anzugehen; vgl. dazu jüngst den Bericht in der NZZ vom 16. März 2010, 13.

§ 18. Rechtlicher Schutz der Gemeindeautonomie

I. Vorbemerkungen

Das folgende Kapitel widmet sich der *Durchsetzung* der verfassungsmässigen Autonomiegarantie (inklusive der justiziablen Chartagarantien). Nach einer Verortung der Gemeindeautonomie im Kontext der schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit (II) wird die Bedeutung des kantonalen Rechtsschutzes dargestellt (III). Im Fokus steht sodann der Schutz der Gemeindeautonomie durch das Bundesgericht (IV) sowie die Legitimation der Gemeinden zur Beschwerde wegen Verletzung anderer verfassungsmässiger Rechte (V). Zum Schluss wird auf die Bedeutung der Gewährleistung der Kantonsverfassungen im Kontext der Gemeindeautonomie eingegangen (VI).

II. Gemeindeautonomie und Verfassungsgerichtsbarkeit

Der rechtliche Schutz der Gemeindeautonomie ist ein Aspekt der *Verfassungsgerichtsbarkeit*: Staatliche Hoheitsakte werden durch eine gerichtliche Behörde auf ihre Verfassungsmässigkeit geprüft.[1296] Zu unterscheiden ist die abstrakte Normenkontrolle, bei der die Verfassungsmässigkeit eines Erlasses ausserhalb eines Anwendungsfalls geprüft wird, von der Einzelaktkontrolle, bei deren Gelegenheit allenfalls vorfrageweise geprüft wird, ob der hinter dem Einzelakt stehende Erlass mit der Verfassung übereinstimmt, d.h. eine konkrete Normenkontrolle durchgeführt wird.[1297]

Die Verfassungsgerichtsbarkeit erfüllt eine *Doppelfunktion*. Sie dient dem Schutz und der Durchsetzung individueller Rechte wie auch der Wahrung öffentlicher Interessen. Sie kann eine nachträgliche Korrektur politischer Prozesse bewirken; die Rechtfertigung dafür besteht in ihrer Kontrollfunktion, die dem Schutz demokratischer, rechtsstaatlicher und bundesstaatlicher Essentiala dient.[1298] Die Gemeindeautonomie ist eines dieser Essentialia des schweizerischen Bundesstaates. Sie ist als verfassungsmässiges Recht auf ein Verfahren angewiesen, das ihre Durchsetzung in einer konkreten Situation erlaubt. Erst die den Gemeinden offenstehende Möglichkeit, die ihnen durch die Verfassung garantierte Selbständigkeit notfalls gerichtlich durchzusetzen, erlaubt, glaubhaft davon zu sprechen, die Gemeindeautonomie sei ein konstitutives Grundprinzip des schweizerischen Bundesstaates. Weil die Behörden im steten Bewusstsein da-

[1296] Vgl. AUER, Verfassungsgerichtsbarkeit, 5 ff.; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 11 Rz. 1 ff.

[1297] Vgl. TSCHANNEN, Staatsrecht, § 11 Rz. 3 ff.

[1298] Vgl. KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit, 37 ff., 100 ff.; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 11 Rz. 8 ff.; AUER, Verfassungsgerichtsbarkeit, 51 ff.

rum agieren, dass die Gemeinden sich gegen Autonomieverletzungen notfalls auf dem Rechtsweg zur Wehr setzen können, erhält die Gemeindeautonomie dasjenige Mindestmass an Achtung, welches für ihre Entfaltung unabdingbar ist.[1299]

III. Kantonaler Rechtsschutz

A. Vorbemerkung

Dem Bundesgericht kommt wie bei allen verfassungsmässigen Rechten auch im Kontext der Gemeindeautonomie eine besondere Verantwortung zu (s. hinten, IV.A). Die Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) nimmt indessen Bund *und Kantone* in die Pflicht. Die Gemeindeautonomie wird nicht vordringlich durch das Bundesgericht geschützt, sondern bei Konflikten zwischen Gemeinden und Kanton immer erst zum Schluss, d.h. wenn die kantonale Rechtspflege eine Rechtsstreitigkeit nicht zu befrieden vermag. Es ist in einem ersten Schritt die kantonale Rechtsanwenderin, welche die Gemeindeautonomie zu schützen hat. Dies entspricht dem föderalistischen Grundwert, dass die Rechtspflege primär von jenen Behörden wahrzunehmen ist, die den Betroffenen näher stehen, die vom kantonalen Parlament oder der Bevölkerung gewählt und orts- und personenkundiger sind als das Bundesgericht.[1300]

Die Kantone haben die Justiz- und Verfahrensorganisation nach ihren eigenen Bedürfnissen gestaltet. Eine umfassende Darstellung des kantonalen Rechtsschutzes würde den Rahmen dieser Studie übersteigen. Aufzuzeigen sind jedoch die Auswirkungen der Justizreform, die zu einer gewissen Rechtsvereinheitlichung geführt hat.[1301]

B. Prinzip der richterlichen Vorinstanz

1. Regel: Art. 86 Abs. 2 BGG

Die Kantone müssen aufgrund Art. 191b Abs. 1 BV richterliche Behörden für die Beurteilung sämtlicher Rechtsstreitigkeiten bereitstellen. Das Prinzip der richterlichen Vorinstanz[1302] kommt auch im Kontext der Gemeindeautonomie zum Tragen. Weil gegen kantonale Entscheide, die in die Gemeindeautonomie eingreifen, die Beschwer-

---

1299 Zu dieser Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit AUER, Verfassungsgerichtsbarkeit, 298 ff.

1300 Vgl. dazu PFISTERER, Bundesrechtspflege, 282 f. m.H. auf FRITZ FLEINER, Beamtenstaat und Volksstaat, in: Ders., Ausgewählte Schriften und Reden, Zürich 1941, 147 ff.

1301 Vgl. EHRENZELLER, Basler Kommentar zu Art. 110 BGG, Rz. 4 f.

1302 Das BGG verpflichtet die Kantone in umfassender Weise, als letzte kantonale Instanz ein Gericht einzusetzen; vgl. Art. 75 Abs. 2, 80 Abs. 2, 86 Abs. 2 und 114 BGG; vgl. dazu weiterführend EHRENZELLER, Basler Kommentar zu Art. 110 BGG, Rz. 11 f.

de in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten möglich ist, müssen die Kantone als Vorinstanzen des Bundesgerichts obere Gerichte bestellen.[1303]

Dies führt dazu, dass regelmässig das *kantonale Verwaltungsgericht* mit grundsätzlich voller Kognition in Rechts- und Sachverhaltsfragen über Autonomiebeschwerden entscheidet.[1304] Wo früher letztinstanzlich oft der Regierungsrat zu befinden hatte,[1305] urteilt heute also das kantonale obere Gericht. Dadurch sollen möglichst viele Rechtsschutzbedürfnisse bereits vor Ausschöpfung des Instanzenzugs befriedigt und das Bundesgericht im entsprechenden Ausmass entlastet werden.[1306]

2. Entscheide mit politischem Charakter

Die Kantone können für die Beurteilung von Entscheiden mit *vorwiegend politischem Charakter* anstelle von Gerichten andere Behörden als unmittelbare Vorinstanzen des Bundesgerichts einsetzen (Art. 86 Abs. 3 BGG). Die Kantone dürfen freilich nicht sämtliche Parlaments- und Regierungsakte formell von der Gerichtskontrolle ausnehmen. Ausschlüsse sind nur in Ausnahmefällen zulässig und können namentlich wegen des politischen Inhalts oder Umfelds eines Entscheids zulässig sein.[1307] So wird etwa der kantonale Richtplan (Art. 6 ff. RPG) regelmässig als politischer Akt bezeichnet, der sich nicht für die richterliche Prüfung eigne.[1308] Diese Sicht differenziert gerade in Bezug auf die Gemeinden zu wenig. Wenn ein Richtplan den Standort eines Einkaufszentrums oder einer Deponie stark präjudiziert, besteht ein ausgeprägtes Rechtsschutzbedürfnis der betroffenen Gemeinde; das kantonale Recht sollte zumindest eine vorfrageweise Prüfung vorbehalten.[1309] Auch Zwangsfusionsbeschlüsse werden als politische Akte bezeichnet.[1310] Nach der hier vertretenen Auffassung handelt es sich jedoch um hybride Staatsakte sui generis, bei denen i.d.R. der individuell-konkrete Charakter überwiegt (s. hinten, § 19.IV.D). Solche Beschlüsse dürfen nicht von der kantonalen gerichtlichen Überprüfung ausgenommen werden.

[1303] Art. 82 lit. a i.V.m. Art. 86 Abs. 2 BGG. Die letztere Bestimmung ist am 1. Januar 2007 in Kraft getreten. Die Übergangsfrist war auf zwei Jahre bemessen (Art. 130 Abs. 3 BGG). Seit dem 1. Januar 2009 müssen sich die Gemeinden gegen Autonomieverletzungen durch kantonale Entscheide vor einem kantonalen oberen Gericht zur Wehr setzen können.

[1304] Vgl. TOPHINKE, Basler Kommentar zu Art. 86 BGG, Rz. 14.

[1305] Vgl. DILL, Gemeindeautonomie, 165; GLAUS, Gemeindeautonomie, 235 f.

[1306] Vgl. PFISTERER, Bundesrechtspflege, 285 f.

[1307] Vgl. PFISTERER, Bundesrechtspflege, 304 f.

[1308] Botschaft Bundesrechtspflege, 4327; TOPHINKE, Basler Kommentar zu Art. 86 BGG, Rz. 22.

[1309] Vgl. PFISTERER, Bundesrechtspflege, 304 f. m.H.

[1310] I.d.S. z.B. MARKUS MÜLLER, ZBJV 2006, 745.

3. Normenkontrolle

Die Kantone können frei entscheiden, ob sie ein besonderes Verfahren zur Überprüfung kantonaler Erlasse vorsehen wollen oder nicht (Art. 29a und 46 f. BV). Verzichten sie darauf, ist die Autonomiebeschwerde gegen kantonale Erlasse direkt zulässig (Art. 87 BGG). Weil eine umfassende *abstrakte Normenkontrolle* nur in wenigen Kantonen vorgesehen ist, können die Gemeinden gegen kantonale Gesetze regelmässig direkt ans Bundesgericht gelangen.[1311] In einigen Kantonen ist die abstrakte Normenkontrolle zumindest für untergesetzliche Erlasse vorgesehen.[1312]

Die kantonalen Gerichte sind sodann gestützt auf die Bundesverfassung berechtigt und verpflichtet, das angewendete kantonale Recht auf Übereinstimmung mit dem Bundesrecht zu prüfen. Damit verbindet sich die Pflicht, als bundesverfassungswidrig erkanntes Recht im Einzelfall nicht anzuwenden. Die Kantone organisieren die *konkrete Normenkontrolle*, sie bestimmen also die zuständige Instanz und das Verfahren.[1313]

C. Mindestanforderungen an das kantonale Verfahren

Die Kantone haben die in den Art. 110 ff. BGG statuierten *grundlegenden organisations- und verfahrensrechtlichen Leitprinzipien* zu beachten. Sie müssen dafür sorgen, dass die unmittelbare Vorinstanz des Bundesgerichts mindestens die Rechts- und Sachverhaltsprüfung durchführt, zu welcher auch das Bundesgericht verpflichtet ist (Art. 111 Abs. 3 i.V.m. Art. 95-98 BGG). Muss die kantonale Vorinstanz ein oberes Gericht sein, wird dieser Auftrag verschärft: Dieses oder eine vorgängige andere richterliche Behörde hat eine umfassende Rechts- und Sachverhaltskontrolle vorzunehmen (Art. 110 BGG).[1314] Das Bundesrecht verpflichtet also die Kantone dazu, den Gemeinden bei Autonomiebeschwerden den Zugang zu wenigstens einem Gericht mit voller Sachverhalts- und Rechtsprüfung zu gewährleisten. Die Kantone können aber den In-

---

1311 Vgl. etwa BGE 135 I 43 E 1.1, 45; anders z.B. BGE 133 I 128, wo ein Dekret des waadtländischen Grossen Rates zuvor beim kantonalen Verfassungsgericht angefochten werden konnte.

1312 Vgl. zum Ganzen AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit Constitutionnel I, Rz. 2289 ff.; PFISTERER, Bundesrechtspflege, 307 f.; RUTH HERZOG, Auswirkungen auf die Staats- und Verwaltungsrechtspflege in den Kantonen, in: Tschannen (Hrsg.), Neue Bundesrechtspflege, 63.

1313 Weiterführend PFISTERER, Bundesrechtspflege, 307; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 11 Rz. 43; BUSER, Kantonales Staatsrecht, Rz. 412.

1314 Dies ist eine Umsetzung der Rechtsweggarantie, welche das Recht beinhaltet, sowohl die Rechtsstreitigkeit als auch den ihr zugrunde liegenden Sachverhalt vollumfänglich von einem unabhängigen Gericht prüfen zu lassen; vgl. KLEY, St. Galler Kommentar zu Art. 29a BV, Rz. 5 ff.; EHRENZELLER, Basler Kommentar zu Art. 110 BGG, Rz. 8.

stanzenzug nach eigenem Gutdünken gestalten und sind insbesondere frei, eine vorgängige verwaltungsinterne Rechtspflege vorzusehen.[1315]

Die Beschwerdelegitimation darf im Verfahren vor allen kantonalen Vorinstanzen nicht enger umschrieben werden als diejenige vor Bundesgericht (Art. 111 Abs. 1 BGG). Die Kantone dürfen mithin grundsätzlich keine strengeren Anforderungen stellen als Art. 89 Abs. 1 BGG, der ein besonderes Berührtsein durch den angefochtenen Entscheid sowie ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung verlangt. Bei *Autonomiebeschwerden* ist die Legitimation auch im kantonalen Verfahren stets zu bejahen, wenn eine Gemeinde durch den angefochtenen Akt in ihrer Eigenschaft als Trägerin hoheitlicher Gewalt berührt ist und eine Verletzung ihrer Autonomie geltend macht (s. hinten, IV.C.2).

Im Sinne der Gewährleistung eines nahtlosen Anschlusses der Bundesrechtspflege statuiert Art. 112 BGG einige formale Vorgaben zu Entscheidinhalt und Entscheideröffnung, die im kantonalen Verfahren zu beachten sind.[1316]

D. Bedeutung im Kontext der Gemeindeautonomie

Die Gemeindeautonomie wird durch das kantonale Recht ausgestaltet. Die Bindung des Bundes an die Gemeindeautonomie ändert nichts daran, dass auch in Zukunft die allermeisten (behaupteten oder tatsächlichen) Autonomieverletzungen von kantonalen Behörden ausgehen werden. Dem kantonalen Rechtsschutz kommt deshalb im Kontext der Gemeindeautonomie grosse Bedeutung zu. Das Bundesgericht, welches für den letztinstanzlichen Rechtsschutz zuständig ist, muss kantonale Besonderheiten zwar berücksichtigen, insbesondere wenn eine Kantonsverfassung originell ist und besondere, justiziable Garantien zugunsten der Gemeinden enthält.[1317] Die Kantone können jedoch ihre Eigenarten am besten selbst wahren, indem sie eine *eigenständige und unabhängige Praxis zur Gemeindeautonomie* entwickeln. Damit wird nicht gesagt, die kantonalen Verwaltungs- und Verfassungsgerichte sollten in Konkurrenz zum Bundesgericht treten. Die kantonalen oberen Gerichte müssen die verfassungsrechtliche

[1315] Vgl. dazu PFISTERER, Bundesrechtspflege, 315 f. m.H.; SPÜHLER/DOLGE/VOCK, Kurzkommentar zu Art. 110 BGG, Rz. 4 f.

[1316] Diese Vorgaben erscheinen grösstenteils als selbstverständlich, so etwa, dass Entscheide, die der Beschwerde ans Bundesgericht unterliegen, schriftlich eröffnet werden müssen und die Vorbringen der Parteien, die Begründung, das Dispositiv und eine Rechtsmittelbelehrung enthalten müssen (Art. 112 Abs. 1 lit. a-d BGG); vgl. EHRENZELLER, Basler Kommentar zu Art. 112 BGG, Rz. 1 ff. m.H.; DONZALLAZ, Commentaire LTF, Rz. 4438 ff.

[1317] Vgl. dazu PFISTERER, Gemeinden, 56 f.

Autonomiegarantie auf eine Art und Weise durchsetzen, dass Streitigkeiten zwischen Gemeinden und Kanton möglichst nicht ans Bundesgericht weitergezogen werden. Dies setzt voraus, die bundesgerichtliche Praxis zu berücksichtigen. Es besteht jedoch keine Bestimmung des Bundesrechts, welche die kantonalen oberen Gerichte daran hindert, der jeweiligen kantonalen Garantie eine grössere, eigenständige Tragweite zu verleihen, die auch das Bundesgericht wird berücksichtigen müssen.[1318]

Sodann ist es im Bereich der Kontrolle der kantonalen Rechtsanwendung – bei der das Bundesgericht nur eine Willkürprüfung vornimmt (s. hinten, IV.E.2) – von essentieller Bedeutung, dass das kantonale obere Gericht die geforderte umfassende Rechts- und Sachverhaltskontrolle vornimmt. Dies zeigt auf, dass *der vollwertige rechtliche Schutz der Gemeindeautonomie von der kantonalen Gerichtsbarkeit geleistet wird*.

IV. Die Gemeindeautonomiebeschwerde (Art. 189 Abs. 1 lit. e BV)

A. Das Bundesgericht als oberster Hüter der Gemeindeautonomie

Das Bundesgericht gewährt als einziges oberstes Gericht der Schweiz (Art. 188 Abs. 1 BV) *letztinstanzlichen* Rechtschutz und gewährleistet die Rechtseinheit.[1319] Es übt Verfassungsgerichtsbarkeit als Höchstgericht aus, d.h. es betätigt sich als Hüterin der Verfassung, indem es durch den Schutz der verfassungsmässigen Rechte verhindert, dass grundlegende Verfassungsnormen mit individualschützender Funktion zu blossen Proklamationen absinken.[1320] Dadurch sichert das Bundesgericht die *Essentialien einer demokratischen, rechtsstaatlichen und bundesstaatlichen Ordnung*.[1321] Es nimmt eine nachträgliche Gerechtigkeitskontrolle vor und prüft die Ergebnisse des politischen Prozesses im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit elementaren verfassungsmässigen Rechten. Auf diese Weise stellt es die im föderalistischen Staat notwendige Einheit sicher: Wiewohl Kantone und Gemeinden über substanzielle Autonomie verfügen, muss der Bundesstaat als einheitlich wirkender Verband erlebt werden.[1322]

[1318] I.d.S. AUER, Verfassungsgerichtsbarkeit, 295 f. Dies ist im Kontext der Gemeindeautonomie von umso grösserer Bedeutung, als sich die Autonomieklausel der Bundesverfassung nach dem gesamten kantonalen Recht und damit auch nach der Kantonsverfassung richtet.

[1319] Vgl. zu Stellung und Funktion des Bundesgerichts etwa KISS/KOLLER, St. Galler Kommentar zu Art. 188 BV, Rz. 8 ff.; KOLLER, Basler Kommentar zu Art. 1 BGG, Rz. 34 ff. je m.H.

[1320] Vgl. KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit, 40.

[1321] Vgl. dazu JÖRG PAUL MÜLLER, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39 (1981), 53-98, insb. 68 ff.

[1322] Vgl. für eine gute und prägnante Übersicht der Funktionen der Verfassungsgerichtsbarkeit TSCHANNEN, Staatsrecht, § 11 Rz. 6 ff. m.H.

In Ausübung dieser Aufgabe nahm sich das Bundesgericht vor über hundert Jahren der Gemeindeautonomie an. Es stellte sie unter seinen Schutz, weil es ihre essentielle Bedeutung für das Staatsganze wie auch für die Freiheit der Menschen erkannte.[1323] Im Laufe der Jahrzehnte entwickelte es ein gemeineidgenössisches Autonomierecht und war darum bemüht, auch bei sich wandelnden Bedingungen einen effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten. Dazu ist das Bundesgericht nach dem Aufstieg der Gemeindeautonomie zum Grundprinzip der Bundesverfassung weiterhin, ja in noch ausgeprägterem Masse verpflichtet als bisher. Die Gemeindeautonomie ist ein justiziables verfassungsmässiges Recht der Gemeinde wie auch ein objektives, fundamentales Gestaltungsprinzip für das gesamte Staatswesen. Dieser Doppelcharakter entspricht der Doppelfunktion der Verfassungsgerichtsbarkeit: Der Schutz der Gemeindeautonomie dient dem individuellen Interesse der Gemeinde und ihrer Einwohner, aber auch dem öffentlichen Interesse an der Entfaltung dieses Verfassungsprinzips.[1324]

Das Bundesgericht ist als oberste Hüterin der Gemeindeautonomie verfassungsrechtlich verpflichtet (Art. 189 Abs. 1 lit. e BV), dieses Recht der Gemeinden zu *schützen* und zu *konkretisieren*. Es muss dem Rechtsprinzip im Rechtsleben Gestaltungskraft verschaffen und seinen Grundgedanken zum Durchbruch verhelfen.[1325] Die Gemeindeautonomie ist als Programm und Prinzip im Verfassungstext verankert worden. Soll sie nicht zufolge des rechtlichen und sozialen Wandels mit der Zeit ihre Gestaltungskraft verlieren, muss das Bundesgericht im Rahmen seines funktionellen Zuständigkeitsbereichs durch *Neukonkretisierung der Autonomiegarantie* seinen Teil dazu beitragen, dass diese ihre Schutzwirkung auch unter geänderten Bedingungen entfalten kann.[1326] Wie eine solche Neuinterpretation nach der hier vertretenen Sicht auszusehen hat, wurde erörtert (§ 16). Welche Auswirkungen dies auf das Verfahren der Autonomiebeschwerde zeitigt, wird im Folgenden dargelegt.

Das folgende Kapitel ist auf Gemeinden zugeschnitten, die ihr verfassungsmässiges Autonomierecht vor Bundesgericht durchsetzen. Dies ist nicht als Aufforderung zu verstehen, Streitigkeiten stets bis vor Bundesgericht zu tragen. Im Gegenteil: Jede Gemeinde, die ihre Selbständigkeit vor Bundesgericht verteidigen will, muss wissen, dass das Bundesgericht regelmässig keine umfassende Prüfung vornimmt und eine

[1323] Es war dies eine seiner „intuitiv richtigen, fundamentalen Entscheidungen“; IMBODEN, Gemeindeautonomie, 98; s. zur geschichtlichen Entwicklung vorne, Teil 1§ 2.VII.

[1324] Vgl. zu dieser Doppelfunktion etwa KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit, 43.

[1325] Vgl. KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit, 135 ff.

[1326] I.d.S. zum Grundrechtsschutz durch das Bundesgericht KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit, 146 f.

erdrückende Mehrzahl der ihm unterbreiteten Fälle abweist.[1327] Der Entscheid, das Bundesgericht anzurufen, sollte nicht leichtfertig getroffen werden. Die Gemeinden müssen sich darüber im Klaren sein, dass ihre Autonomie *primär durch die kantonale Rechtspflege geschützt* wird. Die Bedeutung des bundesgerichtlichen Rechtsschutzes rührt nicht von jenen ausserordentlichen Fällen her, die zur Aufhebung eines kantonalen Entscheids führen, sondern sie liegt in der *präventiven Wirkung* der allgemeinen Überzeugung, dass am Ende eine ausserhalb der Kantonsgrenzen stehende, unabhängige richterliche Instanz die Gemeindeautonomie schützen wird.[1328]

Im ersten Schritt wird der Ablauf des Verfahrens vor Bundesgericht dargestellt (B). Anschliessend werden die Prozessvoraussetzungen (C) und das Prüfprogramm (D) der Autonomiebeschwerde erörtert. Zum Schluss werden die wichtigsten Kognitionsregeln zusammengefasst (E).

B. Das Beschwerdeverfahren

1. Beschwerdeart

Während bis vor wenigen Jahren staatsrechtliche Beschwerde zu führen war (Art. 84 Abs. 1 lit. a OG),[1329] können die Gemeinden heute eine Verletzung ihrer Autonomie mit *Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten* (Art. 82 ff. BGG) geltend machen. Die Gemeindeautonomie wurde in Art. 189 Abs. 1 lit. e BV wegen der traditionellen Bedeutung der Autonomiebeschwerde und ihrer prozeduralen Besonderheiten als besonderer Beschwerdegrund verankert. Diese Studie vertritt die Sicht, die Gemeindeautonomie sei eine Garantie der Bundesverfassung; somit könnte auch auf Art. 189 Abs. 1 lit. a BV (Verletzung von Bundesrecht) abgestellt werden. Sofern sich die Gemeinde auf eine unmittelbar anwendbare Chartagarantie beruft, ist zudem Art. 189 Abs. 1 lit. b BV (Verletzung von Völkerrecht) einschlägig. Letztlich erscheint indes Art. 189 Abs. 1 lit. e BV als lex specialis für die Gemeindeautonomie.

In der gesetzlichen Liste der Beschwerdegründe wird die Gemeindeautonomie nicht eigens erwähnt. Nach der hier vertretenen Sicht ist Art. 95 lit. a BGG anwendbar (Verletzung von Bundesrecht). Nach der traditionellen Sicht fällt die Autonomiebeschwer-

[1327] Vgl. AUER, Verfassungsgerichtsbarkeit, 301; FRIDOLIN WALTHER, Auswirkungen des BGG auf die Anwaltschaft/Parteivertretung, in: Ehrenzeller/Schweizer (Hrsg.), Bundesrechtspflege, 353.

[1328] Vgl. AUER, Verfassungsgerichtsbarkeit, 301; GEIGER, Gemeindeautonomie, 206.

[1329] Vgl. dazu KÄLIN, Beschwerde, 189 ff.; ausführlich zur staatsrechtlichen Beschwerde wegen Verletzung der Gemeindeautonomie DILL, Gemeindeautonomie, *passim*.

de unter Art. 95 lit. c BGG (Verletzung kantonaler verfassungsmässiger Rechte).[1330] Die besondere Erwähnung der Gemeinden bei der Regelung der Beschwerdelegitimation (Art. 89 Abs. 2 lit. c BGG) zeigt, dass in jedem Fall Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erhoben werden kann. Stellt sich den Gemeinden der Ausnahmekatalog des Art. 83 BGG in den Weg, können sie auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde zurückgreifen (Art. 113 ff. BGG). Angesichts der bisher üblichen Streitkonstellationen dürfte es selten, am ehesten in Einbürgerungs- und Submissionssachen (Art. 83 lit. b und f BGG), dazu kommen.[1331]

Die folgende Erörterung geht vom Normalfall aus, dass Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erhoben werden kann. Besteht darüber eine Unsicherheit, kann die Gemeinde in der gleichen Rechtsschrift sowohl ordentliche Beschwerde als auch Verfassungsbeschwerde einreichen (Art. 119 BGG).[1332] Die folgenden Ausführungen gelten sinngemäss, wenn nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde möglich ist (vgl. Art. 114 und 117 BGG). Ein wichtiger Unterschied ist indessen, dass nur *kantonale Entscheide* als Anfechtungsobjekt der subsidiären Verfassungsbeschwerde in Frage kommen (vgl. Art. 113 BGG).

2. Verfahrensbeteiligte

2.1 Gemeinde als Beschwerdeführerin

Bei einer Autonomiebeschwerde tritt *in der Regel die Gemeinde* als Beschwerdeführerin auf. Gemeinden sind ohne Weiteres partei- und prozessfähig (jedoch nicht ihre einzelnen Organe).[1333] Der Gemeinderat vertritt die Gemeinde nach aussen und ist generell befugt, für die Gemeinde Beschwerde zu führen. Nur wenn das kantonale oder kommunale Recht dies vorsieht, ist eine Zustimmung der Gemeindeversammlung oder des Gemeindeparlaments nötig.[1334] Die Gemeinde, bzw. der Gemeinderat, kann eine

[1330] Vgl. nur SCHOTT, Basler Kommentar zu Art. 95 BGG, Rz. 59.

[1331] Vgl. TSCHANNEN, Staatsrecht, § 17 Rz. 21.

[1332] Vgl. BIAGGINI, Basler Kommentar zu Art. 119 BGG, Rz. 1 ff. Selbst wenn eine Gemeinde dies unterlässt und ihr Rechtsmittel falsch bezeichnet, muss das Bundesgericht gestützt auf das Verbot des überspitzten Formalismus (Art. 29 Abs. 1 BV) eine Umdeutung vornehmen; vgl. MERZ, Basler Kommentar zu Art. 42 BGG, Rz. 10.

[1333] Vgl. Art. 11 ZGB; Art. 71 BGG; Art. 14 BZP; SUTER, Rechtsschutz, 22 und 29; PFISTERER, Gemeinden, 198; DILL, Gemeindeautonomie, 134 m.H.

[1334] Diese Zustimmung kann auch nachträglich erfolgen; vgl. DILL, Gemeindeautonomie, 134; BGE 116 Ia 252 E. 2, 255; 103 Ia 468 E. 1, 472.

Parteivertreterin bestimmen, die nicht zwingend Anwältin sein muss.[1335] Es können sich auch andere öffentlich-rechtliche Körperschaften auf die Gemeindeautonomie berufen (s. hinten, C.2).

Falls mehrere Gemeinden vom angefochtenen Akt betroffen sind, können sie eine Streitgenossenschaft bilden und gemeinsam Beschwerde führen. Private können als Mitbeteiligte mit der Gemeinde Beschwerde führen (s. jedoch hinten, C.2.4). Das Bundesgericht kann getrennte Beschwerden, die sich gegen den gleichen Hoheitsakt richten, vereinigen und im gleichen Verfahren behandeln.[1336]

2.2 Beschwerdegegner

Der beschwerdeführenden Gemeinde steht das Gemeinwesen (i.d.R. der Kanton) gegenüber, dessen Hoheitsakt angefochten wird. Dieses Gemeinwesen wird durch das Organ vertreten, von welchem der angefochtene Entscheid oder Erlass ausgegangen ist. Dabei handelt es sich in der Regel um das kantonale obere Gericht, das kantonale Parlament oder den Regierungsrat.[1337] Dieser Behörde steht das Recht zu, eine Vernehmlassung einzureichen (Art. 101 BGG). Als Beschwerdegegner wird in der Praxis sodann regelmässig auch der Private bezeichnet, welcher der Gemeinde im vorinstanzlichen Verfahren gegenüberstand. Dieser Private ist vom Ausgang des bundesgerichtlichen Verfahrens betroffen und kann deshalb ebenfalls eine Vernehmlassung abgeben und seinen Rechtsstandpunkt darlegen.[1338]

3. Beschwerdefrist

Die Beschwerde gegen einen *Entscheid* ist innert 30 Tagen nach der Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheids (inklusive Begründung), die Beschwerde gegen einen Erlass innert 30 Tagen nach dessen Veröffentlichung beim Bundesgericht

---

1335 Art. 40 BGG im Umkehrschluss. Die Gemeinde wird durch die Bestellung einer Parteivertreterin nicht gehindert, selbständig Prozesshandlungen vorzunehmen; vgl. MERZ, Basler Kommentar zu Art. 40 BGG, Rz. 12; DILL, Gemeindeautonomie, 135.

1336 Vgl. zum ganzen RUDIN, Basler Kommentar zu Art. 52 BGG, Rz. 18 m.H. auf Art. 71 BGG und Art. 24 BZP (Begriff der Streitgenossen); vgl. DILL, Gemeindeautonomie, 135 m.H.

1337 Vgl. etwa BGE 135 I 43 (Kanton St. Gallen, vertreten durch die Regierung); 133 I 128 (Verfassungsgericht des Kantons Waadt); 131 I 91 (Staatsrat und Grosser Rat des Kantons Wallis); 129 I 290 (Regierung des Kantons Graubünden); vgl. auch DILL, Gemeindeautonomie, 135 m.w.H.

1338 Vgl. z.B. die Beschwerde der Stadt St. Gallen gegen die GSOA Schweiz und das Sicherheits- und Justizdepartement des Kantons St. Gallen, BGE 135 I 302, oder jene der Gemeinde Arosa gegen die Plakanda AWI AG, A. und das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden, BGE 128 I 3; zu dieser besonderen Konstellation vgl. auch DILL, Gemeindeautonomie, 136.

einzureichen (Art. 100 f. BGG).[1339] Die Beschwerde muss in jedem Fall innerhalb dieser Rechtsmittelfrist eingereicht werden, und zwar bereits einschliesslich der Begründung. Eine Fristverlängerung ist ausgeschlossen (Art. 47 Abs. 1 BGG).

4. Beschwerdeschrift

4.1 Form und Inhalt

Die Beschwerde ist in einer Amtssprache abzufassen und schriftlich einzureichen. Sie hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten (Art. 42 Abs. 1 BGG) und muss vom vertretungsberechtigten Organ der Gemeinde, i.d.R. also vom Gemeinderat, oder aber von der bevollmächtigten Parteivertreterin eigenhändig unterschrieben werden. Der angefochtene Entscheid, die verfügbaren Urkundenbeweise sowie die Vollmacht der Parteivertreterin sind der Rechtsschrift beizulegen.[1340]

Die Beschwerde muss folgende Punkte beinhalten:[1341]

- Name der beschwerdeführenden Gemeinde;
- Gegebenenfalls Name und Adresse der Parteivertreterin;
- Bezeichnung des angefochtenen Erlasses bzw. Entscheids;
- Begehren (s. hinten, 4.2);
- Darstellung der wesentlichen Tatsachen;
- Ausdrückliche Rüge, die Gemeindeautonomie (und allenfalls weitere verfassungsmässige Rechte) sei verletzt;[1342]

[1339] Vgl. allgemein zu Beginn, Ende und Berechnung der Fristen Art. 44 ff. BGG. Als Zeitpunkt der Veröffentlichung eines kantonalen Erlasses gilt dessen Publikation und die Feststellung, dass derselbe zustande gekommen ist und damit in Kraft treten kann (Erwahrungsbeschluss); vgl. AEMISEGGER/SCHERRER, Basler Kommentar zu Art. 101 BGG, Rz. 1.

[1340] Vgl. Art. 40 sowie Art. 42 Abs. 1 und 3 BGG. Die Gemeinde kann einen Prozess vor Bundesgericht auch selber führen. Freilich ist es in Fällen von einem gewissen Gewicht sicherlich ratsam, sich von einer Anwältin vertreten zu lassen. Diese hat sich durch eine vom vertretungsberechtigten Organ der Gemeinde unterzeichneten Vollmacht auszuweisen. Es genügt i.d.R., eine *Fotokopie* der verfügbaren Urkunden und des Entscheids beizulegen; vgl. MERZ, Basler Kommentar zu Art. 42 BGG, Rz. 25 ff. Das BGG erlaubt auch die elektronische Einreichung von Rechtsschriften, verlangt aber eine anerkannte digitale Signatur und ein besonderes Format; vgl. Art. 42 Abs. 4 BGG; BÜHLER, Basler Kommentar zu Art. 42 BGG, Rz. 78 ff.

[1341] Vgl. insb. Art. 42 und Art. 106 BGG; MERZ, Basler Kommentar zu Art. 42 BGG, Rz. 8 ff.; SPÜHLER/DOLGE/VOCK, Kurzkommentar zu Art. 42 BGG, Rz. 2 ff, und zu Art. 106 BGG, Rz. 2; unter Geltung des OG ähnlich DILL, Gemeindeautonomie, 138.

[1342] Dabei sollte jeweils sowohl Art. 50 Abs. 1 BV als auch die kantonale Garantie erwähnt werden. Beruft sich die Gemeinde auf weitere verfassungsmässige Rechte wie etwa die Rechtsgleichheit, Art. 8 Abs. 1 BV, oder das Willkürverbot, Art. 9 BV, sind diese ebenfalls zu erwähnen.

- Qualifizierte Begründung (s. hinten, 4.3);
- Angabe und Beilage der Beweismittel und des angefochtenen Entscheids;
- Unterschrift.

Zudem sollte die Beschwerdeschrift den oder die Beschwerdegegner und allfällige weitere Verfahrensbeteiligte nennen sowie in gedrängter Form Ausführungen zu den wichtigsten Prozessvoraussetzungen enthalten.[1343]

4.2 Begehren

Heisst das Bundesgericht die Beschwerde gut, kann es entweder in der Sache selbst (reformatorisch) entscheiden, oder aber es weist diese zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurück (kassatorischer Entscheid). Das Bundesgericht ist an die im Verfahren gestellten Begehren gebunden und darf den Parteien nicht mehr und nicht anderes zuerkennen, als sie beantragt haben (Art. 107 BGG).[1344]

Die Gemeinde muss in der Beschwerdeschrift einen *präzisen Antrag* zur Sache stellen. Ficht sie beispielsweise nur Teile eines kantonalen Erlasses an, so sind die beanstandeten Artikel gesondert anzugeben. Es empfiehlt sich, als Hauptantrag das zu verlangen, was die Gemeinde letztlich von der Gegenpartei (i.d.R. dem Kanton) will, und als Eventualantrag einen Aufhebungs- und Rückweisungsantrag zu stellen. Richtet sich die Beschwerde gegen einen kantonalen Erlass (Art. 82 lit. b BGG), kann nur dessen Aufhebung beantragt werden. In jedem Fall muss sich die Gemeinde an den Rahmen ihrer bei der Vorinstanz gestellten Anträge halten (Art. 99 Abs. 2 BGG).[1345]

Die Gemeinde kann sodann auch den Erlass vorsorglicher Massnahmen beantragen und Beweisanträge stellen (s. hinten, 5.2 und 5.3).

4.3 Begründung

In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt (Art. 42 Abs. 2 BGG). Im Falle der Gemeindeautonomie gilt wie bei den Grundrechten ein *qualifiziertes Rügeprinzip*: Das Bundesgericht prüft diese Art

---

[1343] Die Prozessvoraussetzungen werden vom Bundesgericht von Amtes wegen geprüft. Dennoch empfehlen sich diesbezügliche Ausführungen, insb. zur Legitimation, vordringlich für Nicht-Gemeinden; s. hinten, Teil 4§ 18.IV.C.2; vgl. DILL, Gemeindeautonomie, 138 ff.

[1344] Vgl. dazu MEYER, Basler Kommentar zu Art. 107 BGG, Rz. 1 ff.

[1345] Vgl. MERZ, Basler Kommentar zu Art. 42 BGG, Rz. 16 f.; AEMISEGGER/SCHERRER, Basler Kommentar zu Art. 82 BGG, Rz. 67; DILL, Gemeindeautonomie, 138.

von Rechtsverletzungen nur, sofern und soweit eine entsprechende Rüge in der Beschwerde vorgebracht und hinreichend begründet wurde.[1346] Die Gemeinde sollte das Begründungserfordernis nicht unterschätzen und ihre Argumente nicht weitschweifig,[1347] aber *klar und detailliert* in ihrer Rechtsschrift darlegen. Andernfalls geht sie das Risiko ein, dass das Bundesgericht auf ihre Beschwerde nicht eintritt.[1348]

Das Bundesgericht geht i.d.R. vom Sachverhalt aus, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Es steht der Gemeinde frei, den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt ausdrücklich anzuerkennen und auf den angefochtenen Akt oder andere eingereichte Akten zu verweisen.[1349] Die Gemeinde sollte aber trotzdem, schon aus prozesstaktischen Gründen, in der Begründung in einem ersten Schritt in gedrängter Form den entscheidrelevanten Sachverhalt aus ihrer eigenen Sicht und in ihren eigenen Worten darlegen. Will die Gemeinde die Feststellung des Sachverhalts durch die Vorinstanz rügen, muss sie darlegen, inwiefern die Erhebung oder die Würdigung des Sachverhalts oder die daraus gezogenen Schlüsse offensichtlich unrichtig sind oder auf einer Rechtsverletzung beruhen und warum die Behebung dieses Mangels für das Verfahren entscheidend ist.[1350] Neue Tatsachen und Beweismittel darf die Gemeinde nur insofern vorbringen, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gegeben hat (Art. 99 Abs. 1 BGG).[1351]

Die Begründungspflicht erstreckt sich auf die Frage der *Legitimation*.[1352] Soweit sich eine Gemeinde auf die Gemeindeautonomie beruft, ist sie nach der bundesgerichtlichen Praxis ohne Weiteres zur Beschwerde legitimiert. Es genügt, dass sie durch den

---

1346 So schon die Rechtslage unter Geltung des OG, vgl. DILL, Gemeindeautonomie, 139 m.H. auf die bundesgerichtliche Praxis. Die heutige Regelung in Art. 106 Abs. 2 BGG bezieht sich ihrem Wortlaut zufolge nur auf Grundrechte und kantonales und interkantonales Recht. Diese Bestimmung ist jedoch m.E. sinngemäss auf die (bundes)verfassungsmässige Autonomiegarantie anwendbar, weil es sich um ein subjektives Recht (der Gemeinde) handelt, so dass es Sache der betroffenen Gemeinde ist, eine Autonomieverletzung geltend zu machen oder darauf zu verzichten; vgl. die Begründung in Botschaft Bundesrechtspflege, 4344.

1347 Die Begründung darf nicht übermässig weitschweifig sein. In diesem Fall kann sie mit einer angemessenen Frist zur Änderung zurückgewiesen werden; vgl. Art. 42 Abs. 5 f. BGG.

1348 Vgl. MERZ, Basler Kommentar zu Art. 42 BGG, Rz. 38 ff. und 54.

1349 Vgl. MERZ, Basler Kommentar zu Art. 42 BGG, Rz. 56; DILL, Gemeindeautonomie, 139.

1350 Vgl. Art. 105 sowie Art. 97 Abs. 1 i.V.m. Art. 95 BGG. Näheres bei MERZ, Basler Kommentar zu Art. 42 BGG, Rz. 63 f. m.H.; MEYER, Basler Kommentar zu Art. 105 BGG, Rz. 15 ff.

1351 Die rechtssuchende Gemeinde kann mithin nicht dem Bundesgericht erstmals Behauptungen oder Beweismittel unterbreiten, die vorzutragen oder einzureichen sie im vorinstanzlichen Verfahren einerseits prozessual Gelegenheit und andererseits nach Treu und Glauben Anlass gehabt hat; vgl. weiterführend MEYER, Basler Kommentar zu Art. 99 BGG, Rz. 40 ff.

1352 Vgl. BGE 133 II 249 E. 1.1, 251; MERZ, Basler Kommentar zu Art. 42 BGG, Rz. 70.

angefochtenen Akt in ihrer Stellung als Hoheitsträgerin berührt ist.[1353] Wenn dies offensichtlich der Fall ist, erübrigen sich ausführliche Erörterungen. Solche sind jedoch geboten, wenn die Gemeinde damit rechnen muss, dass sie sich allenfalls ausserhalb des Schutzbereichs der Gemeindeautonomie bewegt und ihre Beschwerde (beispielsweise wegen Verletzung der Art. 8, 9 oder 29 BV) nur auf Art. 89 Abs. 1 BGG stützen kann.[1354] Ausführungen zur Legitimation empfehlen sich sodann für *andere öffentlich-rechtliche Körperschaften*. Diese sollten hinreichend detailliert darlegen, inwiefern ihnen das kantonale Recht ein Selbstbestimmungsrecht einräumt, das mit jenem der Gemeinde vergleichbar ist.[1355]

Die Gemeinde muss sich anschliessend vertieft mit dem angefochtenen Akt auseinandersetzen. Eine appellatorische Kritik genügt nicht. Sie muss *substantiiert* darlegen, weshalb der angefochtene Akt unrechtmässig in ihre Autonomie eingreift, und sich sachbezogen mit der Begründung des angefochtenen Entscheids der Vorinstanz (so es eine solche gibt) auseinandersetzen.[1356]

Es empfiehlt sich, entsprechend dem *Prüfschema bei Autonomiebeschwerden* in einem ersten Schritt zu begründen, weshalb der *Schutzbereich der Autonomiegarantie* betroffen ist, d.h. – nach der hier vertretenen Auffassung – inwiefern seitens der Gegenpartei in die Aufgaben, die Eigenverantwortung, die Mitwirkungsrechte oder in den Bestand der Gemeinde eingegriffen wurde.[1357] War dies im vorinstanzlichen Verfahren nicht umstritten und ist die Rechtslage klar, so muss darauf nur kurz eingegangen werden. Grundsätzlich sollte die Gemeinde jedoch *aus ihrer Sicht* und *detailliert* darlegen, weshalb sie sich durch den angefochtenen Akt in ihrem *selbständigen Gestaltungsspielraum* getroffen sieht. Dabei sollte sie alle Rechtsnormen, die ihrer Ansicht nach im konkreten Fall den geschützten Autonomiebereich bestimmen, angeben.[1358] Sie sollte sich sowohl auf Art. 50 Abs. 1 BV als auch auf die kantonale(n) Garantie(n) berufen. Letzteres gilt besonders dann, wenn die Gemeinde argumentiert, der kantonalen Gewährleistung komme eine eigenständige Tragweite zu. Die Gemeinde muss auch

[1353] Vgl. BGE 135 I 43 E. 1.2, 45; SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH, Bundesgerichtsgesetz, Art. 89 Rz. 58; DONZALLAZ, Commentaire, Rz. 3158.

[1354] S. zur Grundrechtsträgerschaft der Gemeinden vorne, Teil 3§ 12.VI.B.3, und zum Verhältnis der Art. 89 Abs. 1 und 2 hinten, Teil 4§ 18.V.

[1355] Vgl. DILL, Gemeindeautonomie, 140; WALDMANN, Basler Kommentar zu Art. 89 BGG, Rz. 59; s. hinten, Teil 4§ 18.IV.C.2.2 f.

[1356] Vgl. MERZ, Basler Kommentar zu Art. 42 BGG, Rz. 52.

[1357] S. vorne, Teil 3§ 16.V.D.2.

[1358] Vgl. DILL, Gemeindeautonomie, 42 ff.

die Chartagarantien, auf die sie sich beruft, und jene kantonalen Rechtsnormen, die den selbständigen kommunalen Gestaltungsspielraum im konkreten Fall näher ausgestalten, benennen. Der Begründungspflicht kommt verstärkte Bedeutung zu, falls die Gemeinde einen erheblichen Gestaltungsspielraum bei der Anwendung des kantonalen oder eidgenössischen Rechts geltend macht. In diesem Fall sollte sie darlegen, inwiefern ihr ein *quantitativ erheblicher* Gestaltungsspielraum zusteht, der *zweckgerichtet* ist, d.h. wesentlich zur Erfüllung der verschiedenen Funktionen der Gemeindeautonomie beiträgt (s. vorne, Teil 3§ 16.V.D).

In einem zweiten Schritt muss die Gemeinde klar und detailliert darlegen, weshalb *zu Unrecht* in den Schutzbereich der Gemeindeautonomie eingegriffen wurde.[1359] Dabei kann sie die Eingriffsschranken (s. vorne, Teil 3§ 16.V.E) Schritt für Schritt abhandeln. Alternativ kann es zweckdienlich sein, ausdrücklich einen der „klassischen Fälle" einer Autonomieverletzung wie etwa die Missachtung der Tragweite eines verfassungsmässigen Rechts durch eine kantonale Behörde geltend zu machen.[1360] Die Gemeinde muss bei ihren Vorbringen stets im Auge behalten, dass das Bundesgericht die richtige Anwendung des kantonalen einfachen Rechts nur unter dem Gesichtswinkel der Willkür prüft (s. hinten, E). Es hilft ihr bei solchen Streitigkeiten also wenig, wenn sie ausführlich darlegt, wie der ihrer Ansicht nach richtige Entscheid der kantonalen Behörde ausgesehen hätte. Sie muss vielmehr substantiiert darlegen können, weshalb der kantonale Entscheid *sachlich unhaltbar* ist.[1361]

Falls die Gemeinde zusätzlich die Verletzung weiterer verfassungsmässiger Rechte wie etwa das Rechtsgleichheitsgebot rügt, muss sie auch bei der Begründung dieser Rügen die qualifizierten Anforderungen des Art. 106 Abs. 2 BGG beachten.[1362]

[1359] Vgl. BGE 133 I 128 E. 3.3, 131 f.; 131 I 91 E. 3.1, 95; 129 I 290 E. 2.3, 295 m.H.; DILL, Gemeindeautonomie, 87; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 17 Rz. 15 f.

[1360] Vgl. statt vieler BGE 135 I 302 E. 1.2, 305; s. zu den weiteren klassischen „Tatbeständen der Autonomieverletzung" vorne, Teil 3§ 12.VI.A.1.4, sowie ausführlich – jedoch nur noch bedingt aktuell – DILL, Gemeindeautonomie, 85 ff.

[1361] Vgl. auch DILL, Gemeindeautonomie, 140 m.H.

[1362] Vgl. für einen exemplarischen Fall des Nichteintretens BGE 2C_609/2007, E. 2; zu den Anforderungen z.B. BGE 133 II 249 E. 1.4.2, 254; 133 III 393 E. 6, 397.

5. Instruktionsstadium

Das Instruktionsstadium umfasst den Schriftenwechsel, den Entscheid über allfällige vorsorgliche Massnahmen und, soweit erforderlich, das Beweisverfahren.[1363]

5.1 Schriftenwechsel

Der Schriftenwechsel (Art. 102 BGG) dient dem Anspruch auf rechtliches Gehör der Gegenpartei und den prozessualen Mitwirkungsrechten.[1364] Soweit erforderlich stellt das Bundesgericht die Beschwerde der Vorinstanz, der Beschwerdegegnerin und allfälligen weiteren Beteiligten zu und setzt ihnen Frist zur Einreichung einer Vernehmlassung und der Akten.[1365] Ein weiterer Schriftenwechsel findet in der Regel nicht statt. Ein solcher ist aber durchzuführen, wenn sich dies aus Gründen des rechtlichen Gehörs gebietet. Der Gemeinde ist deshalb die Möglichkeit einzuräumen, ihren Standpunkt zu den Vorbringen in der Vernehmlassung vorzutragen. Hält die Gemeinde eine Stellungnahme für erforderlich, so muss sie diese dem Bundesgericht unverzüglich beantragen oder sogleich einreichen. Die Gemeinde sollte von dieser Möglichkeit Gebrauch machen, falls die Vernehmlassung der Gegenpartei aus ihrer Sicht neue Argumente enthält, zu denen sie sich noch nicht geäussert hat.[1366]

5.2 Vorläufiger Rechtsschutz

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist grundsätzlich nicht mit aufschiebender Wirkung ausgestattet. Die Instruktionsrichterin kann jedoch von Amtes wegen oder auf Antrag einer Partei die aufschiebende Wirkung gewähren oder andere vorsorgliche Massnahmen treffen, den bestehenden Zustand zu erhalten oder bedrohte Interessen einstweilen sicherzustellen (Art. 103 f. BGG). In Betracht kommen alle geeigneten Sicherungs-, Regelungs-, Leistungs- und Beweissicherungsmassnahmen. Stellt die beschwerdeführende Gemeinde entsprechende Anträge, muss sie diese begründen und darlegen, weshalb es die Schaffung von „faits accomplis“ zu vermeiden

[1363] Art. 32 sowie Art. 102 ff. BGG; vgl. HÄRRI, Basler Kommentar zu Art. 32 BGG, Rz. 1 ff.; DILL, Gemeindeautonomie, 141.

[1364] Vgl. MEYER, Basler Kommentar zu Art. 102 BGG, Rz. 1 f.

[1365] Vgl. Art. 100 f. BGG. Die Vernehmlassung der Gegenpartei muss grundsätzlich den Anforderungen des Art. 42 BGG genügen; freilich trifft sie keine Pflicht, sich zu äussern; vgl. MERZ, Basler Kommentar zu Art. 42 BGG, Rz. 8.

[1366] Vgl. dazu MEYER, Basler Kommentar zu Art. 102 BGG, Rz. 22 ff. m.H.

gilt oder das Rechtsverhältnis einer vorläufigen Ordnung bedarf, bis die Rechtslage durch das Urteil in der Hauptsache geklärt ist.[1367]

5.3 Beweisverfahren

Das Bundesgericht legt seinem Urteil grundsätzlich den Sachverhalt zu Grunde, den die Vorinstanz festgestellt hat. Es kann die Sachverhaltsfeststellung aber berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung beruht (Art. 105 BGG). Die Instruktionsrichterin nimmt dann die nötigen Beweismassnahmen selbst vor oder überträgt sie der zuständigen Behörde. Das Verfahren richtet sich nach dem Bundeszivilprozess.[1368] Es gelten der Grundsatz der freien Beweiswürdigung und die Untersuchungsmaxime. Beweisanträge der Parteien sind indes zulässig. Bei Autonomiebeschwerden kommt vordringlich das Beweismittel des Augenscheins sowie allenfalls der Beizug eines Sachverständigen in Frage.[1369] Die Gemeinde ist wie ihre Gegenpartei berechtigt, der Beweiserhebung beizuwohnen und in Urkunden Einsicht zu nehmen (Art. 56 Abs. 1 BGG).

6. Entscheidstadium

6.1 Verfahren

Die öffentlich-rechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts entscheiden grundsätzlich in Dreierbesetzung über Autonomiebeschwerden.[1370] Zur Anwendung gelangt in der Praxis im Normalfall das Aktenzirkulationsverfahren. Der Abteilungspräsident *muss* aber eine mündliche und öffentliche Beratung anordnen, wenn sich aufgrund der erstmaligen Aktenzirkulation keine Einigung ergibt. Er *kann* zudem – wie jede Richterin – eine mündliche Beratung verlangen und sollte dies auch bei Einstimmigkeit tun, wenn Streitsachen von Bedeutung verhandelt werden.[1371] Im Kontext der Gemeindeau-

[1367] Vgl. zu den Zielrichtungen und zu den Arten der vorsorglichen Massnahmen MEYER, Basler Kommentar zu Art. 104 BGG, Rz. 2 ff.

[1368] Vgl. Art. 55 BGG m.H. auf Art. 36, 37 und 39-65 BZP; weiterführend GELZER, Basler Kommentar zu Art. 55 BGG, Rz. 1 ff. m.H.

[1369] Vgl. Art. 55 ff. BZP; DILL, Gemeindeautonomie, 142 f.; BGE 118 Ia 446 E. 4, 456 (Augenschein); 104 Ia 120 E. 3c, 129 f. (Augenschein).

[1370] Vgl. Art. 20 Abs. 1 BGG; vgl. indessen Art. 20 Abs. 2 BGG (Fünferbesetzung auf Antrag eines Richters oder bei Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung) sowie Art. 108 f. BGG (zwei verschiedene Varianten eines vereinfachten Verfahrens bei Nichteintretensentscheiden wegen offensichtlich unzulässigen Beschwerden [Art. 108 BGG] sowie bei Beschwerden, die offensichtlich begründet oder unbegründet sind [Art. 109 BGG]).

[1371] Vgl. Art. 58 f. BGG sowie insb. HEIMGARTNER/WIPRÄCHTIGER, Basler Kommentar zu Art. 58 BGG, Rz. 6 ff.

tonomie sollten insbesondere Beschwerden gegen kantonale Erlasse, die den Gestaltungsspielraum der Gemeinden erheblich einschränken, und Beschwerden gegen Zwangsfusionen öffentlich verhandelt werden. Dies dient der Information der Öffentlichkeit und der Kontrolle der Justiz, erhöht die Chancen auf einen fairen Entscheid und schafft eine wichtige Voraussetzung dafür, dass sich die unterlegene Partei ernst genommen fühlt und den Gerichtsentscheid akzeptieren kann.[1372]

6.2 Entscheid

Das Verfahren wird durch Abschreibungsbeschluss (Art. 32 Abs. 2 BGG), durch Nichteintretensentscheid[1373] oder durch einen Entscheid in der Sache selbst (Sachurteil) erledigt, der auf ganz oder teilweise Abweisung oder Gutheissung der Beschwerde lauten kann. Im letzteren Fall, d.h. wenn das Bundesgericht eine Autonomieverletzung feststellt, entscheidet das Gericht in der Sache selbst (reformatorisch) oder weist diese zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz oder direkt an die erste Instanz zurück (Art. 107 Abs. 2 BGG).[1374] Der Entscheid wird entsprechend den formellen Anforderungen des Art. 60 BGG eröffnet und erwächst am Tag seiner Ausfällung in Rechtskraft (Art. 61 BGG).

6.3 Kosten

Das Bundesgericht entscheidet von Amtes wegen über die Tragung der Gerichts- und Parteikosten.[1375] Die Gemeinden sind in der Regel von Gerichtskosten befreit, sofern sie in ihrem amtlichen Wirkungskreis handeln und nicht ausschliesslich im Interesse ihres Finanzvermögens prozessieren (Art. 66 Abs. 4 BGG). Ansonsten werden sie nur kostenpflichtig, wenn sie ihren Prozess mutwillig oder trölerisch führen.[1376]

Das Bundesgericht geht mit dieser Regel recht kreativ um und auferlegt den unterliegenden Gemeinden in gewissen Fällen die Prozesskosten ohne jede Begründung, auch

---

[1372] I.d.S. auch HEIMGARTNER/WIPRÄCHTIGER, Basler Kommentar zu Art. 58 BGG, Rz. 26 f.

[1373] Ist eine Prozessvoraussetzung nicht erfüllt, tritt das Bundesgericht von Amtes wegen auf die Beschwerde nicht ein; vgl. insb. Art. 108 f. BGG.

[1374] Das Bundesgericht sollte i.d.R. reformatorisch entscheiden, soweit dies im Einzelfall nach der konkreten Sach- und Rechtslage möglich ist, die Vorinstanz keinen Entscheidungsspielraum mehr hat und keine ergänzenden Abklärungen notwendig sind. Sind kantonale Erlasse angefochten, kommt einzig eine Kassation in Frage; vgl. MEYER, Basler Kommentar zu Art. 107 BGG, Rz. 12 ff.; SPÜHLER/DOLGE/VOCK, Kurzkommentar, Art. 107 BGG Rz. 2.

[1375] Vgl. Art. 66 und 68 BGG; GEISER, Basler Kommentar zu Art. 66 BGG, Rz. 5 m.H.

[1376] Vgl. GEISER, Basler Kommentar zu Art. 66 BGG, Rz. 29 f.; DILL, Gemeindeautonomie, 145.

wenn sie nicht ausschliesslich im Interesse ihres Finanzvermögens prozessieren.[1377] Diese Praxis mag darauf zurückzuführen sein, dass eine Kostenbarriere auch im Kontext der Gemeindeautonomie als notwendig erachtet wird. Eine solche ist indessen im Gesetz nicht vorgesehen und darf nicht gleichsam durch die Hintertüre eingeführt werden. Die Gemeinde hat sodann in der Regel keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung, wenn sie in ihrem amtlichen Wirkungskreis obsiegt (Art. 68 Abs. 3 BGG).[1378] Steht einer unterliegenden Gemeinde ein obsiegender Privater gegenüber, so steht diesem dagegen ein Entschädigungsanspruch zu (Art. 68 Abs. 2 BGG).

C. Prozessvoraussetzungen

Das Bundesgericht prüft die Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen (Art. 106 Abs. 1 BGG). Darunter fallen insbesondere das Vorliegen eines anfechtbaren Hoheitsaktes (1.), die Legitimation (2.) sowie die Frage der Subsidiarität (3.).[1379]

1. Anfechtungsobjekt (Art. 82 BGG)

1.1 Entscheide

Die Beschwerde kann sich gegen *Entscheide in Angelegenheiten des öffentlichen Rechts* richten (Art. 82 lit. a BGG). Als Entscheide gelten alle hoheitlichen Anordnungen individuell-konkreter Natur, welche die Beschwerdeführerin zu einem Tun, Unterlassen oder Dulden verpflichten.[1380] Irrelevant ist, ob der Entscheid auf öffentlichem Recht des Bundes oder eines Kantons beruht und ob er von einer kantonalen oder von

---

[1377] Vgl. z.B. BGE 2C_685/2007, E. 5 oder 2C_609/2007, E. 4, wo den beschwerdeführenden Gemeinden, die m.E. nicht ausschliesslich im Interesse ihres Finanzvermögens prozessierten, unter Solidarhaft Gerichtskosten von Fr. 15'000.- (!) auferlegt wurden.

[1378] Kleinere und mittlere Gemeinden, die regelmässig über keinen Rechtsdienst verfügen und auf anwaltliche Prozessvertretung angewiesen sind, sollten jedoch trotzdem Anspruch auf eine Parteientschädigung haben; vgl. GEISER, Basler Kommentar zu Art. 68 BGG, Rz. 21; DILL, Gemeindeautonomie, 145; KÄLIN, Beschwerde, 405. Dies entspricht der früheren Praxis zur Gemeindeautonomie. Die Ausführungen des Bundesgerichts, diese langjährige, unter Geltung des OG entwickelte Praxis lasse sich nicht auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten übertragen, sind nicht überzeugend; vgl. BGE 134 II 117 E. 7, 118.

[1379] Weitere Prozessvoraussetzungen sind insb. die Partei- und Prozessfähigkeit, die Teilnahme am vorinstanzlichen Verfahren, die Einhaltung der Beschwerdefrist und das formelle Genügen der Beschwerdeschrift; vgl. dazu HÄFELIN/HALLER/MÜLLER, Bundesstaatsrecht, Rz. 1935 ff.; SPÜHLER/DOLGE/VOCK, Kurzkommentar, Art. 109 BGG Rz. 1.

[1380] Vgl. zum Begriff des Entscheids WALDMANN, Basler Kommentar zu Art. 82 BGG, Rz. 8 ff; Botschaft Bundesrechtspflege, 4319. Entscheide sind auch Finanzbeschlüsse, unabhängig davon, von welchem Organ (Regierung, Parlament, Volk) sie getroffen werden; vgl. SEILER/VON WERT/GÜNGERICH, Bundesgerichtsgesetz, Art. 82 Rz. 11.

einer eidgenössischen Behörde getroffen wurde.[1381] In Frage kommen *alle hoheitlichen Akte*, also beispielsweise auch Entscheide von öffentlich-rechtlichen Anstalten und selbst Anordnungen Privater, sofern diese vom Bund oder Kanton mit hoheitlicher Gewalt ausgestattet wurden. Die Gemeinde kann sich auch gegen Entscheide von Gemeindeverbänden zur Wehr setzen, wenn diese für die Gemeinden verbindliche Entscheidungen treffen.[1382] Unerheblich ist, von welchem Organ der Entscheid ausgeht. Als Entscheide gelten beispielsweise auch Einzelfallbeschlüsse einer Regierung, eines Parlaments oder des Volks.[1383] Anfechtbar sind Endentscheide, gewisse Vor- und Zwischenentscheide sowie das unrechtmässige Verweigern oder Verzögern eines Entscheids (Art. 90 ff. BGG).[1384]

1.2 Kantonale Erlasse

Die Autonomiebeschwerde kann sich gegen *kantonale Erlasse* richten (Art. 82 lit. b BGG). Diese werden im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle auf ihre Vereinbarkeit mit dem übergeordneten Recht überprüft.[1385] Kantonale Erlasse sind alle vom

---

1381 Die Anrufung der Gemeindeautonomie ist mithin auch gegenüber Entscheiden der Bundesbehörden möglich; vgl. SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH, Bundesgerichtsgesetz, Art. 82 Rz. 6 sowie Art. 89 Rz. 53; WALDMANN, Basler Kommentar zu Art. 89 BGG, Rz. 56. Die dortigen Hinweise, die Gemeindeautonomie sei im Ergebnis gegenüber den Bundesbehörden nach wie vor nicht geschützt, beruhen auf der (in dieser Studie verworfenen) traditionalistischen Sicht der Gemeindeautonomie als kantonale Rechtsfigur. Nicht anfechtbar sind Akte der Bundesversammlung und des Bundesrates (Art. 189 Abs. 4 BV).

1382 Vgl. DILL, Gemeindeautonomie, 158 f.; WALDMANN, Basler Kommentar zu Art. 82 BGG, Rz. 9.

1383 SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH, Bundesgerichtsgesetz, Art. 82 Rz. 10 f.; BGE 131 I 91 E. 1, 93; 130 I 174 E. 1.1, 176. In der Praxis von zentraler Bedeutung ist die Genehmigung kommunaler Verwaltungs- und Rechtsetzungsakte (inkl. Nutzungspläne). Die Gemeinde kann sich gegen Nicht- oder Teilgenehmigungen im Verfahren der Einzelaktanfechtung mit der Rüge der Autonomieverletzung wehren; vgl. AEMISEGGER/SCHERRER, Basler Kommentar zu Art. 82 BGG, Rz. 42; DILL, Gemeindeautonomie, 161 f.

1384 Vgl. dazu z.B. UHLMANN, Basler Kommentar zu Art. 90 ff. BGG. Darüber hinaus kann es im Lichte der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) geboten sein, eine Anfechtungsmöglichkeit auch gegenüber Handlungen ohne Entscheidcharakter vorzusehen, falls diese einem Träger öffentlicher Aufgaben zurechenbar sind, ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis begründen und keine anderweitigen Möglichkeiten des gerichtlichen Rechtsschutzes bestehen. Dies gilt in erster Linie für Realakte, d.h. für Verwaltungshandlungen, die auf die Herbeiführung eines tatsächlichen Erfolgs ausgerichtet sind wie beispielsweise Warnungen, Empfehlungen oder Vollzugshandlungen; vgl. WALDMANN, Basler Kommentar zu Art. 82 BGG, Rz. 13 ff.; weiterführend zum Realakt etwa TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 38 m.H.

1385 *Bundesgesetze* sind für das Bundesgericht nach Art. 190 BV verbindlich. *Verordnungen* der Bundesversammlung, des Bundesrates und der Departemente sind wie kantonale Erlasse im Rahmen der inzidenten Normenkontrolle, d.h. vorfrageweise im Zusammenhang mit einem konkreten Anwendungsfall, überprüfbar.; vgl. AEMISEGGER, Beschwerdegang, 127 f.

Kanton selbst oder von einer dem kantonalen Recht unterstehenden Organisation[1386] stammender *Anordnungen genereller und abstrakter Natur*. Die Autonomiebeschwerde kann sich gegen alle kantonalen Gesetze, Dekrete und Verordnungen und auch gegen interkantonale Erlasse und rechtsetzende Verträge richten.[1387] Die Gemeinden können sodann kantonale Richtpläne, Nutzungspläne und Schutzverordnungen anfechten.[1388] Änderungen von Kantonsverfassungen unterliegen grundsätzlich ausschliesslich der Gewährleistung durch die Bundesversammlung.[1389] Sie können nur anlässlich der Überprüfung eines konkreten Entscheids auf ihre Bundesrechtmässigkeit geprüft werden, wenn das übergeordnete Recht im Zeitpunkt ihrer Gewährleistung noch nicht in Kraft war. Der akzessorischen Prüfung unterstehen auch die Verordnungen des Bundesrates und der Bundesversammlung, dagegen nicht Bundesgesetze.[1390]

1.3 Ausnahme: Art. 113 BGG

Kann die Gemeinde in einem Ausnahmefall (Art. 83 BGG) nicht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erheben, muss sie die Autonomieverletzung mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde geltend machen. Diese ist nur gegen Entscheide letzter kantonaler Instanzen möglich (Art. 113 BGG), nicht aber gegen Entscheide des Bundes oder kantonale Erlasse.[1391]

2. Legitimation (Art. 89 Abs. 2 lit. c BGG)

Die Beschwerdelegitimation ist die Befugnis, in einem ganz bestimmten Rechtsstreit eine Beschwerde erheben zu können.[1392] Die Legitimation zur Autonomiebeschwerde

---

[1386] Dazu gehören etwa Erlasse von Gemeinden, Gemeindeverbänden, öffentlich-rechtlichen Anstalten und Körperschaften des kantonalen oder kommunalen Rechts; vgl. SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH, Bundesgerichtsgesetz, Art. 82 Rz. 42. Die Gemeinde kann mithin grundsätzlich auch gegen einen Erlass der Nachbargemeinde Autonomiebeschwerde erheben.

[1387] Vgl. zum Ganzen AEMISEGGER/SCHERRER, Basler Kommentar zu Art. 82 BGG, Rz. 27 ff.; SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH, Bundesgerichtsgesetz, Art. 82 Rz. 41 ff.

[1388] Vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht, Rz. 1950; AEMISEGGER/SCHERRER, Basler Kommentar zu Art. 82 BGG, Rz. 34 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 37 Rz. 15 und 26; HÄNNI, Planungs-, Bau- und Umweltrecht, 524.

[1389] Vgl. Art. 51 und 172 Abs. 2 BV; Botschaft Bundesrechtspflege, 4319 f.; AEMISEGGER, Beschwerdegang, 127; s. hinten, Teil 4§ 18.VI.

[1390] Vgl. das in Art. 190 BV verankerte Anwendungsgebot betreffend Bundesgesetze und Völkerrecht; zur konkreten Normenkontrolle weiterführend HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht, Rz. 2070 ff.; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 11 Rz. 35 ff.

[1391] Vgl. zum Begriff des Entscheids einer letzten kantonalen Instanz BIAGGINI, Basler Kommentar zu Art. 113 BGG, Rz. 23 ff.

[1392] HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht, Rz. 1998.

ist gesetzlich speziell geregelt. Zur Anwendung gelangt das abstrakte Beschwerderecht des Art. 89 Abs. 2 lit. c BGG. In Anknüpfung an Art. 189 Abs. 1 lit. e BV räumt diese Bestimmung den Gemeinden und anderen öffentlich-rechtlichen Körperschaften ein Beschwerderecht zur Anfechtung von Akten ein, wenn sie die Verletzung von Garantien rügen, die ihnen durch die Bundes- oder die Kantonsverfassung gewährt werden. Hauptsächlicher Anwendungsfall ist die Rüge der Verletzung der Gemeindeautonomie. In Frage kommen indessen auch andere, spezifisch gewissen öffentlich-rechtlichen Körperschaften garantierte verfassungsmässige Rechte.[1393]

2.1 Gemeinde

Die Voraussetzungen der Legitimation der Gemeinde zur Autonomiebeschwerde werden in der Praxis am Rügegrund festgemacht. Eine Gemeinde ist ohne weiteres zur Beschwerde legitimiert, sofern sie durch den angefochtenen Akt *in ihrer Eigenschaft als Trägerin hoheitlicher Gewalt berührt ist und eine Verletzung ihrer Autonomie geltend macht*. Ob die beanspruchte Autonomie ihr tatsächlich zukommt, ist keine Frage des Eintretens, sondern der materiellen Beurteilung.[1394] Der *Begriff des hoheitlichen Handelns ist negativ abzugrenzen*. Die Gemeinde ist immer in ihrer Eigenschaft als Trägerin hoheitlicher Gewalt berührt, ausser sie sei durch einen Hoheitsakt wie eine Privatperson betroffen.[1395] Die Erfordernisse der materiellen und formellen Beschwer nach Art. 89 Abs. 1 BGG müssen bei der Autonomiebeschwerde nicht erfüllt sein. Hingegen muss die Gemeinde auch hier ein aktuelles und praktisches Interesse an der Beschwerdeführung haben.[1396]

2.2 Gemeindeverbände

Auch Gemeindeverbände können sich auf die Gemeindeautonomie berufen.[1397] Während deren Legitimation in der älteren bundesgerichtlichen Praxis noch verneint wur-

---

[1393] Vgl. SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH, Bundesgerichtsgesetz, Art. 89 Rz. 54, der die Anerkennung der Landeskirche als selbständige Körperschaften des öffentlichen Rechts als Beispiel nennt; vgl. z.B. Art. 130 KV ZH.

[1394] Vgl. statt vieler BGE 135 I 43 E. 1.2, 45 m.H. auf die Praxis zur staatsrechtlichen Beschwerde, vgl. BGE 131 I 91 E. 1, 93; 129 I 313 E. 4.2, 319; 124 I 223 E. 1b, 226. Diese Praxis ist in der Lehre unumstritten, vgl. z.B. DILL, Gemeindeautonomie, 153 m.H.

[1395] Auch rein tatsächliches Handeln der Gemeinde kann mithin hoheitlich sein, so etwa der Vollzug der Kehrichtabfuhr; vgl. BGE 100 Ia 277 E. 4, 283; DILL, Gemeindeautonomie, 153 m.H.; WALDMANN, Basler Kommentar zu Art. 89 BGG, Rz. 39.

[1396] Vgl. KIENER, Beschwerde, 262; WALDMANN, Basler Kommentar zu Art. 89 BGG, Rz. 45.

[1397] Vgl. BGE 134 I 204 E. 2.2, 206.

de,[1398] änderte das Bundesgericht vor einigen Jahren seine Praxis und anerkennt heute richtigerweise die Legitimation der Gemeindeverbände, falls sie sich gegen kantonale Eingriffe zur Wehr setzen, denen auch jede einzelne Gemeinde ausgesetzt wäre, wenn sie die betreffende Aufgabe allein erfüllte. Die Gemeindeverbände partizipieren insoweit an den verfassungsmässigen Rechten der Gemeinden und damit auch an der Gemeindeautonomie.[1399] Ist der Gemeindeverband rechtlich selbständig, kann er die Autonomie im entsprechenden Sachbereich als sein eigenes Recht geltend machen.[1400] Diese Praxis muss sinngemäss für alle Formen der körperschaftlichen interkommunalen Zusammenarbeit gelten.[1401]

2.3 Andere öffentlich-rechtliche Körperschaften

Neben Gemeinden und Gemeindeverbänden werden auch andere öffentlich-rechtliche Körperschaften zur Beschwerde nach Art. 89 Abs. 2 lit. c BGG zugelassen, sofern sie in ihrer Funktion als Träger öffentlicher Gewalt betroffen sind und das kantonale Recht ihnen ein Selbstbestimmungsrecht einräumt, das mit jenem der Gemeinden vergleichbar ist.[1402] So hat das Bundesgericht beispielsweise die Legitimation einer schwyzerischen Genossame und der evangelisch-reformierten Kirche des Kantons St. Gallen zur Autonomiebeschwerde bejaht.[1403]

2.4 Legitimation des Privaten?

Die Gemeindeautonomie ist ein *Recht der Gemeinde*. Daran ist nach der hier vertretenen Sicht festzuhalten. Private können grundsätzlich nicht selbständig und gestützt auf Art. 89 Abs. 2 lit. c BGG wegen Verletzung der Autonomie ihrer Wohngemeinde Be-

---

1398 Die Gemeindeverbände waren zur Autonomiebeschwerde legitimiert, wenn ihnen die Verfassung oder ein kantonales Gesetz „wie einer Gemeinde“ Autonomie garantierte; vgl. BGE 113 Ia 232 E. 2b, 235 f.; 95 I 49 E. 3, 54; kritisch dazu KÄLIN, Beschwerde, 274; HANGARTNER, Verfassungsmässige Rechte, 116; DILL, Gemeindeautonomie, 155 f.

1399 Vgl. zuerst BGE 2P.175/2001, E. 1c; jüngst bestätigt in BGE 134 I 204 E. 2.2, 206.

1400 Besitzt der Gemeindeverband dagegen keine eigene Rechtspersönlichkeit, so können sich seine Organe auf die Autonomie der Trägergemeinden berufen; vgl. HANGARTNER, Verfassungsmässige Rechte, 116; DILL, Gemeindeautonomie, 156.

1401 Vgl. zu den verschiedenen Formen der IKZ etwa STEINER, Zusammenarbeit, 90 ff.

1402 Vgl. WALDMANN, Basler Kommentar zu Art. 89 BGG, Rz. 59; KIENER, Beschwerde, 262; ausführlich DILL, Gemeindeautonomie, 155 m.w.H.

1403 Vgl. BGE 132 I E. 1.1, 69 (Genossame Lachen); 108 Ia 82 E. 1b, 85 (evangelisch-reformierte Kirche des Kantons St. Gallen). Ansonsten ist das Bundesgericht mehrfach auf Beschwerden öffentlich-rechtlicher Korporationen nicht eingetreten, so bei einer Bodenverbesserungskorporation, einer Güterzusammenlegungskorporation, einem Schwellenbezirk etc.; vgl. DILL, Gemeindeautonomie, 155 m.H. auf die bundesgerichtlichen Praxis.

schwerde erheben.[1404] Sie können aber die Rüge der Verletzung der Gemeindeautonomie vorfrage- oder hilfsweise zur Unterstützung einer anderen Rüge, zu deren Erhebung sie legitimiert sind, geltend machen. Diese Praxis ist gerechtfertigt, weil für einen beanstandeten Eingriff in ein Grundrecht des beschwerdeführenden Privaten die hinreichende gesetzliche Grundlage fehlt, wenn diese die Gemeindeautonomie verletzt.[1405] In gleicher Weise kann die Frage, ob ein Entscheid die Gemeindeautonomie verletze, auch im Rahmen einer Stimmrechtsbeschwerde aufgeworfen werden.[1406]

Nach Ansicht von FETZ ist die Legitimation des Gemeindeeinwohners zur Rüge einer Autonomieverletzung indes nach Art. 89 Abs. 1 BGG zu bejahen, insbesondere bei Zwangsfusionen.[1407] Dass eine Autonomieverletzung mittelbar immer auch die Gemeindeeinwohner betrifft, ändert jedoch nichts daran, dass die Gemeinde Trägerin des durch die Autonomie vermittelten Schutzanspruchs und *der einzelne Gemeindeeinwohner nur mittelbar betroffen* ist.[1408] Die Eigenschaft, „Gemeindegenosse" zu sein, begründet für sich allein nicht das von Art. 89 Abs. 1 lit. b BGG geforderte *besondere Berührtsein.*[1409] Beschliesst das gemeindeintern zuständige Organ, keine Beschwerde zu erheben, fällt es einen Entscheid, dem sich die einzelnen Gemeindeeinwohner wie auch allfällige unterlegene Teile der Gemeindeversammlung, des Parlaments oder des

---

1404 Dies ergibt sich m.E. klar aus dem Wortlaut wie auch aus Sinn und Zweck des Art. 89 Abs. 2 lit. c BGG; vgl. sodann Botschaft Bundesrechtspflege, 4330, wonach die Rechtsprechung der staatsrechtlichen Beschwerde übernommen werde; vgl. dazu KÄLIN, Beschwerde, 274; AUER, Verfassungsgerichtsbarkeit, 200; DILL, Gemeindeautonomie, 156 f. Bereits unter Geltung des neuen Rechts STEINMANN, Basler Kommentar zu Art. 95 BGG, Rz. 59; BGE 135 I 43 E. 1.4, 47 f.

1405 BGE 102 Ia 430 E. 8a, 436; vgl. DILL, Gemeindeautonomie, 157 f.; KÄLIN, Beschwerde, 274 f. Die in BGE 107 Ia 96 E. 1c, 95 vom Bundesgericht gemachte Ausnahme, wonach die vorfrage- oder hilfsweise Autonomierüge des Privaten unzulässig sei, wenn das für die Vertretung der Gemeinde zuständige Organ ausdrücklich oder stillschweigend darauf verzichtet habe, sich auf die behauptete Autonomieverletzung zu berufen, ist problematisch. Ein Mangel in der gesetzlichen Grundlage eines Grundrechtseingriffs wird nicht geheilt, wenn die Gemeinde auf die Verteidigung ihrer Autonomie verzichtet; vgl. KÄLIN, Beschwerde, 275; DILL, Gemeindeautonomie, 157; a.M. ZIMMERLI, Gemeindeautonomie, 273.

1406 Voraussetzung ist jedoch, dass ein Eingriff in die politischen Rechte der Stimmbürgerinnen vorliegt; vgl. BGE 113 Ia 241 E. 3, 246; 100 Ia 427 E. 2, 428 f.

1407 Vgl. FETZ, Gemeindefusion, 37: „Der Gemeindeeinwohner ist m.E. von einem Fusionsentscheid besonders berührt. Er ist stärker als jedermann betroffen. Es handelt sich um seine eigenen Interessen, da er unmittelbar Nachteile erdulden muss (z.B. höhere Steuern, Gemeindeverwaltung an einem anderen Ort)."

1408 Vgl. auch ZIMMERLI, Gemeindeautonomie, 273; PFISTERER, Gemeinden, 198; noch unter Geltung des alten Rechts BGE 1P.700/2000, E. 2c.

1409 I.d.S. für die Mitglieder einer Aktiengesellschaft BGE 116 Ib 331 E. 1c, 335; zum Kriterium des besonderen Berührtseins etwa WALDMANN, Basler Kommentar zu Art. 89 BGG, Rz. 11 ff.

Gemeinderats grundsätzlich zu fügen haben. Diese Regelung dient nicht zuletzt auch dem öffentlichen Interesse an einer funktionierenden kommunalen Demokratie.[1410]

3. Vorinstanzen (Art. 86 f. BGG)

Die in Frage kommenden Vorinstanzen, deren Akte die Gemeinden mit Autonomiebeschwerde an das Bundesgericht weiterziehen können, sind in Art. 86 f. BGG aufgelistet. Die Beschwerde ist zum Einen gegen *Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts* (Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG) möglich. Verfügungen eidgenössischer Behörden sind also nicht direkt beim Bundesgericht anfechtbar, sondern unterliegen der vorgängigen Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht.[1411]

Sodann können *Entscheide letzter kantonaler Instanzen* beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 86 Abs. 1 lit. d BGG). Die Autonomiebeschwerde ist nur zulässig, wenn auf kantonaler Ebene kein weiterer Rechtsbehelf mehr zur Verfügung steht.[1412] Gegen *kantonale Erlasse* ist die Beschwerde unmittelbar zulässig, sofern kein kantonales Rechtsmittel ergriffen werden kann (Art. 87 Abs. 1 BGG).

D. Prüfprogramm

Das Bundesgericht beurteilt Beschwerden wegen Verletzung der Gemeindeautonomie bis anhin nach einem Prüfprogramm, das sich aus den drei Prüfungsschritten Legitimation – Autonomiebereich – Autonomieverletzung zusammensetzt.[1413] Dieses Prüfprogramm bedarf einer gewissen Anpassung. Die bisherige Praxis betreffend *den ersten Prüfungsschritt*, d.h. die Praxis zur Legitimation, kann ohne Weiteres beibehalten werden. Betreffend den *zweiten Prüfungsschritt*, den geschützten Autonomiebereich, kann vom Schutzbereich der Gemeindeautonomie gesprochen werden. Die Gemeindeautonomie ist das *verfassungsmässige Recht der Gemeinde*, im Rahmen des kantonalen Rechts einen wesentlichen Teil der öffentlichen Angelegenheiten in eigener Verantwortung zu regeln und zu gestalten. Der Schutzbereich dieses Rechts umfasst nach der hier vertretenen Sicht vier Elemente: den Bestand der Gemeinde, ihre Aufgaben, ihre Eigenverantwortlichkeit und ihre Mitwirkungsrechte (s. vorne, Teil 3§ 16.V.D).

[1410] I.d.S. auch ZIMMERLI, Gemeindeautonomie, 273; vgl. auch PFISTERER, Gemeinden, 198.

[1411] Vgl. dazu Art. 31 ff. VGG; TOPHINKE, Basler Kommentar zu Art. 86 BGG, Rz. 5 f.

[1412] Vgl. TOPHINKE, Basler Kommentar zu Art. 86 BGG, Rz. 10 f. Entscheide letzter kantonaler Instanzen können ausnahmsweise dann nicht direkt an das Bundesgericht weitergezogen werden, wenn die Spezialgesetzgebung den Rechtsweg an das Bundesverwaltungsgericht (vgl. Art. 33 lit. i VGG) vorsieht; vgl. z.B. Art. 66 BZG; Art. 34 VGG; Art. 166 Abs. 2 LwG.

[1413] Vgl. statt vieler die Vorgehensweise in BGE 135 I 302; 133 I 128; 131 I 91.

Wenn festgestellt wird, dass der angefochtene Hoheitsakt den Schutzbereich der Gemeindeautonomie berührt, ist im *dritten und letzten* Prüfungsschritt zu untersuchen, ob die Kriterien für zulässiges autonomierelevantes staatliches Handeln eingehalten werden. Diesbezüglich kann auf die dargelegte Schrankenregelung mit den Eingriffsvoraussetzungen des Legalitätsprinzips, des öffentlichen Interesses, der Verhältnismässigkeit und des Kerngehalts verwiesen werden (s. vorne, Teil 3§ 16.V.E).

E. Kognition

1. Vorbemerkung

Der Begriff *Kognition* umschreibt, mit welchem Massstab, d.h. in welchem Umfang und mit welcher Intensität, das Gericht eine Rüge beurteilt.[1414] Die Regeln über die Kognition i.e.S. bestimmen, wann das Bundesgericht mit freier Kognition prüft, ob der angefochtene Akt Recht verletzt, und wann es seine Prüfung darauf beschränkt, ob er gegen das Willkürverbot verstösst. Diese Unterscheidung ist ein Aspekt der Zuständigkeitsordnung.[1415] Das Bundesgericht ist nach Verfassung und Gesetz verpflichtet zu prüfen, ob der angefochtene Akt Bundesrecht, Völkerrecht, kantonale verfassungsmässige Rechte, kantonale Stimm- und Wahlrechtsbestimmungen oder interkantonales Recht verletzt (Art. 189 BV und Art. 95 BGG). Diese Aufgabe hat es umfassend zu erfüllen. Es muss prüfen, ob die Vorinstanz die massgebenden Rechtsnormen richtig ausgelegt und angewendet hat und hat eine Beschwerde gutzuheissen, wenn ihm die erhobene Rüge begründet erscheint (*freie Prüfung*). Demgegenüber ist die richtige Anwendung des einfachen kantonalen Rechts durch die kantonalen Behörden selbst sicherzustellen. Das Bundesgericht greift diesfalls nur ein, wenn die Rechtsanwendung in grober Weise unrichtig ist, so etwa weil sie zur tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht oder eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt (sogenannte *Willkürkognition*).[1416]

2. Kognition i.e.S. bei der Autonomiebeschwerde

Das Bundesgericht wendet bei Autonomiebeschwerden diese allgemeinen Kognitionsregeln an: „Die Anwendung von eidgenössischem und kantonalem Verfassungsrecht

[1414] Vgl. KÄLIN, Beschwerde, 157; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht, Rz. 2041.

[1415] So lautet die materielle Betrachtungsweise; vgl. insb. GYGI, Prüfung, 191 ff.; AUER, Verfassungsgerichtsbarkeit, 259 ff.; KÄLIN, Beschwerde, 160 ff. je m.H.

[1416] Vgl. BGE 133 II 249 E. 1.2.1, 251 f.; 117 Ia 13 E. 2c, 15 f.; ROHNER, St. Galler Kommentar zu Art. 9 BV, Rz. 4 ff.; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 20 f.; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht, Rz. 2041; KÄLIN, Beschwerde, 160 f. m.H.

prüft das Bundesgericht mit freier Kognition, die Handhabung von Gesetzes– und Verordnungsrecht unter dem Gesichtswinkel des Willkürverbots“[1417]. Diese Formel erscheint indessen teilweise als Relikt des alten Rechtsschutzes, als das Bundesgericht die Auslegung des eidgenössischen Gesetzesrechts im Anwendungsbereich der staatsrechtlichen Beschwerde nur auf Willkür zu prüfen hatte.[1418] Das Bundesgericht muss heute bei Autonomiebeschwerden die Anwendung von *(allem) Bundesrecht, Völkerrecht und kantonalen verfassungsmässigen Rechten frei prüfen* (Art. 95 lit. a-c BGG). Einzig die Handhabung des *kantonalen* Gesetzes- und Verordnungsrechts ist lediglich unter dem Gesichtswinkel des Willkürverbots zu prüfen. Es gilt, bezüglich der einzelnen Prüfungsschritte der Autonomiebeschwerde zu differenzieren.

2.1 Eintretensfragen

Das Bundesgericht prüft die *Zulässigkeit* einer Autonomiebeschwerde *frei* und von Amtes wegen. Dies gilt für alle Prozessvoraussetzungen, d.h. insbesondere für das Vorliegen eines anfechtbaren Hoheitsakts, die Legitimation, die Ausschöpfung des Instanzenzugs, die Fristwahrung und das formelle Genügen der Beschwerdeschrift.[1419]

2.2 Sachverhalt

Soweit Sachverhaltsfragen[1420] zu beurteilen sind, greift das Bundesgericht grundsätzlich nur ein, wenn die tatsächlichen Feststellungen oder die Beweiswürdigung der Vorinstanz *offensichtlich unrichtig sind oder auf einer Rechtsverletzung beruhen* (Art. 105 Abs. 1 f. BGG). Dieser eigenständige Kognitionstatbestand entspricht dem nach Art. 97 Abs. 1 BGG zulässigen Beschwerdegrund. Offensichtlich unrichtig ist eine Sachverhaltsfeststellung nicht erst, wenn sie regelrecht willkürlich ist, sondern bereits, wenn sie das Ergebnis einer eindeutigen, mit plausibler Erklärung nicht zu beseitigenden Mangelhaftigkeit ist.[1421] Ein alternativer Grund zur Sachverhalts-

[1417] BGE 135 I 302 E. 1.2, 305 m.H. auf BGE 131 I 91 E. 1, 93; 129 I 290 E. 2.3, 295.

[1418] Vgl. dazu KÄLIN, Beschwerde, 166; DILL, Gemeindeautonomie, 146.

[1419] Vgl. MEYER, Basler Kommentar zu Art. 107 BGG, Rz. 1; KÄLIN, Beschwerde, 169 f.; DILL, Gemeindeautonomie, 147 m.H.

[1420] Der Sachverhalt ist das Lebensereignis, welches das rechtliche Problem aufwirft. Gemeint sind alle Tatsachen, die dem Beweis zugänglich sind. Die Sachverhaltsfeststellung ist Erhebung, Würdigung und daraus gezogener Schluss auf Vorhandensein, Beschaffenheit oder Fehlen von Tatsachen. Es geht also um das *Ergebnis des Behauptungs- und Beweisverfahrens*; vgl. ausführlich MEYER, Basler Kommentar zu Art. 105 BGG, Rz. 7 ff. m.w.H.

[1421] Eine solche objektive Unrichtigkeit liegt namentlich vor, wenn die Tatsachenfeststellungen widersprüchlich sind; vgl. MEYER, Basler Kommentar zu Art. 105 BGG, Rz. 56 f. m.H.

berichtigung oder -ergänzung liegt vor, wenn die vorinstanzliche Feststellung auf einer Rechtsverletzung im Sinne des Art. 95 BGG beruht. Dies ist hauptsächlich der Fall, wenn die Vorinstanz willkürlich gehandelt oder gegen eine Verfahrensvorschrift verstossen hat oder wenn wegen einer unvollständigen Feststellung des Sachverhaltes eine Verletzung des materiellen Rechts vorliegt.[1422]

2.3 Schutzbereich

Im Rahmen der materiellen Prüfung ist zuerst zu prüfen, ob der Schutzbereich der Gemeindeautonomie betroffen ist. Dabei erweckt die Praxis – insbesondere dann, wenn unbestrittenermassen ein erheblicher Gestaltungsspielraum vorliegt – vielfach den Eindruck einer freien Prüfung.[1423] Dennoch folgt das Bundesgericht genau betrachtet dem Grundsatz, wonach die Handhabung des kantonalen Gesetzes- und Verordnungsrechts durch die Vorinstanz nur auf Willkür hin überprüft wird.[1424] Dies ist von einiger praktischer Relevanz, bestimmt doch regelmässig erst das kantonale Recht den genauen Inhalt und Umfang des gemeindlichen Gestaltungsspielraums.

In der Lehre wird seit längerem darauf hingewiesen, die Beschränkung auf eine Willkürprüfung sei in diesem Zusammenhang problematisch. Das Bundesgericht müsse die Handhabung jener kantonalen Bestimmungen, die den Inhalt und Umfang der Gemeindeautonomie umschreiben, mit freier Kognition prüfen, weil das Vorliegen von Autonomie faktisch die Voraussetzung für die Prüfung der Verfassungsmässigkeit des angefochtenen Hoheitsakts darstelle.[1425] Dieser Argumentation steht jedoch entgegen, dass sich die Gemeinden nach neuerer bundesgerichtlicher Praxis auch im nichtautonomen Tätigkeitsbereich auf verfassungsmässige Rechte wie etwa die Rechtsgleichheit und das Willkürverbot berufen können (s. hinten, V).

Man könnte argumentieren, die freie Prüfung sei gerechtfertigt, weil die Gemeindeautonomie zur *Verfassungsgarantie des Bundes* geworden ist. Tatsächlich ist eine Parallele zur Stimmrechtsbeschwerde nicht zu verkennen: Hier wie dort wird eine *Garantie der Bundesverfassung* (Art. 34/50 BV) teilweise oder vordringlich durch das kantonale

---

[1422] Botschaft Bundesrechtspflege, 4343 f.; MEYER, Basler Kommentar zu Art. 105 BGG, Rz. 59 ff.

[1423] Der Hinweis, die Handhabung des (einfachen) kantonalen Rechts werde nur auf Willkür hin geprüft, findet sich i.d.R. erst bei der späteren Umschreibung der Autonomieverletzung; vgl. z.B. nur etwa BGE 135 I 302 E. 1.2, 304 f.; 129 I 290 E. 2, 294 f.; i.d.S. schon DILL, Gemeindeautonomie, 149; MEYLAN, Autonomie Communale, 115.

[1424] Vgl. BGE 2P.230/2005, E. 3.1 m.H. auf BGE 122 I 279 E. 8b, 290.

[1425] Vgl. dazu DILL, Gemeindeautonomie, 149; i.d.S. schon GYGI, Prüfung, 202.

Recht konkretisiert, weshalb auch in beiden Fällen das Bundesgericht die entsprechenden kantonalen Bestimmungen mit freier Kognition prüfen sollte. Eine gesetzliche Grundlage dafür existiert freilich einzig im Bereich der politischen Rechte (Art. 95 lit. d BGG). Solange dies so bleibt, ist die Handhabung des kantonalen Rechts unterhalb der Verfassungsstufe im Rahmen einer Autonomiebeschwerde deshalb grundsätzlich nur auf Willkür hin zu überprüfen. Die richtige Anwendung des einfachen kantonalen Rechts ist durch die kantonalen oberen Gerichte sicherzustellen.

Die im Kontext des Schutzbereichs der Gemeindeautonomie essentielle Frage, ob das kantonale Recht der Gemeinde einen *erheblichen Gestaltungsspielraum* überlässt, der zur Erfüllung der Funktionen der Gemeindeautonomie beiträgt und nicht primär anderen Zwecken dient, ist allerdings eine Verfassungsfrage. Kommt einer Gemeinde ein aus quantitativer Sicht erheblicher Gestaltungsspielraum zu und argumentiert die kantonale Vorinstanz, dieser sei nicht gemeindeautonomierelevant, hat das Bundesgericht diese spezifische Problematik mit freier Kognition zu überprüfen.[1426]

2.4 Eingriffsschranken

Legalitätsprinzip

Aus dem Legalitätsprinzip folgt, dass sämtliche Eingriffe in den Schutzbereich der Gemeindeautonomie auf einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage beruhen müssen und nur im Einklang mit Recht und Verfassung geschehen dürfen. Das Legalitätsprinzip ist ein justiziables Verfassungsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV). Dies hat aber nicht zur Folge, dass das Bundesgericht die Handhabung des kantonales Rechts, das die Schranken der Gemeindeautonomie bestimmt, mit freier Kognition prüft.[1427] Das Bundesgericht hat zu berücksichtigen, dass es Sache der Kantone ist, die Schranken der kommunalen Selbständigkeit zu bestimmen. In diesem Kontext gilt der Grundsatz uneingeschränkt, dass das Bundesgericht die Auslegung und Anwendung von *(allem) Bundesrecht, Völkerrecht und kantonalen verfassungsmässigen Rechten* frei, die Handhabung des kantonalen einfachen Rechts indessen nur unter dem Gesichtswinkel des Willkürverbots prüft. Das Bundesgericht hat folglich beispielsweise umfassend zu prüfen, ob ein kantonaler Erlass Bundesrecht oder ein kantonales verfas-

[1426] Vgl. aber z.B. BGE 2P.230/2005, E. 2 f.

[1427] I.d.S., jedoch in einem anderen Kontext, BGE 2C_212/2007, E. 3.1 m.H.

sungsmässiges Recht verletzt, die Vereinbarkeit einer kantonalen Verordnung mit kantonalem Gesetzesrecht aber nur auf Willkür hin.[1428]

Weitere Eingriffsschranken (insb. Verhältnismässigkeit)

Die weiteren Eingriffskriterien (öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit, Kerngehalt) sind vom Bundesgericht *frei zu prüfen*. Dabei ist insbesondere auf die Bedeutung der *grundsätzlich freien Prüfung der Verhältnismässigkeit* von Eingriffen in den Schutzbereich der Gemeindeautonomie hinzuweisen. Das Bundesgericht hat zwar gestützt auf Art. 23 Abs. 2 BGG im März 2008 entschieden, der Grundsatz der Verhältnismässigkeit könne bei der Anwendung kantonalen Rechts ausserhalb des Schutzbereichs spezieller Grundrechte nur unter dem Gesichtswinkel des Willkürverbots angerufen werden.[1429] Diese Kognitionsbeschränkung wird in der Lehre aber kritisiert, weil Art. 5 Abs. 2 BV als justiziables Verfassungsprinzip Bund und Kantone binde und gegen jede unrichtige Anwendung durchzusetzen sei.[1430] Im besonderen Kontext der verfassungsmässigen Autonomiegarantie muss dies auf jeden Fall gelten. Davon geht auch das Bundesgericht aus, können sich die Gemeinden doch nach seinen eigenen Worten „im Zusammenhang mit der Verletzung der Gemeindeautonomie auf den Verhältnismässigkeitsgrundsatz berufen“[1431]. Das Bundesgericht setzt die Gemeindeautonomie diesbezüglich mit den Freiheitsrechten gleich.[1432] In diesem Zusammenhang ist dies gerechtfertigt: Ein Eingriff in den Schutzbereich der Gemeindeautonomie lässt sich wie ein Grundrechtseingriff nur rechtfertigen, wenn er verhältnismässig ist. Nähme das Bundesgericht nur eine Willkürprüfung vor, liesse es die Schutzwirkung einer zentralen Eingriffsschranke für Autonomieeingriffe leer laufen und nähme seinen Auftrag als Hüterin der Gemeindeautonomie nicht wahr. Das Bundesgericht hat die Verhältnismässigkeit frei zu prüfen.[1433] Dies führt nicht zu einer Nivellierung der Ge-

[1428] Vgl. BGE 135 I 302 E. 1.2, 304 f.; 131 I 91 E. 1, 93 f.; 128 I 3 E. 2b, 9;126 I 133 E. 2, 136; DILL, Gemeindeautonomie, 148 m.w.H.

[1429] BGE 134 I 153 E. 4.3, 157.

[1430] Vgl. die m.E. berechtigte Kritik von HANGARTNER, AJP 2008, 1592 ff.

[1431] BGE 131 I 91 E. 3.3, 99; 129 I 290 E. 4.4, 300; 116 Ia 252 E. 3b, 255.

[1432] Vgl. BGE 131 I 91 E. 3.3, 99: „Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit stellt kein verfassungsmässiges Recht, sondern bloss einen verfassungsmässigen Grundsatz dar. Als solcher kann er indessen im Zusammenhang mit der Rüge der Verletzung von Freiheitsrechten angerufen werden […]. Die beschwerdeführende Gemeinde ist somit befugt, sich im Zusammenhang mit der Verletzung der Gemeindeautonomie auf den Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu berufen.“

[1433] Dieser Grundsatz muss sich auch auf die Handhabung des kantonalen Rechts erstrecken. So hat das Bundesgericht beispielsweise bei einer Zwangsfusion grundsätzlich frei zu prüfen, ob das kantonale Gesetz eine weniger einschneidende Massnahme zulassen würde; i.d.S. für Eingriffe in die Grundrechte KÄLIN, Beschwerde, 185 f.

meindeautonomie, zumal eine *föderalistisch begründete Rücksichtnahme mittels Variierung der Prüfungsintensität möglich* bleibt (dazu sogleich).

Beruft sich eine Gemeinde im Rahmen einer Autonomiebeschwerde auf weitere verfassungsmässige Rechte wie beispielsweise das Willkürverbot, das Gebot der Rechtsgleichheit oder das rechtliche Gehör, so hat das Bundesgericht ebenfalls eine freie und umfassende Prüfung vorzunehmen.[1434]

3. Prüfungsdichte

Der Begriff der *Prüfungsdichte* ist von der Kognition i.e.S. zu unterscheiden. Damit wird die Tatsache angesprochen, dass das Bundesgericht die erhobenen Rügen auch innerhalb eines Prüfungsmassstabs (freie Kognition/Willkürkognition) nicht immer mit gleicher Intensität prüft. So auferlegt sich das Bundesgericht regelmässig aus föderalistisch begründeter Rücksichtnahme eine gewisse *Zurückhaltung*, ohne dass dies einer Willkürkognition gleichkäme.[1435]

Bei der Prüfung eines *kantonalen Erlasses* ist nach der Praxis massgebend, ob „der angefochtenen Norm […] ein Sinn beigemessen werden kann, der sich mit den angerufenen verfassungsmässigen oder staatsvertraglichen Rechten vereinbaren lässt. Das Bundesgericht hebt demnach eine kantonale Norm nur auf, sofern sie sich jeglicher verfassungs- und völkerrechtskonformen Auslegung entzieht“[1436].

Im Kontext der Gemeindeautonomie ist sodann stets (d.h. auch bei der Kontrolle von Entscheiden) von Bedeutung, dass sich das Bundesgericht insbesondere bei der Prüfung der Eingriffskriterien des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit Zurückhaltung auferlegt, soweit die Beurteilung von der Würdigung örtlicher Verhältnisse abhängt.[1437] Bei der Beurteilung von Akten des kantonalen Gesetzgebers hat das Bundesgericht dessen Entscheidungsprimat und Hauptverantwortung für die Ausge-

---

[1434] Vgl. DILL, Gemeindeautonomie, 148; KÄLIN, Beschwerde, 191 f.

[1435] Vgl. auch BIAGGINI, Vorbem. zu Art. 188-191c BV, Rz. 11; HANGARTNER, AJP 2008, 1594; ausführlich KÄLIN, Beschwerde, 197 ff.; LEUTHOLD, Prüfungsdichte, 73 ff.; HANGARTNER, Richterliche Zurückhaltung, 159 ff.

[1436] Vgl. BGE 130 I 82 E. 2.1, 86 m.H.; KÄLIN, Beschwerde, 199 f.; AUER, Verfassungsgerichtsbarkeit, 269 f.; LEUTHOLD, Prüfungsdichte, 259 ff.

[1437] Symptomatisch ist etwa die Art und Weise der Verhältnismässigkeitsprüfung in BGE 131 I 91 E. 3.3 f., 99 ff. betreffend die Zwangsfusion der Walliser Gemeinde Ausserbinn; vgl. dazu auch MÜLLER, ZBJV 2006, 745; weitere Beispiele bei KÄLIN, Beschwerde, 202 f.; SPÜHLER, Beschwerde, 55 f. Zu berücksichtigen ist indessen jeweils, dass auch die Gemeinde gegenüber Kanton und Bund für sich in Anspruch nehmen kann, die örtlichen Verhältnisse besser zu kennen; so auch DILL, Gemeindeautonomie, 151.

staltung der Gemeindeautonomie zu beachten und darf folglich, wenn es dessen Zielvorstellungen, Bewertungen, Prognosen kontrolliert, nur klare und eindeutige Fehler korrigieren. Das Bundesgericht schuldet den im demokratischen Verfahren zustande gekommenen Interessenabwägungen den gebotenen Respekt.[1438]

V. Verhältnis von Art. 89 Abs. 1 und Abs. 2 lit. c BGG

Art. 89 Abs. 2 lit. c BGG verankert ein besonderes, primär auf die Gemeindeautonomie abzielendes Beschwerderecht. Die Gemeinden können sich jedoch nicht nur darauf, sondern unter bestimmten Voraussetzungen auch auf das allgemeine Beschwerderecht nach Art. 89 Abs. 1 BGG berufen. Dies ist für die Gemeinden insbesondere deshalb von grosser Bedeutung, weil sie sich auch ausserhalb des Schutzbereichs der Gemeindeautonomie auf gewisse, ihnen zustehende verfassungsmässige Rechte berufen können müssen (s. vorne, Teil 3§ 12.VI.B.3).

A. Praxis des Bundesgerichts

Nach Art. 89 Abs. 1 BGG ist zur Beschwerde berechtigt, wer am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen hat, durch den angefochtenen Entscheid oder Erlass besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat.[1439] Die Gemeinden können sich (wie andere Gemeinwesen) auf dieses allgemeine Beschwerderecht berufen, sofern sie wie ein Privater betroffen oder in qualifizierter Weise in schutzwürdigen eigenen hoheitlichen Interessen berührt sind. Das Bundesgericht will die Gemeinden *nur restriktiv* zur Beschwerdeführung zulassen: Art. 89 Abs. 1 BGG sei hauptsächlich auf Private zugeschnitten.[1440] Das Verhältnis zwischen dem allgemeinen Beschwerderecht und Art. 89 Abs. 2 lit. c BGG ist, wie das Bundesgericht jüngst anmerkte, „noch nicht völlig geklärt“[1441].

Die Gemeinde ist zur Beschwerde legitimiert, wenn sie *gleich oder ähnlich wie ein Privater in ihren materiellen oder vermögensrechtlichen Interessen berührt* ist. Sie muss ein eigenes schutzwürdiges Interesse geltend machen können. Es reicht nicht,

---

[1438] Vgl. dazu in Bezug auf die Gemeindeautonomie insb. PFISTERER, Gemeinden, 222 ff. u. 317; für die Bundesrepublik Deutschland z.B. BVerfGE 86, 90 (108 f.); BULL, Selbstverwaltung, 5; allgemein KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit, 168 ff.; SPÜHLER, Praxis, Rz. 114; HANGARTNER, Richterliche Zurückhaltung, 170.

[1439] Vgl. dazu etwa WALDMANN, Basler Kommentar zu Art. 89 BGG, Rz. 5 ff.; SUTER, Rechtsschutz, 31 ff.; AEMISEGGER, Beschwerdegang, 147 ff.

[1440] Vgl. BGE 135 I 43 E. 1.3, 46 f.; 134 II 45 E. 2.2.1, 47; 133 II 400 E. 2.4.2, 406 f.; vgl. auch WALDMANN, Basler Kommentar zu Art. 89 BGG, Rz. 37.

[1441] BGE 135 I 43 E. 1.3, 47.

wenn sie nur mittelbar durch die finanziellen Auswirkungen einer behaupteten unrichtigen Rechtsanwendung berührt ist.[1442] Typischerweise wie eine Privatperson betroffen ist die Gemeinde etwa als Steuer- oder Gebührenpflichtige, als Arbeitgeberin, als Eigentümerin von Sachen im Finanzvermögen usw.[1443]

Die Gemeinde ist sodann zur Beschwerde legitimiert, wenn sie *in qualifizierter Weise in schutzwürdigen eigenen hoheitlichen Interessen berührt* ist. Nach der bisherigen Rechtsprechung ist dies namentlich der Fall, wenn die Gemeinde in eigenen vermögensrechtlichen Interessen betroffen ist, so z.B. in Fragen des Finanzausgleichs, als Subventionsempfängerin, als Gläubigerin von Kausalabgaben oder als leistungspflichtige Sozialhilfebehörde.[1444] Ein schutzwürdiges Interesse hat die Gemeinde auch als Projektantin eines öffentlichen Werks, als Planungsträgerin oder wenn es ihr um spezifische örtliche öffentliche Anliegen – wie den Grundwasserschutz oder den Schutz ihrer Einwohnerinnen vor Fluglärm – geht.[1445] Nicht legitimationsbegründend sind das blosse allgemeine Interesse an einer richtigen Rechtsanwendung oder das alleinige Anliegen, Steuerausfälle zu vermeiden.[1446]

B. Kritik

Das Bundesgericht begründet nicht überzeugend, weshalb es die Gemeinden *nur restriktiv* zur Beschwerde zulassen will. Es geht offensichtlich darum, dass in Art. 89 Abs. 2 BGG besondere Beschwerderechte für Behörden und Körperschaften statuiert werden, und man daraus den Schluss zieht, Art. 89 Abs. 1 BGG sei hauptsächlich auf Private zugeschnitten.[1447] Diese Aussage findet im Gesetzestext jedoch keine Grundlage und kann für die Gemeinden nicht gelten, zumal die Botschaft zur Bundesrechtspflege ausdrücklich erwähnt, das besonders auf die Gemeindeautonomie zugeschnitte-

[1442] Vgl. BGE 135 V 2 E. 1.1, 4; 133 V 188 E. 4.4.1, 195; 127 II 32 E. 2d, 38.

[1443] Vgl. BGE 132 I 140 E. 1.3.1, 143; 124 II 293 E. 3b, 304; SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH, Bundesgerichtsgesetz, Art. 89 Rz. 34; KÄLIN, Beschwerde, 270 f. m.w.H.

[1444] Vgl. etwa BGE 135 V 2 E. 1.1, 4; 135 I 43 E. 1.3, 46; 122 II 382 E. 2b, 383; 119 Ib 389 E. 2e, 391; WALDMANN, Basler Kommentar zu Art. 89 BGG, Rz. 43 m.w.H.

[1445] Vgl. etwa BGE 131 II 753 E. 4.3.3, 759 f.; 124 II 293 E. 3b, 304; 117 Ib 111 E. 1b, 113 f.; SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH, Bundesgerichtsgesetz, Art. 89 Rz. 34 ff.

[1446] Vgl. BGE 131 II 58 E. 1.3, 62; 131 II 753 E. 4.3.3, 760; SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH, Bundesgerichtsgesetz, Art. 89 Rz. 36.

[1447] I.d.S. WALDMANN, Basler Kommentar zu Art. 89 BGG, Rz. 37.

ne Beschwerderecht des Art. 89 Abs. 2 lit. c BGG schliesse nicht aus, dass sich die Gemeinden auf das allgemeine Beschwerderecht berufen könnten.[1448]

Die Gemeinde ist gestützt auf Art. 89 Abs. 1 BGG zur Beschwerde zuzulassen, wenn sie durch den angefochtenen Entscheid oder Erlass besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat. Das trifft zu, wenn die Gemeinde gleich oder ähnlich wie Private betroffen ist, aber auch, wenn sie als Trägerin öffentlicher Aufgaben eigene schutzwürdige, spezifische öffentliche Interessen geltend machen kann und im konkreten Fall „besonders berührt" ist, d.h. von einem Entscheid stärker als jedermann oder von einem kantonalen Erlass unmittelbar betroffen ist.[1449] Wie bei Privaten muss das entscheidende Kriterium sein, ob ein eigenes Rechtsschutzinteresse besteht, zumal die Geltendmachung von Rechtsverletzungen die Sache derjenigen ist, die sie erlitten haben.[1450]

Dass die Hürden für die Legitimation der Gemeinden nicht ungebührlich hoch angesetzt werden, ist primär deshalb von Bedeutung, weil sich die Gemeinden auch ausserhalb eines geschützten Autonomiebereichs auf jene verfassungsmässigen Rechte berufen können müssen, die ihrem vernünftigen Sinn nach allgemeine Geltung beanspruchen, d.h. nicht ausschliesslich auf natürliche Personen oder auf Private bezogen sind (s. dazu schon vorne, Teil 3§ 12.VI.B.3).[1451]

VI. Das Gewährleistungsverfahren

A. Grundlegung

Änderungen der Kantonsverfassungen können nicht im abstrakten Normenkontrollverfahren angefochten werden. Sie werden nur akzessorisch auf ihre Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht geprüft, falls dieses zum Zeitpunkt der Gewährleistung durch die Bundesversammlung noch nicht in Kraft war.[1452] Die *Gewährleistung* der Kantonsverfassung durch die Bundesversammlung (Art. 51 Abs. 2 BV) ist folglich das

1448 Vgl. Botschaft Bundesrechtspflege, 4330.

1449 Vgl. auch WALDMANN, Basler Kommentar zu Art. 89 BGG, Rz. 11 ff.

1450 Vgl. auch MATTER, Gemeinden, 45, DILL, Gemeindeautonomie, 191.

1451 I.d.S. auch DILL, Gemeindeautonomie, 190 f.; PFISTERER, Gemeinden, 335; HANGARTNER, Verfassungsmässige Rechte, 118; MATTER, Gemeinden, 56 ff. Das Bundesgericht trat jüngst denn auch zu Recht auf eine Beschwerde einiger St. Galler Gemeinden gegen das neue kantonale Finanzausgleichsgesetz ein und liess die Rüge der Verletzung der Art. 8 Abs. 1 und Art. 9 BV zu; vgl. BGE 135 I 43 E. 1.3, 46.

1452 Vgl. BGE 131 I 126 E. 3.1 f., 130; 121 I 128 E. 5c, 146 ff.; TÖNDURY, Bundesstaatliche Einheit, 144 f.; AEMISEGGER/SCHERRER, Basler Kommentar zu Art. 82 BGG, Rz. 40.

einzige Mittel, das unzulässige Einschränkungen der Gemeindeautonomie durch eine kantonale Verfassung verhindern kann.

Nach der traditionalistischen Sicht kommt der Gewährleistung im hiesigen Kontext keine Bedeutung zu: Wenn man die Gemeindeautonomie als kantonale Garantie versteht, kann sie von einer kantonalen Verfassung nicht unrechtmässig eingeschränkt werden.[1453] Weil die Gemeindeautonomie heute aber eine *Garantie der Bundesverfassung* ist, kann auch eine Kantonsverfassung die Gemeindeautonomie verletzen. Wenn ein Kanton beispielsweise das Gemeindewesen mittels Verfassungsrevision neu ordnet und dabei festlegt, welche Gemeinden ihre Autonomie verlieren, beeinträchtigt dies die aufgelösten politischen Einheiten in ihrem Autonomierecht. Solche Revisionen sind daraufhin zu prüfen, ob sie die Eingriffsschranken (s. vorne, Teil 3§ 16.V.E) beachten. Die Bundesversammlung hat eine Rechtskontrolle nach dem Massstab das gesamten Bundesrechts unter Einschluss des verbindlichen Völkerrechts vorzunehmen.[1454] Im Kontext der Gemeindeautonomie muss die Gewährleistungsbehörde insbesondere auch die Beachtung der Chartagarantien prüfen.

B. Beispiel: Die Glarner Gemeindereform

1. Der Entscheid der Landsgemeinde

Die Stimmberechtigten des Kantons Glarus beschlossen an der Landsgemeinde vom 7. Mai 2006, dass ab dem 1. Januar 2011 nur noch drei Gemeinden bestehen sollen (Art. 148 Abs. 1 KV GL). Die kantonalen Behörden hatten die Schaffung von zehn Einheitsgemeinden beantragt und dies mit den Zielen begründet, man wolle den Kanton und die Gemeinden im Standortwettbewerb stärken, die Gemeindestrukturen vereinfachen, die finanzielle Basis der Gemeinden festigen und die Möglichkeiten der Rekrutierung von Behördenmitgliedern verbessern. An der Landsgemeinde setzte sich relativ überraschend das „Dreiermodell“ durch, das ein Stimmberechtigter in einem Memorialsantrag vorgeschlagen hatte.[1455] Das kantonale Verwaltungsgericht und das

[1453] I.d.S. TÖNDURY, Bundesstaatliche Einheit, 235; vgl. unter Geltung der aBV BGE 1P.235/1997, in: ZBl 1998, 421-428 betreffend die KV TG.

[1454] Vgl. BIAGGINI, Kommentar zu Art. 51 BV, Rz. 19.

[1455] Vgl. Memorial Landsgemeinde 2006, § 13; SCHAUB, Glarner Gemeindefusion, 1299 f.; BGE 132 I 291 E. 1, 292.

Bundesgericht lehnten eine gegen die Zulassung des Abänderungsantrags gerichtete Stimmrechtsbeschwerde ab.[1456]

Es versteht sich, dass der Landsgemeindebeschluss nicht nur rechtlich, sondern auch politisch umstritten war. Per Unterschriftensammlung erzwangen die Gegner der Gemeindestrukturreform die Durchführung einer ausserordentlichen Landsgemeinde (Art. 63 KV GL). Am 25. November 2007 entschieden die Glarner Stimmberechtigten erneut über das Drei-Gemeinden-Modell und bestätigten den im Vorjahr getroffenen Entscheid. Eine noch radikalere Strukturreform, wie sie ein Stimmbürger in einem Memorialsantrag vorgeschlagen hatte, nämlich den ganzen Kanton zu einer einzigen Gemeinde zusammenzufassen, blieb indessen chancenlos.[1457]

2. Gewährleistung durch die Bundesversammlung

Die Bundesversammlung gewährleistete die teilrevidierte Glarner Verfassung im Juni 2007.[1458] Der Bundesrat wies in seiner Botschaft darauf hin, der Kanton reduziere die Anzahl seiner Gemeinden, was diese in ihrer Autonomie beeinträchtige. Die Verletzung der Gemeindeautonomie könne von den betroffenen Gemeinden gerichtlich angefochten werden. Von allfälligen Beschwerden habe man jedoch keine Kenntnis. Art. 5 Charta lege fest, dass bei jeder Änderung kommunaler Gebietsgrenzen die betroffenen Gebietskörperschaften anzuhören seien. Diese Frage betreffe das Zustandekommen der Verfassungsnormen und nicht deren Inhalt, dessen Rechtmässigkeit ausser Zweifel stehe. Diesbezüglich könnten nur offensichtliche Unregelmässigkeiten eine Gewährleistungsverweigerung rechtfertigen. Es lägen keine Anhaltspunkte vor, dass Art. 5 Charta nicht eingehalten worden sei.[1459]

Im Ständerat führte Kommissionssprecherin Trix Heberlein aus, die Gemeindeautonomie sei bundesrechtlich garantiert, bestehe jedoch nur nach Massgabe des kantonalen Rechts. Es sei nicht klar, ob eine den Anforderungen der Charta genügende Anhörung der Gemeinden stattgefunden habe. Der Landsgemeindeentscheid sei „nicht als so krasse Verletzung des Bundesrechtes zu werten, dass der Verfassung die Gewährleistung nicht erteilt werden könnte […].“[1460] Der Glarner Ständerat Fritz Schiesser

[1456] BGE 132 I 291; vgl. auch BGE 1P.427/2006 sowie BGE 1P.339/2006.

[1457] Vgl. Memorial Landsgemeinde 2007, 3 ff.; NZZ vom 26. November 2007, 9.

[1458] Vgl. BBl 2007, 629 ff. (Gewährleistungsbotschaft); BBl 2007, 4933 f. (Gewährleistungsbeschluss); AB S 2007, 322 ff.; AB N 2007, 933 f.

[1459] Vgl. BBl 2007, 638.

[1460] Vgl. Votum Trix Heberlein, AB S 2007, 322 f.

wies darauf hin, eine Gemeindestruktur mit 70 Gemeinden unterschiedlichen Typs sei in einem Kanton mit 40'000 Einwohnern nicht mehr haltbar gewesen. Der Weg durch freiwillige Zusammenschlüsse hätte zu lange gedauert. Die Gemeinden hätten ihre Stimme in einem Vernehmlassungsverfahren und an der Landsgemeinde einbringen können.[1461] Bundesrat Christoph Blocher wies darauf hin, eine Autonomieverletzung könne von den Gemeinden gerichtlich angefochten werden, weshalb die Gewährleistung nur bei ins Auge springenden Unregelmässigkeiten zu verweigern sei. Solche hätten nicht vorgelegen.[1462] In der Folge stimmte der Ständerat der Gewährleistung zu. Der Nationalrat behandelte die Vorlage als Zweitrat und erteilte der Verfassungsänderung die Gewährleistung, dies ohne überhaupt eine Debatte zu führen.[1463]

3. Analyse

3.1 Kognition

Die Gewährleistungsbehörde muss eine *Rechtskontrolle* vornehmen. Die Aussage von Ständerätin Trix Heberlein, der Landsgemeindeentscheid sei „nicht als so krasse Verletzung des Bundesrechtes zu werten, dass der Verfassung die Gewährleistung nicht erteilt werden könnte, auch wenn die Gemeindeautonomie beeinträchtigt worden wäre“[1464], zeugt von einer *übermässig reduzierten Kognition*. Die Bundesversammlung ging davon aus, den Inhalt der Verfassungsbestimmungen prüfen zu müssen, das Zustandekommen dagegen nur auf ins Auge springende Unregelmässigkeiten.[1465] Es war jedoch nicht sachgerecht, diese mit Blick auf die Wahl- und Abstimmungsfreiheit entwickelte Kognitionbeschränkung auf die Gemeindeautonomie zu übertragen.[1466] Denn während in Stimmrechtssachen der Rechtsweg ans Bundesgericht offen steht,[1467] ist bei Verletzungen der Gemeindeautonomie – entgegen in der bundesrätlichen Botschaft und im Ständerat geäusserten Behauptungen – im Verfassungsgebungsverfah-

[1461] Vgl. Votum Fritz Schiesser, AB S 2007, 323.

[1462] Vgl. Votum Bundes Blocher, AB S 2007, 323 f.

[1463] Vgl. AB S 2007, 324; AB N 2007, 933 f.

[1464] AB S 2007, 323.

[1465] Vgl. das Votum von Bundesrat Christoph Blocher, AB S 2007, 324.

[1466] I.d.S. auch SCHAUB, Glarner Gemeindefusion, 1302 f.; MARTENET, Fusion, 230 ff.

[1467] Vgl. Art. 82 lit. c i.V.m. Art. 89 Abs. 3 BGG; SCHAUB, Glarner Gemeindefusion, 1302; MARTENET, Fusion, 230; STEINMANN, Basler Kommentar zu Art. 82 BGG, Rz. 87 f.; vgl. im konkreten Fall BGE 132 I 291.

ren (zumindest nach herrschender Lehre und Praxis) kein Rechtsschutz gegeben.[1468] Die Gewährleistungsbehörden hätten sowohl den Inhalt als auch das Zustandekommen der Verfassungsbestimmungen auf ihre Bundesrechtmässigkeit hin prüfen müssen.

3.2 Verfahren

Der Landsgemeindeentscheid war vordringlich deshalb umstritten, weil die Regierung ein Zehnermodell vorgeschlagen hatte und die Landsgemeinde relativ überraschend für das Dreiermodell votierte. Die Gewährleistungsbehörden stellten sich deshalb die Frage, ob die Gemeinden in rechtsgenüglicher Weise in die Entscheidfindung einbezogen worden waren. Sie prüften diese Frage jedoch nur oberflächlich. Aufgrund der in der Gemeindeautonomiecharta verankerten Konsultationsrechte müssen bei Gebietsreformen die Gemeinden wie auch die betroffene örtliche Bevölkerung konsultiert werden. Bei grossflächigen Gebietsreformen ist, zumal es sich nicht um Rechtsanwendungsakte, sondern um Gesamtregelungen mit staatsorganisatorischem Inhalt handelt, ein im Vergleich zu einzelnen Zwangsfusionen modifizierter Massstab anzulegen (s. hinten, § 19.IV.E.2.6). SCHAUB argumentiert, die *gesamte Glarner Bevölkerung sei betroffen gewesen* und habe in eigener Zuständigkeit an der Landsgemeinde für das Dreiermodell votiert, weshalb die Anforderungen des Art. 5 Charta erfüllt, ja sogar übererfüllt seien.[1469] Diese Sicht verkennt, dass Art. 5 Charta nach seinem Sinn und Zweck auf eine Konsultation der *örtlichen* Bevölkerung („*local* communities") zielt. Eine Volksabstimmung auf kantonaler Ebene vermag eine Konsultation der jeweiligen örtlichen Gemeinschaften nicht zu ersetzen. Zudem fordert der ebenfalls anwendbare Art. 4 Abs. 6 Charta in diesem Kontext, dass zumindest eine die Gemeinde repräsentierende Organisation rechtzeitig und in geeigneter Weise konsultiert wird. Der Glarner Ständerat Fritz Schiesser argumentierte im Parlament, nach Art. 58 Abs. 1 KV GL habe jeder Stimmberechtigte und jede Gemeinde das Recht, Memorialsanträge zu stellen. Die Gemeinden und alle Einwohnerinnen hätten sich also an der Landsge-

[1468] Der Gemeindefusionsbeschluss erging als Verfassungsbestimmung und stellte somit kein zulässiges Anfechtungsobjekt einer Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten dar; s. vorne, Teil 4§ 18.IV.C.1.2. Eine Beschwerde hätte sich allenfalls gegen den Entscheid des Landammanns, den Dreierantrag zur Abstimmung zu bringen, richten können, wobei unsicher ist, ob das Bundesgericht darauf eingetreten wäre. Sachgerecht wäre dies gewesen, zumal sich eine Parallele zur Stimmrechtsbeschwerde ziehen lässt, bei der solche Vorbereitungsakte anfechtbar sind; i.d.S. SCHAUB, Glarner Gemeindefusion, 1302; vgl. auch WALDMANN, Basler Kommentar zu Art. 82 BGG, Rz. 13 sowie STEINMANN, Basler Kommentar zu Art. 82 BGG, Rz. 88.

[1469] Vgl. SCHAUB, Glarner Gemeindefusion, 1306; a.M. MARTENET, Fusion, 232 f.

meinde gegen das Dreiermodell zur Wehr setzen können.[1470] Alleine diese Möglichkeit ersetzt jedoch nicht die gebotene *rechtzeitige Konsultation*, wie MARTENET richtig festhält: „En effet, celles-ci [die Gemeinden] auront les plus grandes difficultés à arrêter immédiatement – sans avoir pu réunir leurs organes compétents – la position à adopter face à une proposition inattendue faite en Landsgemeinde."

Entscheidend ist indessen, dass die Gemeinden und die örtlichen Gemeinschaften *im Vorfeld auf vielfältige Weise in den Planungs- und Entscheidfindungsprozess zur Gemeindereform einbezogen* worden waren. Gemeindevertreterinnen gehörten der Arbeitsgruppe zur Gemeindestrukturreform an, Zwischenergebnisse wurden den Gemeindevertretern an Präsidentenkonferenzen dargelegt, es wurde eine öffentliche Vernehmlassung durchgeführt. Dabei wurde neben zahlreichen anderen Varianten auch das Dreiermodell, welches sich an der Landsgemeinde letztlich durchsetzte, diskutiert.[1471] Die Sicht der örtlichen Gemeinschaften konnte also durchaus im Vorfeld in den kantonalen Entscheidfindungsprozess einfliessen, was Art. 4 Abs. 6 und Art. 5 Charta letztlich ja bezwecken. Dass die Landsgemeinde weder der Sicht der Gemeinden noch jener der Regierung folgte, sondern für das Dreiermodell votierte, ist eine Folge des an der glarnerischen Landsgemeinde ausgeprägten Unmittelbarkeitsprinzips.[1472] Die Gemeinden wurden im Vorfeld auch zum Dreiermodell konsultiert, der dahingehende Memorialsantrag kam für sie also nicht „aus heiterem Himmel".[1473] Die Gemeinden konnten sich auf eine entsprechende Diskussion an der Landsgemeinde vorbereiten und einen allfälligen eigenen Antrag stellen. Deshalb kann MARTENETS Sicht, es hätte eine erneute Konsultation der Gemeinden spezifisch zum Dreiermodell durchgeführt werden müssen,[1474] nicht geteilt werden.

Die Konsultationsrechte der Charta sind wie der verfassungsrechtliche Anspruch auf rechtliches Gehör anhand der konkreten tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten zu konkretisieren. Die Tatsache, dass die Landsgemeinde entscheidzuständig ist und dass es zu deren Wesen gehört, dass Anträge gestellt werden können und Überra-

[1470] AB S 2007, 323.

[1471] Vgl. Memorial Landsgemeinde 2006, § 13 Ziff. 1.2; BGE 132 I 291 E. 4.2, 295.

[1472] Vgl. Votum Fritz Schiesser, AB S 2007, 323: „Das Verfassungsrecht des Kantons Glarus beruht nun einmal auf dem obersten Prinzip, dass an der Landsgemeinde noch Anträge gestellt werden können, auch wenn Dritte betroffen sind."

[1473] Der Memorialsantrag kam nicht überraschend. Die Überraschung war, dass er schlussendlich angenommen wurde; vgl. SCHAUB, Glarner Gemeindefusion, 1300; BGE 132 I 291 E. 4.2, 295; Votum Ständerat Fritz Schiesser, AB S 2007, 323.

[1474] MARTENET, Fusion, 232.

schungen möglich sind, ist eine zulässige Begründung, keinen übermässig strengen Massstab an die Konsultationspflichten anzulegen (s. dazu auch hinten, § 19.IV.E.2.6). Die Glarner Gemeindereform ist deshalb nach der hier vertretenen Sicht unter Wahrung der in der Charta verankerten Mitwirkungsrechte zustande gekommen.

3.3 Inhalt

Die Glarner Gemeindereform war *auch inhaltlich rechtmässig*. Gänzlich ausserhalb jedes Zweifels, wie dies die Ansicht der Gewährleistungsbehörden war, stand dies allerdings nicht. Der Entscheid des kantonalen Verfassungsgebers bedeutete nicht eine gewöhnliche „Beeinträchtigung" der Gemeindeautonomie (wie es die bundesrätliche Botschaft feststellte), bewirkte er doch für die zahlreichen alten Gemeinden den *Verlust ihrer Selbständigkeit.* Dies ist der denkbar schwerste Eingriff in die Autonomie einer Gemeinde. Das Eingriffskriterium des Legalitätsprinzips bietet, zumal die Gebietsreform auf dem Wege der Verfassungsrevision erfolgte und der Kanton zur Durchführung einer Gebietsreform aufgrund seiner Organisationsautonomie zuständig ist, keine Probleme. Sodann lag die Gebietsreform angesichts der nicht mehr zeitgemässen Gemeindestruktur im öffentlichen Interesse (s. hinten, § 19.IV.E.4), wobei die Definitionshoheit diesbezüglich vordringlich beim kantonalen Verfassungsgeber liegt. Die Frage, ob die doch eher radikale Lösung mit nur noch drei Einheitsgemeinden tatsächlich *erforderlich* und nicht in einem Missverhältnis zum verfolgten Zweck stand (immerhin hatte die Regierung ursprünglich ein Zehnermodell vorgeschlagen), kann indessen kontrovers diskutiert werden. Weil aber dem glarnerischen Verfassungsgeber bei der Beurteilung der Notwendigkeit und Dringlichkeit der Schaffung leistungsfähigerer Gemeinden wie auch in Bezug auf die Frage der angemessenen Gemeindegrösse ein ganz erheblicher Bewertungs- und Gestaltungsspielraum zukommt, wurde die Gewährleistung zu Recht erteilt. Derart krass unverhältnismässig, dass die Gewährleistung zu verweigern gewesen wäre, ist das Dreiermodell nicht.

Zuletzt stellt sich jedoch die Frage, ob in den neuen Gemeinden überhaupt noch eine *lokale Demokratie* stattfinden wird. Dies fordert der *Kerngehalt* der Autonomiegarantie (s. vorne, Teil 3§ 16.IV.B.1). Die neuen Gemeinden haben zwar nur zwischen 10'000 bis 16'000 Einwohnerinnen und Einwohner, dehnen sich aber räumlich weit aus und umfassen teilweise mehrere Talschaften. Die neue Gemeinde Glarus Süd wirbt für

sich bereits als grösste Gemeinde der Schweiz.[1475] Man kann mit MARTENET argumentieren, auch diese Gemeinde erlaube es ihren Einwohnern „de participer à la prise des décisions qui concernent son environnement quotidien“[1476]. Die räumliche Ausdehnung dieser Gemeinden *tangiert jedoch eine Grenze, die nicht überschritten werden darf, wenn man noch von örtlicher Demokratie sprechen will*. Diese Grenze wäre überschritten worden, hätte das Glarner Stimmvolk an der ausserordentlichen Landsgemeinde im Jahr 2007 dem diskutierten „Einermodell“ zugestimmt. Weil der kantonale Verfassungsgeber zwar eine Gebietsreform beschliessen darf, aber nicht eine Reform, die faktisch eine Abschaffung der Gemeindeautonomie bedeutet, wäre dem Einermodell die Gewährleistung zu verweigern gewesen.[1477]

C. Kritik

Der Fall der Glarner Gemeindereform verdeutlicht die Problematik der Gewährleistungspraxis zur Gemeindeautonomie. Es ist MARTENET beizupflichten: Es ist „inacceptable que les incertitudes et les doutes exprimés en plénum n'aient pas conduit à un approfondissement de l'analyse, compte tenu du fait qu'était en jeu une norme internationale – directement applicable qui plus est.“[1478] Die mit Blick auf die Wahl- und Abstimmungsfreiheit entwickelte Selbstbeschränkung der parlamentarischen Kognition betreffend das Zustandekommen verfassungsrechtlicher Normen darf nicht auf die Gemeindeautonomie übertragen werden. Die Bundesversammlung hat eine *Rechtskontrolle* vorzunehmen und bei Gemeindestrukturreformen auf dem Wege einer Verfassungsrevision zu prüfen, ob diese den bundes- und völkerrechtlichen Minimalstandard der Gemeindeautonomie wahren. Dabei ist zu fordern, dass die Gewährleistungsbehörden in Zukunft insbesondere den in der Charta verankerten Konsultationsrechten die ihnen gebührende Beachtung schenken.

1475 Vgl. im Internet http://www.glarussued.ch (Stand 11. März 2010). Die neu geschaffene Gemeinde breitet sich über 430 km^2 Fläche aus und umfasst das gesamte Glarner Hinterland mit dem Sernftal (ehemals Gemeinden Engi, Matt und Elm), dem Grosstal (ehemals Gemeinden Beschwanden, Braunwald, Haslen, Linthal, Luchsingen, Mitlödi, Rüti, Schwanden, Schwändi und Sool) sowie einen Teil der Glarner Alpen.

1476 MARTENET, Fusion, 196 m.H. auf den erläuternden Bericht des Europarats zur Gemeindeautonomiecharta, Explanatory Report, 2.

1477 Zu den Rechtsfolgen einer Nichtgewährleistung etwa BIAGGINI, Kommentar zu Art. 51 BV, Rz. 22; RUCH, St. Galler Kommentar zu Art. 51 BV, Rz. 18 ff.

1478 MARTENET, Fusion, 232 f.

VII. Würdigung

Die Gemeindeautonomie ist auf ein Verfahren angewiesen, das ihre Durchsetzung erlaubt. Sie bliebe ein „schönes Programm", wenn den Gemeinden nicht die Möglichkeit offen stünde, gegen Autonomieverletzungen den Rechtsweg zu beschreiten. Der dritten Gewalt kommt die wichtige Aufgabe zu, die Achtung der Gemeindeautonomie als Grundprinzip des Bundesstaates sicherzustellen. Dies liegt im Interesse der betroffenen Gemeinden wie auch im öffentlichen Interesse an der Entfaltung dieses grundlegenden Verfassungsprinzips. Erst der gerichtliche Schutz sorgt für ein allgemeines Bewusstsein, dass die Gemeindeautonomie *gilt*, und damit auch dafür, dass die Behörden von Bund und Kantonen der kommunalen Selbständigkeit in ihrer täglichen Praxis die ihr gebührende Beachtung zukommen lassen.

Der *rechtliche Schutz der Gemeindeautonomie ist vordringlich durch die kantonale Rechtspflege wahrzunehmen*. Die Kantone sind verpflichtet, auch in Bezug auf die Gemeindeautonomie einen vollwertigen Rechtsschutz zu gewähren. Sie sollten diesen Auftrag als Chance begreifen. Die kantonalen oberen Gerichte sind gefordert, einen wirksamen Schutz der Gemeindeautonomie zu gewährleisten und eine transparente und auf die kantonalen Besonderheiten Rücksicht nehmende Rechtsprechung zu den kantonalen Verfassungsbestimmungen zu entwickeln. Gerade weil das kantonale Recht das Mass der Gemeindeautonomie bestimmt und das Bundesgericht dessen Handhabung nur unter dem Gesichtswinkel der Willkür prüft, kommt dem kantonalen Rechtsschutz grosse Bedeutung zu.

Der Bund stellt mit der Autonomiebeschwerde ein Verfahren zur Verfügung, das eine letztinstanzliche Beurteilung von Autonomiestreitigkeiten durch das *Bundesgericht,* die *oberste Hüterin der Gemeindeautonomie*, erlaubt. Das Bundesgericht nimmt diese Rolle in einer langen Tradition wahr und steht, nachdem die Gemeindeautonomie heute in der Bundesverfassung verankert ist, in noch stärkerem Masse in der Pflicht, diese Verfassungsgarantie – wie auch die justiziablen Chartagarantien – effektiv zu schützen. Durch eine zeitgemässe Konkretisierung der verfassungsmässigen Autonomiegarantie und der Gewährleistung eines wirksamen Schutzes insbesondere auch gegenüber Akten des Gesetzgebers kann das Bundesgericht einen Beitrag dazu leisten, dass die Gemeindeautonomie ihre demokratischen, rechtsstaatlichen und wirtschaftlichen Funktionen weiterhin zu erfüllen vermag.

Die Beachtung des Art. 50 Abs. 1 BV und der Gemeindeautonomiecharta sind auch anlässlich der *Gewährleistung der Kantonsverfassungen* zu prüfen. Dabei ist zu for-

dern, dass die Gewährleistungsbehörden im Kontext der Gemeindeautonomie sowohl betreffend das Zustandekommen als auch den Inhalt von Verfassungsnormen, welche den Schutzbereich der Gemeindeautonomie beeinträchtigen, eine *Rechtskontrolle ohne ungebührlich reduzierte Kognition* vornehmen.

§ 19. Gemeindefusionen

I. Vorbemerkung

Dem Themenkomplex „Gemeindefusionen“[1479] kommt in der Praxis grosse Bedeutung zu. Das folgende Kapitel widmet sich diesem aktuellen Thema mit Bezügen zur Gemeindeautonomie. In einem ersten Schritt wird verdeutlicht, welchen Schwung die Gemeindefusionsbewegung in jüngster Vergangenheit angenommen hat (II). Daran anschliessend wird die Bedeutung von Gemeindefusionen für die Gemeindeautonomie erörtert (III). Danach werden die Rechtsnatur, die grundsätzliche Zulässigkeit und die rechtlichen Voraussetzungen von Zwangsfusionen untersucht (IV). Betreffend die weiteren rechtlichen Fragen, die mit dem Themenkomplex Gemeindefusionen verbunden sind, ist auf die einschlägige Spezialliteratur zu verweisen.[1480]

II. Die Gemeindefusionsbewegung

Landauf, landab schliessen sich Gemeinden zusammen. Viele Kantone fördern diese Entwicklung mit grosszügigen finanziellen Beiträgen oder üben mehr oder weniger sanften Druck aus. So reduziert sich Jahr für Jahr und mit zunehmendem Tempo die Zahl der Gemeinden; eine Zahl, die noch bis ans Ende des 20. Jahrhunderts eine „der grossen Konstanten in der politischen Landschaft“[1481] darstellte. Denn im Gegensatz zu vielen anderen europäischen Ländern[1482] wurden in der Schweiz keine systemati-

---

1479 In dieser Arbeit wird entsprechend dem gewöhnlichen Sprachgebrauch der Begriff *Gemeindefusion* verwendet. In der Literatur sind als Synonyme die Begriffe Gemeindezusammenschluss oder Gemeindevereinigung gängig. Der Begriff Gemeindefusion wird in einem weiten Sinne verstanden und umfasst jede Reduktion der Gemeindezahl; es geht sowohl um Gemeindefusionen i.e.S. (zwei oder mehrere Gemeinden vereinigen sich, wobei ein neues Rechtssubjekt entsteht und neues Recht geschaffen wird) wie auch um Eingemeindungen (eine der beteiligten Gemeinden bleibt bestehen; die „eingemeindeten“ Gemeinden übernehmen deren Gemeinderecht); vgl. FETZ, Gemeindefusion, 40 f.; MARTENET, Fusion, 179 ff.

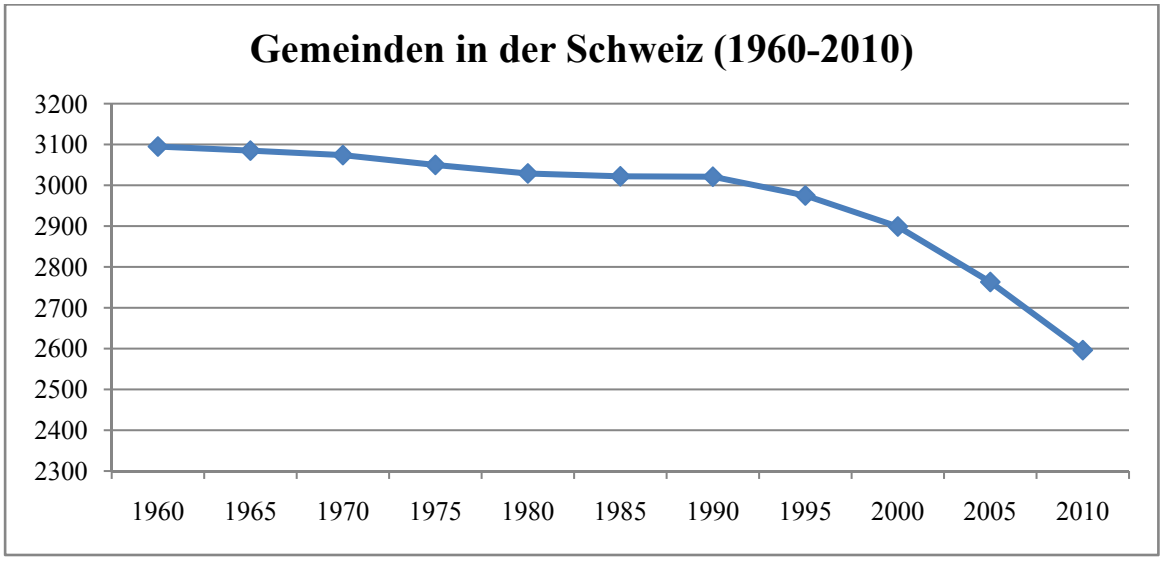
1480 Hervorzuheben ist die aktuelle Studie von FETZ, Gemeindefusionen, *passim,* insb. über das Fusionsverfahren und die Auswirkungen von Gemeindevereinigungen; vgl. sodann insb. MARTENET, Fusion, 177 ff.; ZAHNER, Gemeindevereinigungen, *passim*; weiterführend aus politikwissenschaftlicher Sicht STEINER, Zusammenarbeit, *passim*.

1481 LADNER, Gemeinden, 42 f.

1482 Insbesondere in Dänemark, Schweden und Norwegen machte man die Gemeinden zu Leistungsträgern grosser wohlfahrtsstaatlicher Programme, weshalb man eine gewisse Grösse als unabdingbar erachtete; vgl. GESER, Gemeinden, 425 f.; STEINER, Zusammenarbeit, 153 ff. In der Bundesrepublik Deutschland wurden zwischen 1968 und 1978 in den acht alten Bundesländern umfangreiche Kommunalreformen durchgeführt. Es handelte sich um Neuerungen grössten Ausmasses: sowohl die Zahl der kreisangehörigen Gemeinden (-65%) als auch der Kreise (-45%) und kreisfreien Städte (-34%) wurde massiv reduziert; vgl. THÜRER, Bund und Gemeinden, 12 f.; STEINER, Zusammenarbeit, 142 ff. je m.w.H.

schen Gebietsreformen durchgeführt. Die Zahl der Gemeinden sank denn auch in der Zeit von 1848 bis 1990 lediglich um 182 von 3203 auf 3021 (politische) Gemeinden, d.h. um weniger als sechs Prozent.[1483] Diese Stabilität ist teilweise mit dem hohen politischen Wert, welcher der Gemeindeautonomie in der pluralistischen Schweiz traditionell zukommt, zu erklären. Ebenso wichtig war indes, dass für die kleinen Gemeinden lange Zeit wenig Anreize bestanden, sich mit anderen Gemeinden zusammenzuschliessen. Die interkommunale Zusammenarbeit, aber auch der Finanzausgleich wurden stark ausgebaut. Es bestand deshalb regelmässig keine Notwendigkeit, sich mit anderen Gemeinden zusammenzuschliessen.[1484]

Diese Situation hat sich in den vergangenen beiden Jahrzehnten grundlegend gewandelt. Die im ersten Teil dieser Studie beschriebenen gesellschaftlichen Entwicklungen (s. vorne, Teil 1§ 3.V f.), aber auch andere Faktoren führten zu Beginn der 1990er Jahre zu einer Trendwende. Das folgende Diagramm verdeutlicht dies:[1485]



Man kann durchaus von einer *Gemeindefusionsbewegung* sprechen. War die Zahl der Gemeinden zuvor jahrzehntelang konstant im Bereich von 3000 Gemeinden geblieben,

1483 Zwischen 1893 und 1943 fanden insb. in den Agglomerationen um Zürich, Frauenfeld, St. Gallen, Biel, Thun und Bellinzona Gemeindefusionen statt. Nach dem Ende des zweiten Weltkriegs waren lange Zeit nur mehr wenige Gemeinden zu Fusionen bereit; vgl. GESER, Gemeinden, 426; HORBER-PAPAZIAN, Communes, 251.

1484 Vgl. STEINER, Zusammenarbeit, 129 f.; FETZ, Gemeindefusion, 46; LINDER, Schweizerische Demokratie, 161.

1485 Die Gemeindezahlen beziehen sich auf den 1. Januar des jeweiligen Jahres. Die Daten finden sich im Internet auf: http://www.portal-stat.admin.ch/gde-tool/core/xshared/gewo.php?lng=de-de (Stand 10. März 2010).

so verringerte sie sich vom 1. Januar 1990 bis am 1. Januar 2000 um rund 4 Prozent auf noch 2899 Gemeinden. Im folgenden Jahrzehnt gewann die Fusionsbewegung an Schwung: Die Zahl der Gemeinden verringerte sich um rund 9 Prozent auf noch 2596 Gemeinden (Stand 1. Januar 2010). Diese Entwicklung hat mannigfaltige Ursachen. Sie ist sicherlich eine Folge des gesellschaftlichen Wandels, ein Resultat der aus der Individualisierung fliessenden Entwicklung weg vom Bürger- und hin zum Konsumentenprinzip. Die Gemeindearbeit ist zudem komplexer und zeitintensiver als früher. All dies führt dazu, dass gerade die zahlreichen kleineren Gemeinden vermehrt Mühe bekunden, qualifizierte Kandidatinnen für die zahlreichen Gemeindeämter zu finden und ihre Aufgaben eigenständig zu erfüllen. Die Gemeinden wachsen aber auch, gerade in den sich im Mittelland ausbreitenden Agglomerationen, schon rein geographisch zusammen. Wenn die Dörfer und Städte zusammenwachsen, ist es nachvollziehbar, dass die politischen Strukturen dieser Entwicklung folgen.[1486]

So kommt der Anstoss zu Gemeindefusionen in vielen Fällen „von unten". Das Ausmass, welches die Gemeindefusionsbewegung in den letzten Jahren angenommen hat, ist jedoch wesentlich auf die von den Kantonen unternommenen Konzentrationsbemühungen zurückzuführen. Die Zahl der Gemeinden hat in jenen Kantonen am stärksten abgenommen, die eine *aktive Fusionsförderungspolitik* betreiben.[1487]

Ein Fusionspionier war der Kanton Thurgau. Mit der neuen Kantonsverfassung vom 16. März 1987 setzte er das Ziel, den Dualismus von Orts- und Munizipalgemeinden abzuschaffen und diese zu leistungsfähigen politischen Gemeinden zu verschmelzen (§§ 57 und 98 KV TG). Diese damals stark umstrittene Gebietsreform[1488] veränderte die Gemeindelandschaft grundlegend. Gliederte sich der Thurgau am 1. Januar 1990 noch in 35 Einheitsgemeinden, 38 Munizipalgemeinden und 144 Ortsgemeinden, existierten am 1. Januar 2004 noch 72 politische Gemeinden.[1489]

1486 Vgl. dazu auch KÄGI-DIENER, Gemeinden im Wandel, 189; FETZ, Gemeindefusion, 47 f.

1487 Es sind dies die Kantone, die Gemeindefusionen durch finanzielle Anreizsysteme aktiv fördern und Druck auf die Gemeinden ausüben. Dies gilt insb. für die Kantone Thurgau, Freiburg, Tessin, Luzern, Graubünden, Glarus, Wallis und Jura; vgl. dazu FETZ, Gemeindefusion, 48 f.

1488 Beispielhaft der Fall der Gemeinde Frasnacht, die sich erfolglos vor Bundesgericht gegen die Fusion mit der Gemeinde Arbon wehrte, BGE 1P.235/1997, ZBl 1998, 421-428.

1489 Daneben bestehen weiterhin besondere Schulgemeinden und Bürgergemeinden; vgl. MERZ TURKMANI, Gemeindereorganisation Thurgau, 8.

Auch viele andere Kantone schufen in den letzten Jahren neue gesetzliche Grundlagen.[1490] So hält Art. 20 KV TI fest, dass der Kanton Tessin Gemeindefusionen fördert und der Grosse Rat Gemeinden zu Zusammenschlüssen verpflichten kann. Daraufhin wurde im Jahr 2003 ein besonderes Gemeindevereinigungsgesetz erlassen. Auch Art. 99 KV SG erteilt dem Gesetzgeber den Auftrag, die Vereinigung von Gemeinden im Interesse einer wirksamen Aufgabenerfüllung zu fördern. Unterbleibt eine gebotene Vereinigung, kann das Gesetz vorsehen, dass Finanzausgleichsbeiträge herabgesetzt oder Gemeinden vereinigt werden. In Umsetzung dieses Verfassungsauftrags wurde im Jahr 2007 ein Gemeindevereinigungsgesetz erlassen.[1491] Die Rechtslage in anderen Kantonen, so beispielsweise in LU und FR, ist vergleichbar: Gemeindefusionen werden mit teils erheblichen kantonalen Finanzmitteln unterstützt. Einen Schritt weiter ging wie dargetan das Glarner Stimmvolk: Ab dem Jahr 2011 gliedert sich der Kanton Glarus in nur noch drei politische Gemeinden (s. vorne, § 18.VI.B). Es ist durchaus denkbar, dass andere Kantone dem Glarner Beispiel folgen werden. So lancierte etwa im Kanton Graubünden im März 2010 ein überparteiliches Komitee eine Volksinitiative, die eine Reduktion der Anzahl Gemeinden von derzeit 180 auf 50 fordert.[1492]

Ziel dieser Studie ist nicht, die Situation in den Kantonen zu vertiefen. Wesentlich ist die Erkenntnis, dass eine Einigungsbewegung besteht, welche die Gemeindelandschaft verändert und in Zukunft noch stärker verändern wird. Die Prognose des Direktors des SGV, die Zahl der Gemeinden werde bis ins Jahr 2030 auf rund 2'000 sinken,[1493] könnte durchaus bestätigt werden. Wenn die Einigungsbewegung weiter an Schwung gewinnt (und dafür spricht Einiges), wird diese 2'000er-Marke allerdings deutlich früher unterboten werden. Im Kontext dieser Studie interessiert, wie diese Entwicklung aus verfassungsrechtlicher Sicht bewertet werden muss. Dabei ist zu beachten, dass manche Kantone gesetzliche Regelungen kennen, die Zwangsfusionen ermöglichen. So kam es in jüngerer Vergangenheit vermehrt, insbesondere in den Kantonen TG, TI

[1490] Eine beispielhafte Übersicht findet sich bei FETZ, Gemeindefusion, 49 ff.; zur Situation im Kanton GR neuerdings SCHMID, Gebietsreform, 441 ff.

[1491] Vgl. das Gemeindevereinigungsgesetz vom 17. April 2007, sGS 151.3.

[1492] Vgl. die entsprechende Medienmitteilung im Internet: http://www.sp-gr.ch/media/archive1/-medienmitteilungen/2010/10_MM_12.03.10_Gebietsreform__jetzt.pdf (Stand 9. April 2010). Auch der Regierungsrat des Kantons Uri hat 2009 beschlossen, ein Gemeindestrukturreformprojekt zu starten und durchzuführen, um grössere und leistungsfähigere Gemeinden zu schaffen; vgl. Medienmitteilung des Regierungsrates vom 29. April 2009.

[1493] So die Aussage von Ulrich König in einem Interview mit der SDA am 15. August 2007; zit. nach FETZ, Gemeindefusion, 60.

und VS, zu Zwangsfusionen, die auch das Bundesgericht beschäftigten.[1494] Diese Fälle sorgten jeweils für politisches Aufsehen. Sie bergen eine rechtliche Problematik, weshalb sich eine vertiefende Analyse lohnt (s. hinten, IV). Vorgängig wird untersucht, wie die Vereinigungsbewegung im Lichte der Gemeindeautonomie zu bewerten ist.

III. Gemeindefusionen und Gemeindeautonomie

A. Einleitung

Die verfassungsmässige Autonomiegarantie (Art. 50 Abs. 1 BV) schützt auch das geographische Gebiet und die politische Existenz der Gemeinde. Die Bundesverfassung garantiert den individuellen Bestand der Gemeinde, dies nach Massgabe kantonalen Rechts. Sie verbietet Zwangsfusionen nicht. Die Gemeinde kann sich indes gegen *unzulässige Eingriffe* in ihren Bestand zur Wehr setzen (s. hinten, IV.E). Auch freiwillige Vereinigungen sind autonomierelevant. Grundsätzlich können Gemeindefusionen nur im Einzelfall differenziert beurteilt werden, wobei die Bewertung immer stark von den Präferenzen und Wertvorstellungen des Bewertenden geprägt sein wird.[1495] Im Folgenden wird dargelegt, welche Vor- und Nachteile von Gemeindefusionen in der wissenschaftlichen und politischen Diskussion genannt werden. Diese korrespondieren in hohem Mass mit den Funktionen der Gemeindeautonomie, die Fusionsbefürwortern und -gegnern als Argumentationshilfe dienen. Vorauszuschicken ist, dass das Schicksal der Gemeindeautonomie nicht von der „Fusionsfrage" abhängt: Wenn sich zwei Gemeinden zusammenschliessen, besteht die örtliche Gemeinschaft im neuen Verbund weiter und hat an einer gemeinsamen Autonomie teil.[1496]

B. Pro-Argumente

1. Wirtschaftlichkeit

In der Praxis argumentieren Befürworterinnen von Gemeindefusionen vorwiegend mit wirtschaftlichen Argumenten. Sie können sich darauf berufen, dass es eine der wesentlichen Funktionen der Gemeindeautonomie ist, eine bürgernahe *und zugleich wirkungsvolle* Aufgabenerfüllung zu ermöglichen. Wenn eine Gemeinde aus finanziellen oder organisatorischen Gründen nicht *tatsächlich fähig ist, einen wesentlichen Teil der*

[1494] Vgl. insb. BGE 131 I 91 ff.; 1P.700/2000 und 1P.704/2000; 1P.265/2005; 1P.242/2005; 1C.415/2008; 1C.41/2008; 1C.91/2009.

[1495] Vgl. dazu STEINER, Zusammenarbeit, 484.

[1496] KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar zu Art. 50 BV, Rz. 13.

öffentlichen Aufgaben eigenverantwortlich zu erfüllen (Art. 3 Charta), verkümmert die Gemeindeautonomie zu einem leeren Recht, das seine Daseinsberechtigung verliert, hängen doch seine Funktionen davon ab, dass die Gemeinde ihre Aufgaben faktisch eigenverantwortlich erfüllen kann.[1497]

Die Zusammenlegung kleiner Gemeinden, so die Argumentation der Fusionsbefürworterinnen, steigere die Effektivität und Effizienz der kommunalen Aufgabenerfüllung. Die Qualität der öffentlichen Aufgabenerfüllung könne verbessert, die „Produktionskosten" könnten gesenkt werden. Wiewohl die Existenz einer optimalen Gemeindegrösse mit Verweis auf topographische Begebenheiten und örtliche Besonderheiten in gesellschaftlicher, politischer und kultureller Hinsicht verneint wird,[1498] ist oft zu hören, die Zahl von 3'000 Einwohnern sei aus ökonomischer Sicht eine vernünftige Gemeindegrösse.[1499] Solche Gemeinden könnten Leistungen anbieten, welche zu kleine Gemeinden überforderten, und dies zufolge Skalenerträgen zu günstigen Preisen. Gemeindefusionen erlaubten Einsparungen bei der Gebäude- und Informatikinfrastruktur und den Personalkosten. Der durch die interkommunale Zusammenarbeit verursachte Koordinationsaufwand zwischen vielfach ohnehin zusammengewachsenen Dörfern falle weg. Abläufe könnten optimiert, die Kompetenzen und die finanzielle Verantwortung für staatliche Aufgaben in bessere räumliche Übereinstimmung gebracht werden.[1500] Gerade durch Fusionen in Agglomerationsgebieten könne verhindert werden, dass kleine Gemeinden Trittbrett fahren, d.h. von den kulturellen und sozialen Leistungen der städtischen Zentren profitieren, ohne dafür zu bezahlen.[1501]

2. Demokratie

Die Gemeinden sind ein Grundpfeiler *der Demokratie*. Die wichtigste Funktion der Gemeindeautonomie ist es, Gestaltungsspielraum für diese örtlichen „Spielwiesen der direkten Demokratie" zu schaffen und zu schützen, innovative, sachgerechte und de-

1497 I.d.S. auch LORENZ HESS, der Präsident des Verbandes Berner Gemeinden: „[…] wenn eine Gemeinde so schwach ist, dass sie ihren Aufgaben nicht mehr nachkommen kann, dann gewinnt sie an Autonomie, wenn sie sich mit andern zusammentut. Eigenständigkeit um der Eigenständigkeit willen macht keinen Sinn"; in: Schweizer Gemeinde 5/6 2009, 15.

1498 Vgl. etwa STEINER, Zusammenarbeit, 119 ff. m.H.

1499 So errechnete FAGAGNINI im Jahr 1974 in Bezug auf die damaligen Verhältnisse im Kanton St. Gallen, dass eine Gemeinde ab 3'000 Einwohnern kostenoptimal geführt werden könne; vgl. FAGAGNINI, Kanton und Gemeinden, 184; i.d.S. sogar der Fusionen tendenziell kritisch gegenüberstehende ARN, Fusion, 243.

1500 Vgl. FETZ, Gemeindefusion, 62 f.; KETTIGER, Gemeindefusion, 5; JAGMETTI, Gemeinden, 393 ff.; STEINER, Zusammenarbeit, 121 ff.

1501 Vgl. FETZ, Gemeindefusion, 64 m.H.; STEINER, Zusammenarbeit, 122

mokratisch legitimierte Lösungen örtlicher Angelegenheiten zu ermöglichen und dadurch die politische Freiheit der Menschen und gleichzeitig die Stabilität der kantonalen und nationalen Demokratie zu fördern. Die demokratische Funktion der Gemeindeautonomie, so die Fusionspromotoren, werde durch die Schaffung leistungsfähigerer Gemeinden gefördert. Die für kleine Gemeinden existenzbedrohende Problematik, dass Gemeindeämter nicht mehr besetzt werden können, werde durch gesteigerte Rekrutierungsmöglichkeiten, attraktivere Ämter und eine finanzierbare Professionalisierung entschärft. Die Bedeutung der aus demokratischer Sicht problematischen interkommunalen Zusammenarbeit gehe zurück, weil grössere Gemeinden ihre Aufgaben eigenverantwortlich erfüllen könnten.[1502] Gemeindefusionen bewirkten deshalb nicht eine Schwächung, sondern eine Stärkung der Gemeindeautonomie.[1503]

3. Standortattraktivität

Ein weiteres, in der Praxis sehr wichtiges Argument für Gemeindefusionen ist die Standortattraktivität im weitesten Sinne. Die schweizerischen Kantone und Gemeinden stehen in einem im internationalen Vergleich harten interkantonalen und interkommunalen Standort- und Steuerwettbewerb, in dem nur „gewinnt", wer für die Bewohnerinnen und das Gewerbe attraktiv ist, bleibt oder wird. Die Standortattraktivität wird von verschiedensten Faktoren beeinflusst. Eine moderate Steuerbelastung, ein guter Service Public, günstiges Bauland an schönen Wohnlagen, genügend Arbeitsplätze usw. tragen dazu bei, dass ein Kanton oder eine Gemeinde im Standortwettbewerb nicht zu den Verlierern gehört. Gerade bei der Gemeindereform des Kantons Glarus, der jahrzehntelang unter fehlenden Arbeitsplätzen, starker Abwanderung und den damit einhergehenden finanziellen Problemen litt, spielte der Gedanke der Förderung der Standortattraktivität eine zentrale Rolle.[1504]

1502 I.d.S. auch die Kritik von EICHENBERGER, Gemeinde, 54: „Wenn denn wichtigste Gemeindeobliegenheiten schliesslich an Zweckverbände abwandern − wie Energieversorgung, Verkehrswesen, schliesslich Schulwesen, Fürsorgewesen −, ist zu befürchten, dass die Gemeinden allmählich substanzlos werden."

1503 Vgl. die Übersicht der Argumente bei STEINER, Zusammenarbeit, 119 ff. m.H.

1504 Dies zeigt sich schon im Projektnamen: „GL 2011: 3 starke Gemeinden − ein wettbewerbsfähiger Kanton"; vgl. auch die folgenden Ausführungen auf der Internetseite des Kantons Glarus (www.gl.ch/xml_1/internet/de/application/d578/d580/f626.cfm, Stand 6. Januar 2010): „Den drei grossen Gemeinden wird es leichter fallen, den Bedürfnissen der Familien entsprechende Tagesstrukturen auf- respektive auszubauen. Werden die Chancen bei der Wirtschaftsförderung ergriffen, entstehen zudem neue, attraktive Arbeitsplätze, was sich positiv auf die beruflichen Perspektiven auswirkt. Die finanziellen Ersparnisse können helfen, die Steuerbelastung auf einem mittle-

Man versteht die Schaffung grösserer Gemeinden als Chance, neues Bauland zu erschliessen, die Steuern zu senken, dank professioneller Verwaltung ansiedlungswilligen Unternehmungen rasch Lösungen anbieten zu können, eine aktive Wirtschaftsförderung zu betreiben und damit sowohl die Wettbewerbsposition der Gemeinden wie auch jene des Kantons zu verbessern.[1505] Dieser Gedanke hat sich auch auf viele Städte übertragen. Eine Pionierrolle nimmt die Stadt Luzern ein, die per 1. Januar 2010 mit der Vorortsgemeinde Littau fusionierte und in näherer Zukunft gemeinsam mit den Gemeinden Emmen, Kriens, Ebikon und Adligenswil zu einer „Stadtregion" mit rund 150'000 Einwohnern anwachsen soll.[1506] In anderen Städten werden bereits ähnliche Pläne diskutiert. So lancierte jüngst der St. Galler Stadtpräsident die Idee, der Wirtschaftsraum von Rorschach bis Gossau solle bis 2030 zu einer Stadtregion mit weit über 100'000 Einwohnern wachsen. Er erhofft sich davon Vorteile im Standortwettbewerb und eine bessere Verhandlungsposition gegenüber dem Bund.[1507]

Diese Beispiele bezeugen, dass die kommunale Vereinigungsbewegung erst in den Kinderschuhen steckt. Die Fusionsförderungsprogramme der Kantone machen Gemeindefusionen finanziell attraktiv. Die Kantone versprechen sich im Gegenzug erhebliche Entlastungen: Sie hoffen, weniger finanzschwache Kleingemeinden im Finanzausgleich unterstützen zu müssen und Aufgaben wieder vermehrt an leistungsstarke Gemeinden übertragen zu können. Eine wichtige Rolle spielt oft auch das Bestreben der Gemeinden, bei Verhandlungen mit Kanton, Bund, SBB usw. ein grösseres Gewicht zu erhalten. Beim Fusionsprojekt der Gemeinden Wil SG und Bronschhofen etwa spielt das Ziel, den für die Stadt und ihre Bewohnerinnen wichtigen Halt der Schnellzüge der Zuglinie Zürich – St. Gallen weiterhin zu gewährleisten, neben vielem Anderen eine nicht zu unterschätzende Rolle.[1508]

---

ren Niveau zu halten – auch dies ein wichtiger Standortfaktor. Alle diese Faktoren zusammen werden die Attraktivität des Wohn- und Lebensraumes Glarus deutlich erhöhen."

1505 Vgl. FETZ, Gemeindefusion, 64 f.; FETZ/BÜHLER, Gemeindefusionen, 30 f.

1506 Das Projekt „Starke Stadtregion Luzern" befindet sich bis Ende 2010 in der Abklärungsphase; vgl. die Informationen im Internet: www.gemeindereform.lu.ch (Stand 28. April 2010).

1507 Vgl. das Interview mit dem St. Galler Stadtpräsidenten Thomas Scheitlin im St. Galler Tagblatt vom 21. Januar 2010, 3.

1508 Zumindest war dieses Argument an den von den Behörden durchgeführten Informationsveranstaltungen wiederholt zu hören.

C. Gegenargumente

1. Tradition, Heimat und Identität

Kritiker von Gemeindefusionen bemängeln, diese führten zu anonymen Gebilden, mit denen sich die Menschen nicht mehr identifizieren könnten. Der Gemeindeautonomie gehe bei der Schaffung grösserer Gemeinden die identitätsstiftende Funktion verloren. Das Zugehörigkeitsgefühl sei in kleineren Gemeinden grösser, was zu einem starken Verantwortungsbewusstsein und einer ausgeprägten Bereitschaft führe, sich ehrenamtlich in der Gemeinde zu engagieren.[1509]

Die Erfahrungen aus der Praxis zeigen, dass sogenannt „weiche Faktoren" wie lokale Identitäten, Bindungen und Zugehörigkeitsgefühle bei Gemeindevereinigungen neben anderen, weniger emotionalen Faktoren eine wichtige Rolle spielen.[1510] Hinzu kommt das Phänomen, dass die Nachbargemeinde im ländlichen Raum oft als die grösste Unbekannte empfunden wird, ja dass die eigene Identität manchmal gerade durch Abgrenzung von der Nachbargemeinde definiert wird.[1511]

2. Demokratie

Fusionskritiker argumentieren oftmals – wie die Befürworter – mit *Demokratieargumenten*. Dies überrascht nicht, soll in den Gemeinden doch Demokratie *im kleinen, überschaubaren Raum* möglich sein. In der politologischen Literatur wird darauf hingewiesen, dass kleine Gemeinden der direkten Demokratie besondere Chancen eröffnen und die politische Partizipation in neu geschaffenen grösseren Gemeinden auf längere Sicht tendenziell abnehme. Die Anonymität nehme mit der Grösse zu, die Identifikation mit der Gemeinde leide, die Menschen gingen weniger oft an die Gemeindeversammlung, die Wahlbeteiligung sinke.[1512] Wenn Kommunalpolitik noch

---

[1509] Vgl. ARN, Fusion, 249 ff.; STEINER, Zusammenarbeit, 348 f.; FETZ, Gemeindefusion, 66 f.; LADNER/BÜHLMANN, Demokratie, 250 f.; vgl. die Grafiken über die durchschnittliche Teilnahme an Gemeindeversammlungen und die Wahlbeteiligung auf den drei staatlichen Ebenen nach Gemeindegrösse bei LADNER, Politische Gemeinden, 81 und 201.

[1510] Vgl. dazu das Beispiel bei STEINER, Zusammenarbeit, 396 f.

[1511] Dazu wiederum exemplarisch die Aussage eines Einwohners der 1996 neu geschaffenen Gemeinde Kemmental TG, die sich u.a. aus den ehemaligen Ortsgemeinden Neuwilen und Hugelshofen zusammensetzt: „Ich glaube, wenn die Hugelshofer etwas wollen, dann sagt der Neuwiler 'Nein'. Und wenn der Neuwiler etwas möchte, dann sagt der Hugelshofer 'Nein'. Und das nicht nur bei den alten Leuten!"; zit. nach STEINER, Zusammenarbeit, 396.

[1512] Vgl. LADNER/BÜHLMANN, Gemeinden, 40 u. 266; FETZ, Gemeindefusion, 65 f.; ARN, Fusion, 250; ULRICH ISCH, in: Schweizer Gemeinde 6/2008, 12; STEINER, Zusammenarbeit, 124 und 485; vgl. insb. die Tabellen bei LADNER, Politische Gemeinden, 81 und 200 f.

Lokalpolitik sei, sei das Interesse grösser.[1513] In Kleingemeinden seien die Gemeindeaufgaben weniger komplex, die politischen Ämter liessen sich eher mit der Berufstätigkeit vereinbaren. In anonymeren grösseren Gebilden leide das Pflichtgefühl. Das Problem der Behördenbesetzung könne daher nach einer Gemeindevereinigung nicht immer gelöst werden.[1514] Das von den Fusionsbefürwortern beklagte Demokratiedefizit der interkommunalen Zusammenarbeit liesse sich nach Ansicht der Fusionsgegnerinnen durch eine Demokratisierung der Zweckverbände mildern.[1515]

3. Wirtschaftlichkeit

Gegen Gemeindezusammenschlüsse werden sodann ökonomische Argumente vorgebracht. Kleine Gemeinden „produzierten" tendenziell günstiger als grössere Gebilde, weil aufgrund des stärker ausgeprägten Verantwortungs- und Zugehörigkeitsgefühls mehr Freiwilligenarbeit geleistet werde. Weil die Probleme weniger komplex seien, könne unbürokratisch gearbeitet werden. Als Folge der Binsenwahrheit, dass, wer wenig Geld hat, bescheiden leben muss, werde auf manch „luxuriösen" Ausgabenposten verzichtet. Je kleiner die Gemeinde, desto geringer sei der Pro-Kopf-Aufwand.[1516] Die Kritik an der Leistungsfähigkeit kleiner Gemeinden sei „nicht selten auf den Perfektionismus hochspezialisierter kantonaler Amtsstellen zurückzuführen"[1517]. Nach einer Fusion werde in der Regel kein Gemeindepersonal abgebaut, sondern es werde der Standard der Gemeinde mit dem am weitesten ausgebauten Leistungsniveau übernommen, zumal sich die Bevölkerung in grösseren Gebilden nicht mit den früheren bescheideneren Leistungen zufrieden gebe.[1518] In wirtschaftlich schwachen Randregionen könnten zudem noch so viele Gemeinden zusammengelegt werden, an deren mangelnder Wirtschafts- und Steuerkraft ändere sich deswegen nichts.[1519]

Ein weiterer, handfester Einwand gegen Gemeindefusionen kann die unterschiedliche Finanzkraft respektive Steuerbelastung der Gemeinden darstellen. Wer in Zukunft mit

---

1513 Vgl. LADNER, Politische Gemeinden, 200; Ladner, Gemeinden im Wandel, 75.

1514 Vgl. die entsprechenden Hinweise bei LADNER/BÜHLMANN, Gemeinden, 42; FETZ, Gemeindefusion, 66 f.; ARN, Fusion, 251.

1515 FETZ, Gemeindefusion, 65 m.H.

1516 ARN, Fusion, 244 ff. Diesbezüglich weisen die Fusionsbefürworter darauf hin, kleine Gemeinden profitierten von den Leistungen der kulturellen Zentren, was durch den Finanzausgleich nur teilweise ausgeglichen werde; vgl. STEINER, Zusammenarbeit, 122.

1517 ARN, Fusion, 248.

1518 Vgl. ARN, Fusion, 251; FETZ, Gemeindefusion, 63; STEINER, Zusammenarbeit, 122.

1519 Vgl. ARN, Fusion, 251.

einer höheren Steuerbelastung rechnen muss, wird an einem Zusammenschluss tendenziell wenig interessiert sein.[1520]

D. Stellungnahme

Gemeindefusionen können, im Lichte der Funktionen der Gemeindeautonomie betrachtet, nicht abschliessend positiv oder negativ beurteilt werden. Es wurden drei zentrale Argumente für und gegen Gemeindefusionen dargelegt, die sich teils diametral widersprechen. Die Auflistung ist nicht abschliessend.[1521] Es gibt Situationen, in denen eine Gemeindevereinigung sinnvoll und geboten ist. Die Erfahrung zeigt, dass Fusionsprojekte erfolgreich sind, wenn die beteiligten Gemeinden geografisch, politisch und kulturell bereits eng miteinander verbunden sind, wenn ihre Bevölkerungs- und Dienstleistungszentren relativ nahe beieinander liegen, wenn bereits eine gewisses Zusammengehörigkeitsgefühl und bestenfalls eine gemeinsame Identität der betroffenen örtlichen Gemeinschaften besteht.[1522] Fragen der Identität beeinflussen die Bereitschaft der Menschen, einem Gemeindezusammenschluss zuzustimmen. Überkommunale Projekte, kulturelle Einrichtungen, Kirchen, Vereine und Schulen wirken identitätsstiftend. Solche sogenannt weichen Faktoren tragen in der Praxis entscheidend dazu bei, dass Fusionen „von unten" zustandekommen.[1523]

So umstritten im Einzelfall jeweils ist, ob eine Gemeindefusion wünschbar ist oder nicht, so besteht doch ein breiter Konsens darüber, dass der Fusionswille grundsätzlich von unten kommen sollte, dass die Kantone zwar Anreize setzen können und dürfen, die Ausübung von Zwang höchstens als „ultima ratio" in Frage komme.[1524]

Der kontinuierliche Einbezug der betroffenen örtlichen Bevölkerung im Verlaufe des Fusionsprozesses wird aufgrund bisheriger Erfahrungen mehr denn je als entscheidendes Merkmal einer erfolgreichen Gemeindevereinigung anerkannt. Dazu gehören die

---

[1520] So vermag es nicht zu überraschen, dass sich rund 60 Prozent der Einwohnerinnen und Einwohner der steuergünstigen Gemeinde Horw LU am 17. Mai 2009 gegen eine Beteiligung am Projekt *Starke Stadtregion Luzern* aussprachen.

[1521] So argumentieren auch Fusionsbefürworter, zwei Gemeinden gehörten faktisch zusammen und es existiere bereits eine neue örtliche Identität. Beim aktuellen Zusammenschluss der Gemeinden Wil SG und Bronschhofen etwa wird auf die zahlreichen politischen und kulturellen Verflechtungen beider Gemeinden hingewiesen und argumentiert, die Bronschhofer stellten sich gegenüber Auswärtigen schon heute als Wiler vor, damit ihre Bekannten wüssten, woher sie kämen.

[1522] Vgl. FETZ, Gemeindefusion, 72; ARN, Fusion, 251 ff.

[1523] Vgl. FETZ, Gemeindefusion, 72; STEINER, Zusammenarbeit, 244.

[1524] I.d.S. etwa STEINER, Zusammenarbeit, 494; ULRICH ISCH, in: Schweizer Gemeinde, Nr. 6/2008, 12; FETZ, Gemeindefusion, 162.

Durchführung einer Grundsatzabstimmung,[1525] der systematische Einbezug der Bevölkerung durch Informationsveranstaltungen, Befragungen usw.[1526] sowie die Durchführung einer verbindlichen Abstimmung über den definitiven Fusionsbeschluss. Die Mehrzahl der Kantone macht Gemeindefusionen mit guten Gründen von der Zustimmung der Mehrheit der Stimmenden jeder beteiligten Gemeinde abhängig.[1527] Dies wird im Rahmen von Dezentralisierungsprojekten als *besonderes Element der Vorbildfunktion der schweizerischen Gemeindeautonomie hervorgehoben*.[1528] Solche Regelungen verhelfen den Gemeinden zu einer hohen Existenzsicherheit und tragen den Erfahrungen aus der politischen Praxis Rechnung. Sie sind als „Best Practice" im Sinne einer weitest möglichen Realisierung der Bestandesgarantie zu würdigen.

Die Forderung an die Kantone, den Gemeinden *möglichst weit gehende Existenzsicherheit* zu gewähren, ist Teil der programmatischen Schicht der Gemeindeautonomie. Wenn aus triftigen Gründen gebotene Gemeindefusionen zustandekommen, ohne dass Zwang ausgeübt werden muss, zeugt dies von politischem Können der beteiligten Gemeinden wie auch des Kantons.[1529] Nun ist politisches Können aber vom *rechtlichen Dürfen* zu unterscheiden. Diesem Thema widmen sich die folgenden Seiten.

IV. Zwangsfusionen

A. Zulässigkeit

Der Schutzbereich der Autonomiegarantie (Art. 50 Abs. 1 BV) umfasst auch den individuellen Bestand der Gemeinde. Dieser ist im Rahmen des kantonalen Rechts garantiert. Aus der Bundesverfassung lässt sich kein Verbot von Zwangsfusionen ableiten. Auch der Gemeindeautonomiecharta ist diesbezüglich nichts zu entnehmen. Massgebend ist somit das kantonale Recht.

1525 Damit kann sichergestellt werden, dass ein aufwändiges Fusionsprojekt nur begonnen wird, wenn die Bereitschaft dazu in der Bevölkerung grundsätzlich vorhanden ist; vgl. auch HANGARTNER/KLEY, Demokratische Rechte, Rz. 2289 f. sowie Rz. 2295, welche zwischen einer Grundsatzabstimmung und einer Konsultativabstimmung unterscheiden: Bei der Ersteren fällen die Stimmberechtigten einen verbindlichen Beschluss in einem mehrstufigen demokratischen Verfahren, die Letztere ist rechtlich nicht verbindlich; vgl. FETZ, Gemeindefusion, 121 f.

1526 Vgl. KETTIGER, Gemeindefusion, 9.

1527 Vgl. etwa Art. 84 KV ZH.

1528 Vgl. KÄLIN, Decentralised Government, 4: „This autonomy is characterised by the following aspects […]: 1. The right to exist, including the freedom to merge with other communes or to remain independent. Neither the cantons nor the federal government can merge communes or change borders against the will of the communes affected."

1529 I.d.S. auch EICHENBERGER, Gemeinde, 52; JAGMETTI, Gemeinde, 371.

Der erste Teil der Studie zeigt, dass die Rechtslage in den Kantonen unterschiedlich ist: Während viele kantonale Verfassungen den Bestand jeder einzelnen Gemeinde uneingeschränkt garantieren, sind Zwangsfusionen in einigen Kantonen unter bestimmten Voraussetzungen zulässig. Dieser Grundentscheid ist in jedem Kanton im demokratischen Verfahren zu treffen. In jenen Kantonen, die Zwangsfusionen zulassen, räumt das kantonale Recht der zuständigen Behörde regelmässig einen weiten Beurteilungsspielraum ein. Das veranlasste HANGARTNER zur Bemerkung, Autonomiebeschwerden gegen Zwangsfusionen seien „Verzweiflungsakte". Solche Beschlüsse seien von lokalen Besonderheiten geprägte Staatsakte, in deren Würdigung sich das Bundesgericht mit Recht Zurückhaltung auferlege.[1530] Sicherlich sind Zwangsfusionen besondere Akte der Gesetzgebers. Die Aufgabe der Gerichte ist es aber, das gesetzgeberische Handeln auf seine Rechtmässigkeit zu kontrollieren. Eine Zwangsfusion ist der *denkbar schwerste Eingriff in die Autonomie der betroffenen Gemeinde* und wird von den betroffenen Einwohnern regelmässig als Zäsur empfunden.[1531] Es ist daher gerechtfertigt, die spezifischen rechtlichen Voraussetzungen für diese Kategorie von Eingriffen in die Gemeindeautonomie vertieft zu prüfen.

B. Zuständigkeit

Aus der kantonalen Organisationsautonomie ergibt sich die Kompetenz der Kantone, das für die Durchführung von Gemeindefusionen massgebliche Recht zu erlassen (Fusionsregelungskompetenz), sowie ihre Kompetenz, eine Gemeindefusion zu beschliessen (Fusionskompetenz). Dies bezieht sich auf freiwillige Zusammenschlüsse wie auf Zwangsfusionen.[1532] Je nach Ausgestaltung des kantonalen Rechts verfügen die Gemeinden bei der freiwilligen Fusion über beträchtlichen Gestaltungsspielraum: So sind beispielsweise die bündnerischen Gemeinden grundsätzlich frei, ob und mit wem sie fusionieren, und sie können verschiedene Voraussetzungen der Fusion selbst definie-

[1530] HANGARTNER, AJP 2005, 1412.

[1531] Bezeichnend die Ausführungen in einer Publikation zur zwangsweisen Auflösung der Gemeinde Ausserbinn im Kanton Wallis: „Im Kleinstdorf hatte jeder zweite der Bewohner irgendeine Aufgabe für die Gemeinschaft zu erfüllen – sei es in der Ortsfeuerwehr, im Unterhalt der Wasserversorgung, in der Abwasserreinigung, in der Pflege der Wege usw. Die Beteiligten haben ihre Persönlichkeit, ihre Kompetenz und ihre Berufserfahrung eingebracht. Es waren alles Aufgaben, die in Ausserbinn eine lange Tradition und in den einzelnen Familien einen festen Platz hatten und die das Selbstbewusstsein der Bürger gestärkt haben. Für einige Einwohner war die Zwangsfusion eine Zäsur. Sie haben dieses Ereignis zum Anlass genommen, ihre Mitarbeit zu beenden. Schliesslich sind jetzt andere verantwortlich"; vgl. im Internet: www.sgipt.org/politpsy/finanz/schuldp/schweiz/Ausserbi.thm (Stand 12. November 2007).

[1532] Vgl. FETZ, Gemeindefusion, 82; SEILER, Gemeinden, Rz. 50; MARTENET, Fusion, 188 f.; ZAHNDER, Gemeindevereinigungen, 113 f.

ren und diese im Fusionsvertrag festhalten.[1533] Für Zwangsfusionen ist in Anbetracht der politischen Tragweite solcher Staatsakte regelmässig ein (meist nicht referendumspflichtiger) *Beschluss des Kantonsparlaments* erforderlich.[1534]

C. Begriff

Eine *Zwangsfusion* ist *jeder kantonale Hoheitsakt ungeachtet seiner Bezeichnung, der eine Gemeinde gegen ihren Willen dazu verpflichtet, ihre politische Existenz aufzugeben*.[1535] Freiwillige Vereinigungen werden von dieser Begriffsdefinition also grundsätzlich nicht erfasst. In aller Regel werden Zwangsfusionen durch einen förmlichen kantonalen Entscheid oder aber in einem kantonalen Erlass beschlossen, so dass sich keine Abgrenzungsprobleme stellen und ein Anfechtungsobjekt nach Art. 82 BGG vorliegt. Wenn ein Kanton finanzielle *Anreize* setzt, welche die Gemeinden zu freiwilligen Zusammenschlüssen ermuntern, begründet dies noch keine Zwangsfusion. Allerdings ist es denkbar, dass ein kantonales Anreiz- oder Sanktionssystem derart stark ausgestaltet ist, dass eine Gemeinde *faktisch* dazu gezwungen wird, einem Zusammenschluss zuzustimmen. In solchen Fällen müssen die besonderen Eingriffskriterien für Zwangsfusionen ebenfalls eingehalten werden.

D. Rechtsnatur

1. Praxis, Lehre und Kritik

Die Rechtsnatur von Beschlüssen über Zwangsfusionen ist umstritten. Das Bundesgericht hat in BGE 131 I 91 festgehalten, der Fusionsbeschluss gehe im vorliegenden Fall zwar vom Kantonsparlament aus, stelle jedoch keinen Akt der Rechtsetzung dar, sondern habe eine konkrete Anordnung zum Gegenstand und sei daher „als Verfügung oder Verwaltungsakt zu betrachten“[1536]. Während ein Teil der Lehre dieser Ansicht zustimmt,[1537] wendet HANGARTNER ein, Zwangsfusionen seien *Akte der Rechtset-*

[1533] Vgl. FETZ, Gemeindefusion, 86.

[1534] Vgl. z.B. § 58 Abs. 4 KV TG (Beschluss, nicht referendumspflichtig); Art. 135 f. GdG VS (Beschluss, nicht referendumspflichtig); Art. 94 GdG GR (Verfügung, nicht referendumspflichtig); §§ 24 lit. d i.V.m. 74 Abs. 3 KV LU sowie § 61 Abs. 4 GdG LU (Beschluss, fakultatives Referendum erforderlich).

[1535] Zur Terminologie auch FETZ, Gemeindefusion, 42; MARTENET, Fusion, 181 ff.; VINCENZ, Eingemeindungsfrage, 92.

[1536] BGE 131 I 91 E. 3.1, 95 m.H.

[1537] Vgl. SCHAUB, Glarner Gemeindefusion, 1304; FETZ, Gemeindefusion, 160 f.; MARTENET, Fusion, 225 m.H.; VINCENZ, Eingemeindungsfrage, 124 ff.; HANNES ANTON MEYER, Wandlungen im Bestande der Gemeinden, Diss. Zürich, Belp 1978, 279-285.

zung.[1538] Durch Schaffung der aus der Verschmelzung hervorgehenden neuen Gemeinde werde „eine neue, nach aussen (also nicht nur verwaltungsintern) wirksame Zuständigkeit begründet. Dies sogar in qualifizierter Weise: Es wird nicht nur eine einzelne Zuständigkeit begründet, sondern eine umfassende lokale Rechtszuständigkeit, der räumliche Geltungsbereich lokaler Rechtsetzung und Rechtsanwendung, umrissen“[1539]. Dieses Verständnis hätte indessen die Konsequenz, dass bei Zwangsfusionen kein Anspruch auf rechtliches Gehör bestünde.[1540] HANGARTNER bezeichnet dies selbst als willkürlich: Wie bei anderen Rechtsetzungsverfahren, bei denen ein beschränkter Personenkreis durch eine Anordnung besonders belastet werde, sei auch bei Zwangsfusionen das rechtliche Gehör zu gewähren.[1541]

2. Alternativer Ansatz

Es gilt, zwischen der Fusion einzelner Gemeinden und eigentlichen Gebietsreformen zu differenzieren. Die Kritik HANGARTNERS überzeugt insofern, als durch einen Zwangsfusionsbeschluss tatsächlich der räumliche Geltungsbereich lokaler rechtsetzender Erlasse neu festgelegt und eine neue umfassende lokale Rechtszuständigkeit begründet wird. Dies verleiht dem Zwangsfusionsakt eine rechtsetzende Dimension, die sich allerdings auf das vom Zusammenschluss betroffene Gebiet beschränkt. Dessen ungeachtet handelt es sich beim Zwangsfusionsakt um eine *individuell-konkrete Anordnung*, welche für die betroffene(n) Gemeinde(n) die Aufhebung ihres verfassungsmässigen Autonomierechts zur Folge hat; dies spricht klar für die Qualifikation als Verfügung.[1542] Der Zwangsfusionsbeschluss ist folglich, sofern es sich um einen singulären Akt handelt (bei dem eine oder eine Mehrzahl einzelner bestimmter Gemeinden betroffen ist), als *hybrider Staatsakt sui generis* zu qualifizieren, bei dem der individuell-konkrete Charakter überwiegt und den die meisten Kantone berechtigterweise in die Erlassform eines Parlamentsbeschlusses und nicht in Gesetzesform kleiden. Dieser Lösung entspricht im Übrigen die Regelung des Art. 53 Abs. 3 BV, wo-

[1538] Als rechtsetzend gelten nach der auch in den Kantonen anerkannten Definition des Parlamentsgesetzes „Bestimmungen, die in unmittelbar verbindlicher und generell-abstrakter Weise Pflichten auferlegen, Rechte verleihen oder Zuständigkeiten festlegen“ (Art. 22 Abs. 4 ParlG); vgl. dazu HANGARTNER, AJP 2005, 1413; TSCHANNEN, St. Galler Kommentar zu Art. 163 BV, Rz. 14 ff.

[1539] HANGARTNER, AJP 2005, 1413.

[1540] Nach bundesgerichtlicher Praxis besteht im Gesetzgebungsverfahren grundsätzlich kein Anspruch auf rechtliches Gehör; vgl. BGE 131 I 91 E. 3.1, 95; 119 Ia 141 E. 5c, 149 ff.; STEINMANN, St. Galler Kommentar zu Art. 29 BV, Rz. 22.

[1541] HANGARTNER, AJP 2005, 1413; vgl. dazu auch MARTENET, Fusion, 225.

[1542] Zum Begriff der Verfügung Art. 5 Abs. 1 VwVG; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 854 ff.

nach Gebietsveränderungen zwischen den Kantonen der Genehmigung durch die Bundesversammlung in Form eines Bundesbeschlusses bedürfen.[1543] Angesichts der grossen Tragweite solcher Akte ist es angemessen, sie dem fakultativen Referendum zu unterstellen (vorbildlich insofern § 74 Abs. 3 KV LU).

Wenn ein Kanton eine grossflächige Gebietsreform durchführt, überwiegt dagegen die *rechtsetzende Komponente* klar. Wenn die gesamte Gemeindestruktur eines Kantons neu geordnet wird, kann nicht von einer Anordnung im Einzelfall gesprochen werden. Es handelt sich in solchen Fällen um *Gesamtregelungen mit staatsorganisatorischem Inhalt*, welche den räumlichen Geltungsbereich rechtsetzender Erlasse neu festlegen und insofern durchaus in generell-abstrakter Weise Pflichten auferlegen, Rechte verleihen und Zuständigkeiten festlegen (Art. 22 Abs. 4 ParlG). Eine Aufspaltung in eine Summe einzelner Parlamentsbeschlüsse würde der Natur und der Bedeutung solcher Territorialreformen nicht gerecht.[1544]

Die hier skizzierte Unterscheidung ist für die Praxis insbesondere deshalb wichtig, weil im Falle kantonaler Gesamtneuregelungen der Gehörs- und Konsultationsanspruch der Gemeinden anders zu bemessen ist (s. hinten, E.2.6).

E. Schrankenregelung

1. Vorbemerkung

Zwangsfusionen greifen auf denkbar schwerste Weise in den Schutzbereich der Gemeindeautonomie ein. Das verfassungsmässige Recht der betroffenen Gemeinde, im Rahmen des kantonalen Rechts einen wesentlichen Teil der öffentlichen Angelegenheiten in eigener Verantwortung zu gestalten, wird bei derartigen Staatsakten *aufgehoben*. Eine Gemeinde kann sich deshalb auf ihre verfassungsrechtlich garantierte Selbständigkeit berufen, um sich einer ihrer Ansicht nach unrechtmässige Zwangsfusion zu widersetzen. Dies gilt ungeachtet der Frage, ob die Kantonsverfassung eine ausdrückliche Bestandesgarantie statuiert oder nicht. Freilich hängt die Tragweite des verfassungsrechtlichen Bestandesschutzes erheblich von der Ausgestaltung des kantonalen Rechts ab, wie die folgende Darlegung der Eingriffsschranken bei Zwangsfusionen zeigen wird. Diese zielen vorab auf Fusionen einzelner Gemeinden (zur besonderen Konstellation bei Gebietsreformen s. hinten, 2.6).

[1543] I.d.S. auch MARTENET, Fusion, 225; vgl. zur Erlassform des Bundesbeschlusses statt vieler TSCHANNEN, St. Galler Kommentar zu Art. 163 BV, Rz. 29 ff.

[1544] G.M. SCHAUB, Glarner Gemeindefusion, 1304; Memorial Landsgemeinde 2006, § 13, 142.

2. Anhörung und Konsultation

2.1 Bedeutung

Die zentralen verfahrensrechtlichen Erfordernisse für die Rechtmässigkeit einer Zwangsfusion sind die *Anhörung sowie die Konsultation der betroffenen Gemeinde* (vgl. insbesondere Art. 29 Abs. 2 BV sowie Art. 5 Charta).

Sinn und Zweck dieser Verfahrenspflichten ist primär die Informationsbeschaffung sowie das Erfassen von Interessenlagen: Der Einbezug der Sicht der betroffenen Gemeinden dient der Sachaufklärung und ermöglicht erst eine gewissenhafte Aufarbeitung der relevanten Entscheidgrundlagen.[1545] Der Einbezug der Betroffenen ist Ausdruck des Fairnessprinzips. Wiewohl im hiesigen Kontext nicht mit der Menschenwürde argumentiert werden kann, scheint doch der Einbezug der betroffenen örtlichen Gemeinschaften in die kantonale Entscheidfindung auch deshalb geboten, damit ein diskursiver Prozess stattfindet, in dem die Gemeinde die Möglichkeit hat, ihre Argumente und ihre Bedenken frühzeitig geltend zu machen.[1546] Dies erscheint im Kontext von Zwangsfusionen höchst bedeutsam und führt zu einem wichtigen *präventiven Bestandesschutz*. Je stichhaltiger die Einwände gegen einen Zusammenschluss, je vehementer die ablehnende Haltung der Bevölkerung, desto grösser ist die Gefahr, dass ein problematisches Kunstgebilde erschaffen würde, desto wichtiger wird die Suche nach alternativen Problemlösungen. Gelangt indessen der Kanton zur Einsicht, eine Zwangsfusion sei unabdingbar, so ist dank der Mitwirkung der Gemeinden an der kantonalen Entscheidfindung die Chance des Entscheids, letztlich von den Betroffenen doch akzeptiert zu werden, deutlich höher.[1547]

Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf Zwangsfusionen einzelner Gemeinden; sie sind auf grossflächige Gebietsreformen nur sinngemäss anwendbar (s. hinten, 2.6).

2.2 Art. 29 Abs. 2 BV

Bei Zwangsfusionen ist der betroffenen Gemeinde das rechtliche Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) zu gewähren.[1548] Der *Inhalt und Umfang* des Gehörsanspruchs ist anhand tatsächlicher und rechtlicher Gegebenheiten nach Fallgruppen und im Einzelfall zu

[1545] Vgl. dazu statt vieler ALBERTINI, Rechtliches Gehör, 72 f. und 122.
[1546] Vgl. MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 847 m.H.
[1547] Vgl. dazu MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 848 m.H.
[1548] Vgl. BGE 131 I 91 E. 2 f., 94 f.

konkretisieren.[1549] Die zentralen Teilgehalte des rechtlichen Gehörs, die als Ausfluss der Minimalgarantie des Art. 29 Abs. 2 BV im spezifischen Falle von Zwangsfusionen eingehalten werden müssen, sind insbesondere:[1550]

- *Anspruch auf Orientierung*. Die rechtzeitige, vorgängige Orientierung der betroffenen Gemeinde ist unabdingbar, damit diese ihre Verfahrensrechte wahrnehmen kann. Die Offenlegungspflicht der kantonalen Behörden bezieht sich auf den in Aussicht stehenden Entscheid wie auf den Beizug von Unterlagen oder Gutachten und schliesst geheime Verfahren aus.[1551]
- *Anspruch auf Äusserung*. Die Gemeinde hat das Recht, sich zumindest schriftlich vorgängig zur Sache äussern zu können. Dieses Recht bezieht sich auf sämtliche entscheidrelevanten Sachfragen, auf alle Entscheidgrundlagen wie auch auf rechtliche Aspekte des in Betracht gezogenen Entscheids.[1552]
- *Anspruch auf Akteneinsicht*. Die Gemeinde darf in alle wesentlichen Akten Einsicht nehmen. Erst dies ermöglicht ihr, sich wirksam und sachbezogen in das Zwangsfusionsverfahren einzubringen. Das Akteneinsichtsrecht setzt eine entsprechende Pflicht der kantonalen Behörden zur Aktenführung voraus.[1553]
- *Anspruch auf einen begründeten Entscheid*. Mit dem Anspruch auf effektive Mitwirkung korrespondiert, dass die Behörde die Vorbringen der Beteiligten tatsächlich hört, prüft und berücksichtigt und ihre Entscheide vor diesem Hintergrund begründet. Das Begründungserfordernis steht im Dienste der Akzeptanz, ermöglicht erst eine sachgerechte Anfechtung und vermittelt der Rechtsmittelbehörde ein Bild über die Tragweite des ergangenen Entscheides.[1554]

1549 BGE 124 I 241 E. 2, 242 f.; STEINMANN, St. Galler Kommentar zu Art. 29 BV, Rz. 21.

1550 Im Einzelfall kann es durchaus vorkommen, dass weitere Teilgehalte zu beachten sind; vgl. auch MARTENET, Fusion, 229.

1551 Vgl. auch MARTENET, Fusion, 228; FETZ, Gemeindefusion, 158; STEINMANN, St. Galler Kommentar zu Art. 29 BV, Rz. 24.

1552 Vgl. BGE 132 II 485 E. 3.2 ff., 494 f. m.H.; BIAGGINI, Kommentar zu Art. 29 BV, Rz. 20; STEINMANN, St. Galler Kommentar zu Art. 29 BV, Rz. 25.

1553 Die kantonalen Behörden haben insbesondere Abklärungen, Befragungen und Verhandlungen zu protokollieren; vgl. zum Akteneinsichtsrecht STEINMANN, St. Galler Kommentar zu Art. 29 BV, Rz. 28 ff.; ausführlich ALBERTINI, Rechtliches Gehör, 225 ff.

1554 Vgl. STEINMANN, St. Galler Kommentar zu Art. 29 BV, Rz. 27 m.H. Das Begründungserfordernis ist ein elementares Fairnessgebot (Art. 29 Abs. 1 BV). Es gilt auch bei individuell-konkreten Hoheitsakten, die von Organen der Rechtsetzung ausgehen; vgl. BGE 131 I 91 E. 3.1, 95 f.

2.3 Art. 5 Charta

Art. 5 der Gemeindeautonomiecharta verlangt, dass bei jeder Änderung kommunaler Gebietsgrenzen (also auch bei Zwangsfusionen) die betroffenen örtlichen Gemeinschaften vorgängig konsultiert werden, gegebenenfalls in Form einer Volksabstimmung, sofern dies gesetzlich zulässig ist. Diese Bestimmung schreibt eine Konsultation der local community, also der örtlichen Gemeinschaft,[1555] vor. Sie sieht eine Beratungspflicht vor (der Begriff „konsultieren" stammt ab von lat. „consultatio", Beratschlagung).[1556] Der wesentliche Unterschied zwischen Art. 5 Charta und Art. 29 Abs. 2 BV ist, dass die letztere Verfassungsnorm den Gemeinden ein Anhörungsrecht zusichert, welches von den Gemeindebehörden wahrgenommen werden kann, während die völkerrechtliche Garantie des Art. 5 Charta die *Beratung des entscheidbefugten Kantons durch die örtliche Gemeinschaft* vorschreibt.[1557]

Art. 5 Charta geht also über Art. 29 Abs. 2 BV hinaus. Daraus, dass als Form dieser Beratung ausdrücklich die Durchführung einer Volksabstimmung vorgesehen ist, wird ersichtlich, dass die Charta auf die Mitwirkung der betroffenen Gemeindebevölkerung abzielt. Diese hat gegebenenfalls, d.h. sofern dies gesetzlich zulässig ist, in der Form einer Volksabstimmung zu geschehen. Dass diese Mitwirkungsform nicht zwingend vorgeschrieben ist, ist darauf zurückzuführen, dass die direkte Demokratie nicht in allen europäischen Ländern gleichermassen verwirklicht ist.[1558]

Art. 5 Charta bezweckt eine *präventive Sicherung des Bestands der Gemeinde* und muss teleologisch im Sinne grösstmöglicher Erhaltungskraft ausgelegt werden.[1559] Dies, in Kombination mit der gerade auf gemeindlicher und kantonaler Ebene besonders ausgeprägten direkt-demokratischen Tradition der Schweiz, macht *die Konsulta-*

[1555] Bereits im zweiten Teil dieser Studie wird darauf hingewiesen, dass diese Chartagarantie auf den Einbezug der kommunalen Bevölkerung ausgerichtet ist, was im authentischen englischen Vertragstext, der von „local communities" spricht (und nicht, wie Art. 4 Abs. 6 Charta, von „local authorities"), klar zum Ausdruck kommt; s. vorne, Teil 2§ 5.III.E.1.

[1556] Vgl. Duden. Das grosse Wörterbuch der deutschen Sprache in 10 Bänden. 3. Aufl., Mannheim/ Leipzig/Wien/Zürich 1999.

[1557] Der Ansicht MARTENETS, Art. 5 Charta und Art. 29 Abs. 2 BV seien im Falle von Zwangsfusionen „en réalité très proches" (vgl. MARTENET, Fusion, 227 f.), ist zu widersprechen. Sicherlich ist der Gehörsanspruch flexibel und dient wie die Konsultation vordringlich dem Zweck, eine effektive Mitwirkung der Betroffenen wie auch einen sachgerechten Entscheid zu ermöglichen. Der wesentliche Unterschied liegt jedoch darin, dass der verfassungsrechtliche Gehörsanspruch vom Gemeinderat wahrgenommen wird, während Art. 5 Charta nach seinem Sinn und Zweck auf eine *Partizipation der Gemeindebevölkerung* gerichtet ist.

[1558] Vgl. Explanatory Report, Art. 5.

[1559] Vgl. SCHAFFARZIK, Handbuch, § 25 Rz. 10.

tion der betroffenen Bevölkerung in Form einer zumindest konsultativen Volksabstimmung in jeder betroffenen Gemeinde im Vorfeld einer Gemeindefusion zur Pflicht. Die Durchführung kommunaler Volksabstimmungen ist in jedem Kanton zulässig.[1560] Die Charta vermittelt der örtlichen Gemeinschaft ein maximales Beteiligungsrecht, einen Anspruch darauf, dass sich der Kanton von ihr beraten lässt. Erst dies führt dazu, dass der Standpunkt der Gemeindebevölkerung beim kantonalen Entscheid über eine Zwangsfusion gebührende Beachtung finden kann, und erlaubt einen Entscheid in voller Kenntnis der Sache. Die Konsultationspflicht bedeutet, dass Zwangsfusionen nur zulässig sind, wenn vorgängig versucht wurde, eine einvernehmliche Lösung zu finden und die örtliche Gemeinschaft die Möglichkeit hatte, die Entscheidfindung auf kantonaler Ebene durch Kundgabe ihres Standpunkts zu einer vorgesehenen Fusion zu beeinflussen.[1561] In Kombination mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit folgt daraus, dass einem Zwangsfusionsentscheid grundsätzlich ein gescheiterter Versuch einer Gemeindefusion auf freiwilliger Basis vorausgegangen sein muss.[1562]

2.4 Art. 4 Abs. 6 Charta

Neben dem auf Gebietsveränderungen zugeschnittenen Art. 5 ist auch Art. 4 Abs. 6 Charta zu berücksichtigen. Die Gemeinden werden so weit als möglich bei Planungs- und Entscheidungsprozessen für alle Angelegenheiten, die sie direkt betreffen, rechtzeitig und in geeigneter Weise konsultiert. Diese Bestimmung geht nicht in Art. 5 Charta auf,[1563] denn sie bezweckt nicht die Partizipation der Gemeindebevölkerung (local *community*), sondern die rechtzeitige und geeignete Beratung der zuständigen kantonalen Behörden durch die Gemeindebehörden (local *authorities*).

Was eine *rechtzeitige und geeignete Konsultation* im konkreten Fall eines Zwangsfusionsverfahrens bedeutet, ist durch Auslegung zu ermitteln. Weil solche Verfahren für die Gemeinden mit dem Verlust ihrer Selbständigkeit enden können, ist Art. 4 Abs. 6 Charta nach seinem Sinn und Zweck so auszulegen, dass Zwangsfusionen erst nach umfassender Sachverhaltsaufklärung und optimalem Einbezug der kommunalen Sicht

[1560] So auch FETZ, Gemeindefusion, 159.

[1561] Vgl. dazu auch MARTENET, Fusion, 227; ALBERTINI, Rechtliches Gehör, 122.

[1562] Wenn die Gemeindebevölkerung eine freiwillige Gemeindefusion an der Urne verworfen hat und der Kanton später eine zwangsweise Verschmelzung durchführen will, muss die örtliche Gemeinschaft (deren ablehnende Haltung ja bekannt ist) jedoch nicht erneut abstimmen, sofern es sich noch um dasselbe Projekt handelt.

[1563] A.M. SCHAUB, Glarner Gemeindefusion, 1306.

beschlossen werden dürfen.[1564] Die Konsultation soll einen wirkungsvollen präventiven Bestandesschutz ermöglichen. An die Kriterien der Geeignetheit und der Rechtzeitigkeit sind deshalb hohe Massstäbe anzusetzen. Der Kanton muss die betroffene Gemeinde nicht nur anhören, sondern sich von ihr (d.h.: vom die Gemeinde vertretenden Gemeinderat) *beraten lassen* und eine *einvernehmliche Lösung anstreben*.[1565]

Die Beratungen sind so zu gestalten, dass sie eine effektive Einflussnahme der Gemeinden gewährleisten.[1566] Als geeignete Konsultationsform erscheint im Kontext von Zwangsfusionen jene der *Verhandlungen*. Die kantonalen Behörden haben auf eine konsensuale Lösung hinzuwirken und die Verhandlungen fair zu führen. Dies erfordert, dass die Verhandlungen auch mündlich erfolgen, weil durch die unmittelbare Begegnung eine optimale Verständigungsmöglichkeit entsteht.[1567] Die Verhandlungen müssen *rechtzeitig* erfolgen. Dies setzt voraus, dass die Gemeinden frühzeitig in den Planungs- und Entscheidungsprozess einbezogen werden, also schon wenn der Kanton erstmals die Möglichkeit einer Zwangsfusion in Erwägung zieht. Nur dies ermöglicht den Gemeinden, sich auf eine Strategie festzulegen und nach alternativen Problemlösungen zu suchen. Zudem sind die Gemeinden in weiteren bedeutsamen Verfahrensetappen und in der Schlussphase (zwecks Ausübung ihres Rechts zur Stellungnahme) einzuschalten.[1568] Ein solches Vorgehen ermöglicht der Gemeinde, ihre Sicht und eigene, alternative Lösungsvorschläge einzubringen. Wenn die Gemeinde in finanzieller Schieflage ist, kann sie Sparmassnahmen ergreifen, wenn sie mit einer vom Kanton vorgesehenen „Fusionspartnerin“ nicht einverstanden ist, kann sie nach Möglichkeiten eines freiwilligen Zusammenschlusses mit anderen Partnerinnen suchen usw.

Das Konsultationsrecht ändert nichts an der Entscheidzuständigkeit des Kantons. Der Kanton kann die Verhandlungen beenden und eine Zwangsfusion beschliessen, wenn er keine Chance auf eine Einigung mehr sieht. Jedoch ist er aufgrund der Charta dazu

---

1564 Dieses von der Charta gebotene Vorgehen liegt auch im Interesse des Kantons, weil es einer allfälligen gerichtlichen Feststellung der Rechtswidrigkeit etwa wegen Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips vorbeugt; vgl. SCHAFFARZIK, Handbuch, § 22 Rz. 21.

1565 Eine Konsultation der Gemeindeverbände genügt im Falle von Zwangsfusionen einzelner Gemeinden nicht. Die diesbezüglichen Ausführungen in der Botschaft zur Charta sind unzutreffend; vgl. Botschaft Charta, 93. Auch der Erläuterungsbericht des Europarates erwähnt die Konsultation via Gemeindeverbände nur als Alternative, falls eine Vielzahl von Gemeinden von einer geplanten staatlichen Massnahme betroffen sind; vgl. Explanatory Report, Art. 4 Abs. 6.

1566 Explanatory Report, Art. 4 Abs. 6.

1567 Vgl. SCHAFFARZIK, Handbuch, § 22 Rz. 22 ff. u. 30 f. m.H. auf WOLFGANG ROTERS, Kommunale Mitwirkung an höherstufigen Entscheidungsprozessen, Köln 1975, 170 und 182.

1568 Vgl. SCHAFFARZIK, Handbuch, § 22 Rz. 40 f.

verpflichtet, sich so zu verhalten, als ob er auf die Herstellung eines Konsenses mit der Gemeinde angewiesen wäre.[1569]

2.5 Kantonales Recht

Die verfassungs- und völkerrechtlichen Vorgaben skizzieren einen *rechtsstaatlichen Minimalstandard*. Wie das rechtliche Gehör in der Praxis des Bundesgerichts in verschiedene Teilgehalte ausdifferenziert wurde, sind auch die Konsultationsrechte der Charta von der Rechtsanwenderin zu konkretisieren. Beide müssen sie durch die kantonalen Verfahrensgesetze umgesetzt, konkretisiert und für die Praxis aufbereitet werden.[1570] Bei Autonomiebeschwerden gegen Zwangsfusionen ist sowohl die Beachtung des völker- und verfassungsrechtlichen Minimalstandards als auch der entsprechenden kantonalen Bestimmungen zu prüfen. Anzumerken bleibt, dass die Anhörungs- und Konsultationsrechte den Gemeinden kein Vetorecht vermitteln; ein solches kann einzig das kantonale Recht statuieren (vgl. etwa Art. 84 Abs. 1 KV ZH).

2.6 Besonderheiten bei Gebietsreformen

Die Diskussion betreffend die Rechtsnatur von Beschlüssen über Zwangsfusionen erlangt praktische Relevanz bei der Konkretisierung des verfassungs- und völkerrechtlich gebotenen Beteiligungsstandards. Die vorhergehenden Ausführungen waren auf *Entscheide im Einzelfall,* mit einer oder einer Mehrzahl einzelner bestimmter betroffener Gemeinden, zugeschnitten. Sie können für *Gebietsreformen*, bei denen die Gemeindestruktur eines Kantons gesamthaft neu geordnet wird, nur sinngemäss gelten. Sowohl Art. 29 Abs. 2 BV als auch die Konsultationsrechte der Charta sind anhand konkreter tatsächlicher und rechtlicher Gegebenheiten zu konkretisieren. Bei Gesamtregelungen mit staatsorganisatorischem Inhalt ist ein Gehörs- und Konsultationsanspruch der Gemeinden wegen der einschneidenden Auswirkungen solcher Entscheide zwar zu bejahen, als Folge der diesfalls überwiegend rechtsetzenden Komponente des Fusionsentscheids aber *zurückhaltend zu bemessen*.[1571] Weil bei solchen staatlichen Entscheidungsprozessen regelmässig eine Vielzahl von Gemeinden betroffen ist, muss deren Vertretung durch repräsentative Organisationen aus Praktikabilitätsgründen zu-

[1569] Vgl. SCHAFFARZIK, Handbuch, § 22 Rz. 30 f.

[1570] Vgl. dazu STEINMANN, St. Galler Kommentar zu Art. 29 BV, Rz. 7.

[1571] I.d.S. auch SCHAUB, Glarner Gemeindefusion, 1305; ähnlich HANGARTNER, AJP 2005, 1413 f.

lässig sein.[1572] Die Durchführung von Verhandlungen mit jeder einzelnen Gemeinde würde das Entscheidverfahren ins Unendliche verlängern und käme einem faktischen Verbot grossflächiger Gebietsreformen gleich. Ein solch krasser Eingriff in die kantonale Zuständigkeit zur Regelung des Gemeindewesens kann der Charta nicht entnommen werden und entspricht im Übrigen auch nicht deren Sinn und Zweck. Der folgende Mindeststandard ist jedoch auch bei Gebietsreformen einzuhalten:

- Die betroffenen Gemeinden sind vorgängig über eine geplante Gebietsreform zu orientieren und es ist ihnen die Möglichkeit zu gewähren, sich zumindest schriftlich zur geplanten Reform zu äussern (Art. 29 Abs. 2 BV).
- Die aufgrund Art. 4 Abs. 6 Charta gebotenen *Verhandlungen* sind mit dem Ziel, eine einvernehmliche Lösung zwischen Kanton und Gemeinden zu finden, von der zuständigen kantonalen Stelle *mit einer die Gesamtheit der Gemeinden repräsentierenden Organisation zu führen*. Sinnvollerweise wird es sich dabei um den jeweiligen kantonalen Gemeindeverband handeln. Ersatzweise ist die Bestellung besonderer Gemeindevertreterinnen denkbar.
- Die *betroffene Bevölkerung* muss in geeigneter Weise am Entscheidfindungsverfahren beteiligt werden (Art. 5 Charta). Die Durchführung von Volksabstimmungen in jeder einzelnen Gemeinde erscheint bei Gesamtregelungen nicht erforderlich, wenn die Stimmbevölkerung auf kantonaler Ebene über ein Reformprojekt befinden kann. Erforderlich ist jedoch die Durchführung eines *Vernehmlassungsverfahrens*. Dadurch wird es möglich, die Perspektive der örtlichen Gemeinschaften in die Entscheidfindung einzubeziehen.

Die Einhaltung dieser Mindestanforderungen ist als Folge der grossen Tragweite von Gebietsreformen geboten.

Es erscheint im Übrigen angesichts der in allen Kantonen ausgeprägten direktdemokratischen Tradition *unwahrscheinlich*, dass *eine Gebietsreform ohne legitimierenden Entscheid des kantonalen Stimmvolks durchgeführt werden wird*. So gingen beide bisher durchgeführten grossflächigen Gebietsreformen, sowohl die thurgauische als auch die glarnerische, mit einer Revision der jeweiligen kantonalen Verfassung einher (vgl. §§ 57 und 98 KV TG; Art. 148 KV GL). Allerdings vermag die Entscheidzuständigkeit der Stimmberechtigten auf kantonaler Ebene die vorgängige recht-

[1572] I.d.S. auch SCHAFFARZIK, Handbuch, § 22 Rz. 42; SCHNEIDER, Kommunaler Einfluss, 309 f.; Explanatory Report, Art. 4 Abs. 6; HANGARTNER, AJP 2005, 1413 zu Art. 29 Abs. 2 BV.

zeitige Konsultation der Gemeinden und der örtlichen Gemeinschaften nicht zu ersetzen (s. dazu schon vorne, § 18.VI.B.3.2).

3. Legalitätsprinzip

3.1 Gesetzliche Grundlage

Wie jeder Eingriff in den Schutzbereich der verfassungsrechtlichen Autonomiegarantie muss sich eine Zwangsfusion auf eine vom zuständigen Organ erlassene *generell-abstrakte Regelung* stützen (Art. 5 Abs. 1 BV). Gemeindefusionen bringen für die betroffenen Gemeinden und deren Bevölkerung erhebliche Veränderungen mit sich. Weil „weiche Faktoren" wie lokale Identitäten, Bindungen und Zugehörigkeitsgefühle eine wichtige Rolle spielen, wird staatlicher Zwang in solchen Prozessen emotional oft als gravierender Einschnitt empfunden. Dies, in Kombination mit dem verfassungsrechtlichen Demokratiegebot, spricht dafür, die grundlegenden Voraussetzungen für Zwangsfusionen *im formellen Gesetz* zu regeln.[1573] Die meisten Kantone, in denen Zwangsfusionen zulässig sind, erwähnen diese Möglichkeit in der Kantonsverfassung und unterstreichen damit die Ausserordentlichkeit dieser Massnahme.[1574]

3.2 Bestimmtheitsgebot

Die (formell-)gesetzliche Grundlage für Zwangsfusionen muss *hinreichend bestimmt und klar* sein. Dieses Erfordernis steht in Zusammenhang mit der demokratischen Komponente des Legalitätsprinzips und dient der Rechtssicherheit mit den Elementen der Berechenbarkeit und Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns sowie der rechtsgleichen Rechtsanwendung.[1575]

Die Anforderungen an die Normdichte sind für den besonderen Fall von Zwangsfusionen zu konkretisieren. Dabei ist zu berücksichtigen, dass nicht in eine Grundrechtsposition, sondern in ein verfassungsmässiges Recht der Gemeinde eingegriffen wird. Der Gesetzgeber kann nicht darauf verzichten, allgemeine und offene Begriffe zu verwenden, welche der entscheidenden Behörde einen erheblichen Entscheidungs- und Beurteilungsspielraum gewähren.[1576] Freilich stellen Zwangsvereinigungen für die örtliche Gemeinschaft einschneidende Massnahmen dar. Sodann ist eine gewisse Existenzsi-

[1573] G.M. FETZ, Gemeindefusion, 89 f.; ZAHNER, Gemeindevereinigungen, 22.
[1574] Vgl. etwa Art. 20 Abs. 3 KV TI; Art. 135 Abs. 4 KV FR.
[1575] Vgl. BGE 128 I 327 E. 4.2, 339 m.H.
[1576] Vgl. dazu BGE 132 I 49 E. 6.2, 58; BIAGGINI, Kommentar zu Art. 5 BV, Rz. 10.

cherheit eine notwendige Voraussetzung für planmässiges kommunales Handeln. *Die Tatbestände, die eine Zwangsfusion rechtfertigen, wie auch das Verfahren sind deshalb im formellen Gesetz klar zu regeln*.

Vorbildlich erscheint diesbezüglich etwa Art. 94 des bündnerischen Gemeindegesetzes (GdG GR), der alternativ zwei Situationen nennt, in denen der Grosse Rat eine Zwangsfusion beschliessen kann: 1) wenn eine Gemeinde dauernd ausserstande ist, ihre Aufgaben zu erfüllen, oder 2) wenn ihr Mitwirken für die Aufgabenerfüllung einer neuen Gemeinde unentbehrlich ist, sofern die Mehrheit der betroffenen Gemeinden einem Zusammenschluss zugestimmt hat.[1577] Solche bestimmten Normen bewirken, dass die Eckpunkte einer „Fusionsstrategie" demokratisch legitimiert sind, das Handeln des Kantons für die Gemeinden vorhersehbar und die Rechtsgleichheit gewahrt wird. Letztlich erhöht die demokratische Verständigung darüber, unter welchen Bedingungen eine örtliche Gemeinschaft ihre Selbständigkeit verlieren kann, auch deren Bereitschaft, in eigener Initiative Problemlösungsstrategien zu entwickeln und frühzeitig zu versuchen, eine drohende „Bevormundung" abzuwenden. Kommt es dadurch zu verbesserter interkommunaler Zusammenarbeit oder zu freiwilligen Zusammenschlüssen, dürfte dies letztlich im Interesse aller Beteiligten liegen.

3.3 Systemgerechtigkeit

Ein Zwangsfusionsbeschluss ist nur zulässig, wenn er sich innert der rechtlich vorgegebenen Schranken bewegt. Die gesetzlichen Vorgaben betreffend Zwangsfusionen sind also in jedem Einzelfall von der entscheidenden Behörde einzuhalten. Gefordert ist stets ein *systemgerechter Entscheid*.[1578] Die meisten Kantone, in denen eine gesetzliche Grundlage für Zwangsfusionen besteht, sehen eine *Förderungsstrategie* vor, kombiniert mit der Möglichkeit, unter gewissen besonderen Voraussetzungen Zwangsfusionen zu beschliessen. So kann beispielsweise der Walliser Grosse Rat zwei oder mehrere Gemeinden zur Fusionen zwingen, wenn a) ein negativer Entscheid zu einem Fusionsprojekt deren Weiterbestand gefährdet; b) eine einzige Gemeinde das Hindernis zu einer Fusion darstellt, während dem die angrenzenden Gemeinden bereits ihre Zustimmung zu einer bedeutenden Fusion gegeben haben; oder c) eine Gemeinde nicht mehr in der Lage ist, das Funktionieren der Institutionen zu gewährleisten (vgl. Art. 135 GdG VS). Das entscheidende kantonale Parlament ist verpflichtet, die in

[1577] Vgl. dazu FETZ, Gemeindefusion, 162 ff.

[1578] Vgl. zur diesbezüglichen Lehre und Praxis in der Bundesrepublik Deutschland SCHMAHL, Gemeindegebietsreform, 1305; IPSEN, Selbstverwaltungsgarantie, 211 je m.H.

der Regel von ihm selbst (und vom Volk) für Gebietsreformen und Zwangsfusionen aufgestellten Massstäbe und Leitlinien zu beachten.

4. Öffentliches Interesse

Selbstverständlich dürfen Zwangsfusionen nur im *öffentlichen Interesse* erfolgen (Art. 5 Abs. 2 BV). Im demokratischen Staat sind die öffentlichen Interessen die allgemeinen Interessen der Gesellschaft, aber auch die Interessen des der Gesellschaft dienenden Staates einschliesslich dessen *finanzpolitischer Interessen*.[1579] Dies ist bei Zwangsfusionen bedeutsam. Es besteht ein öffentliches Interesse an funktions- und leistungsfähigen Gemeinden und ganz allgemein daran, dass der Staat seine Mittel effektiv und effizient einsetzt. Eine Fusion kann durchaus aus wirtschaftlichen Gründen im öffentlichen Interesse liegen resp. als Mittel der Finanzaufsicht verstanden werden.[1580] Dementsprechend hielt das Bundesgericht in bisherigen Fällen betreffend verschiedene Tessiner Gemeinden fest, Fusionen brächten organisatorische Vorteile mit sich, sie ermöglichten Rationalisierungen und eine Professionalisierung.[1581] Auch andere öffentliche Interessen (wie etwa jenes an einer rechtsstaatlichen Aufgabenerfüllung) können eine Zwangsfusion rechtfertigen. In der Praxis werden Zwangsfusionen kaum am Kriterium des öffentlichen Interesses scheitern, zumal die Definitionshoheit diesbezüglich beim demokratisch legitimierten kantonalen Gesetzgeber liegt und die Verfassungsjustiz dem Gesetzgeber zu Recht einen erheblichen Bewertungs- und Beurteilungsspielraum zugesteht.[1582]

5. Verhältnismässigkeit

Wie alle Eingriffe in den Schutzbereich der Gemeindeautonomie müssen Zwangsfusionen *verhältnismässig* sein (Art. 5 Abs. 2 BV). Zwangsfusionen kommen nur als „ultima ratio“ in Frage.[1583] Dies ist nicht eine politische, sondern eine verfassungsrechtli-

---

[1579] HANGARTNER, St. Galler Kommentar zu Art. 5 BV, Rz. 32.

[1580] Vgl. dazu FETZ, Gemeindefusion, 97 f.; UEBERSAX, Fall Leukerbad, 26 f.; ZAHNER, Gemeindevereinigungen, 118 je m.H.; vgl. dazu auch das Interview mit der Glarner Frau Landammann Marianne Dürst, NZZ vom 15. April 2010, 11: „Der Kanton befand sich um die Jahrtausendwende in einer schwierigen Situation. Böse Zungen sprachen damals vom Jammertal. Das hatte zu tun mit der Abwanderung, mit wirtschaftlicher Stagnation. Hinzu kam, dass einzelne Gemeinden in finanzielle Not geraten waren.“

[1581] Vgl. FETZ, Gemeindefusion, 98 m.H. auf die italienischsprachigen BGE 1P.700/2000, E. 7 sowie BGE 1P.265/2005, E. 4.7.

[1582] So auch BIAGGINI, Kommentar zu Art. 36 BV, Rz. 18.

[1583] Vgl. FETZ, Gemeindefusion, 100 u. 153 ff. m.H.; VINCENZ, Eingemeindungsfrage, 210; i.d.S. auch BGE 1P.700/2000, E. 8, freilich in Bezug auf den Kanton Tessin.

che Forderung. Weil die Bundesverfassung die Gemeindeautonomie garantiert und Eingriffe in diese Garantie in jedem Falle verhältnismässig sein müssen, ist die Zwangsfusion als *schwerstmöglicher Eingriff* in den Schutzbereich der Gemeindeautonomie nur zulässig, wenn vorgängig alle alternativen Massnahmen ausgeschöpft wurden. Die Gerichte werden sich indessen bei der Prüfung zurückhalten, soweit sie über Zielvorstellungen, Interessenabwägungen, Wertungen und Prognosen des Gesetzgebers befinden.[1584] Dies ändert jedoch nichts an der Geltung der drei Elemente der Eignung, der Erforderlichkeit und der Zumutbarkeit.

5.1 Eignung

Eine Zwangsfusion, die *ungeeignet* ist, um den im öffentlichen Interesse verfolgten Zweck herbeizuführen, kommt von vornherein nicht in Frage. Wenn etwa ein kantonaler Beschluss über eine Zwangsfusion damit begründet wird, die Gemeinde könne frei gewordene Ämter aufgrund der beschränkten Einwohnerzahl nicht wiederbesetzen (vgl. etwa Art. 135 lit. c GdG VS), ist zu prüfen, ob der Zusammenschluss zur Lösung dieses Problems beiträgt. Weil dies eine *Prognose* voraussetzt, haben die kontrollierenden Gerichte bei solchen oder ähnlichen Fragen ihre Prüfung darauf zu beschränken, ob die Massnahme *klarerweise nicht geeignet* ist.[1585]

5.2 Erforderlichkeit

Eine Zwangsfusion muss *erforderlich* sein, um den im öffentlichen Interesse verfolgten Zweck zu erreichen. Wenn dieser Zweck mit einer ebenfalls geeigneten, aber weniger einschneidenden Massnahme erreicht werden kann, muss auf die Zwangsfusion verzichtet werden.[1586] Es gibt Situationen, in denen eine Gemeindefusion aus triftigen Gründen geboten ist (vgl. § 58 Abs. 4 KV TG).[1587] Dies bedeutet jedoch nicht bereits, dass dann auch eine zwangsweise Vereinigung gerechtfertigt wäre. Wenn die anvisierten Ziele innert nützlicher Frist mit milderen Mitteln, beispielsweise mit Massnahmen

---

[1584] Vgl. PFISTERER, Gemeinden, 223; SCHMAHL, Gemeindegebietsreform, 1305; SCHAFFARZIK, Handbuch, § 21 Rz. 63; s. zum Prüfungsumfang vorne, Teil 4§ 18.IV.E.

[1585] I.d.S. BIAGGINI, Kommentar zu Art. 36 BV, Rz. 23; konkret in Bezug auf Gemeindefusionen FETZ, Gemeindefusion, 99, m.H.

[1586] Vgl. zum Kriterium der Erforderlichkeit etwa HANGARTNER, St. Galler Kommentar zu Art. 5 BV, Rz. 38; BGE 131 I 91 E. 3.3, 99 f. in Bezug auf Zwangsfusionen.

[1587] Dies anerkennt auch ULRICH ISCH, der langjährige Präsident des SGV: „Ich bin kein Freund von Fusionen um der Fusion willen. Mit «ultima ratio» meine ich: Wenn es nicht mehr anders geht, dann kann und soll man diesen Schritt machen. […] Verheiraten sollte man sich nur […], wenn es nicht mehr anders geht"; vgl. das Interview in der Schweizer Gemeinde, 6/2008, 12.

zur Förderung einer freiwilligen Vereinigung oder mit einem massvollen Ausbau der interkommunalen Zusammenarbeit, erreicht werden können, hat eine Zwangsfusion zu unterbleiben.[1588] Daraus ergibt sich die Forderung, dass einem Zwangsfusionsentscheid ein gescheiterter Vereinigungsversuch auf freiwilliger Basis vorausgegangen sein muss. Damit kann der in der Praxis gewonnenen Erfahrung, dass „von unten" gewachsene Vereinigungen am ehesten nachhaltigen Erfolg versprechen, Rechnung getragen werden.[1589] Es wird jedoch nicht gesagt, die Möglichkeiten der interkommunalen Zusammenarbeit müssten bis zum Äussersten ausgereizt werden. Die entscheidende Behörde darf berücksichtigen, dass die kooperative Aufgabenerfüllung ab einem gewissen Intensitätsgrad aus demokratischer Sicht problematisch wird.[1590]

Die entscheidende Behörde hat auch die *zeitliche Dimension* zu beachten. Sind die Probleme einer Gemeinde nur vorübergehender Natur, sollten sich diese regelmässig mit milderen Massnahmen lösen lassen.[1591] Eine Zwangsfusion darf sodann auch in *geografischer Hinsicht* nicht über das Notwendige hinausgehen. Der zuständigen kantonalen Behörde steht jedoch auch diesbezüglich ein erheblicher Einschätzungsspielraum zu.[1592] So ist festzuhalten, dass eine „optimale Gemeindegrösse" nicht existiert, weil im Einzelfall jeweils verschiedene Faktoren wie die Geografie, das wirtschaftliche Einzugsgebiet, die örtlichen Verbundenheiten und die historische Entwicklung berücksichtigt werden müssen.[1593] Das Bundesgericht wird die Wertungen der kantonalen Behörde, die mit den örtlichen Verhältnissen besser vertraut ist, zurückhaltend prüfen und nur klare und eindeutige Fehler korrigieren.

5.3 Angemessenheit

Eine Zwangsfusion muss *angemessen* sein, d.h. sie darf nicht in einem Missverhältnis zum verfolgten Zweck oder zu anderen Interessen stehen. Die Konstellation bei Zwangsfusionen ist regelmässig, dass einerseits ein öffentliches Interesse an einer wirtschaftlichen Aufgabenerfüllung und an leistungsfähigen Gemeinden besteht, ande-

[1588] So auch FETZ, Gemeindefusion, 99 f.; VINCENZ, Eingemeindungsfrage, 210; ZAHNER, Gemeindevereinigungen, 119.

[1589] STEINER, Zusammenarbeit, 494 m.H.

[1590] Vgl. zur Demokratieproblematik der interkommunalen Kooperation etwa STEINER, Zusammenarbeit, 100 ff.; EICHENBERGER, Gemeinden, 53; JAGMETTI, Gemeinden, 391 f.

[1591] Vgl. auch FETZ, Gemeindefusion, 99 f. m.H.

[1592] Vgl. auch FETZ, Gemeindefusion, 100. Beispielhaft BGE 131 I 91 E. 3.3, 101.

[1593] Vgl. FETZ, Gemeindefusion, 74 ff., der im Kanton GR die Bildung von Talschaftsgemeinden als sinnvollste Variante bezeichnet.

rerseits ein Interesse der betroffenen Gemeinde am Weiterbestand ihrer Selbständigkeit, welche vielfältige Funktionen erfüllt und deshalb schützenswert ist. Gefragt ist eine *Interessenabwägung*.[1594]

In einem ersten Schritt ist zu prüfen, wie *gewichtig* das vom Kanton geltend gemachte öffentliche Interesse ist. Weil das Kantonsparlament, in dem die kommunalen Interessen meist gut vertreten sind, entscheidet, wird in aller Regel ein gewichtiges Interesse an einer Fusion bestehen.[1595] In einem weiteren Schritt sind die Interessen der betroffenen Gemeinde zu würdigen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Gemeinden traditionelle *Keimzellen der Demokratie* sind, deren Selbständigkeit in hohem Mass systemrelevant ist und eine wichtige freiheitsfördernde und machthemmende Wirkung entfaltet. Freilich kann eine zwangsweise vereinigte örtliche Gemeinschaft im neuen Verbund in veränderter Weise weiter bestehen und so an einer neuen, allenfalls stärkeren Autonomie teilhaben.[1596] Dennoch wird bei einer Zwangsfusion ein örtliches Gebilde mit eigener Geschichte und Identität gegen den Willen der Betroffenen aufgelöst, was erhebliche Auswirkungen zeitigen kann. Es sind sämtliche Zwecke der kommunalen Selbständigkeit und insbesondere auch deren politische Identitätsfunktion gebührend zu würdigen.[1597] Die Interessenabwägung darf also nicht ausschliesslich unter den Gesichtspunkten der Verwaltungsvereinfachung und der Kostenersparnis erfolgen. Relevant sind auch das Interesse der betroffenen Bürgerinnen an der Teilnahme an der direkten Demokratie und an der partizipativen und eigenverantwortlichen Aufgabenerfüllung im örtlichen Raum. Folglich muss auch berücksichtigt werden, ob eine Fusion von den Gemeindemitgliedern grossmehrheitlich oder eher knapp abgelehnt wurde, und welche Gründe bei dieser Ablehnung eine Rolle spielten.[1598]

5.4 Wiederherstellung einer örtlichen Identität

VINCENZ postuliert einen *Grundsatz der Wiederherstellung einer Gemeindeidentität* und verlangt, Gemeindefusionen müssten stets die Voraussetzungen schaffen, dass auch in der neuen Gemeinde das Gefühl einer örtlichen Verbundenheit entstehen kön-

[1594] Vgl. HANGARTNER, St. Galler Kommentar zu Art. 5 BV, Rz. 39; PFISTERER, Gemeindeautonomie, 17.

[1595] Vgl. auch VINCENZ, Eingemeindungsfrage, 208.

[1596] I.d.S. KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar zu Art. 50 BV, Rz. 13.

[1597] Vgl. auch RHINOW/SCHEFER, Verfassungsrecht, Rz. 643; s. zu den vielfältigen Funktionen der Gemeindeautonomie vorne, Teil 1§ 3.IV.

[1598] Vgl. BGE 131 I 91 E. 3.3, 101.

ne.[1599] FETZ argumentiert, nur eine Gemeinde mit gemeinsamen Banden und sozialer Interaktion wahre den Grundsatz des öffentlichen Interesses, und leitet daraus die Forderungen ab, die Fusionspartner seien aufgrund bestehender gemeinsamer Identitäten auszuwählen.[1600] Im Kontext einer Zwangsfusion ist dieses Postulat bei der Prüfung der *Angemessenheit* des kantonalen Handelns zu berücksichtigen. So würde eine Zwangsfusion, die bestehende örtliche Identitäten derart missachtete, dass sich in der neuen Gemeinde in absehbarer Zeit keine gemeinsame Identität bilden könnte, auf unverhältnismässige Weise in die Gemeindeautonomie eingreifen.[1601]

5.5 Abwägungsgebot als Verfahrenspflicht

Das Verhältnismässigkeitsprinzip verlangt eine *Interessenabwägung*. Der Kanton ist verpflichtet, den Sachverhalt zutreffend und vollständig zu ermitteln, die verschiedenen öffentlichen Interessen auf nachvollziehbare Weise und umfassend abzuwägen, und zwar unter Berücksichtigung aller Vor- und Nachteile einer zwangsweisen Vereinigung. Eine solche *Verfahrenspflicht* wurde in der Rechtsprechung der deutschen Landesverfassungsgerichte und des BVerfG auch zu Art. 28 Abs. 2 GG entwickelt.[1602] Sie muss im schweizerischen Recht ebenfalls gelten: Wenn das Verhältnismässigkeitsprinzip im Kontext von Zwangsfusionen seine machthemmende Wirkung entfalten soll, muss in jedem einzelnen Fall eine Interessenabwägung erfolgen, deren Grundlagen, Wertungen und Ergebnisse den betroffenen Gemeinden in der Begründung des Fusionsentscheids offenzulegen sind.

6. Verfassungsmässige Rechte

Eine Gemeinde kann im Rahmen einer Autonomiebeschwerde auch andere verfassungsmässige Rechte geltend machen (s. vorne, § 18.IV.B.4). Im besonderen Kontext von Zwangsfusionen ist nicht zuletzt die *Rechtsgleichheit* (Art. 8 Abs. 1 BV) von Bedeutung. Auch bei Zwangsfusionen ist Gleiches gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Verschiedenheit ungleich zu behandeln. Werden mehrere Gemeinden ungleich behandelt, muss der Kanton dies mit ernsthaften sachlichen Gründen rechtfertigen

[1599] VINCENZ, Eingemeindungsfrage, 242 f.

[1600] Vgl. FETZ, Gemeindefusion, 108 ff.

[1601] Vgl. auch FETZ, Gemeindefusion , 109 f. m.H. auf STEINER, Zusammenarbeit, 476.

[1602] Vgl. nur BVerfGE 50, 50 (51 f.); BVerfGE 86, 90 (108 f.); dazu statt vieler SCHMAHL, Gemeindegebietsreform, 1304 f. m.w.H.

können.[1603] Das Bundesgericht prüfte denn auch schon in mehreren Fällen, ob eine Zwangsfusion Art. 8 Abs. 1 BV verletzt habe. Im Falle der Tessiner Gemeinde Sala Capriasca etwa hielt des Bundesgericht fest, es sei sachlich gerechtfertigt gewesen, dass diese im Gegensatz zur Gemeinde Lugaggia nicht aus einem Fusionsprojekt entlassen wurde.[1604] Keiner weiteren Vertiefung bedarf die Aussage, dass ein Zwangsfusionsbeschluss nicht willkürlich sein darf (Art. 9 BV). Zu beachten sind überdies alle verfassungsmässigen Rechte, die ihrem vernünftigen Sinn nach allgemeine Geltung beanspruchen.[1605] Die Bedeutung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) wurde bereits dargelegt. Die Gemeinde hat sodann einen Anspruch darauf, vom Kanton nach Treu und Glauben behandelt zu werden (Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV). Der Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) kommt dagegen im Kontext einer Zwangsfusion keine selbständige Bedeutung zu. Wenn die eigentliche Existenz einer Gemeinde auf dem Spiel steht, sind zwingend auch die hoheitlichen Vermögensrechte umfasst.[1606]

F. Kerngehalt: örtliche Demokratie

Die Kerngehaltssperre fordert, dass die betroffene Gemeinde resp. ihre Einwohnerinnen in Zukunft an einer neuen, grösseren, aber eben *immer noch örtlichen Demokratie* teilhaben können (s. vorne, Teil 3§ 16.V.E.3.4).

Die zulässige Grösse einer Gemeinde lässt sich nicht abstrakt umschreiben. Insbesondere die Bevölkerungszahl, die flächenmässige Ausdehnung sowie die Topografie der Gemeinde sind zu berücksichtigen. So existiert beispielsweise auch nach dem Zusammenschluss der tessinerischen Gemeinden Bignasco, Cevio und Cavergno zur neuen Gemeinde Cevio, die immer noch nur rund 1'200 Einwohner zählt, weiterhin eine ört-

---

1603 Vgl. allgemein zur Rechtsgleichheit statt vieler HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht, Rz. 747 ff.; SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 8 BV, Rz. 22 ff.

1604 Vgl. BGE 1P.700/2000, E. 9: „D'altra parte, nemmeno può essere rimproverata all'Autorità cantonale una disparità di trattamento secondo gli art. 8 e 29 Cost., invocati dal Comune ricorrente, per il fatto ch'essa lo avrebbe lasciato, a differenza di Lugaggia, nell'aggregazione […]. Le due situazioni sono diverse e il Comune di Sala Capriasca, per posizione geografica, importanza del territorio, risorse umane e finanziarie, poteva, diversamente che nel caso di Lugaggia, essere senza arbitrio ritenuto un tassello determinante e imprescindibile del nuovo Comune di Capriasca. Anche una violazione del principio della buona fede (art. 9 Cost.) non può essere, per gli esposti motivi, riconosciuta."; ähnlich der Entscheid betreffend die Rüge der Gemeinde Ausserbinn, sie sei zwangsweise in die Fusion einbezogen worden, während die Gemeinde Binn selbständig bleiben könne; vgl. dazu BGE 131 I 91 E. 3.4, 102 f.

1605 S. dazu die Ausführungen zur Grundrechtsträgerschaft der Gemeinde vorne, Teil 3§ 12.VI.B.3.

1606 BGE 131 I 91 E. 3.4, 101 f.

liche Demokratie.[1607] Die Kerngehaltssperre kann nur in Extremfällen greifen, wenn eine Zwangsfusion *nur mehr eine regionale Demokratie übrig liesse*, welche die Funktionen der Gemeindeautonomie nicht mehr zu erfüllen vermöchte. Der Daseinszweck der verfassungsmässigen Autonomiegarantie besteht vordringlich darin, die *politische Partizipation der Bürgerinnen im örtlichen, noch überschaubaren Raum einer Gemeinde* zu ermöglichen. Wenn nun aber der Grosse Rat des Kantons Tessin beispielsweise beschlösse, das *gesamte Maggiatal* zu einer Gemeinde zu vereinigen, müsste geprüft werden, ob in einer neu geschaffenen Gemeinde „Maggiatal" eine *örtliche* Demokratie bestehen bliebe. Sicherlich ist die Zusammenfassung mehrerer Siedlungen zu einer Gemeinde gerade im Alpenraum üblich. Auch gelten Talschaftsgemeinden als eine sinnvolle Möglichkeit zur Schaffung leistungs- und zukunftsfähiger Gemeinden.[1608] Das Maggiatal aber bedeckt mit seinen 568 km^2 einen Fünftel der Fläche des Kantons Tessin, es ist weit verzweigt und verästelt sich. Die Siedlungen bilden keine Einheit, und in geografischer Hinsicht ist bemerkenswert, dass der Höhenunterschied vom Taleingang in Avegno auf 299 Meter ü.M. bis zum höchstgelegenen Dorf Bosco Gurin, auf 1507 Meter ü.M. deutlich über 1000 Meter beträgt.[1609] Es wäre also fragwürdig, ob in einer solchen „Gemeinde" noch von der Existenz einer *örtlichen* Demokratie gesprochen werden könnte. Betreffend die drei neuen glarnerischen Gemeinden konnte dies noch (knapp) bejaht werden (s. vorne, § 18.VI.B).

V. Würdigung

Gemeindevereinigungen können zweckmässig und staatspolitisch verantwortbar, ja erwünscht sein.[1610] Nur leistungsfähige Gemeinden sind tatsächlich fähig, einen wesentlichen Teil der öffentlichen Angelegenheiten in eigener Verantwortung wahrzunehmen. Die Gemeindeautonomie erfüllt ihre Funktionen nur, wenn sie von starken Gemeinden getragen wird. Dies erkannte schon TOCQUEVILLE, der, als er die Gemeinden Neuenglands beschrieb, anmerkte, diese zählten meist zwei- bis dreitausend Einwohner und seien also „volkreich genug, um die Kräfte für eine gute Verwaltung immer mit Gewissheit ihrer Mitte entnehmen zu können"[1611].

[1607] Vgl. zur Beschwerde der Gemeinde Bignasco gegen die vom kantonalen Grossen Rat verordnete Fusion BGE 1P.265/2005; zur Gemeinde im Internet: www.cevio.ch (Stand 13. März 2010).

[1608] Vgl. dazu JAGMETTI, Gemeinden, 394 f.; FETZ, Gemeindefusion, 78 f.

[1609] Im Internet: http://www.info-tessin.com/Maggiatal.maggiatal.html (Stand: 11. März 2010).

[1610] I.d.S. schon im Jahre 1972 JAGMETTI, Gemeinden, 394.

[1611] TOCQUEVILLE, Demokratie, 53.

Es ist ein natürlicher Wandel, dass die Gemeindeautonomie von grösseren Gebilden getragen werden muss, wenn die Aufgaben der Gemeinden komplexer werden und die Bereitschaft sowie die Möglichkeiten der Menschen, freiwillig in der Gemeinde mitzuarbeiten, tendenziell sinken. Wenn Gemeindeämter nicht mehr besetzt und kommunale Aufgaben nur noch in Zweckverbänden erledigt werden, raubt dies der lokalen Demokratie ihre Nahrung und der Gemeindeautonomie ihren Daseinszweck. Wenn die Siedlungen in den Agglomerationen zusammenwachsen und neue örtliche Gemeinschaften entstehen, ist die Bildung grösserer Gemeinden sinnvoll.

Es ist aber von essentieller Bedeutung, dass Gemeindefusionen grundsätzlich freiwillig erfolgen. Die Kantone können das für die Durchführung von Gemeindefusionen massgebliche Recht erlassen. Sie können Gemeindevereinigungen fördern und Anreizsysteme schaffen. Sie können auf dem Wege der Verfassungsrevision auch Gebietsreformen „aus einem Guss" durchführen, wenn dies notwendig scheint. Die Kantone können das Mass der Bestandesgarantie bestimmen, also darüber entscheiden, ob, und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen, Zwangsfusionen zulässig sind. Als gravierendster Eingriff in das Autonomierecht einer Gemeinde kommen Zwangsfusionen indessen nur als *letzte Massnahme* in Frage. Die Gerichte haben die Rechtmässigkeit solcher Akte zu prüfen und dürfen sich dabei nicht übermässig zurückhalten.

Die Bundesverfassung und die Europäische Charta der Gemeindeautonomie tragen dazu bei, dass der praktischen Erfahrung, dass „von unten" gewachsene Vereinigungen am Ehesten nachhaltigen Erfolg versprechen, Rechnung getragen wird. Von zentraler Bedeutung sind die Postulate, dass einem Zwangsfusionsentscheid zumindest ein gescheiterter Versuch einer Gemeindefusion auf freiwilliger Basis vorausgegangen sein muss und dass auch bei grossflächigen Gebietsreformen die Konsultationsrechte der Gemeinden zu wahren sind. Sodann ist der Kerngehalt der Gemeindeautonomie im Auge zu behalten, wonach jede Gemeinde eine *örtliche Demokratie* ermöglichen muss. Die derzeitige Vereinigungsbewegung darf nicht so weit gehen, dass die Gemeinden durch regionale Gebietskörperschaften ersetzt werden, welche die spezifischen Funktionen der Gemeindeautonomie nicht mehr erfüllen.

§ 20. Bund und Gemeinden

I. Vorbemerkung

Das folgende Kapitel widmet sich vier Elementen des Themenkomplexes „Bund und Gemeinden“: den bundesrechtlichen Vorgaben zur demokratischen Gemeindeorganisation (II), den Bundesdurchgriffen auf die Gemeinden (III), der Mitwirkung der Gemeinden an der Entscheidfindung im Bund (IV) sowie der Bedeutung der Gemeindeautonomie im Kontext der schweizerischen Aussenpolitik (V).

II. Vorgaben zur Gemeindeorganisation

A. Demokratie

Die schweizerischen Gemeinden sind ausgeprägt (direkt-)demokratisch organisiert. Das kantonale Recht regelt die Gemeindeorganisation. Die Gemeinden müssen jedoch als dritte staatliche Ebene *von Bundesrechts wegen demokratisch organisiert* sein. Art. 51 BV spricht zwar nur von der kantonalen Verfassung, doch das verfassungsrechtliche Demokratiegebot bezieht sich nach seinem Sinn und Zweck auch auf die Gemeinden. Das demokratische Prinzip muss auf allen drei staatlichen Ebenen verwirklicht sein. Wären die Gemeinden nicht demokratisch organisiert, liesse sich die verfassungsrechtliche Autonomiegarantie des Art. 50 Abs. 1 BV nicht begründen. Art. 3 Abs. 2 Charta betont diesen Zusammenhang und verlangt ausdrücklich, das Recht der Gemeinden, einen wesentlichen Teil der öffentlichen Angelegenheiten eigenverantwortlich zu gestalten, müsse von demokratischen Körperschaften ausgeübt werden. Die Gemeinden müssen über eine Gemeindeversammlung oder ein aus freien, geheimen, gleichen, direkten und allgemeinen Wahlen hervorgegangenes Parlament verfügen.[1612] Sodann muss die gemeindliche Grundordnung vom Volk angenommen sein und revidiert werden können, wenn die Mehrheit der Stimmberechtigten dies verlangt.[1613] Die kantonale und kommunale Rechtslage geht weit über diesen minimalen bundesrechtlichen Demokratiestandard hinaus.

Die *Ausübung der politischen Rechte* in Gemeindeangelegenheiten richtet sich nach kantonalem Recht (Art. 39 Abs. 1 BV). Auch diesbezüglich sind jedoch bundesrechtliche Schranken zu berücksichtigen. Insbesondere gelten die verfassungsrechtlichen

[1612] I.d.S. auch TÖNDURY, Bundesstaatliche Einheit, 233; MARTENET, Autonomie constitutionelle, 265. Das Wahlverfahren des Gemeindeparlaments muss insbesondere den Anforderungen der Art. 3 Abs. 2 Charta, Art. 8 und 34 BV sowie Art. 25 UNO-Pakt II genügen.

[1613] So auch SEILER, Gemeinden, Rz. 24; TÖNDURY, Bundesstaatliche Einheit, 233.

Mindestanforderungen an die Freiheit und Unverfälschtheit der Willensbildung auch für kommunale Wahlen und Abstimmungen (Art. 34 Abs. 2 BV). Dass das Stimmrecht in kleinen Gemeinden in der Gemeindeversammlung, d.h. in der Regel nicht geheim, ausgeübt wird, ist zwar wegen des dadurch entstehenden Konformitätsdrucks problematisch, aber verfassungsrechtlich zulässig und auch mit Art. 3 Abs. 2 Charta vereinbar.[1614] Bundesrechtswidrig wäre, das Stimmrecht nur den Kantonsbürgerinnen oder nur den Männern vorzubehalten (Art. 8 Abs. 3 und Art. 39 Abs. 4 BV). Für Neuzuzüger darf eine Karenzfrist von maximal drei Monaten vorgesehen werden.[1615]

Das Bundesrecht untersagt es den Gemeinden nicht, auch Ausländern das Stimm- und Wahlrecht zu gewähren. Den Gemeinden kommt jedoch auch in diesem Kontext nur im Rahmen des kantonalen Rechts Gestaltungsspielraum zu, und in den meisten Kantonen sind bis heute grundsätzlich nur Schweizerinnen und Schweizer stimmberechtigt.[1616] Nur wenige Kantone sehen das Stimmrecht der Ausländer vor oder ermächtigen die Gemeinden wenigstens, dieses einzuführen.[1617]

B. Legalitätsprinzip

Das Recht ist Grundlage und Schranke des Handelns von Bund, Kantonen *und Gemeinden*. Die Gemeinden sind an die Grundrechte gebunden und müssen zu deren Verwirklichung beitragen (Art. 35 Abs. 2 BV). Gerade darin zeigt sich eine zentrale Eigenschaft der Gemeindeautonomie: Sie ist eine auf das öffentliche Wohl verpflichtete, gebundene „Freiheit".[1618] Die Gemeinden benötigen für ihr Handeln eine gesetzliche Grundlage. Oftmals findet sich diese im eidgenössischen oder kantonalen Recht. Auch das im Rahmen ihrer Autonomie von der Gemeinde selbst erlassene *Gemeinderecht* bildet indessen eine genügende Grundlage für kommunales Handeln, einschliesslich der Einschränkung von Grundrechten oder der Erhebung von Abgaben. Wenn das Legalitätsprinzip eine formell-gesetzliche Grundlage verlangt, ist die Zustimmung ei-

---

1614 Vgl. dazu STEINMANN, St. Galler Kommentar zu Art. 34 BV, Rz. 24; SEILER, Gemeinden, Rz. 23. Die Schweiz hat zum in Art. 25 UNO-Pakt II verankerten Anspruch auf geheime Wahlen einen Vorbehalt angebracht, vgl. BGE 121 I 138 E. 5, 145 ff. Art. 3 Abs. 2 Charta bezieht sich einzig auf die geheime Wahl des Gemeindeparlaments; s. vorne, Teil 2§ 5.III.C; unzutreffend der Hinweis von SEILER, Gemeinden, Rz. 23 Fn. 36.

1615 Art. 39 Abs. 4 BV. Die Mehrheit der Kantone verzichtet auf eine solche Karenzfrist, die nicht mehr zeitgemäss scheint; vgl. HANGARTNER/KLEY, Demokratische Rechte, Rz. 124;

1616 HANGARTNER/KLEY, Demokratische Rechte, Rz. 97 m.H.

1617 Vgl. die Übersicht bei HANGARTNER/KLEY, Demokratische Rechte, Rz. 101 ff.

1618 HANGARTNER, Gemeindeautonomie, 535.

nes Gemeindeparlaments oder einer Gemeindeversammlung beziehungsweise ein fakultatives oder obligatorisches Referendum erforderlich.[1619]

III. Bundesdurchgriffe im Vollzugsbereich

A. Grundsatz: Art. 46 BV

Der „Vollzugsföderalismus" ist eines der Wesenselemente des schweizerischen Föderalismus. Die Umsetzungskompetenzen[1620] der Kantone traten in den vergangenen Jahrzehnten, die von einer fortschreitenden Verschiebung der Gesetzgebungszuständigkeiten hin zum Bund geprägt waren, teilweise an die Stelle ihrer ursprünglichen Eigenständigkeit.[1621] Art. 46 Abs. 1 BV bringt deshalb einen wichtigen föderalistischen Grundsatz zum Ausdruck: Es ist Sache der Kantone, das Bundesrecht umzusetzen. Der Bund belässt ihnen dabei möglichst grosse Gestaltungsfreiheit (Art. 46 Abs. 3 BV). Betreffend die Umsetzungsfunktion der Gemeinden gilt das Mediatisierungsmodell (s. vorne, § 17.III.B.1): Die Kantone entscheiden, in welchem Umfang sie zur Verwirklichung ihres Umsetzungsauftrags die Gemeinden beanspruchen. Dieser verfassungsrechtliche *Grundsatzentscheid* trägt der Tatsache Rechnung, dass die Verhältnisse in den Kantonen verschieden sind und eine Bündelung der vielen auf die Gemeinden einwirkenden Bundesmassnahmen durch die Kantone die Leistungsfähigkeit des föderalistischen Systems erhöht.[1622]

B. Bundesstaatliche Praxis

Das Bundesrecht ist nicht „gemeindeblind". Es bestehen diverse Anordnungen des Bundesgesetzgebers, die auf die Gemeinden durchgreifen (s. vorne, Teil 3§ 12.V.A). Der Bund verpflichtet die Gemeinden beispielsweise, den kantonalen Militärbehörden die Stellungspflichtigen jährlich zu melden (Art. 11 MG), Bundesabstimmungen durchzuführen (Art. 3 BPR) oder bei Enteignungsverfahren Pläne aufzulegen.[1623] Er weist den Gemeinden für *Not- und Ausnahmesituationen* eine besondere Verantwor-

[1619] Vgl. BGE 133 I 77 E. 3.1, 80; 120 Ia 265 E. 2a, 266 f.; SEILER, Gemeinden, Rz. 21; HANGARTNER, Rechtsetzung, 219 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 15 Rz. 6; CORVINI, Kommunale Rechtsetzung, 141 f.

[1620] „Umsetzung" meint die gesamte der Gesetzesverwirklichung dienende Staatstätigkeit, unter Einschluss des administrativen Vollzugs, des Erlasses von Vorschriften, der Organisation der Behörden, der Bereitstellung der notwendigen Sach- und Finanzmittel usw.; vgl. BIAGGINI, Kommentar zu Art. 46 BV, Rz. 2; PFISTERER, Vielfalt und Einheit, 721.

[1621] Vgl. zu dieser Entwicklung KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar zu Art. 46 BV, Rz. 7 f.

[1622] Vgl. THÜRER, Bund und Gemeinden, 297.

[1623] Vgl. etwa die Art. 29 Abs. 4, 30 und 35 des Enteignungsgesetzes vom 20. Juni 1930 (SR 711).

tung zu. Sie müssen etwa die Alarmierung sicherstellen[1624] und für ausgerüstete öffentliche Schutzräume sorgen (Art. 46 Abs. 2 BZG). Auch im *Umweltschutz- und Planungsrecht* finden sich zahlreiche direkte Inpflichtnahmen der Gemeinden.[1625]

C. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit

Das vom Verfassungsgeber im Vollzugsbereich gewählte Mediatisierungsmodell wird in der Praxis flexibel gehandhabt; es ist *durchlässig* (s. vorne, § 17.III.B.2). Die Umsetzung des Bundesrechts ist nur „nach Massgabe von Verfassung und Gesetz" Sache der Kantone (Art. 46 Abs. 1 BV).[1626] Die Bundesverfassung lässt es also zu, dass der Bund den Vollzug per Verfassung oder per Gesetz an sich zieht, oder aber, dass er direkt die Gemeinden in die Pflicht nimmt. Art. 50 Abs. 1 BV spricht nicht per se dagegen. Diese Norm verlangt, dass das kantonale Recht das Mass der Autonomie bestimmt, und verwehrt damit dem Bund, die Gemeindeautonomie inhaltlich auszugestalten.[1627] Dies schliesst Durchgriffe auf die Gemeinden zwar nicht generell aus. Solche Bundesdurchgriffe greifen indessen sowohl in die kantonale Organisationshoheit als auch in die Gemeindeautonomie ein. Weil der Bund den Kantonen bei der Umsetzung des Bundesrechts möglichst grosse Gestaltungsfreiheit belassen muss (Art. 46 Abs. 3 BV), können Bundesdurchgriffe nur in *besonders zu begründenden Ausnahmefällen* zulässig sein.[1628] Per se verfassungswidrig sind sie nicht, zumal der Bund sowohl in die Organisationsautonomie der Kantone als auch in die Gemeindeautonomie eingreifen kann. Der Bund muss indessen den Verfassungsgrundsatz wahren, dass *die Kantone* die gemeindliche Selbständigkeit ausgestalten und es darum

---

1624 Art. 17 der Alarmierungsverordnung vom 5. Dezember 2003 (SR 520.12).

1625 Vgl. z.B. Art. 7 Abs. 3 GschG; Art. 1 und 2 Abs. 3 RPG; s. vorne, Teil 3§ 12.V.A.

1626 KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar zu Art. 46 BV, Rz. 19; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 24 Rz. 24.

1627 Vgl. insb. Votum René Rhinow, AB S Verfassungsreform, 211. Die Gemeinden können gemäss Art. 13 des BG über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 16. Dezember 1983 (BewG, „Lex Koller", SR 211.412.41) auf ihrem Gebiet von sich aus Beschränkungen des Liegenschaftserwerbs einführen. Diese Bestimmung ist verfassungskonform zu interpretieren. Die Gemeinden können *im Rahmen des kantonalen Rechts* Beschränkungen einführen. Allerdings *verpflichtet* Art. 13 Abs. 2 BewG die Kantone, ein solches Verfahren vorzusehen. Die Lex Koller soll seit Jahren aufgehoben werden, doch zieht sich das Verfahren in die Länge; vgl. im Internet: www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/themen/wirtschaft/ref_gesetzgebung/ref_lex_koller.html (Stand 20. November 2010).

1628 I.d.S. auch THÜRER, Bund und Gemeinden, 257 ff.; ROTH-CUONY, Übertragung von Bundesaufgaben, 156 f.; KÖLZ/KUSTER, Städteartikel, 154 f.; BIAGGINI, Kommentar BV, 3. Abschnitt: Gemeinden, Rz. 3; REISER, Communes genevoises, 42 f.; SEILER, Gemeinden, Rz. 8 bezeichnet die Übertragung von Bundesaufgaben an die Gemeinden durch Bundesgesetze als „fragwürdig" und scheint dieses Vorgehen für generell unzulässig zu halten.

grundsätzlich an ihnen ist, die Aufgabenteilung zwischen Kanton und Gemeinden zu regeln.[1629] Somit sind direkte Aufgabenübertragungen an die Gemeinden nur innert enger rechtlicher Schranken, die sich aus Art. 5 BV ableiten lassen, zulässig. Durchgriffsmassnahmen müssen auf einer *klaren gesetzlichen Grundlage* beruhen. Nur so wird gesichert, dass sie tatsächlich gewollt sind, und gewährleistet, dass die Kantone und die Gemeinden ihre Mitwirkungsrechte an der Willensbildung im Bund wahrnehmen und übermässige Eingriffe abwehren können.[1630] Durchgriffe müssen sodann im *öffentlichen Interesse* liegen und *verhältnismässig* sein (Art. 5 Abs. 2 BV). Dabei ist zu berücksichtigen, dass bei direkten Vollzugsanordnungen schwerlich darauf Rücksicht genommen werden kann, dass Grösse, Struktur und Leistungsfähigkeit der Gemeinden unterschiedlich sind, was zur Gefahr von Vollzugsdefiziten führt.[1631]

Die direkte Inpflichtnahme der Gemeinden ist nur zulässig, wenn ein solches Vorgehen *eine sinnvolle und sachgerechte Aufgabenerfüllung ermöglicht und dafür auch notwendig ist*. Nur ein Normzweck von erheblicher Bedeutung rechtfertigt es, die Gemeinden direkt einzuschalten.[1632] Die geschichtliche Erfahrung (s. vorne, Teil 1§ 2.VI) zeigt, dass es sachgerecht sein kann, den Gemeinden für Not- und Ausnahmesituationen, wo ein schnelles Handeln auf örtlicher Ebene unabdingbar ist, eine besondere Verantwortung zuzuweisen. Der Bund darf nur auf die Gemeinden durchgreifen, wenn *sich dies zur wirksamen Durchführung des Bundesrechts als unerlässlich erweist*.[1633] Art. 46 Abs. 2 BZG, der direkt die Gemeinden dazu verpflichtet, in Gebieten, in denen zu wenig Schutzplätze vorhanden sind, für ausgerüstete öffentliche Schutzräume zu sorgen, kann als Beispiel eines legitimen Bundesdurchgriffs dienen. In diesem Kontext ist daran zu erinnern, dass die Kantone aufgrund Art. 50 BV und der Gemeindeautonomiecharta verpflichtet sind, ihre Gemeinden so zu organisieren, dass diese ihre bundesstaatlichen Aufgaben tatsächlich erfüllen können.

1629 I.d.S. schon SALADIN, Bund und Kantone, 503.

1630 G.M. THÜRER, Bund und Gemeinden, 258; KÖLZ/KUSTER, Städteartikel, 154 f., jedoch beide mit Bezug einzig auf die Wahrung der Mitwirkungsrechte der Kantone.

1631 Vgl. i.d.S. RAINER J. SCHWEIZER, Rechtsetzungsprobleme des Bundes im Hinblick auf den Vollzug durch die Kantone, ZBl 78 (1977), 12 f.

1632 Vgl. KÖLZ/KUSTER, Städteartikel, 155; ROTH-CUONY, Übertragung von Bundesaufgaben, 127 ff. und 157; THÜRER, Bund und Gemeinden, 258 f.

1633 THÜRER, Bund und Gemeinden, 299.

IV. Mitwirkung der Gemeinden im Bund

A. Verfassungsrechtliche Rücksichtnahmepflicht

Der Bund beachtet bei seinem Handeln die möglichen Auswirkungen auf die Gemeinden (Art. 50 Abs. 2 BV) und nimmt dabei Rücksicht auf die besondere Situation der Städte und der Agglomerationen sowie der Berggebiete (Abs. 3). Diesen Absätzen ging ein langes Ringen zwischen den Interessenvertretern der Gemeinden, der Städte, der Berggebiete, der Kantone und des Bundes voraus.[1634] Die darin verankerten Rücksichtnahmepflichten gelten als eine „der wenigen sachlichen Neuerungen in der nachgeführten Bundesverfassung“[1635]. Sie enthalten eine *verbindliche Handlungsanweisung* an den Bund und verpflichten ihn, bei all seinem Handeln die Auswirkungen auf die Gemeinden zu beachten und auf die Städte, Agglomerationen und Berggebiete besonders Rücksicht zu nehmen.[1636] Um dieser föderalistischen Pflicht nachzukommen, müssen sämtliche Bundesorgane bei der Erarbeitung von Erlassen, Verfügungen, Entscheidungen und Urteilen stets prüfen, inwiefern die Gemeinden betroffen sind und wie dem am besten Rechnung zu tragen sei. Nach Abwägung anderer Interessen müssen sich die Bundesorgane für die gemeindefreundlichste Lösung entscheiden.[1637]

B. Grundsatz: Mediatisierung

Die verfassungsrechtlichen Rücksichtnahmepflichten schaffen keine neuen, eigentlichen Bundeskompetenzen und bilden auch keine Grundlage für die Ausrichtung von Subventionen.[1638] Sie ändern nichts daran, dass die zentralen in der Bundesverfassung verankerten Mitwirkungsrechte (vgl. insbesondere Art. 45, 55, 141 f. und 160 BV) den Kantonen zustehen (s. vorne, § 17.III.B). Die Kantone sammeln die kommunalen Anliegen im demokratischen Verfahren, koordinieren und vertreten sie beim Bund als ihre eigenen. Diese Rolle der Kantone als *Drehscheiben und Mittelpunkte des föderalistischen Systems*[1639] wird weder durch die in dieser Studie vertretene Neuinterpretation der Gemeindeautonomie noch durch die Gemeindeautonomiecharta in Frage gestellt.

1634 Vgl. zur Entstehungsgeschichte KÖLZ/KÜSTER, Städteartikel, 140 ff.

1635 ZIMMERLI, Bund – Kantone – Gemeinden, 60; vgl. auch KÖLZ/KUSTER, Städteartikel, 143; BIAGGINI, Kommentar zu Art. 50 BV, Rz. 8.

1636 Vgl. KÖLZ/KUSTER, Städteartikel, 143; zum Verständnis der Begriffe „Stadt“, „Agglomeration“ und „Berggebiete“ weiterführend KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar zu Art. 50 BV, Rz. 20 ff.; BIAGGINI, Kommentar zu Art. 50 BV, Rz. 10 f.

1637 KÖLZ/KUSTER, Städteartikel, 148.

1638 Vgl. BIAGGINI, Kommentar zu Art. 50 BV, Rz. 8; RHINOW/SCHEFER, Verfassungsrecht, Rz. 654.

1639 So der von THÜRER, Bund und Gemeinden, 297, verwendete Ausdruck.

Es ist im dreistufigen Bundesstaat eine zentrale Aufgabe der Kantone, eine Bündelung, Sammlung und Abstimmung der Bund-Gemeinde-Beziehungen vorzunehmen.[1640] Das Mediatisierungsmodell gilt also grundsätzlich auch betreffend die Partizipationsfunktion der Gemeinden. Wiederum ist es indessen *flexibel*; die Gemeinden wirken in verschiedener Form *direkt* an der Entscheidfindung im Bund mit.

C. Formen und Elemente direkter Mitwirkung

1. Bedeutung

Der Bund ist an die Gemeindeautonomie gebunden. Es reicht nicht aus, dass er die justiziable Schicht der Autonomiegarantie nicht verletzen darf. Soll die Gemeindeautonomie ihre Wirkungen entfalten, muss auch der Bund sie als in die Zukunft wirkendes Postulat an die Gestaltung des Staates berücksichtigen. Dieser Verpflichtung kann er nur dann nachkommen, wenn er bei all seinem Handeln die rechtlichen und tatsächlichen Auswirkungen auf die Gemeinden und ihre Autonomie berücksichtigt. Wer argumentiert, die verfassungsrechtlichen Rücksichtnahmepflichten ersetzten „die vom Verfassungsgeber verworfene Bindung des Bundes an die Gemeindeautonomie“[1641], verkennt, dass es sich bei Art. 50 Abs. 2 und 3 BV letztlich um eine notwendige Folge der Verpflichtung des Bundes auf die Gemeindeautonomie als Grundprinzip des Bundesstaates handelt.[1642] Es handelt sich bei diesen Bestimmungen um *Handlungsanweisungen* im Zusammenhang mit bestehenden Bundeskompetenzen.[1643]

2. Bisherige Umsetzungsmassnahmen

Die verfassungsrechtlichen Rücksichtnahmepflichten haben in den letzten Jahren zu einer verbesserten Beteiligung der Gemeinden am Willensbildungs- und Entscheidverfahren im Bund geführt (s. vorne, Teil 3§ 12.V.B). Hervorzuheben sind insbesondere Art. 4 Abs. 2 lit. c VlG sowie Art. 141 Abs. 2 lit. f ParlG, welche die Berücksichtigung der Gemeinden zu einem obligatorischen Traktandum der Gesetzgebung machen und einen starken präventiven Autonomieschutz vermitteln. Wichtig ist sodann,

---

1640 Vgl. THÜRER, Städte und Gemeinden, 221.

1641 KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar zu Art. 50 BV, Rz. 17; ähnlich der Hinweis von BIAGGINI, Kommentar zur Art. 50 BV, Rz. 8.

1642 Dies gilt jedenfalls für Art. 50 Abs. 2 BV und in eingeschränktem Masse auch für Art. 50 Abs. 3 BV, der jedoch auf die besonderen Anliegen der Städte und Agglomerationen zugeschnitten ist.

1643 Dies ergibt sich klar aus den Materialien zur Verfassungsreform und entspricht auch der systematischen Stellung des Gemeindeartikels ausserhalb des Kapitels über die Zuständigkeiten des Bundes; vgl. KÖLZ/KUSTER, Städteartikel, 141, 144 und 168.

dass das zur Umsetzung der verfassungsrechtlichen Rücksichtnahmepflicht unabdingbare Informationsnetz in einem dreiseitigen Informationsverbund ausgestaltet wurde. Dabei spielt die im Jahr 2001 gegründete Tripartite Agglomerationskonferenz (TAK) eine wichtige Rolle. Sie dient als politische Plattform von Bund, Kantonen, Städten und Gemeinden und bezweckt insbesondere eine transparente gegenseitige Information, die Förderung der vertikalen Zusammenarbeit und die Entwicklung einer gemeinsamen Agglomerationspolitik.[1644]

Seit dem 1. November 2002 gelten für die Bundesbehörden verbindliche Richtlinien des Bundesrates betreffend die Zusammenarbeit zwischen Bund, Kantonen und Gemeinden (RL ZA), welche auch auf die besondere Situation der Agglomerationen Rücksicht nehmen. Mit einem verwaltungsinternen Netzwerk sollen die Sektoralpolitiken des Bundes im Rahmen der Agglomerationspolitik (z.B. Verkehrs-, Integrations- oder Gesundheitspolitik) besser koordiniert werden.[1645]

3. Direktkontakte

Die Charta vermittelt den Gemeinden *ein Recht, so weit wie möglich bei Planungs- und Entscheidungsprozessen für alle Angelegenheiten, die sie direkt betreffen, rechtzeitig und in geeigneter Weise konsultiert zu werden* (Art. 4 Abs. 6 Charta). Diese unmittelbar anwendbare Garantie spricht klar dafür, dass Direktkontakte zwischen Bund und Gemeinden grundsätzlich zulässig sein müssen.[1646] Solche Direktkontakte sind angezeigt, wenn und soweit sie unmittelbar dazu beitragen, mögliche Auswirkungen von Massnahmen auf die Gemeinden zu erkennen. Direktkontakte finden grundsätzlich in einem tripartiten Rahmen statt, wobei die bestehenden Gremien (insbesondere die TAK) zu nutzen sind. Bilaterale Direktkontakte von Bund und Gemeinden sind nicht ausgeschlossen, doch müssen die Kantone in jedem Fall informiert werden (Art. 8 RL ZA). Es gilt der Grundsatz der gegenseitigen Transparenz. Diese pragmatische Regelung der RL ZA ist mit der Gemeindeautonomiecharta vereinbar. Weder der von der Charta geforderte präventive Autonomieschutz noch die verfassungsrechtliche Rücksichtnahmepflicht dürfen dazu führen, dass die Kantone in ihrer Stellung als wichtigste und direkte Ansprechpartner des Bundes beeinträchtigt werden.[1647]

[1644] Vgl. dazu insb. im Internet: www.tak-cta.ch; sodann KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar zu Art. 50 BV, Rz. 24 ff.; KÜBLER, Agglomerationen, 280 f.

[1645] Vgl. dazu weiterführend KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar zu Art. 50 BV, Rz. 24 ff.

[1646] Vgl. auch SCHAFFARZIK, Handbuch, § 22 Rz. 46 ff.

[1647] Vgl. auch KÖLZ/KUSTER, Städteartikel, 151.

4. Verbesserungsmöglichkeiten

Der präventive Schutz der Gemeindeautonomie im Bund durch die Gewährung von Mitwirkungsrechten an die Gemeinden könnte ausgebaut und verbessert werden. Im Folgenden werden beispielhaft zwei Verbesserungsmöglichkeiten genannt:

- Die Schaffung einer zentralen *Ansprechstelle* für Gemeinden beim Bund könnte die Beziehungen zwischen den Bundesämtern und der Gemeindeebene systematisieren, als Eingangstor für die Gemeinden beim Bund funktionieren und eine Koordinierungsfunktion wahrnehmen. Eine solche Ansprechstelle müsste das Prinzip der gegenseitigen Transparenz wahren und die Kantone über Direktkontakte informieren (vgl. Art. 8 RL ZA).[1648]
- Die parlamentarischen Kommissionen, die immer öfter selber Gesetze erarbeiten, sollten bei Vorhaben, welche die Gemeinden betreffen, deren Vertreterinnen konsultieren. Dies ist heute gemäss Art. 45 Abs. 1 lit. c ParlG möglich und wird in der Praxis auch gemacht, sollte jedoch mit Blick auf Art. 50 BV und Art. 4 Abs. 6 Charta als Grundsatz im Parlamentsgesetz oder aber zumindest in den Geschäftsreglementen von National- und Ständerat festgehalten werden.[1649]

D. Schaffung eines Bundesgesetzes über die Zusammenarbeit von Bund, Kantonen und Gemeinden

Es ist auffällig, in welch unverbindlicher Weise die vertikale Zusammenarbeit von Bund, Kantonen und Gemeinden derzeit geregelt ist. Die zentralen Grundsätze über die Zusammenarbeit von Bund, Kantonen und Gemeinden werden lediglich in Richtlinien geregelt (RL ZA). Die Arbeit der TAK basiert bereits seit einem Jahrzehnt auf einer vertraglichen Vereinbarung ihrer Träger (Bund; Kantone/KdK; Gemeinden und Städte/SGV und SSV), in der die TAK als bundesstaatliches „Projekt" bezeichnet wird, welches bei Bewährung zu institutionalisieren sei.[1650]

Nach der hier vertretenen Auffassung kommt der vertikalen Koordination der drei staatlichen Ebenen zur Erfüllung der bundesstaatlichen Aufgaben grosse Bedeutung zu. Diese Bedeutung wird in Zukunft noch grösser werden. Die TAK ist als wichtiges Instrument einzustufen und scheint sich in der Praxis bewährt zu haben. Es ist deshalb angezeigt, für dieses bundesstaatliche Projekt eine angemessene Rechtsgrundlage zu

[1648] So schon der Vorschlag von KÖLZ/KUSTER, Städteartikel, 162.
[1649] I.d.S. auch KÖLZ/KUSTER, Städteartikel, 163; KÖLZ, Rechtsgutachten Art. 50 BV, 57.
[1650] Vgl. Art. 3.1 lit. d Ver. TAK.

schaffen. In Zukunft sollte der Fokus allerdings nicht mehr ausschliesslich auf den urbanen Raum gelegt, sondern es sollten neben den Agglomerationen vermehrt auch die ländlichen Gegenden in die vertikale Kooperation einbezogen werden. Folgerichtig müsste die TAK in *Tripartite Konferenz* umbenannt werden.

Es genügt indessen *nicht*, einfach die bestehende vertragliche Vereinbarung zu revidieren. Die Bundesverfassung verlangt, dass alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes erlassen werden. Dazu gehören auch die grundlegenden Bestimmungen über die Umsetzung des Bundesrechts und über die Behördenorganisation (Art. 164 Abs. 1 lit. f und lit. g BV). Die RL ZA enthalten *wichtige Grundsätze der vertikalen Zusammenarbeit von Bund, Kantonen und Gemeinden*. Dazu gehören die Grundsätze der systematischen Berücksichtigung der Gemeinden (Art. 2), der Kantone als Hauptpartner des Bundes (Art. 3), der kohärenten Agglomerationspolitik (Art. 6), der gegenseitigen Transparenz und der Mitwirkung der Gemeinden im Bund (Art. 7) sowie die Regelung der direkten Kontakte von Bund und Gemeinden (Art. 8). Diese Grundprinzipien der Zusammenarbeit im Bundesstaat gehören aus rechtsstaatlichen und demokratischen Gründen auf eine solide gesetzliche Grundlage gestellt. Dasselbe gilt für die grundlegenden Bestimmungen über die Organisation, die Finanzierung und die Aufgaben der Tripartiten Konferenz. Dabei liesse es sich durchaus mit der Verfassung vereinbaren, diese Konferenz unter die Schirmherrschaft des Bundes zu stellen. Die Tripartite Konferenz kann *empfehlen*, aber nicht beschliessen, ihre Tätigkeit erfolgt auf der Basis konsensualer Meinungsfindung. Es besteht somit kein Risiko eines Eingriffs in die kantonale Organisationshoheit.[1651]

Dass Art. 50 BV keine Bundeskompetenz zur Regelung des Gemeindewesens begründet,[1652] spricht nicht dagegen, die wichtigsten Bestimmungen über die tripartite Zusammenarbeit von Bund, Kantonen und Gemeinden in Gesetzesform zu kleiden. Denn die aus Art. 50 BV fliessende *Handlungsanweisung* im Zusammenhang mit bestehenden Zuständigkeitsbereichen vermittelt dem Bundesgesetzgeber eine Kompetenz, diesen Verfassungsauftrag in generell-abstrakter Form zu konkretisieren. Dies hat nicht zur Folge, dass der Bund Regelungen über die Gemeindeorganisation oder die Gemeindeautonomie erlassen dürfte.[1653]

[1651] Vgl. Art. 2 und 3.8 Ver. TAK; KÖLZ/KUSTER, Städteartikel, 163.
[1652] Vgl. ausdrücklich Art. 4 RL ZA.
[1653] I.d.S. auch KÖLZ/KUSTER, Städteartikel, 148.

V. Gemeindeautonomie und Aussenpolitik

A. Förderung der Gemeindeautonomie als aussenpolitisches Ziel

Der Bund setzt sich für die Wahrung der Unabhängigkeit der Schweiz und für ihre Wohlfahrt ein; er trägt namentlich bei zur Linderung von Not und Armut in der Welt, zur Achtung der Menschenrechte und zur Förderung der Demokratie, zu einem friedlichen Zusammenleben der Völker sowie zur Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen (Art. 54 Abs. 2 BV). Die *Förderung der Demokratie* ist eines der vielfältigen Ziele, nach denen sich der Bund bei der Besorgung der auswärtigen Angelegenheiten zu richten hat.[1654] Diese Zielsetzung ist auch, aber nicht nur idealistisch begründet: Es geht auch um die Wahrung der eigenen Interessen nach aussen.[1655] Das Engagement für die Demokratie weltweit liegt im ureigenen Interesse der Schweiz. Der eigene Friede kann nur in einer Gemeinschaft von Staaten garantiert werden, die grundlegende rechtsstaatliche und demokratische Grundsätze respektiert.[1656] Die Präambel der Charta verdeutlicht, dass zu diesen Grundsätzen auch die Stärkung der Gemeindeautonomie gehören. Selbständige Gemeinden sind die *Grundpfeiler jeder demokratischen Staatsform*. Der Gedanke der *demokratiestabilisierenden* Wirkung ausgeprägter örtlicher Selbständigkeit – ein Gedanke, dem die Europäische Gemeindeautonomiecharta ihre Entstehung verdankt – rechtfertigt es, die Förderung der Gemeindeautonomie als aussenpolitisches Ziel zu verstehen. Die Schweiz hat diesbezüglich in den letzten Jahrzehnten immer wieder eine wichtige Rolle eingenommen, wie die Entstehungsgeschichte der Charta verdeutlicht (s. vorne, Teil 2§ 5.II.D), und sollte dies auch weiterhin zu tun versuchen. So ist es zu begrüssen, dass die Schweiz im Rahmen ihres Vorsitzes im Ministerkomitee des Europarats am 3./4. Mai 2010 in St. Gallen eine Konferenz zum Thema „Demokratie und Dezentralisierung" durchgeführt hat.[1657]

B. Forderungen

Es ist eine Frage der weitsichtigen Vertretung der eigenen Interessen nach aussen wie auch der Mitverantwortung für die Weiterentwicklung der internationalen Ordnung, dass sich die Schweiz für eine möglichst starke Verankerung der Gemeindeautonomie

[1654] Vgl. zu den aussenpolitischen Zielen des Bundes etwa die Übersicht bei KLEY/LUTZ, St. Galler Kommentar zu Art. 54 BV, Rz. 18 ff. m.H.

[1655] I.d.S. Botschaft nBV, 228.

[1656] Vgl. KLEY/LUTZ, St. Galler Kommentar zu Art. 54 BV, Rz. 25 m.H.

[1657] Vgl. dazu im Internet: http://www.eda.admin.ch/eda/en/home/topics/eu/euroc/chprce/regstg.html (Stand 30. April 2010).

im Völkerrecht einsetzt. Dies kann sie jedoch nur glaubwürdig tun, wenn sie sich selbst zu möglichst vielen gemeinsamen Prinzipien der Europäischen Charta der Gemeindeautonomie bekennt. Dieser Gedanke rechtfertigt es, einige weitere Absätze der Charta nachträglich zu ratifizieren, wie dies Art. 12 Abs. 3 Charta ermöglicht, und dem ersten Zusatzprotokoll zur Charta über das *Recht auf Beteiligung an den Gemeindeangelegenheiten* beizutreten.

1. Nachträgliche Ratifikation weiterer Chartabestimmungen

1.1 Art. 4 Abs. 4 Charta

Die Schweiz schloss anlässlich des Chartabeitritts im Jahr 2004 die Anwendung des Art. 4 Abs. 4 Charta aus. Diese Bestimmung begründet die Regel der *umfassenden und ausschliesslichen* Zuständigkeitszuweisung und verlangt eine gesetzliche Grundlage für deren Einschränkung. Die Anwendbarkeit dieser Bestimmung wurde ausgeschlossen, weil sich die Kantone ihr widersetzten.[1658] Die Bedenken der Kantone rührten nicht zuletzt daher, dass PIGUET und THÜRER im Vorfeld darauf hingewiesen hatten, die Stossrichtung der Charta ziele dahin, den Gemeinden möglichst viele originäre Kompetenzen zu überlassen, während die bundesgerichtliche Praxis mit dem Konzept der tupfenweisen Autonomie einen weiter gehenden Schutz vermittle.[1659] Weshalb dies aber gegen die Anwendung des Art. 4 Abs. 4 Charta sprechen sollte, ist nicht ersichtlich. Die Charta will einen Minimalstandard verankern und verhindert nicht, dass die Gemeindeautonomie innerstaatlich einen weitergehenden Schutz geniesst. Art. 4 Abs. 4 Charta wendet sich an den Gesetzgeber und verpflichtet ihn, wenn er die Gemeinden zur Aufgabenerfüllung heranzieht, diesen nach Möglichkeit gesamthafte Zuständigkeitsbereiche zur Erledigung zuzuweisen. Diese *Kernforderung* der Charta ist der programmatischen Schicht der Gemeindeautonomie zuzurechnen[1660] und dient dem Anliegen einer möglichst klaren, transparenten Verteilung der Kompetenzen. Dies hilft letztlich nicht nur den Gemeinden, sondern auch den Kantonen.

1658 Vgl. dazu Botschaft Charta, 93; Argumentarium Charta, 11 f. Art. 4 Abs. 4 Satz 2 Charta ist unglücklich redigiert. Es handelt sich um eine Formulierung, die „in der Erschöpfung der Verhandlungen" durchging; vgl. BLAIR, Vorbereitung der Charta, 45.

1659 Vgl. THÜRER, Rechtsgutachten Charta, 7; PIGUET, Charte prétorienne, 12 f.

1660 Die Bestimmung ist nach der hier vertretenen Sicht nicht unmittelbar anwendbar. Sie überlässt (wie etwa Art. 4 Abs. 3 und 5 Charta) dem kantonalen Gesetzgeber einen erheblichen Gestaltungsspielraum, der aus Gründen der Demokratie und der Gewaltenteilung nicht von den Gerichten auszufüllen ist; s. zu den Kriterien der Justiziabilität vorne, Teil 2§ 7.IV.E.

1.2 Art. 8 Abs. 2 Charta

Gemäss Art. 8 Abs. 2 Charta darf die Aufsicht über die Gemeinden in der Regel nur eine Rechtskontrolle sein. Die Kontrolle der Zweckmässigkeit ist nur bei übertragenen Aufgaben zulässig. Die Schweiz hat diesen Absatz vom Anwendungsbereich ausgeschlossen mit der Begründung, die Charta widerspiegle hier die Unterscheidung zwischen eigenen und übertragenen Aufgaben der Gemeinden, von der das Bundesgericht vor langer Zeit abgerückt sei – wobei die Praxis des Bundesgerichts den Gemeinden mehr Schutz biete als Art. 8 Abs. 2 Charta.[1661] Freilich müsste diese Chartagarantie nach ihrem Sinn und Zweck so ausgelegt werden, dass sie *die kantonale Aufsicht im Schutzbereich der Gemeindeautonomie auf die Überprüfung der Rechtmässigkeit beschränkt*. Dass im gemeindlichen Autonomiebereich keine Kontrolle der Zweckmässigkeit stattfindet,[1662] gehört zu den *Kernforderungen der Charta* und erscheint als wesentliches Element eigenverantwortlicher Aufgabenerfüllung. Die Rechtslage in den Kantonen kann im Rahmen dieser Studie nicht im Einzelnen untersucht werden, doch ist davon auszugehen, dass sie dieser Forderung entspricht. Im Kanton St. Gallen beispielsweise ist der Grundsatz, dass sich die Aufsicht im Bereich der Gemeindeautonomie auf die Überprüfung der Rechtmässigkeit beschränkt, sogar ausdrücklich in der Kantonsverfassung verankert (Art. 100 Abs. 2 KV SG).[1663]

1.3 Weitere Bestimmungen

Die Art. 6 Abs. 2 und Art. 7 Abs. 2 der Charta verlangen eine Professionalisierung der Gemeindetätigkeit und sind deshalb mit dem Miliz- und Ehrenamtsystem, das in den im internationalen Vergleich immer noch sehr kleinen schweizerischen Gemeinden weiterhin eine wichtige Rolle spielt, kaum vereinbar. Die nachträgliche Ratifikation

---

[1661] Vgl. Botschaft Charta, 94 f.; THÜRER, Charta, 233 f.; THÜRER, Rechtsgutachten Charta, 7 f.; PIGUET, Charte prétorienne, 12 f.; s. zu den Entwicklungslinien der bundesgerichtlichen Praxis vorne, Teil 1§ 2.VII.B

[1662] Nach der heutigen Rechtslage kann der kantonale Gesetzgeber theoretisch vorsehen, dass der Kanton auch in autonomen Angelegenheiten Weisungen erteilen kann. Die Kontrolle der Zweckmässigkeit muss jedoch auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen und darf weder willkürlich noch unverhältnismässig ausgeübt werden; s. vorne, Teil 3§ 16.V.E. Die Rechtslage in den Kantonen kann im Rahmen dieser Studie nicht im Einzelnen untersucht werden, doch ist davon auszugehen, dass sie der Forderung des Art. 8 Abs. 2 Charta entspricht. Der kantonale Gesetzgeber darf in jedem Fall nicht generell anordnen, es bestehe eine umfassende Zweckmässigkeitskontrolle der kantonalen Exekutive; dies wäre mit dem Kerngehalt der Gemeindeautonomie nicht vereinbar; g.M. HANGARTNER, Gemeindeautonomie, 528.

[1663] Vgl. die ähnlichen Regelungen in Art. 67 Abs. 2 KV GR (mit Gesetzesvorbehalt); § 73 Abs. 3 KV LU (mit Gesetzesvorbehalt).

dieser beiden Chartabestimmungen erscheint zum jetzigen Zeitpunkt nicht geboten. Allerdings könnte die Entwicklung, dass vermehrt grössere Gebietskörperschaften gebildet werden und die Gemeindetätigkeit zusehends professionalisiert werden muss, dereinst eine Ratifikation dieser beiden Bestimmungen rechtfertigen.

Die Schweiz hat die Chartabestimmungen zum *Finanzausgleich* und zum *Subventionswesen* vom Anwendungsbereich ausgeschlossen. Art. 9 Abs. 5 Charta fordert zum Schutz finanziell schwächerer Gemeinden Finanzausgleichsverfahren, welche die Entscheidungsfreiheit der Gemeinden in ihrem eigenen Verantwortungsbereich nicht beeinträchtigen. Art. 9 Abs. 7 Charta verlangt, dass Subventionen soweit möglich nicht zweckgebunden gewährt werden und die kommunale Selbständigkeit nicht beeinträchtigen. Die Kantone sprachen sich gegen diese Bestimmungen aus und wollten „im heiklen Finanzbereich die volle Handlungsfreiheit bewahren“[1664]. Die in den letzten Jahren erfolgten zahlreichen Reformen des kantonalen Subventions- und Finanzausgleichswesens sind nicht Untersuchungsgegenstand dieser Studie. Weil jedoch im Gefolge der NFA-Reform die meisten Kantone ihre innerkantonalen Finanzausgleichsverfahren den Vorgaben und Grundsätzen des Finanzausgleichs auf Bundesebene angepasst haben,[1665] wäre es denkbar, dass die nachträgliche Ratifikation auch dieser Bestimmungen möglich werden könnte. Es wäre lohnenswert, diese wichtige Fragestellung in einer eigenständigen Studie vertieft zu untersuchen.

2. Beitritt zum Zusatzprotokoll zur Gemeindeautonomiecharta

Das Zusatzprotokoll zur Gemeindeautonomiecharta über das *Recht auf Beteiligung an den Gemeindeangelegenheiten* (ZP Charta) ist nach der hier vertretenen Auffassung vordringlich als *Programmvertrag* zu verstehen. Das ZP Charta fordert die Vertragsparteien auf, alle notwendigen Massnahmen zu ergreifen, um die Partizipation der Menschen an der örtlichen Demokratie zu fördern.[1666] Die Definition des im Zusatzprotokoll verankerten Beteiligungsrechts als das Recht „zu versuchen“, die Ausübung

[1664] Argumentarium KdK, 9; vgl. auch THÜRER, Charta, 234; Botschaft Charta, 95.

[1665] S. zur NFA-Reform vorne, Teil 1§ 2.VIII.B. Vgl. dazu insbesondere auch Art. 3 IRV, wonach sich die Kantone verpflichten, die Grundsätze der Subsidiarität und der fiskalischen Äquivalenz (Art. 5a und 43a BV) auch im innerkantonalen Verhältnis zu beachten. Die NFA wurde damit zum Referenzmodell für innerkantonale Finanz- und Lastenausgleichssysteme; vgl. NFA Faktenblatt 12, 2. Zur Entwicklung in den Kantonen vgl. den Bericht von ALFRED REY über die NFA als Impuls für Reformen in den Kantonen, NZZ vom 7. April 2010, 13.

[1666] S. zum Inhalt des ZP Charta schon vorne, Teil 2§ 5.IV. Die authentischen englischen und französischen Fassungen des ZP Charta sowie die eigenständige deutsche Übersetzung finden sich hinten im Anhang II dieser Studie.

der Gemeindekompetenzen zu beeinflussen, verbleibt derart im Ungefähren, dass man auf eine Begriffsumschreibung besser verzichtet hätte.

Die Schweiz kann dem ZP Charta beitreten, zumal die direkte Demokratie in den Gemeinden in ausgeprägter Weise verwirklicht ist, das Petitionsrecht (Art. 33 BV) auch auf Gemeindeebene gilt und auf kantonaler und kommunaler Ebene vielfältige Formen des Einbezugs der Bevölkerung in die lokalen Entscheidfindungsverfahren existieren.[1667] Ein Beitritt wäre insbesondere eine Aufforderung an den kantonalen Gesetzgeber, vermehrt Anstrengungen zur Förderung der demokratischen Partizipation auch der ausländischen Bevölkerung zu unternehmen.[1668] *Problematisch* ist aus schweizerischer Sicht jedoch, dass Art. 1 Abs. 4 ZP Charta ein aktives und passives Wahlrecht statuiert und dabei die Existenz eines Gemeindeparlaments vorauszusetzen scheint. Dies deutet auf eine unsorgfältige Redaktion des Vertragstexts hin. Es wäre widersprüchlich, wenn ausgerechnet das ZP Charta, welches das Recht auf Beteiligung an den Gemeindeangelegenheiten verankert, das in der grossen Mehrheit der schweizerischen Gemeinden praktizierte Modell der direkten Versammlungsdemokratie verunmöglichte. Die Bestimmung ist systematisch, d.h. unter Berücksichtigung des Art. 3 Abs. 2 Charta[1669] auszulegen: Es muss allen Staatsangehörigen das Recht gewährt werden, an den Wahlen des Gemeindeparlaments *oder aber an der Gemeindeversammlung* teilzunehmen. Die Schweiz täte gut daran, anlässlich eines Beitritts ihr Verständnis dieser Bestimmung in einer auslegenden Erklärung unmissverständlich darzulegen.

C. Rücksicht auf die Kantone

Der Bund besorgt die auswärtigen Angelegenheiten (Art. 54 Abs. 1 BV) und kann völkerrechtliche Verträge auch in jenen Bereichen abschliessen, die innerstaatlich betrachtet in den Kompetenzbereich der Kantone fallen. In dieser Überlagerung der vertikalen Aufgabenteilung liegt ein gewichtiges und durch die Internationalisierung verstärktes föderalistisches Spannungsfeld. Der Bund muss sich kantonalen Zuständigkei-

[1667] Vgl. dazu insb. HANGARTNER/KLEY, Demokratische Rechte, Rz. 2436 ff. Für den Kanton St. Gallen beispielsweise vgl. insb. die Art. 22 ff. (Gemeindeversammlung), Art. 58 ff. (Gemeindeparlament), Art. 73 ff. (Referendum) sowie Art. 82 f. (Volksmotion) des GdG SG. Vorbildlich sodann das Partizipationsreglement der Stadt St. Gallen vom 19. September 2006 (sRS 141.1), welches besondere Partizipationsrechte für Jugendliche und Migranten vorsieht.

[1668] Vgl. dazu insb. Art. 1 Abs. 4.2 sowie Art. 2 Abs. 2 ZP Charta.

[1669] Die Charta fordert in Art. 3 Abs. 2, dass sich die Gemeindetätigkeit auf ein demokratisch gewähltes Gemeindeparlament stützen kann, erwähnt aber ausdrücklich, dass auch die Form der direkten Versammlungsdemokratie zulässig ist.

ten und Interessen gegenüber zurückhalten (Art. 54 Abs. 3 BV) und sie bei aussenpolitischen Entscheiden mitwirken lassen (Art. 55 BV).[1670]

Weil die Gemeindeautonomie eine Verfassungsgarantie ist, die *von den Kantonen ausgestaltet* wird, kommt der angemessenen Mitwirkung der Kantone im Kontext der Gemeindeautonomiecharta und ihres Zusatzprotokolls eine erhöhte Bedeutung zu. Es ist gerade in diesem heiklen Bereich von besonderer Bedeutung, dass der Bund „rechtzeitig und umfassend" informiert und den Stellungnahmen der Kantone besonderes Gewicht beimisst (Art. 55 Abs. 2 f. BV, Art. 3 f. BGMK). Der Bund muss in diesem Bereich besonders darauf achten, ein Einvernehmen mit den Kantonen zu erreichen. Ein Beitritt etwa zum Zusatzprotokoll darf aber nicht davon abhängig gemacht werden, dass restlos alle Kantone mit einem solchen Schritt einverstanden sind. Die Mitwirkung der Kantone darf die aussenpolitische Handlungsfähigkeit des Bundes nicht beeinträchtigen (Art. 1 Abs. 3 BGMK). Der Bund muss nicht nur die kantonalen Interessen, sondern auch die internationalen Argumente in die Waagschale werfen, die im Falle der Charta und des Zusatzprotokolls gerade „wegen des Modellcharakters unseres Landes"[1671] und des ausgeprägten Interesses der Schweiz an einer starken Verankerung der Gemeindeautonomie im internationalen Recht für ein selbstbewusstes Voranschreiten sprechen. Sodann muss der Bund nicht nur auf die Interessen der Kantone, sondern auch auf jene der Gemeinden Rücksicht nehmen (Art. 50 Abs. 2 BV). Die nachträgliche Ratifikation insbesondere der Art. 4 Abs. 4 und Art. 8 Abs. 2 Charta sowie ein baldiger Beitritt zum ZP Charta böte eine gute Gelegenheit, „ohne Preisgabe wesentlicher nationaler Interessen ernsthaft unsere Verbundenheit mit den anderen europäischen Staaten zu betonen und zu stärken und damit […] ein sinnvolles Stück «Verteidigung unserer Innenpolitik gegen aussen» zu leisten"[1672].

VI. Ergebnis

Die Gemeinden müssen von Bundesrechts wegen demokratisch organisiert sein und sind an das Legalitätsprinzip gebunden. Bezüglich ihrer Vollzugs- und Partizipationsfunktion gilt ein flexibles Mediatisierungsmodell: Die Kantone vermitteln grundsätzlich die Beziehungen von Bund und Gemeinden. Bundesdurchgriffe im Vollzugsbe-

[1670] Vgl. zum Ganzen weiterführend PFISTERER, St. Galler Kommentar zu Art. 54 BV, Rz. 33 ff., sowie Ders., St. Galler Kommentar zu Art. 55 BV, *passim*, je m.H.

[1671] So die Begründung des Bundesrates in seiner damaligen Einladung zur Vernehmlassung betreffend den Beitritt zur Gemeindeautonomiecharta; zit. nach THÜRER, Charta, 238.

[1672] THÜRER, Charta, 238, im Jahr 1989 in Bezug auf den von ihm postulierten Beitritt zur Gemeindeautonomiecharta, der letztlich im Jahr 2004 erfolgte.

reich sind nur innert enger verfassungsrechtlicher Schranken zulässig, falls sie zur wirksamen Durchführung des Bundesrechts notwendig sind. Die Gemeinden wirken in verschiedener Form direkt an der Entscheidfindung im Bund mit. Dies ist im Sinne eines präventiven Schutzes der Gemeindeautonomie erforderlich und entspringt den Handlungsanweisungen der Art. 50 Abs. 2 und 3 BV, die den Bund verpflichten, bei seinem Handeln stets zu prüfen, inwiefern die Gemeinden betroffen sind und sich jeweils für die gemeindefreundlichste Lösung zu entscheiden.

Die wichtigsten Grundsätze der vertikalen Zusammenarbeit von Bund, Kantonen und Gemeinden sollten aufgrund ihrer Bedeutung für die Aufgabenerfüllung im dreistufigen Bundesstaat gesetzlich geregelt werden. Bei dieser Gelegenheit sollte die TAK zu einer auch die ländlichen Gebiete erfassenden Tripartiten Konferenz erweitert und unter die Schirmherrschaft des Bundes gestellt werden. Der Bund sollte zudem die Stärkung der Gemeindeautonomie und ihrer Verankerung im Völkerrecht als wichtiges aussenpolitisches Ziel begreifen. Um international glaubwürdig auftreten zu können, sollte die Schweiz die Art. 4 Abs. 4 und Art. 8 Abs. 2 Charta nachträglich ratifizieren und dem Zusatzprotokoll zur Gemeindeautonomiecharta über das Recht auf Beteiligung an den Gemeindeangelegenheiten beitreten. Dabei müsste jedoch zu Art. 1 Abs. 4 ZP Charta eine auslegende Erklärung angebracht werden.

Schlussbetrachtungen

I. Schlussthesen

Die Ergebnisse dieser Arbeit werden zum Schluss in 20 Thesen zusammengefasst.

1. Die Gemeindeautonomie ist eine der Konstanten in der Entwicklung der alten Eidgenossenschaft zum modernen Bundesstaat. Die Gemeinden sind von Alters her eigenständige öffentlich-rechtliche Körperschaften, die in ihrer Doppelrolle als autonome Zentren demokratischer Entscheidfindung einerseits, als Vollzugsorgane von Bund und Kantonen andererseits einen wesentlichen Teil der öffentlichen Aufgaben erledigen. Die politischen Gemeinden sind die wichtigste Gemeindeart und bilden die dritte, örtliche Aufbaustufe des Bundesstaates.

2. Es ist ein historisches Verdienst der regenerierten Kantonsverfassungen, die alte Gemeindefreiheit in liberaler Form neu belebt zu haben. Die beiden ersten Bundesverfassungen von 1848 und 1874 konzipierten einen dualistischen Bundesstaat von Bund und Kantonen und schützten die Gemeindeautonomie nicht. Bestand, Rechtsstellung und Autonomie der Gemeinden fielen ausschliesslich unter die kantonale Organisationshoheit. *Faktisch bilden die Gemeinden jedoch seit 1848 die dritte staatliche Ebene*. Seit jeher bestehen in allen Kantonen Gemeinden, die einen wesentlichen, aber je nach Kanton verschieden grossen Teil der öffentlichen Angelegenheiten eigenverantwortlich gestalteten.

3. Das Bundesgericht schützt die Gemeindeautonomie seit dem zweiten Jahr seines Bestehens (1875) als *kantonales verfassungsmässiges Recht*. Im Lauf der Jahre entwickelte es zu den kantonalen Verfassungsgarantien ein subsidiäres gemeineidgenössisches Autonomierecht. Es umschrieb, was Gemeindeautonomie ist, und legte die Möglichkeiten ihrer Verletzung fest. Diese schöpferische Rechtsprechung stellt eine der bemerkenswertesten Errungenschaften der schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit dar und ist nur mit der gemeineidgenössischen Rechtsüberzeugung von der Bedeutung der Gemeinden zu erklären.

4. Die Gemeindeautonomie ist ein *wichtiges Element des schweizerischen Föderalismus* und erfüllt *vielfältige Funktionen*. Sie schafft und schützt Spielraum für die Demokratie im örtlichen Raum der Gemeinde, ermöglicht eine wirkungs- und rücksichtsvolle, sach- und bürgernahe Aufgabenerfüllung und errichtet eine Schranke gegen die Allmacht der Mehrheit in Bund und Kanton. Die Selbständigkeit der Gemeinden stärkt die persönliche und politische Freiheit der Men-

schen, erfüllt eine identitätsstiftende Funktion und stabilisiert die direkte Demokratie auf kantonaler und eidgenössischer Ebene.

5. Die Bundesverfassung gewährleistet die Gemeindeautonomie nach Massgabe des kantonalen Rechts (Art. 50 Abs. 1 BV). Die herrschende Lehre erblickt darin eine deklaratorische Norm: Der Beitrag des Bundes erschöpfe sich darin, die kantonal gewährleistete Gemeindeautonomie unter eidgenössischen Gerichtsschutz zu stellen (Art. 189 Abs. 1 lit. e BV). Eine Minderheit der Lehre erblickt in Art. 50 Abs. 1 BV eine Gewährleistung nach Art einer Institutsgarantie. Diese Studie divergiert von beiden Sichtweisen und erarbeitet ein neues, zeitgemässes Verständnis der verfassungsrechtlichen Autonomiegarantie.

6. Die *Europäische Charta der Gemeindeautonomie* vom 15. Oktober 1985 geht wesentlich auf das Werk und das Wirken des Basler Historikers Adolf Gasser zurück, der von den politischen Ideen des Alexis de Tocqueville massgeblich beeinflusst war. Die Charta will die Selbständigkeit der Gemeinden stärken, um die Freiheit der Menschen zu fördern und einer bürgernahen Demokratie in Europa Raum und Stabilität zu verschaffen. Zu diesem Zweck fasst die Charta essentielle Grundsätze der Gemeindeautonomie zusammen. Als Folge der europaweiten Geltung dieses völkerrechtlichen Vertrags ist die Gemeindeautonomie zum gemeineuropäischen Verfassungsprinzip geworden.

7. Die Zurückhaltung der Schweiz im europäischen Einigungsprozess, der föderalistische Staatsaufbau und die abwehrende Haltung der Kantone verhinderten einen frühen Chartabeitritt. Dass die Schweiz der Charta im Jahr 2004 beitreten konnte, ist der Kompromissbereitschaft von Bund und Kantonen, der Flexibilität der Charta sowie dem Gemeindeartikel der neuen Bundesverfassung zu verdanken. Die Charta enthält wichtige rechtsetzende Bestimmungen und hätte deshalb dem fakultativen Staatsvertragsreferendum unterstellt werden müssen.

8. Die Gemeindeautonomiecharta bildet einen Bestandteil der schweizerischen Rechtsordnung auf Bundesebene. Als völkerrechtlicher Vertrag ist sie von allen staatlichen Organen von Bund und Kantonen zu beachten. Der programmatische Gehalt der Charta wendet sich vordringlich an den gemäss innerstaatlicher Kompetenzverteilung zuständigen kantonalen Gesetzgeber. Die den Gemeinden durch die Charta gewährte Aufgaben- und Organisationsautonomie (Art. 4 Abs. 2 und 6 Abs. 1), die Konsultationsrechte (Art. 4 Abs. 6, 5 und 9 Abs. 6), die Aufsichtsgarantien (Art. 8 Abs. 1 und 3), die Finanzgarantien *in ihrer defensiven Funktion*

(Art. 9), das Vereinigungsrecht (Art. 10) und die Rechtsweggarantie (Art. 11) sind inhaltlich hinreichend bestimmt und klar, um von der Rechtsanwenderin unmittelbar zur Grundlage eines Entscheids gemacht zu werden.

9. Die Gemeindeautonomie ist ein *konstitutives Element des Bundesstaates*. Art. 50 Abs. 1 BV garantiert die Gemeindeautonomie und verweist nur bezüglich ihres Masses, d.h. ihres Inhalts und Umfangs auf das kantonale Recht. Die Gemeindeautonomie kann unter Berücksichtigung des Art. 3 Abs. 1 Charta völkerrechtskonform definiert werden als das *Recht und die tatsächliche Fähigkeit der Gemeinden,* im Rahmen des kantonalen Rechts *einen wesentlichen Teil der öffentlichen Angelegenheiten in eigener Verantwortung zu regeln und zu gestalten*.

10. Die Gemeindeautonomie ist ein *fundamentales Verfassungsprinzip*. In ihrer abwehrenden Dimension schliesst sie unrechtmässige Beeinträchtigungen der Gemeindeautonomie aus. In ihrer programmatischen Dimension wirkt sie als Postulat an die Gestaltung des Staates in die gesamte Rechtsordnung hinein und fordert, dass die Selbständigkeit der Gemeinden in möglichst hohem Masse realisiert werden soll. Das Mass der Gemeindeautonomie variiert der föderalistischen Vielfalt entsprechend von Kanton zu Kanton.

11. Die Autonomiegarantie lässt sich in *drei Schichten* unterteilen: einen *Kerngehalt*, eine *justiziable* und eine *programmatische Schicht*. Nur wenn alle Schichten zur Geltung kommen, vermag die Gemeindeautonomie ihre Funktionen zu entfalten. Alle drei Schichten lassen sich unter Berücksichtigung der in der Charta enthaltenen Prinzipien der Gemeindeautonomie konkretisieren. Diese chartakonforme Auslegung ist mit der verfassungsrechtlichen Grundentscheidung vereinbar, wonach die Kantone das Mass der kommunalen Selbständigkeit bestimmen.

12. Art. 50 Abs. 1 BV enthält in seinem *Kerngehalt* einen *Grundentscheid zugunsten eines dreistufigen Staatsaufbaus mit selbständigen Gemeinden*. Diese bilden als örtliche demokratische Gebietskörperschaften die dritte Ebene des Bundesstaates und müssen einen wesentlichen Teil der öffentlichen Aufgaben eigenverantwortlich regeln und gestalten können. Der Kerngehalt veranschaulicht, dass die Kantone das Mass der gemeindlichen Selbständigkeit bestimmen und die Grenzen der Autonomie festlegen, zur Ausgestaltung des Verfassungsprinzips Gemeindeautonomie jedoch nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet sind.

13. Art. 50 Abs. 1 BV begründet eine *justiziable Rechtsposition der Gemeinden*. Die Gemeindeautonomie vermittelt Rundumschutz und ist bei allem staatlichen Han-

deln zu beachten. Der *Schutzbereich* der Gemeindeautonomie umfasst (1) die autonomen Gemeindeaufgaben; (2) die eigenverantwortliche Art der Aufgabenerfüllung; (3) die autonomierelevanten Mitwirkungsrechte und (4) den individuellen Bestand der Gemeinde. Der Schutzbereich ist *föderalistisch variabel*. Die Kantone regeln die Gemeindeorganisation und die Kompetenzverteilung. Sie bestimmen das Mass der Autonomie. Alles dem Staat zurechenbare Handeln, das die Gemeindeautonomie beeinträchtigt, muss das Legalitätsprinzip beachten, im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sein und darf den Kerngehalt der Autonomiegarantie nicht verletzen. Die Kombination dieser *Eingriffsschranken* mit dem Schutzbereich ermöglicht einen Massstab des Ausgleichs zwischen der örtlichen Eigenständigkeit und der notwendigen staatlichen Einheit. Diese justiziable Schicht verschafft der Gemeindeautonomie jenen Respekt, der für die Entfaltung ihrer vielfältigen Funktionen unabdingbar ist.

14. Die Gemeindeautonomie wirkt programmatisch als Gestaltungsprinzip in die Rechtsordnung. Sie verpflichtet Bund und Kantone zu gemeindefreundlichem Verhalten und fordert sie auf, den Gemeinden möglichst erhebliche Gesetzgebungs-, Vollzugs- und Mitwirkungsautonomie sowie angemessene Finanzmittel zu gewähren beziehungsweise zu überlassen. Dieses Postulat an die Gestaltung des Staates wendet sich vordringlich an den zuständigen Gesetzgeber, d.h. in der Schweiz primär an den Kanton, und ist nicht dazu geeignet, um von den rechtsanwendenden Behörden in die Wirklichkeit umgesetzt zu werden.

15. Der Bund *gewährleistet* die Gemeindeautonomie und ist überdies gegen aussen dafür verantwortlich, dass die mit dem Chartabeitritt eingegangenen Verpflichtungen beachtet werden. Dies geschieht *primär* durch den bundesgerichtlichen Rechtsschutz. Der Bund kann jedoch grundsätzlich mit allen Aufsichtsmitteln sicherstellen, dass die Kantone ihre sich aus Art. 50 BV und der Charta ergebenden Verpflichtungen beachten. Neben der gerichtlichen Kontrolle ist die Gewährleistung der Kantonsverfassungen das zweite wichtige Aufsichtsmittel. Den anderen Aufsichtsmitteln sollte in der Praxis keine Bedeutung zukommen.

16. Bund, Kantone und Gemeinden bilden den schweizerischen Bundesstaat. Die Gemeinden sind als dritte Teilhaber der partnerschaftlichen föderativen Ordnung in der Bundesverfassung legitimiert. *Der schweizerische Föderalismus ist asymmetrisch dreistufig*: *Die Kantone sind eigenständige Gliedstaaten* (Art. 1, 3 und 47 BV), *die Gemeinden autonome, dem kantonalen Recht unterstellte örtliche demokratische Gebietskörperschaften*. Bezüglich der Vollzugs- und Partizipati-

onsfunktion der Gemeinden gilt ein flexibles Mediatisierungsmodell. Art. 50 BV und die Charta haben die bundesrechtliche Stellung der Gemeinden massgeblich verstärkt. Die Kantone bleiben jedoch die *Drehscheiben im föderalistischen System*. Sie vermitteln grundsätzlich die Bund-Gemeinde-Beziehungen und gestalten das Gemeinderecht innerhalb des weiten bundesrechtlichen Rahmens.

17. Das Bundesrecht verpflichtet die Kantone, einen vollwertigen rechtlichen Schutz der Gemeindeautonomie zu gewähren. Die kantonalen Gerichte sollten diese Verpflichtung als Chance begreifen, kantonale Besonderheiten zu wahren. Das Bundesgericht ist für den letztinstanzlichen Rechtsschutz verantwortlich. Es muss die Gemeindeautonomie zeitgemäss konkretisieren und wirksam schützen.

18. Die Gemeindefusionsbewegung ist weder negativ noch ausschliesslich positiv zu beurteilen. Entscheidend ist, dass Gemeindezusammenschlüsse von der betroffenen Bevölkerung getragen werden. Die Kantone können Anreizsysteme schaffen und eigentliche Gebietsreformen durchführen. Die Bundesverfassung und die Charta schliessen Zwangsfusionen nicht aus. Als schwerstmöglicher Eingriff in das verfassungsmässige Autonomierecht einer Gemeinde kommen sie jedoch nur als *ultima ratio* in Frage. Wichtig ist zudem, dass die Konsultationsrechte der betroffenen örtlichen Gemeinschaften gewahrt werden.

19. Der Gemeindeartikel hat zu einer verbesserten direkten Mitwirkung der Gemeinden an der Entscheidfindung im Bund geführt. Die Grundzüge der vertikalen Zusammenarbeit von Bund, Kantonen und Gemeinden müssen jedoch aus demokratischen und rechtsstaatlichen Gründen in einem Bundesgesetz geregelt werden. Bei dieser Gelegenheit sollte die bestehende TAK zu einer auch die ländlichen Gebiete umfassenden Tripartiten Konferenz erweitert werden.

20. Die Förderung der Gemeindeautonomie und ihrer Verankerung im Völkerrecht muss ein *aussenpolitisches Ziel der Schweiz* darstellen. Die Schweiz kann dieses Anliegen international nur glaubwürdig vertreten, wenn sie sich möglichst weitgehend zur Gemeindeautonomiecharta bekennt. Sie sollte die Art. 4 Abs. 4 und Art. 8 Abs. 2 Charta nachträglich ratifizieren und dem Zusatzprotokoll über das Recht auf Beteiligung an den Gemeindeangelegenheiten beitreten. Dabei muss zu Art. 1 Abs. 4 ZP Charta eine auslegende Erklärung angebracht werden.

II. Schlusswort

Die Beschäftigung mit der Gemeindeautonomie mag heute, da sich die Schweiz, Europa und die gesamte Welt mit zahlreichen ernsthaften Problemen konfrontiert sehen, vielen als unzeitgemäss erscheinen. Das Gegenteil trifft zu. Die Bedeutung der Gemeinden ist in den gegenwärtig stürmischen Zeiten grösser denn je.

Die direkte Demokratie, heute das Identitätsmerkmal der Schweiz par excellence,[1673] kann nur durch den „Sturzfluss der Neuzeit“[1674] gerettet werden, wenn sie auch in Zukunft ihre integrierende und legitimierende Wirkung auf allen drei staatlichen Ebenen entfalten wird. Der zur schweizerischen Staatsidee gehörende Anspruch, die politische Gestaltung so weit wie möglich den Bürgerinnen und Bürgern selbst zu überlassen, setzt voraus, dass auch den Kantonen und den Gemeinden eigenständiger Gestaltungsspielraum verbleibt. Die durch die Gemeindeautonomie geschützte örtliche Demokratie ist das „Kraftfutter“ der direkten Demokratie in Kantonen und Bund. Denn „die Demokratie besitzt nur dort im grossen Raume gesunde Entfaltungsmöglichkeiten, wo sie im kleinen Raume täglich praktisch ausgeübt und verwirklicht wird“[1675].

Die direkte Demokratie ist für die Schweiz eine Frage der Identität und gleichzeitig ein Wagnis, das ohne Gemeinsinn und staatsbürgerliches Bewusstsein in die Irre, ja in den Abgrund führen kann. Diese Fundamentalressourcen unseres Landes müssen gehegt und gepflegt werden. Dies erfordert, dass die Gemeinden ihre Rolle als „staatsbürgerlich-demokratische Pflanzstätten“[1676] auch in Zukunft wahrnehmen können. *Die Gemeindeautonomie ist konstitutiv für die Eidgenossenschaft.* Das Prinzip, dass ein wesentlicher Teil der öffentlichen Angelegenheiten in örtlichen, überschaubaren Gebietskörperschaften eigenverantwortlich gestaltet wird, ist entscheidend für das Funktionieren dieses Landes. Der *Gemeinsinn* muss in den kleinen Räumen der *Gemeinde*, wo *Gemeinsamkeiten* bestehen und sich die Bürgerinnen und Bürger mit ihrem *Gemeinwesen* identifizieren, Entfaltungsmöglichkeiten haben. Die staatsbürgerliche Intelligenz ist von Lernschritten abhängig und fordert *Bildung, Interesse und praktische Erfahrung*. Die Gemeindeautonomiecharta bezeichnet die Gemeinden deshalb zu Recht als die Grundpfeiler der Demokratie. Denn *wo, wenn nicht in selbständigen Gemeinden, sollen Gemeinsinn und staatsbürgerliche Intelligenz wachsen?*

[1673] Vgl. EHRENZELLER, Direkte Demokratie, 67;

[1674] THOMAS HÜRLIMANN, Himmelsöhi, hilf!, Zürich 2002, 22.

[1675] GASSER, Gemeindefreiheit, 11.

[1676] EICHENBERGER, Gemeinde, 39.

Es sind auf allen Ebenen erhebliche Anstrengungen notwendig, damit die Gemeinden ihre essentiellen Funktionen für das Staatsganze wie für die Freiheit der Menschen weiterhin erfüllen können. Die Gemeindeautonomie ist derzeit in einem Wandel, der nicht in die falsche Richtung führen darf. Bund und Kantone tun gut daran, den jüngst an sie gerichteten Appell der Gemeinden, ihre Eigenständigkeit nicht immer weiter einzuschränken, ernst zu nehmen.[1677] Denn *das Wagnis der direkten Demokratie im Grossen wird nur gelingen, wenn es sich auf die stabilisierende, identitäts- und gemeinsinnstiftende Wirkung tausender kleiner „demokratischer Spielwiesen" verlassen kann.* Wenn die gemeindliche Selbständigkeit immer mehr erodiert, droht der „ins Innere des sozialen Körpers zurückgedrängte Despotismus"[1678] früher oder später wieder an der Oberfläche zu erscheinen. Einige Ereignisse der jüngeren Vergangenheit sind ernstzunehmende Warnsignale und bezeugen, dass der Despotismus auch in der Schweiz Oberhand gewinnen kann.

Was ist zu tun? Dass die justiziable Schicht der Gemeindeautonomie von den Gerichten konsequent durchgesetzt werden muss, ist eine Selbstverständlichkeit. Doch die Gemeindeautonomie ist mehr als ein justiziabler Rechtsanspruch. Sie muss ein Teil der Sitten sein, mit der Denkweise und den Gewohnheiten der Menschen verwoben. Das ist nur möglich, wenn sie während langer Zeit in den Gesetzen wirksam ist und dies auch weiterhin bleibt.[1679] In diesem Kontext ist eine *Trendwende* geboten. Es ist der fortwährenden inhaltlichen Erosion des gemeindlichen Gestaltungsspielraums, welche der örtlichen Demokratie ihre Attraktivität raubt, Einhalt zu gebieten. *Die Gemeindeautonomie muss von Bund und Kantonen als essentielles Postulat an die zukünftige Gestaltung des Staates begriffen und ernst genommen werden.* In der gegenwärtigen Situation ist es dringend notwendig, dass die Gesetzgeber in Bund und Kantonen stets ernsthaft nach autonomiefreundlichen Lösungen suchen.

Sodann *muss die Gemeindeautonomie von leistungsfähigen Gemeinden getragen sein*. Es ist im Zuge der unaufhaltsamen, auf allen Ebenen stattfindenden Modernisierungsprozesse der Gegenwart unabdingbar, dass sich die Zahl der Gemeinden verringert. Die Kantone fördern und fordern derzeit Reformprozesse, welche die meisten anderen europäischen Länder vor Jahrzehnten durchgeführt haben. Schritte hin zu einer grösse-

[1677] Vgl. die Resolution für starke Gemeinden des SGV vom 10. Juni 2009, zu finden im Internet: www.chgemeinden.ch/de/2-aktuell/Veranstaltungen/GV_2009/D_Resolution_GV_2009.pdf (Stand 23. Februar 2009).

[1678] TOCQUEVILLE, Demokratie, 52.

[1679] Vgl. TOCQUEVILLE, Demokratie, 51 f.

ren Übereinstimmung von funktionalen und politischen Räumen sind auch aus Sicht einer Förderung substanzieller örtlicher Demokratie geboten. Dabei ist jedoch für die zukünftig erfolgreiche Erledigung der öffentlichen Angelegenheiten entscheidend, dass die an Schwung gewinnende Vereinigungsbewegung von den betroffenen örtlichen Gemeinschaften getragen wird. Es darf nicht im Standortwettbewerb vergessen gehen, dass die Gemeinden eine *örtliche* Demokratie und eine auf die *örtlichen* Besonderheiten Rücksicht nehmende Aufgabenerfüllung ermöglichen müssen.

Die Erhaltung leistungsfähiger, demokratischer Gemeinden genügt indessen nicht. *Bund, Kantone und Gemeinden tun gut daran, aktiv nach neuen, zukunftsträchtigen Möglichkeiten und Chancen der föderalistischen Demokratie zu suchen und diese auch wahrzunehmen*.[1680] Föderalismus und Demokratie bleiben nur lebendig, wenn sie von jeder Generation neu durchdacht und bei Bedarf neu gestaltet werden. Dies erscheint heute notwendiger denn je. Damit die politische Kultur nicht weiter erodiert, müssen Gemeinsinn und staatsbürgerliche Intelligenz, die politischen Ressourcen der Schweiz schlechthin, in breiten Bevölkerungskreisen erhalten bleiben oder sich überhaupt erst etablieren können. Das erfordert innovative politische Gestaltung auf allen drei staatlichen Ebenen. So wäre es eine grosse Chance, das Ausländerstimmrecht auf Gemeindeebene in allen Kantonen einzuführen. Dieser mutige Schritt würde die integrierende Wirkung der Gemeindeautonomie erheblich verstärken.

Die Schweiz muss sich bewegen, will sie auch in Zukunft auf eine stabile, gut funktionierende Demokratie vertrauen können, die von Demokratinnen und Demokraten getragen wird. Nicht alles, aber doch einiges hängt diesbezüglich davon ab, ob die Gemeindeautonomie ihre demokratischen, rechtsstaatlichen und wirtschaftlichen Funktionen auch in Zukunft wird entfalten können. Dabei sind auch die Gemeinden selber gefordert, im Rahmen ihrer rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten eigenständige, kreative Problemlösungen zu entwickeln.

[1680] I.d.S. auch EHRENZELLER, Direkte Demokratie, 91.

Anhang

I. Europäische Charta der Gemeindeautonomie

Neuübersetzung für die Schweiz[1681]

Charte européenne de l'autonomie locale

European Charter of Local Self-Government

Präambel	**Préambule**	**Preamble**
Die Mitgliedstaaten des Europarats, die diese Charta unterzeichnen,	Les Etats membres du Conseil de l'Europe, signataires de la présente Charte,	The member States of the Council of Europe, signatory hereto,
in der Erwägung, dass es das Ziel des Europarats ist, eine engere Verbindung zwischen seinen Mitgliedern herzustellen, um die Ideale und die Grundsätze, die ihr gemeinsames Erbe bilden, zu wahren und zu fördern;	Considérant que le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses membres afin de sauvegarder et de promouvoir les idéaux et les principes qui sont leur patrimoine commun;	Considering that the aim of the Council of Europe is to achieve a greater unity between its members for the purpose of safeguarding and realising the ideals and principles which are their common heritage;
in der Erwägung, dass ein Mittel zur Erreichung dieses Zieles der Abschluss von Abkommen im Verwaltungsbereich ist;	Considérant qu'un des moyens par lesquels ce but sera réalisé est la conclusion d'accords dans le domaine administratif;	Considering that one of the methods by which this aim is to be achieved is through agreements in the administrative field;
in der Erwägung, dass die Gemeinden einer der Grundpfeiler jeder demokratischen Staatsform sind;	Considérant que les collectivités locales sont l'un des principaux fondements de tout régime démocratique;	Considering that the local authorities are one of the main foundations of any democratic regime;
in der Erwägung, dass das Recht der Bürger auf Mitwirkung an den öffentlichen Angelegenheiten einer der demokratischen Grundsätze ist, die allen Mitgliedstaaten des Europarats gemeinsam sind;	Considérant que le droit des citoyens de participer à la gestion des affaires publiques fait partie des principes démocratiques communs à tous les Etats membres du Conseil de l'Europe;	Considering that the right of citizens to participate in the conduct of public affairs is one of the democratic principles that are shared by all member States of the Council of Europe;
überzeugt, dass dieses Recht auf lokaler Ebene am direktesten ausgeübt werden kann;	Convaincus que c'est au niveau local que ce droit peut être exercé le plus directement;	Considering that it is at local level that this right can be most directly exercised;

[1681] Diese Neuübersetzung ist auf die schweizerischen Besonderheiten angepasst. Massgebend sind einzig die französische und die englische Textfassung. Jene Absätze der Charta, welche die Schweiz nicht binden, sind in kursiver Schrift abgedruckt.

überzeugt, dass das Bestehen von Gemeinden, die mit tatsächlicher Verantwortung ausgestattet sind, eine zugleich wirkungsvolle und bürgernahe Verwaltung ermöglicht;

Convaincus que l'existence de collectivités locales investies de responsabilités effectives permet une administration à la fois efficace et proche du citoyen;

Convinced that the existence of local authorities with real responsibilities can provide an administration which is both effective and close to the citizen;

im Bewusstsein, dass der Schutz und die Stärkung der Gemeindeautonomie in den verschiedenen europäischen Ländern einen wichtigen Beitrag zum Aufbau eines Europas darstellen, das auf den Grundsätzen der Demokratie und der Dezentralisierung der Macht gründet;

Conscients du fait que la défense et le renforcement de l'autonomie locale dans les différents pays d'Europe représentent une contribution importante à la construction d'une Europe fondée sur les principes de la démocratie et de la décentralisation du pouvoir;

Aware that the safeguarding and reinforcement of local self-government in the different European countries is an important contribution to the construction of a Europe based on the principles of democracy and the decentralisation of power;

in Bekräftigung ihrer Auffassung, dass es hierzu des Bestehens von Gemeinden bedarf, die über demokratisch bestellte Entscheidungsorgane verfügen und weitgehende Selbstständigkeit hinsichtlich ihrer Kompetenzen, der Art und Weise, in der sie diese Kompetenzen ausüben, und der zur Erfüllung ihres Auftrags erforderlichen Mittel besitzen,

Affirmant que cela suppose l'existence de collectivités locales dotées d'organes de décision démocratiquement constitués et bénéficiant d'une large autonomie quant aux compétences, aux modalités d'exercice de ces dernières et aux moyens nécessaires à l'accomplissement de leur mission,

Asserting that this entails the existence of local authorities endowed with democratically constituted decision-making bodies and possessing a wide degree of autonomy with regard to their responsibilities, the ways and means by which those responsibilities are exercised and the resources required for their fulfilment,

sind wie folgt übereingekommen:

Sont convenus de ce qui suit:

Have agreed as follows:

Artikel 1

Die Vertragsparteien verpflichten sich, die folgenden Artikel, nach Massgabe von Artikel 12 dieser Charta, als für sich bindend anzusehen.

Article 1

Les Parties s'engagent à se considérer comme liées par les articles suivants de la manière et dans la mesure prescrites par l'article 12 de cette Charte.

Article 1

The Parties undertake to consider themselves bound by the following articles in the manner and to the extent prescribed in Article 12 of this Charter.

Teil I

Partie I

Part I

Artikel 2
Verfassungs- und Gesetzesgrundlage der Gemeindeautonomie

Der Grundsatz der Gemeindeautonomie wird in der innerstaatlichen Gesetzgebung und so weit als möglich in der Verfassung anerkannt.

Article 2
Fondement constitutionnel et légal de l'autonomie locale

Le principe de l'autonomie locale doit être reconnu dans la législation interne et, autant que possible, dans la Constitution.

Article 2
Constitutional and legal foundation for local self-government

The principle of local self-government shall be recognised in domestic legislation, and where practicable in the constitution.

Artikel 3
Begriff der Gemeindeautonomie

1. Gemeindeautonomie bedeutet das Recht und die tatsächliche Fähigkeit der Gemeinden, im Rahmen des Gesetzes einen wesentlichen Teil der öffentlichen Angelegenheiten in eigener Verantwortung zum Wohl ihrer Einwohner zu regeln und zu gestalten.

2. Dieses Recht wird von Räten oder Versammlungen ausgeübt, deren Mitglieder aus freien, geheimen, gleichen, direkten und allgemeinen Wahlen hervorgegangen sind und die über Exekutivorgane verfügen können, die ihnen gegenüber verantwortlich sind. Der Rückgriff auf Bürgerversammlungen, Volksabstimmungen oder jede sonstige Form direkter Beteiligung der Bürger, sofern dies gesetzlich zulässig ist, wird dadurch nicht berührt.

Article 3
Concept de l'autonomie locale

1. Par autonomie locale, on entend le droit et la capacité effective pour les collectivités locales de régler et de gérer, dans le cadre de la loi, sous leur propre responsabilité et au profit de leurs populations, une part importante des affaires publiques.

2. Ce droit est exercé par des conseils ou assemblées composés de membres élus au suffrage libre, secret, égalitaire, direct et universel et pouvant disposer d'organes exécutifs responsables devant eux. Cette disposition ne porte pas préjudice au recours aux assemblées de citoyens, au référendum ou à toute autre forme de participation directe des citoyens là ou elle est permise par la loi.

Article 3
Concept of local self-government

1. Local self-government denotes the right and the ability of local authorities, within the limits of the law, to regulate and manage a substantial share of public affairs under their own responsibility and in the interests of the local population.

2. This right shall be exercised by councils or assemblies composed of members freely elected by secret ballot on the basis of direct, equal, universal suffrage, and which may possess executive organs responsible to them. This provision shall in no way affect recourse to assemblies of citizens, referendums or any other form of direct citizen participation where it is permitted by statute.

Artikel 4
Umfang der Gemeindeautonomie

1. Die grundlegenden Kompetenzen der Gemeinden werden durch die Verfassung oder durch Gesetz festgelegt. Diese Bestimmung schliesst jedoch nicht aus, dass den Gemeinden im Einklang mit dem Gesetz Kompetenzen zu besonderen Zwecken übertragen werden.

2. Die Gemeinden haben im gesetzlichen Rahmen das Recht, sich mit jeder Angelegenheit zu befassen, die nicht von ihrem Kompetenzbereich ausgeschlossen oder einer anderen Behörde übertragen ist.

3. Die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben obliegt im Allgemeinen vorzugsweise denjenigen Behörden, die den Bürgern am nächsten sind. Bei der

Article 4
Portée de l'autonomie locale

1. Les compétences de base des collectivités locales sont fixées par la Constitution ou par la loi. Toutefois, cette disposition n'empêche pas l'attribution aux collectivités locales de compétences à des fins spécifiques, conformément à la loi.

2. Les collectivités locales ont, dans le cadre de la loi, toute latitude pour exercer leur initiative pour toute question qui n'est pas exclue de leur compétence ou attribuée à une autre autorité.

3. L'exercice des responsabilités publiques doit, de façon générale, incomber, de préférence, aux autorités les plus proches des citoyens. L'attri-

Article 4
Scope of local self-government

1. The basic powers and responsibilities of local authorities shall be prescribed by the constitution or by statute. However, this provision shall not prevent the attribution to local authorities of powers and responsibilities for specific purposes in accordance with the law.

2. Local authorities shall, within the limits of the law, have full discretion to exercise their initiative with regard to any matter which is not excluded from their competence nor assigned to any other authority.

3. Public responsibilities shall generally be exercised, in preference, by those authorities which are closest to the citizen. Allocation of responsibility to another authority

Aufgabenzuweisung an andere Behörden sollte dem Umfang und der Art der Aufgabe sowie den Erfordernissen der Wirksamkeit und der Wirtschaftlichkeit Rechnung getragen werden.

bution d'une responsabilité à une autre autorité doit tenir compte de l'ampleur et de la nature de la tâche et des exigences d'efficacité et d'économie.

should weigh up the extent and nature of the task and requirements of efficiency and economy.

4. Die den Gemeinden übertragenen Kompetenzen sind in der Regel vollständig und umfassend. Sie dürfen von einer anderen zentralen oder regionalen Behörde nur im gesetzlichen Rahmen in Frage gestellt oder eingeschränkt werden.

4. Les compétences confiées aux collectivités locales doivent être normalement pleines et entières. Elles ne peuvent être mises en cause ou limitées par une autre autorité, centrale ou régionale, que dans le cadre de la loi.

4. Powers given to local authorities shall normally be full and exclusive. They may not be undermined or limited by another, central or regional, authority except as provided for by the law.

5. Werden den Gemeinden von einer zentralen oder regionalen Behörde Befugnisse übertragen, so muss es ihnen so weit wie möglich freigestellt werden, deren Ausübung den örtlichen Gegebenheiten anzupassen.

5. En cas de délégation des pouvoirs par une autorité centrale ou régionale, les collectivités locales doivent jouir, autant qu'il est possible, de la liberté d'adapter leur exercice aux conditions locales.

5. Where powers are delegated to them by a central or regional authority, local authorities shall, insofar as possible, be allowed discretion in adapting their exercise to local conditions.

6. Die Gemeinden werden so weit wie möglich bei Planungs- und Entscheidungsprozessen für alle Angelegenheiten, die sie direkt betreffen, rechtzeitig und in geeigneter Weise konsultiert.

6. Les collectivités locales doivent être consultées, autant qu'il est possible, en temps utile et de façon appropriée, au cours des processus de planification et de décision pour toutes les questions qui les concernent directement.

6. Local authorities shall be consulted, insofar as possible, in due time and in an appropriate way in the planning and decision-making processes for all matters which concern them directly.

Artikel 5
Schutz der Gemeindegrenzen

Bei jeder Änderung kommunaler Gebietsgrenzen sind die betroffenen örtlichen Gemeinschaften vorher zu konsultieren, gegebenenfalls in Form einer Volksabstimmung, sofern dies gesetzlich zulässig ist.

Article 5
Protection des limites territoriales des collectivités locales

Pour toute modification des limites territoriales locales, les collectivités locales concernées doivent être consultées préalablement, éventuellement par voie de référendum là où la loi le permet.

Article 5
Protection of local authority boundaries

Changes in local authority boundaries shall not be made without prior consultation of the local communities concerned, possibly by means of a referendum where this is permitted by statute.

Artikel 6
Verwaltungsstrukturen und -mittel, die dem Auftrag der Gemeinden angemessen sind

1. Unbeschadet allgemeinerer gesetzlicher Bestimmungen müssen die Gemeinden das Recht haben, ihre internen

Article 6
Adéquation des structures et des moyens administratifs aux missions des collectivités locales

1. Sans préjudice de dispositions plus générales créées par la loi, les collectivités locales doivent pouvoir définir

Article 6
Appropriate administrative structures and resources for the tasks of local authorities

1. Without prejudice to more general statutory provisions, local authorities shall be able to determine their own internal administrative

Verwaltungsstrukturen selbst zu bestimmen, um sie ihren besonderen Bedürfnissen anpassen und eine wirksame Aufgabenerfüllung gewährleisten zu können.

elles-mêmes les structures administratives internes dont elles entendent se doter, en vue de les adapter à leurs besoins spécifiques et afin de permettre une gestion efficace.

structures in order to adapt them to local needs and ensure effective management.

2. Die Beschäftigungsbedingungen für die Gemeindeangestellten müssen die Rekrutierung von qualifiziertem Personal auf der Grundlage von Leistung und Befähigung ermöglichen; zu diesem Zweck sind geeignete Ausbildungsmöglichkeiten, Besoldungs- und Beförderungsbedingungen vorzusehen.

2. Le statut du personnel des collectivités locales doit permettre un recrutement de qualité, fondé sur les principes du mérite et de la compétence; à cette fin, il doit réunir des conditions adéquates de formation, de rémunération et de perspectives de carrière.

2. The conditions of service of local government employees shall be such as to permit the recruitment of high-quality staff on the basis of merit and competence; to this end adequate training opportunities, remuneration and career prospects shall be provided.

Artikel 7
Bedingungen für die Wahrnehmung der Aufgaben auf kommunaler Ebene

Article 7
Conditions de l'exercice des responsabilités au niveau local

Article 7
Conditions under which responsibilities at local level are exercised

1. Das Statut der gewählten Gemeindevertreter muss die freie Ausübung ihres Amtes gewährleisten.

1. Le statut des élus locaux doit assurer le libre exercice de leur mandat.

1. The conditions of office of local elected representatives shall provide for free exercise of their functions.

2. Das Statut muss eine angemessene Entschädigung für Kosten, die durch die Amtsausübung entstehen, und gegebenenfalls eine Entschädigung für Verdienstausfall oder ein Entgelt für geleistete Arbeit mit entsprechender sozialer Absicherung ermöglichen.

2. Il doit permettre la compensation financière adéquate des frais entraînés par l'exercice du mandat ainsi que, le cas échéant, la compensation financière des gains perdus ou une rémunération du travail accompli et une couverture sociale correspondante.

2. They shall allow for appropriate financial compensation for expenses incurred in the exercise of the office in question as well as, where appropriate, compensation for loss of earnings or remuneration for work done and corresponding social welfare protection.

3. Ämter und Tätigkeiten, die mit dem Amt eines gewählten Gemeindevertreters unvereinbar sind, dürfen nur durch Gesetz oder durch grundlegende Rechtsprinzipien bestimmt werden.

3. Les fonctions et activités incompatibles avec le mandat d'élu local ne peuvent être fixées que par la loi ou par des principes juridiques fondamentaux.

3. Any functions and activities which are deemed incompatible with the holding of local elective office shall be determined by statute or fundamental legal principles.

Artikel 8
Verwaltungsaufsicht über die Tätigkeit der Gemeinden

Article 8
Contrôle administratif des actes des collectivités locales

Article 8
Administrative supervision of local authorities' activities

1. Jede Verwaltungsaufsicht über die Gemeinden darf nur in der Weise und in den Fällen ausgeübt werden, die durch die

1. Tout contrôle administratif sur les collectivités locales ne peut être exercé que selon les formes et dans les cas prévus

1. Any administrative supervision of local authorities may only be exercised according to such procedures and in such cases as are pro-

Verfassung oder durch Gesetz vorgesehen sind.

2. Jede Verwaltungsaufsicht über die Tätigkeit der Gemeinden darf in der Regel nur bezwecken, die Einhaltung der Gesetze und der Verfassungsgrundsätze sicherzustellen. Die Verwaltungsaufsicht kann jedoch bei Aufgaben, deren Durchführung den Gemeinden übertragen worden ist, eine Kontrolle der Zweckmässigkeit durch übergeordnete Behörden umfassen.

3. Die Verwaltungsaufsicht über die Gemeinden muss so ausgeübt werden, dass die Verhältnismässigkeit zwischen dem Umfang der Aufsichtsmassnahme und der Bedeutung der von ihr zu schützenden Interessen gewahrt bleibt.

Artikel 9
Finanzmittel der Gemeinden

1. Die Gemeinden haben im Rahmen der nationalen Wirtschaftspolitik Anspruch auf ausreichende Eigenmittel, über die sie bei der Ausübung ihrer Kompetenzen frei verfügen können.

2. Die Finanzmittel der Gemeinden müssen in einem angemessenen Verhältnis zu ihren Kompetenzen stehen, wie sie in der Verfassung oder im Gesetz vorgesehen sind.

3. Die Finanzmittel der Gemeinden müssen zumindest teilweise aus kommunalen Steuern und Abgaben stammen, deren Satz die Gemeinden im gesetzlichen Rahmen selbst festlegen können.

4. Die Finanzierungssysteme, auf denen die den Gemeinden zur Verfügung stehenden Mittel beruhen, müssen ausreichend vielfältig und dynamisch gestaltet sein, damit die

par la Constitution ou par la loi.

2. Tout contrôle administratif des actes des collectivités locales ne doit normalement viser qu'à assurer le respect de la légalité et des principes constitutionnels. Le contrôle administratif peut, toutefois, comprendre un contrôle de l'opportunité exercé par des autorités de niveau supérieur en ce qui concerne les tâches dont l'exécution est déléguée aux collectivités locales.

3. Le contrôle administratif des collectivités locales doit être exercé dans le respect d'une proportionnalité entre l'ampleur de l'intervention de l'autorité de contrôle et l'importance des intérêts qu'elle entend préserver.

Article 9
Les ressources financières des collectivités locales

1. Les collectivités locales ont droit, dans le cadre de la politique économique nationale, à des ressources propres suffisantes dont elles peuvent disposer librement dans l'exercice de leurs compétences.

2. Les ressources financières des collectivités locales doivent être proportionnées aux compétences prévues par la Constitution ou la loi.

3. Une partie au moins des ressources financières des collectivités locales doit provenir de redevances et d'impôts locaux dont elles ont le pouvoir de fixer le taux, dans les limites de la loi.

4. Les systèmes financiers sur lesquels reposent les ressources dont disposent les collectivités locales doivent être de nature suffisamment diversifiée et évolutive pour leur

vided for by the constitution or by statute.

2. Any administrative supervision of the activities of the local authorities shall normally aim only at ensuring compliance with the law and with constitutional principles. Administrative supervision may however be exercised with regard to expediency by higher-level authorities in respect of tasks the execution of which is delegated to local authorities.

3. Administrative supervision of local authorities shall be exercised in such a way as to ensure that the intervention of the controlling authority is kept in proportion to the importance of the interests which it is intended to protect.

Article 9
Financial resources of local authorities

1. Local authorities shall be entitled, within national economic policy, to adequate financial resources of their own, of which they may dispose freely within the framework of their powers.

2. Local authorities' financial resources shall be commensurate with the responsibilities provided for by the constitution and the law.

3. Part at least of the financial resources of local authorities shall derive from local taxes and charges of which, within the limits of statute, they have the power to determine the rate.

4. The financial systems on which resources available to local authorities are based shall be of a sufficiently diversified and buoyant nature to enable them to keep pace as far as practically possible with the

Gemeinden so weit wie praktisch möglich in der Lage sind, mit der tatsächlichen Entwicklung der Kosten für die Ausübung ihrer Kompetenzen Schritt zu halten.

permettre de suivre, autant que possible dans la pratique, l'évolution réelle des coûts de l'exercice de leurs compétences.

real evolution of the cost of carrying out their tasks.

5. Der Schutz der finanziell schwächeren Gemeinden erfordert die Einführung von Finanzausgleichsverfahren oder gleichwertigen Massnahmen, welche die Auswirkungen ungleicher Verteilung der möglichen Finanzierungsquellen und der Kostenlasten korrigieren sollen. Derartige Verfahren oder Massnahmen dürfen die Entscheidungsfreiheit der Gemeinden in ihrem eigenen Verantwortungsbereich nicht beeinträchtigen.

5. La protection des collectivités locales financièrement plus faibles appelle la mise en place de procédures de péréquation financière ou des mesures équivalentes destinées à corriger les effets de la répartition inégale des sources potentielles de financement ainsi que des charges qui leur incombent. De telles procédures ou mesures ne doivent pas réduire la liberté d'option des collectivités locales dans leur propre domaine de responsabilité.

5. The protection of financially weaker local authorities calls for the institution of financial equalisation procedures or equivalent measures which are designed to correct the effects of the unequal distribution of potential sources of finance and of the financial burden they must support. Such procedures or measures shall not diminish the discretion local authorities may exercise within their own sphere of responsibility.

6. Die Gemeinden müssen in geeigneter Form zu der Frage, in welcher Weise ihnen umverteilte Mittel zugeteilt werden sollen, konsultiert werden.

6. Les collectivités locales doivent être consultées, d'une manière appropriée, sur les modalités de l'attribution à celles-ci des ressources redistribuées.

6. Local authorities shall be consulted, in an appropriate manner, on the way in which redistributed resources are to be allocated to them.

7. Soweit möglich dürfen Subventionen, die den Gemeinden gewährt werden, nicht zur Finanzierung bestimmter Vorhaben bestimmt sein. Die Gewährung von Subventionen darf die grundlegende Freiheit der Gemeinden, die Politik in ihrem eigenen Kompetenzbereich zu bestimmen, nicht beeinträchtigen.

7. Dans la mesure du possible, les subventions accordées aux collectivités locales ne doivent pas être destinées au financement de projets spécifiques. L'octroi de subventions ne doit pas porter atteinte à la liberté fondamentale de la politique des collectivités locales dans leur propre domaine de compétence.

7. As far as possible, grants to local authorities shall not be earmarked for the financing of specific projects. The provision of grants shall not remove the basic freedom of local authorities to exercise policy discretion within their own jurisdiction.

8. Zur Finanzierung ihrer Investitionsausgaben müssen die Gemeinden im Einklang mit dem Gesetz Zugang zum nationalen Kapitalmarkt haben.

8. Afin de financer leurs dépenses d'investissement, les collectivités locales doivent avoir accès, conformément à la loi, au marché national des capitaux.

8. For the purpose of borrowing for capital investment, local authorities shall have access to the national capital market within the limits of the law.

Artikel 10
Vereinigungsrecht der Gemeinden

Article 10
Le droit d'association des collectivités locales

Article 10
Local authorities' right to associate

1. Die Gemeinden haben bei der Ausübung ihrer Kompetenzen das Recht, mit anderen Gemeinden zusammenzuarbei-

1. Les collectivités locales ont le droit, dans l'exercice de leurs compétences, de coopérer et, dans le cadre de la loi,

1. Local authorities shall be entitled, in exercising their powers, to co-operate and, within the framework of the law, to form consortia

ten und im gesetzlichen Rahmen Verbände zu bilden, um Aufgaben von gemeinsamem Interesse zu erfüllen.

de s'associer avec d'autres collectivités locales pour la réalisation de tâches d'intérêt commun.

with other local authorities in order to carry out tasks of common interest.

2. Das Recht der Gemeinden, einer Vereinigung zum Schutz und zur Förderung ihrer gemeinsamen Interessen anzugehören, und ihr Recht, einer internationalen Vereinigung von Gemeinden anzugehören, müssen von jedem Staat anerkannt werden.

2. Le droit des collectivités locales d'adhérer à une association pour la protection et la promotion de leurs intérêts communs et celui d'adhérer à une association internationale de collectivités locales doivent être reconnus dans chaque Etat.

2. The entitlement of local authorities to belong to an association for the protection and promotion of their common interests and to belong to an international association of local authorities shall be recognised in each State.

3. Die Gemeinden dürfen im Rahmen von Bedingungen, welche das Gesetz allenfalls vorsieht, mit den kommunalen Gebietskörperschaften anderer Staaten zusammenarbeiten.

3. Les collectivités locales peuvent, dans des conditions éventuellement prévues par la loi, coopérer avec les collectivités d'autres Etats.

3. Local authorities shall be entitled, under such conditions as may be provided for by the law, to co-operate with their counterparts in other States.

Artikel 11
Rechtlicher Schutz der Gemeindeautonomie

Den Gemeinden muss der Rechtsweg offen stehen, damit sie die freie Ausübung ihrer Kompetenzen und die Achtung derjenigen Grundsätze der Gemeindeautonomie sicherstellen können, die in der Verfassung oder in der innerstaatlichen Gesetzgebung verankert sind.

Article 11
Protection légale de l'autonomie locale

Les collectivités locales doivent disposer d'un droit de recours juridictionnel afin d'assurer le libre exercice de leurs compétences et le respect des principes d'autonomie locale qui sont consacrés dans la Constitution ou la législation interne.

Article 11
Legal protection of local self-government

Local authorities shall have the right of recourse to a judicial remedy in order to secure free exercise of their powers and respect for such principles of local self-government as are enshrined in the constitution or domestic legislation.

Teil II
Verschiedene Bestimmungen

Partie II
Dispositions diverses

Part II
Miscellaneous provisions

Artikel 12
Verpflichtungen

1. Jede Vertragspartei verpflichtet sich, mindestens zwanzig Absätze des ersten Teils der Charta als für sich bindend anzusehen; mindestens zehn davon sind aus den folgenden Absätzen zu wählen:

- Artikel 2,
- Artikel 3 Absätze 1 und 2,
- Artikel 4 Absätze 1, 2 und 4,
- Artikel 5,
- Artikel 7 Absatz 1,
- Artikel 8 Absatz 2,

Article 12
Engagements

1. Toute Partie s'engage à se considérer comme liée par vingt au moins des paragraphes de la partie I de la Charte dont au moins dix sont choisis parmi les paragraphes suivants:

- article 2,
- article 3, paragraphes 1 et 2,
- article 4, paragraphes 1, 2 et 4,
- article 5,
- article 7, paragraphe 1,

Article 12
Undertakings

1. Each Party undertakes to consider itself bound by at least twenty paragraphs of Part I of the Charter, at least ten of which shall be selected from among the following paragraphs:

- Article 2,
- Article 3, paragraphs 1 and 2,
- Article 4, paragraphs 1, 2 and 4,
- Article 5,
- Article 7, paragraph 1,
- Article 8, paragraph 2,
- Article 9, paragraphs 1, 2 and 3,

– Artikel 9 Absätze 1, 2 und 3,
– Artikel 10 Absatz 1,
– Artikel 11.

– article 8, paragraphe 2,
– article 9, paragraphes 1, 2 et 3,
– article 10, paragraphe 1,
– article 11.

– Article 10, paragraph 1,
– Article 11.

2. Jeder Vertragsstaat notifiziert bei der Hinterlegung seiner Ratifikations-, Annahme- oder Genehmigungsurkunde dem Generalsekretär des Europarats die nach Absatz 1 ausgewählten Absätze.

2. Chaque Etat contractant, au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation, notifie au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe les paragraphes choisis conformément à la disposition du paragraphe 1 du présent article.

2. Each Contracting State, when depositing its instrument of ratification, acceptance or approval, shall notify to the Secretary General of the Council of Europe of the paragraphs selected in accordance with the provisions of paragraph 1 of this article.

3. Jede Vertragspartei kann jederzeit danach dem Generalsekretär notifizieren, dass sie weitere Absätze dieser Charta für sich als bindend ansieht, die sie noch nicht nach Absatz 1 angenommen hatte. Diese späteren Verpflichtungen gelten als Bestandteil der Ratifikation, Annahme oder Genehmigung durch die notifizierende Vertragspartei und haben dieselbe Wirkung vom ersten Tag des Monats an, der auf einen Zeitabschnitt von drei Monaten nach Eingang der Notifikation beim Generalsekretär folgt.

3. Toute Partie peut, à tout moment ultérieur, notifier au Secrétaire Général qu'elle se considère comme liée par tout autre paragraphe de la présente Charte, qu'elle n'avait pas encore accepté conformément aux dispositions du paragraphe 1 du présent article. Ces engagements ultérieurs seront réputés partie intégrante de la ratification, de l'acceptation ou de l'approbation de la Partie faisant la notification et porteront les mêmes effets dès le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de trois mois après la date de réception de la notification par le Secrétaire Général.

3. Any Party may, at any later time, notify the Secretary General that it considers itself bound by any paragraphs of this Charter which it has not already accepted under the terms of paragraph 1 of this article. Such undertakings subsequently given shall be deemed to be an integral part of the ratification, acceptance or approval of the Party so notifying, and shall have the same effect as from the first day of the month following the expiration of a period of three months after the date of the receipt of the notification by the Secretary General.

Artikel 13
Gebietskörperschaften, auf welche die Charta Anwendung findet

Die in dieser Charta enthaltenen Grundsätze der Gemeindeautonomie gelten für alle Arten von kommunalen Gebietskörperschaften, die im Hoheitsgebiet der Vertragspartei bestehen. Jedoch kann jede Vertragspartei bei der Hinterlegung ihrer Ratifikations-, Annahme- oder Genehmigungsurkunde die Arten von kommunalen oder regionalen Gebietskörperschaften bezeichnen, auf die sie den Anwendungsbereich dieser

Article 13
Collectivités auxquelles s'applique la Charte

Les principes d'autonomie locale contenus dans la présente Charte s'appliquent à toutes les catégories de collectivités locales existant sur le territoire de la Partie. Toutefois, chaque Partie peut, au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation, désigner les catégories de collectivités locales ou régionales auxquelles elle entend limiter le champ d'application ou qu'elle entend exclure du champ d'application

Article 13
Authorities to which the Charter applies

The principles of local self-government contained in the present Charter apply to all the categories of local authorities existing within the territory of the Party. However, each Party may, when depositing its instrument of ratification, acceptance or approval, specify the categories of local or regional authorities to which it intends to confine the scope of the Charter or which it intends to exclude from its scope. It may also include further categories of local or regional authorities within the

Charta beschränken oder die sie von deren Anwendungsbereich ausschliessen will. Sie kann ferner durch spätere Notifikation an den Generalsekretär des Europarats weitere Arten von kommunalen oder regionalen Gebietskörperschaften in den Anwendungsbereich der Charta einbeziehen.

de la présente Charte. Elle peut également inclure d'autres catégories de collectivités locales ou régionales dans le champ d'application de la Charte par voie de notification ultérieure au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe.

scope of the Charter by subsequent notification to the Secretary General of the Council of Europe.

Artikel 14
Übermittlung von Informationen

Jede Vertragspartei übermittelt dem Generalsekretär des Europarats alle einschlägigen Informationen über Rechtsvorschriften und sonstige Massnahmen, die sie erlassen oder getroffen hat, um die Bestimmungen dieser Charta einzuhalten.

Article 14
Communication d'informations

Chaque Partie transmet au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe toute information appropriée relative aux dispositions législatives et autres mesures qu'elle a prises dans le but de se conformer aux termes de la présente Charte.

Article 14
Provision of information

Each Party shall forward to the Secretary General of the Council of Europe all relevant information concerning legislative provisions and other measures taken by it for the purposes of complying with the terms of this Charter.

Teil III

Partie III

Part III

Artikel 15
Unterzeichnung, Ratifikation, Inkrafttreten

1. Diese Charta liegt für die Mitgliedstaaten des Europarats zur Unterzeichnung auf. Sie bedarf der Ratifikation, Annahme oder Genehmigung. Die Ratifikations-, Annahme- oder Genehmigungsurkunden werden beim Generalsekretär des Europarats hinterlegt.

Article 15
Signature, ratification, entrée en vigueur

1. La présente Charte est ouverte à la signature des Etats membres du Conseil de l'Europe. Elle sera soumise à ratification, acceptation ou approbation. Les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation seront déposés près le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe.

Article 15
Signature, ratification and entry into force

1. This Charter shall be open for signature by the member States of the Council of Europe. It is subject to ratification, acceptance or approval. Instruments of ratification, acceptance or approval shall be deposited with the Secretary General of the Council of Europe.

2. Diese Charta tritt am ersten Tag des Monats in Kraft, der auf einen Zeitabschnitt von drei Monaten nach dem Tag folgt, an dem vier Mitgliedstaaten des Europarats nach Absatz 1 ihre Zustimmung ausgedrückt haben, durch die Charta gebunden zu sein.

2. La présente Charte entrera en vigueur le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de trois mois après la date à laquelle quatre Etats membres du Conseil de l'Europe auront exprimé leur consentement à être liés par la Charte, conformément aux dispositions du paragraphe précédent.

2. This Charter shall enter into force on the first day of the month following the expiration of a period of three months after the date on which four member States of the Council of Europe have expressed their consent to be bound by the Charter in accordance with the provisions of the preceding paragraph.

3. Für jeden anderen Mitgliedstaat, der später seine Zustimmung ausdrückt, durch die Charta gebunden zu sein, tritt

3. Pour tout Etat membre qui exprimera ultérieurement son consentement à être lié par la Charte, celle-ci entrera en vi-

3. In respect of any member State which subsequently expresses its consent to be bound by it, the Charter shall enter into force on the first

diese am ersten Tag des Monats in Kraft, der auf einen Zeitabschnitt von drei Monaten nach Hinterlegung der Ratifikations-, Annahme- oder Genehmigungsurkunde folgt.

gueur le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de trois mois après la date du dépôt de l'instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation.

day of the month following the expiration of a period of three months after the date of the deposit of the instrument of ratification, acceptance or approval.

Artikel 16
Gebietsklausel

Article 16
Clause territoriale

Article 16
Territorial clause

1. Jeder Staat kann bei der Unterzeichnung oder bei der Hinterlegung seiner Ratifikations-, Annahme-, Genehmigungs- oder Beitrittsurkunde einzelne oder mehrere Hoheitsgebiete bezeichnen, auf die diese Charta Anwendung findet.

1. Tout Etat peut, au moment de la signature ou au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, désigner le ou les territoires auxquels s'appliquera la présente Charte.

1. Any State may, at the time of signature or when depositing its instrument of ratification, acceptance, approval or accession, specify the territory or territories to which this Charter shall apply.

2. Jeder Staat kann jederzeit danach durch eine an den Generalsekretär des Europarats gerichtete Erklärung die Anwendung dieser Charta auf jedes weitere in der Erklärung bezeichnete Hoheitsgebiet erstrecken. Die Charta tritt für dieses Hoheitsgebiet am ersten Tag des Monats in Kraft, der auf einen Zeitabschnitt von drei Monaten nach Eingang der Erklärung beim Generalsekretär folgt.

2. Tout Etat peut, à tout autre moment par la suite, par une déclaration adressée au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, étendre l'application de la présente Charte à tout autre territoire désigné dans la déclaration. La Charte entrera en vigueur à l'égard de ce territoire le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de trois mois après la date de réception de la déclaration par le Secrétaire Général.

2. Any State may at any later date, by a declaration addressed to the Secretary General of the Council of Europe, extend the application of this Charter to any other territory specified in the declaration. In respect of such territory the Charter shall enter into force on the first day of the month following the expiration of a period of three months after the date of receipt of such declaration by the Secretary General.

3. Jede nach den Absätzen 1 und 2 abgegebene Erklärung kann in Bezug auf jedes darin bezeichnete Hoheitsgebiet durch eine an den Generalsekretär gerichtete Notifikation zurückgenommen werden. Die Rücknahme wird am ersten Tag des Monats wirksam, der auf einen Zeitabschnitt von sechs Monaten nach Eingang der Notifikation beim Generalsekretär folgt.

3. Toute déclaration faite en vertu des deux paragraphes précédents pourra être retirée, en ce qui concerne tout territoire désigné dans cette déclaration, par notification adressée au Secrétaire Général. Le retrait prendra effet le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de six mois après la date de réception de la notification par le Secrétaire Général.

3. Any declaration made under the two preceding paragraphs may, in respect of any territory specified in such declaration, be withdrawn by a notification addressed to the Secretary General. The withdrawal shall become effective on the first day of the month following the expiration of a period of six months after the date of receipt of such notification by the Secretary General.

Artikel 17
Kündigung

Article 17
Dénonciation

Article 17
Denunciation

1. Jede Vertragspartei kann diese Charta nach einem Zeitabschnitt von fünf Jahren seit dem Tag, an dem die Charta für sie in Kraft getreten ist, jederzeit kündigen. Die Kündi-

1. Aucune Partie ne peut dénoncer la présente Charte avant l'expiration d'une période de cinq ans après la date à laquelle la Charte est entrée en vigueur en ce qui la con-

1. Any Party may denounce this Charter at any time after the expiration of a period of five years from the date on which the Charter entered into force for it. Six months' notice shall be given to the Secre-

gung wird dem Generalsekretär des Europarats unter Einhaltung einer Frist von sechs Monaten notifiziert. Die Kündigung berührt nicht die Gültigkeit der Charta für die anderen Vertragsparteien, vorausgesetzt, dass deren Zahl vier nicht unterschreitet.

cerne. Un préavis de six mois sera notifié au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe. Cette dénonciation n'affecte pas la validité de la Charte à l'égard des autres Parties sous réserve que le nombre de celles-ci ne soit jamais inférieur à quatre.

tary General of the Council of Europe. Such denunciation shall not affect the validity of the Charter in respect of the other Parties provided that at all times there are not less than four such Parties.

2. Jede Vertragspartei kann nach Massgabe von Absatz 1 jeden von ihr angenommenen Absatz des ersten Teils der Charta kündigen, vorausgesetzt, dass Anzahl und Art der Absätze, durch die diese Vertragspartei gebunden ist, mit den Bestimmungen von Artikel 12 Absatz 1 im Einklang bleiben. Jede Vertragspartei, die nach Kündigung eines Absatzes den Bestimmungen von Artikel 12 Absatz 1 nicht mehr entspricht, wird so angesehen, als hätte sie auch die Charta selbst gekündigt.

2. Toute Partie peut, conformément aux dispositions énoncées dans le paragraphe précédent, dénoncer tout paragraphe de la partie I de la Charte qu'elle a accepté, sous réserve que le nombre et la catégorie des paragraphes auxquels cette Partie est tenue restent conformes aux dispositions de l'article 12, paragraphe 1. Toute Partie qui, à la suite de la dénonciation d'un paragraphe, ne se conforme plus aux dispositions de l'article 12, paragraphe 1, sera considérée comme ayant dénoncé également la Charte elle-même.

2. Any Party may, in accordance with the provisions set out in the preceding paragraph, denounce any paragraph of Part I of the Charter accepted by it provided that the Party remains bound by the number and type of paragraphs stipulated in Article 12, paragraph 1. Any Party which, upon denouncing a paragraph, no longer meets the requirements of Article 12, paragraph 1, shall be considered as also having denounced the Charter itself.

Artikel 18
Notifikation

Der Generalsekretär des Europarats notifiziert den Mitgliedstaaten des Europarats:

a. jede Unterzeichnung;
b. jede Hinterlegung einer Ratifikations-, Annahme- oder Genehmigungsurkunde;
c. jeden Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Charta nach Artikel 15;
d. jede nach Artikel 12 Absätze 2 und 3 eingegangene Notifikation;
e. jede nach Artikel 13 eingegangene Notifikation;

Article 18
Notifications

Le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe notifie aux Etats membres du Conseil:

a. toute signature;
b. le dépôt de tout instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation;
c. toute date d'entrée en vigueur de la présente Charte, conformément à son article 15;
d. toute notification reçue en application des dispositions de l'article 12, paragraphes 2 et 3;
e. toute notification reçue en application des dispositions de l'article 13;

Article 18
Notifications

The Secretary General of the Council of Europe shall notify the member States of the Council of Europe of:

a. any signature;
b. the deposit of any instrument of ratification, acceptance or approval;
c. any date of entry into force of this Charter in accordance with Article 15;
d. any notification received in application of the provisions of Article 12, paragraphs 2 and 3;
e. any notification received in application of the provisions of Article 13;

f. jede andere Handlung, Notifikation oder Mitteilung im Zusammenhang mit dieser Charta.

f. tout autre acte, notification ou communication ayant trait à la présente Charte.

f. any other act, notification or communication relating to this Charter.

Zu Urkund dessen haben die hierzu gehörig befugten Unterzeichneten diese Charta unterschrieben.

En foi de quoi, les soussignés, dûment autorisés à cet effet, ont signé la présente Charte.

In witness whereof the undersigned, being duly authorised thereto, have signed this Charter.

Geschehen zu Strassburg, am 15. Oktober 1985 in französischer und englischer Sprache, wobei jeder Wortlaut gleichermassen verbindlich ist, in einer Urschrift, die im Archiv des Europarats hinterlegt wird. Der Generalsekretär des Europarats übermittelt allen Mitgliedstaaten des Europarats beglaubigte Abschriften.

Fait à Strasbourg, le 15 octobre 1985, en français et en anglais, les deux textes faisant également foi, en un seul exemplaire qui sera déposé dans les archives du Conseil de l'Europe. Le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe en communiquera copie certifiée conforme à chacun des Etats membres du Conseil de l'Europe.

Done at Strasbourg, this 15th day of October 1985, in English and French, both texts being equally authentic, in a single copy which shall be deposited in the archives of the Council of Europe. The Secretary General of the Council of Europe shall transmit certified copies to each member State of the Council of Europe.

II. Zusatzprotokoll

Zusatzprotokoll zur Europäischen Charta der Gemeindeautonomie über das Recht auf Beteiligung an den Gemeindeangelegenheiten

SEV Nr. 207; eigene Übersetzung[1682]

Protocole additionnel à la Charte européenne de l'autonomie locale sur le droit de participer aux affaires des collectivités locales

Additional Protocol to the European Charter of Local Self-Government on the right to participate in the affairs of a local authority

Utrecht, 16. November 2009

Präambel	**Préambule**	**Preamble**
Die Mitgliedstaaten des Europarats, die dieses Zusatzprotokoll zur Europäischen Charta der Gemeindeautonomie (im Folgenden „Charta" genannt, ETS Nr. 122) unterzeichnen,	Les Etats membres du Conseil de l'Europe, signataires du présent Protocole additionnel à la Charte européenne de l'autonomie locale (ci-après dénommée „la Charte", STE n° 122),	The member States of the Council of Europe, signatories to this Additional Protocol to the European Charter of Local Self-Government (hereinafter referred to as „the Charter", ETS No. 122),
in der Erwägung, dass es das Ziel des Europarats ist, eine engere Verbindung zwischen seinen Mitgliedern herzustellen, um die Ideale und die Grundsätze, die ihr gemeinsames Erbe bilden, zu wahren und zu fördern;	Considérant que le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses membres afin de sauvegarder et de promouvoir les idéaux et les principes qui sont leur patrimoine commun;	Considering that the aim of the Council of Europe is to achieve greater unity between its members for the purpose of safeguarding and realising the ideals and principles which are their common heritage;
in der Erwägung, dass das Recht, sich an der Gestaltung der öffentlichen Angelegenheiten zu beteiligen, ein allen Mitgliedstaaten des Europarats gemeinsamer demokratischer Grundsatz darstellt;	Considérant que le droit de participer à la gestion des affaires publiques fait partie des principes démocratiques communs à tous les Etats membres du Conseil de l'Europe;	Considering that the right to participate in the conduct of public affairs is one of the democratic principles that are shared by all member States of the Council of Europe;

[1682] Diese Übersetzung ist spezifisch auf die schweizerischen Besonderheiten angepasst. Eine andere deutsche Textfassung des Zusatzprotokolls existiert, soweit ersichtlich, bis anhin noch nicht. Massgebend sind einzig die französische und die englische Textfassung.

in der Erwägung, dass die Entwicklung in den Mitgliedstaaten die herausragende Bedeutung dieses Grundsatzes für die Gemeindeautonomie aufgezeigt hat;

Considérant que l'évolution dans les Etats membres a montré l'importance primordiale de ce principe pour l'autonomie locale;

Considering that the evolution in member States has shown the pre-eminent importance of this principle for local self-government;

in der Erwägung, dass es sinnvoll ist, die Charta mit Bestimmungen zu ergänzen, welche das Recht auf Beteiligung an den Gemeindeangelegenheiten garantieren;

Considérant qu'il serait opportun que la Charte soit enrichie de dispositions qui garantissent le droit de participer aux affaires des collectivités locales;

Considering that it would be appropriate to supplement the Charter with provisions guaranteeing the right to participate in the affairs of a local authority;

eingedenk der Konvention des Europarates über den Zugang zu amtlichen Dokumenten, angenommen vom Ministerkomitee am 27. November 2008;

Ayant à l'esprit la Convention du Conseil de l'Europe sur l'accès aux documents publics, adoptée par le Comité des Ministres le 27 novembre 2008;

Bearing in mind the Council of Europe Convention on Access to Official Documents, adopted by the Committee of Ministers on 27 November 2008;

eingedenk der Erklärung und des Aktionsplans, die am 3. Gipfeltreffen der Staats- und Regierungschefs des Europarates (Warschau, 16. bis 17. Mai 2005) angenommen wurden;

Ayant à l'esprit également la Déclaration et le Plan d'action adoptés lors du 3e Sommet des chefs d'Etat et de gouvernement du Conseil de l'Europe (Varsovie, 16 et 17 mai 2005),

Bearing in mind also the Declaration and the Action Plan adopted at the 3rd Summit of Heads of State and Government of the Council of Europe (Warsaw, 16 to 17 May 2005),

sind wie folgt übereingekommen:

Sont convenus de ce qui suit:

Have agreed as follows:

Artikel 1

Recht auf Beteiligung an den Gemeindeangelegenheiten

Article 1

Droit de participer aux affaires d'une collectivité locale

Article 1

Right to participate in the affairs of a local authority

1 Die Vertragsstaaten sichern allen ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Personen das Recht zu, sich an den Gemeindeangelegenheiten zu beteiligen.

1 Les Etats Parties assurent à toute personne relevant de leur juridiction le droit de participer aux affaires des collectivités locales.

1 The States Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the right to participate in the affairs of a local authority.

2 Das Recht auf Beteiligung an den Gemeindeangelegenheiten bedeutet das Recht zu versuchen, die Ausübung der Gemeindekompetenzen zu bestimmen oder zu beeinflussen.

2 Le droit de participer aux affaires d'une collectivité locale désigne le droit de s'efforcer de déterminer ou d'influencer l'exercice des compétences de la collectivité locale.

2 The right to participate in the affairs of a local authority denotes the right to seek to determine or to influence the exercise of a local authority's powers and responsibilities.

3 Das Gesetz sieht Massnahmen zur Förderung dieses Rechts vor. Ohne ungerechtfertigte Diskriminierungen einer Person oder Gruppe kann das Gesetz besondere Massnahmen für unterschiedliche Umstände oder Personenkategorien vorsehen. Im Einklang

3 La loi prévoit des mesures qui facilitent l'exercice de ce droit. Sans opérer de discrimination injustifiée à l'égard de quelque personne ou groupe que ce soit, la loi peut prévoir des mesures spécifiques adaptées à certaines situations ou catégories de personnes. En

3 The law shall provide means of facilitating the exercise of this right. Without unfairly discriminating against any person or group, the law may provide particular measures for different circumstances or categories of persons. In accordance with the constitutional and/or international

mit den verfassungsrechtlichen und internationalen Verpflichtungen der Vertragspartei kann das Gesetz insbesondere spezielle Massnahmen für Wählerinnen und Wähler vorsehen.

accord avec les obligations constitutionnelles ou internationales de la Partie, la loi peut, notamment, prévoir des mesures spécifiques réservées aux seuls électeurs.

obligations of the party, the law may, in particular, provide for measures specifically limited to voters.

4.1 Jede Vertragspartei anerkennt durch Gesetz das Recht ihrer Staatsangehörigen, als Wählerinnen und Wähler oder als Kandidatinnen und Kandidaten an der Wahl der Mitglieder des Rates oder der Versammlung ihrer Wohngemeinde teilzunehmen.

4.1 Chaque Partie reconnaît par la loi à ses citoyens le droit de participer, en qualité d'électeur ou de candidat, à l'élection des membres du conseil ou de l'assemblée de la collectivité locale dans laquelle ils résident.

4.1 Each Party shall recognise by law the right of nationals of the party to participate, as voters or candidates, in the election of members of the council or assembly of the local authority in which they reside.

4.2 Das Gesetz gewährt dieses Recht auch anderen Personen, sofern die Vertragspartei dies im Einklang mit ihren verfassungsrechtlichen Bestimmungen beschliesst oder wenn dies ihren völkerrechtlichen Verpflichtungen entspricht.

4.2 La loi reconnaît également ce droit à d'autres personnes pour autant que la Partie en décide ainsi conformément à ses dispositions constitutionnelles ou à ses obligations juridiques internationales.

4.2 The law shall also recognise the right of other persons to so participate where the party, in accordance with its own constitutional order, so decides or where this accords with the party's international legal obligations.

5.1 Alle Vorschriften, Bedingungen oder Beschränkungen betreffend die Ausübung des Rechts auf Beteiligung an den Gemeindeangelegenheiten müssen gesetzlich geregelt und mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Vertragspartei vereinbar sein.

5.1 Toute formalité, condition ou restriction à l'exercice du droit de participer aux affaires d'une collectivité locale doit être prévue par la loi et être compatible avec les obligations juridiques internationales de la Partie.

5.1 Any formalities, conditions or restrictions to the exercise of the right to participate in the affairs of a local authority shall be prescribed by law and be compatible with the party's international legal obligations.

5.2 Das Gesetz regelt die notwendigen Vorschriften, Bedingungen und Beschränkungen um sicherzustellen dass die ethische Integrität und Transparenz bei der Ausübung der Gemeindekompetenzen nicht durch das Recht auf Beteiligung an den Gemeindeangelegenheiten gefährdet werden.

5.2 La loi fixe les formalités, conditions et restrictions nécessaires pour garantir que l'intégrité éthique et la transparence de l'exercice des compétences de la collectivité locale ne sont pas compromises par l'exercice du droit de participer.

5.2 The law shall impose such formalities, conditions and restrictions as are necessary to ensure that the ethical integrity and transparency of the exercise of local authorities' powers and responsibilities are not jeopardised by the exercise of the right to participate.

5.3 Alle anderen Vorschriften, Bedingungen oder Beschränkungen müssen für das Funktionieren eines wahrhaft demokratischen politischen Systems, zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit in einer demokratischen Gesellschaft oder zur Beachtung der völkerrechtlichen Verpflich-

5.3 Toute autre formalité, condition ou restriction doit être nécessaire au fonctionnement d'un régime politique véritablement démocratique, au maintien de la sécurité publique dans une société démocratique ou au respect par la Partie des exigences de ses obligations juridiques internationales.

5.3 Any other formalities, conditions or restrictions must be necessary for the operation of an effective political democracy, for the maintenance of public safety in a democratic society or for the party to comply with the requirements of its international legal obligations.

tungen der Vertragspartei erforderlich sein.

Artikel 2	Article 2	Article 2
Massnahmen zur Umsetzung des Beteiligungsrechts	**Mesures de mise en œuvre du droit de participer**	**Implementing measures for the right to participate**
1 Die Vertragsparteien treffen alle notwendigen Massnahmen, um die wirksame Ausübung des Rechts auf Beteiligung an den Gemeindeangelegenheiten zu ermöglichen.	1 Les Parties prennent toutes les mesures nécessaires afin de permettre l'exercice effectif du droit de participer aux affaires d'une collectivité locale.	1 The Parties shall take all such measures as are necessary to give effect to the right to participate in the affairs of a local authority.
2 Zu diesen Massnahmen betreffend die Ausübung des Beteiligungsrechts gehören:	2 Ces mesures concernant l'exercice du droit de participer doivent prévoir:	2 These measures for the exercise of the right to participate shall include:
i die Ermächtigung der Gemeinden, die Ausübung des in diesem Protokoll festgelegten Beteiligungsrechts zu ermöglichen, zu fördern und zu erleichtern.	i l'habilitation des collectivités locales à permettre, promouvoir et faciliter l'exercice du droit de participer établi dans le présent Protocole;	i empowering local authorities to enable, promote and facilitate the exercise of the right to participate set out in this Protocol;
ii die wirksame Errichtung von:	ii l'établissement effectif:	ii securing the establishment of:
a Beteiligungsverfahren zum Einbezug der Bevölkerung, die Konsultationsverfahren, lokale Volksabstimmungen und Petitionen, und, in bevölkerungsstarken und/oder geographisch weitläufigen Gemeinden, Massnahmen zur Beteiligung der Menschen auf einem Niveau nahe bei ihnen umfassen können.	a de procédures de participation de la population qui peuvent inclure des procédures de consultation, des référendums locaux et des pétitions, et, lorsque la collectivité locale est fortement peuplée ou géographiquement très étendue, des mesures pour faire participer la population à un niveau proche d'elle;	a procedures for involving people which may include consultative processes, local referendums and petitions and, where the local authority has many inhabitants and/or covers a large geographical area, measures to involve people at a level close to them;
b Verfahren betreffend den Zugang zu amtlichen Dokumenten der Gemeinden, im Einklang mit der verfassungsrechtlichen Ordnung und den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Vertragspartei.	b de procédures concernant l'accès, en conformité avec l'ordre constitutionnel et les obligations juridiques internationales de la Partie, aux documents publics détenus par les collectivités locales;	b procedures for access, in accordance with the Party's constitutional order and international legal obligations, to official documents held by local authorities;
c Massnahmen, um den Bedürfnissen von Personengruppen Rechnung zu tragen, die bei der Beteiligung besonderen Hindernissen begegnen.	c de mesures de prise en compte des besoins des catégories de personnes qui sont confrontées à des obstacles particuliers à participer; et	c measures for meeting the needs of categories of persons who face particular obstacles in participating; and
d Vorrichtungen und Verfahren für den Umgang mit und zur Reaktion auf Beschwerden und Vorschläge bezüglich des Funktionierens der Gemeinden	d de mécanismes et de procédures en vue du traitement et de la réponse aux réclamations et suggestions concernant le fonctionnement des collectivi-	d mechanisms and procedures for dealing with and responding to complaints and suggestions regarding the functioning of local

und der lokalen öffentlichen Dienste.

iii die Förderung der Nutzung von Informations- und Kommunikationstechnologien zur Förderung und zur Ausübung des in diesem Protokoll enthaltenen Beteiligungsrechts.

3 Diese Verfahren, Massnahmen und Vorrichtungen können verschiedene Bestimmungen für verschiedene Kategorien von Gemeinden vorsehen, unter Berücksichtigung ihrer Grösse und Kompetenzen.

4 Die Gemeinden werden so weit als möglich bei Planungs- und Entscheidungsprozessen zu Massnahmen zur Umsetzung des Rechts auf Beteiligung an den Gemeindeangelegenheiten rechtzeitig und in geeigneter Weise konsultiert.

tés locales et des services publics locaux;

iii l'encouragement de l'utilisation des technologies de l'information et de la communication pour la promotion et l'exercice du droit de participer énoncé dans ce Protocole.

3 Ces procédures, mesures et mécanismes peuvent énoncer différentes dispositions pour différentes catégories de collectivités locales, au regard de leur taille et de leurs compétences.

4 Au cours du processus de planification et de prise de décision concernant les mesures à adopter afin de permettre l'exercice effectif du droit de participer aux affaires d'une collectivité locale, les collectivités locales doivent être consultées autant qu'il est possible, en temps utile et de façon appropriée.

authorities and local public services;

iii encouraging the use of information and communication technologies for the promotion and exercise of the right to participate set out in this Protocol.

3 The procedures, measures and mechanisms may be different for different categories of local authorities, having regard to their size and competences.

4 In the planning and decision-making processes concerning measures to be undertaken to give effect to the right to participate in the affairs of a local authority, local authorities shall be consulted insofar as possible, in due time and in an appropriate way.

Artikel 3

Gebietskörperschaften, für die das Protokoll gilt

Dieses Protokoll gilt für alle Arten von kommunalen Gebietskörperschaften, die im Hoheitsgebiet der Vertragspartei bestehen. Jedoch kann jeder Staat bei der Hinterlegung seiner Ratifikation-, Annahme- oder Genehmigungsurkunde die Arten von kommunalen oder regionalen Gebietskörperschaften bezeichnen, auf die er den Anwendungsbereich dieses Protokolls beschränken oder die er von dessen Anwendungsbereich ausschliessen will. Er kann auch durch spätere Mitteilung an den Generalsekretär des Europarats weitere Arten von kommunalen oder regionalen Gebietskörperschaften in den Anwendungsbereich des Protokolls einbeziehen.

Article 3

Collectivités auxquelles s'applique le Protocole

Le présent Protocole s'applique à toutes les catégories de collectivités locales existant sur le territoire de la Partie. Toutefois, chaque Etat peut, au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation, désigner les catégories de collectivités locales ou régionales auxquelles il entend limiter le champ d'application ou qu'il entend exclure du champ d'application du présent Protocole. Il peut également inclure d'autres catégories de collectivités locales ou régionales dans le champ d'application du Protocole par voie de notification ultérieure au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe.

Article 3

Authorities to which the Protocol applies

This Protocol applies to all the categories of local authorities existing within the territory of the Party. However, each State may, when depositing its instrument of ratification, acceptance or approval, specify the categories of local or regional authorities to which it intends to confine the scope of the Protocol or which it intends to exclude from its scope. It may also include further categories of local or regional authorities within the scope of the Protocol by subsequent notification to the Secretary General of the Council of Europe.

Artikel 4

Räumlicher Geltungsbereich

1 Jeder Staat kann bei der Unterzeichnung oder bei der Hinterlegung seiner Ratifikations-, Annahme- oder Genehmigungsurkunde einzelne oder mehrere Hoheitsgebiete bezeichnen, auf die dieses Protokoll Anwendung findet.

2 Jede Vertragspartei kann jederzeit danach durch eine an den Generalsekretär des Europarats gerichtete Erklärung die Anwendung dieses Protokolls auf jedes weitere in der Erklärung bezeichnete Hoheitsgebiet erstrecken. Das Protokoll tritt für dieses Hoheitsgebiet am ersten Tag des Monats in Kraft, der auf einen Zeitabschnitt von drei Monaten nach Eingang der Erklärung beim Generalsekretär folgt.

3 Jede nach den beiden vorstehenden Absätzen abgegebene Erklärung kann in Bezug auf jedes darin bezeichnete Hoheitsgebiet durch eine an den Generalsekretär gerichtete Mitteilung zurückgenommen werden. Die Rücknahme wird am ersten Tag des Monats wirksam, der auf einen Zeitabschnitt von sechs Monaten nach Eingang der Mitteilung beim Generalsekretär folgt.

Article 4

Application territoriale

1 Tout Etat peut, au moment de la signature ou au moment du dépôt de l'instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation, désigner le ou les territoires auxquels le présent Protocole s'applique.

2 Toute Partie peut à tout moment par la suite, étendre l'application du présent Protocole, par déclaration adressée au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, à tout autre territoire désigné dans la déclaration. Le Protocole entrera en vigueur à l'égard de ce territoire le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de trois mois après la date de réception de ladite déclaration par le Secrétaire Général.

3 Toute déclaration faite en vertu des deux paragraphes précédents pourra être retirée, en ce qui concerne tout territoire désigné dans cette déclaration, par notification adressée au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe. Le retrait prendra effet le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de six mois après la date de réception de ladite notification par le Secrétaire Général.

Article 4

Territorial application

1 Any State may at the time of signature or when depositing its instrument of ratification, acceptance or approval, specify the territory or territories to which this Protocol shall apply.

2 Any Party may at any later date, by a declaration addressed to the Secretary General of the Council of Europe, extend the application of this Protocol to any other territory specified in the declaration. In respect of such territory the Protocol shall enter into force on the first day of the month following the expiration of a period of three months after the date of receipt of such declaration by the Secretary General.

3 Any declaration made under the two preceding paragraphs may, in respect of any territory specified in such declaration, be withdrawn by a notification addressed to the Secretary General of the Council of Europe. The withdrawal shall become effective on the first day of the month following the expiration of a period of six months after the date of receipt of such notification by the Secretary General.

Artikel 5

Unterzeichnung und Inkrafttreten

1 Dieses Protokoll liegt für jene Mitgliedstaaten des Europarates zur Unterzeichnung auf, welche die Charta unterzeichnet haben. Es bedarf der Ratifikation, Annahme oder Genehmigung. Ein Mitgliedstaat des Europarats kann dieses Protokoll nur ratifizieren,

Article 5

Signature et entrée en vigueur

1 Le présent Protocole est ouvert à la signature des Etats membres du Conseil de l'Europe, signataires de la Charte. Il sera soumis à ratification, acceptation ou approbation. Un Etat membre du Conseil de l'Europe ne pourra ratifier, accepter ou approuver le présent

Article 5

Signature and entry into force

1 This Protocol shall be open for signature by the member States of the Council of Europe signatories to the Charter. It is subject to ratification, acceptance or approval. A member State of the Council of Europe may not ratify, accept or approve this Protocol unless it has, simultaneously or previously,

annehmen oder genehmigen, wenn er, gleichzeitig oder vorgängig, die Charta ratifiziert, angenommen oder genehmigt hat. Die Ratifikations-, Annahme- oder Genehmigungsurkunden werden beim Generalsekretär des Europarats hinterlegt.

Protocole sans avoir simultanément ou antérieurement ratifié, accepté ou approuvé la Charte. Les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation seront déposés près le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe.

ratified, accepted or approved the Charter. Instruments of ratification, acceptance or approval shall be deposited with the Secretary General of the Council of Europe.

2 Dieses Protokoll tritt am ersten Tag des Monats in Kraft, der auf einen Zeitabschnitt von drei Monaten nach dem Tag folgt, an dem acht Mitgliedstaaten des Europarates nach Absatz 1 ihre Zustimmung ausgedrückt haben, durch die Charta gebunden zu sein.

2 Le présent Protocole entrera en vigueur le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de trois mois après la date à laquelle huit Etats membres du Conseil de l'Europe auront exprimé leur consentement à être liés par le Protocole, conformément aux dispositions du paragraphe 1.

2 This Protocol shall enter into force on the first day of the month following the expiration of a period of three months after the date on which eight member States of the Council of Europe have expressed their consent to be bound by the Protocol in accordance with the provisions of paragraph 1.

3 Für jeden Mitgliedstaat, der später seine Zustimmung ausdrückt, durch das Protokoll gebunden zu sein, tritt dieses am ersten Tag des Monats in Kraft, der auf einen Zeitabschnitt von drei Monaten nach Hinterlegung der Ratifikations-, Annahme- oder Genehmigungsurkunde folgt.

3 Pour tout Etat membre qui exprimera ultérieurement son consentement à être lié par le Protocole, celui-ci entrera en vigueur le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de trois mois après la date du dépôt de l'instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation.

3 In respect of any member State which subsequently expresses its consent to be bound by it, the Protocol shall enter into force on the first day of the month following the expiration of a period of three months after the date of the deposit of the instrument of ratification, acceptance or approval.

Artikel 6

Kündigung

Article 6

Dénonciation

Article 6

Denunciation

1 Jede Vertragspartei kann dieses Protokoll jederzeit durch eine an den Generalsekretär des Europarats gerichtete Mitteilung kündigen.

1 Toute Partie peut, à tout moment, dénoncer le présent Protocole en adressant une notification au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe.

1 Any Party may at any time denounce this Protocol by means of a notification addressed to the Secretary General of the Council of Europe.

2 Die Kündigung wird am ersten Tag des Monats wirksam, der auf einen Zeitabschnitt von sechs Monaten nach dem Tag des Eingangs der Mitteilung beim Generalsekretär folgt.

2 Cette dénonciation prendra effet le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de six mois après la date de réception de la notification par le Secrétaire Général.

2 Such denunciation shall become effective on the first day of the month following the expiration of a period of six months after the date of receipt of the notification by the Secretary General.

Artikel 7

Benachrichtigungen

Der Generalsekretär des Europarats notifiziert den Mitgliedstaaten des Europarats:

a jede Unterzeichnung;
b jede Hinterlegung einer Ratifikations-, Annahme-oder Genehmigungsurkunde;
c jeden Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Protokolls gemäss Artikel 5;
d jede nach den Bestimmungen des Artikels 3 eingegangene Mitteilung;
e jede andere Handlung, Notifikation oder Mitteilung im Zusammenhang mit diesem Protokoll.

Zu Urkund dessen haben die hierzu gehörig befugten Unterzeichneten dieses Protokoll unterschrieben.

Geschehen zu Utrecht am 16. November 2009 in französischer und englischer Sprache, wobei jeder Wortlaut gleichermassen verbindlich ist, in einer Urschrift, die im Archiv des Europarats hinterlegt wird. Der Generalsekretär des Europarats übermittelt allen Mitgliedstaaten des Europarats beglaubigte Kopien.

Article 7

Notifications

Le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe notifiera aux Etats membres du Conseil de l'Europe:

a toute signature;
b le dépôt de tout instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation;
c toute date d'entrée en vigueur du présent Protocole conformément à son article 5;
d toute notification reçue en application des dispositions de l'article 3;
e tout autre acte, notification ou communication ayant trait au présent Protocole.

En foi de quoi les soussignés, dûment autorisés à cet effet, ont signé le présent Protocole.

Fait à Utrecht, le 16 novembre 2009, en français et en anglais, les deux textes faisant également foi, en un seul exemplaire qui sera déposé dans les archives du Conseil de l'Europe. Le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe en communiquera copie certifiée conforme à chacun des Etats membres du Conseil de l'Europe.

Article 7

Notifications

The Secretary General of the Council of Europe shall notify the member States of the Council of Europe of:

a any signature;
b the deposit of any instrument of ratification, acceptance or approval;
c any date of entry into force of this Protocol in accordance with Article 5;
d any notification received in application of the provisions of Article 3;
e any other act, notification or communication relating to this Protocol.

In witness whereof the undersigned, being duly authorised thereto, have signed this Protocol.

Done at Utrecht, on the 16th day of November 2009, in English and in French, both texts being equally authentic, in a single copy which shall be deposited in the archives of the Council of Europe. The Secretary General of the Council of Europe shall transmit certified copies to each member State of the Council of Europe.

Sachregister

A

Adressat der Gemeindeautonomie
- alle staatlichen Organe §16.V.C
- Bindung des Bundes §14.V; §15.IV
- historische Absicht des Verfassungsgebers §11.V.C
- traditionelle Sicht §4.II

Agglomeration §12.II.A; *s.a. Tripartite Agglomerationskonferenz*

Alte Eidgenossenschaft §2.II

Appenzell-Innerrhoden §13.III

Arosa §12.VI.A.1.4

Aufsicht
- des Bundes über Kantone §8.II.C.2; §13.VI
- historische Entwicklung §2
- kantonale Regelungen §1.IV.A
- und Rechtsstaatlichkeit §3.VI
- Vorgaben der Charta §5.III.E.4; §7.IV.F.4
- *s.a. Gewährleistung der KV; Zweckmässigkeitsprüfung*

Ausländerstimmrecht §20.II.A

Auslegung
- chartakonforme ~ §8.II.A; §12.II.C
- der Bundesverfassung §9.II
- der Charta §5.III.A

Aussenpolitik §20.V

Ausserbinn §4.IV; §19.IV.A Fn. 1531

Autonomie
- Begriff §1.II.B; §10.II.B
- im Verfassungskontext §12.IV.B
- *s.a. Gemeindeautonomie, Finanzautonomie*

Autonomiebereich
- aktuelle Praxis des BGer §4.IV
- Definition durch Kantone §11.V.D; §12.VI.D.3
- Entwicklung der Praxis des BGer §2.VII.B.2
- Kognition des BGer §18.IV.E.2.3
- Kritik der Standardformel des BGer §16.V.D.1
- mod. Autonomieformel §16.V.D.4
- *s.a. Schutzbereich*

Autonomieverletzung
- Praxis des BGer §2.VII.B.3; §4.IV
- *s. Eingriff, Schrankenordnung*

B

Basel-Stadt §1.IV.D.1; §13.III

Bern §13.III

Beschwerde
- ans Bundesgericht *s. Gemeindeautonomiebeschwerde*
- an den KGRE *s. dort*

Beschwerdelegit. §2.VII.B; §18.IV.C.2; *s.a. Gemeindeautonomiebeschwerde*

Bestandesgarantie
- Element der Gemeindeautonomie §16.V.D.2.4
- hist. Absicht des Verfassungsgebers §11.V.D
- hist. Entwicklung §2.VII.B.5
- kantonale ~n §1.IV.D.2
- präventiver Bestandesschutz durch Charta §5.III.E.1
- und der Autonomiebegriff §10.B

Bignasco §19.IV.F

Bund
- Aufsichtsfunktion §8.II.C.2
- Bindung an die Gemeindeautonomie §4.III; §14.V; §15.IV
- Bindung an die Charta §8.II.C.1
- Gewährleistung *s. dort*
- Mitwirkung der Gemeinden im ~ §20
- Rücksicht auf Gemeinden §12.II.A; §20.IV.A

Bund und Gemeinden §20

Bundesdurchgriffe
- historische Entwicklung §2.VI
- im Vollzugsbereich §19.III
- in der Gesetzgebung §12.V.A
- Zulässigkeit §20.III.C

Bundesgericht
- Hüter der Gemeindeauton. §18.IV.A
- kantonale Vorinstanz §18.III
- Kognition §18.IV.E
- Kritik der Praxis des ~ §16.V.D.1 f.
- *s.a. Gemeindeautonomiebeschwerde, Rechtlicher Schutz*

Bundesrepublik Deutschland
- Bedeutung der Charta §4.V Fn. 355
- Verständnis des Art. 28 GG §4.VI

Bundesstaat
- asymmetr. Dreistufigkeit §17.III
- Begriff §1.III.A; §3.II
- dreigliedriger ~ §12.II ff.; §17
- Konzeption der aBV §2.VI
- traditionelles Verständnis §4.2

Bundesverfassung
- alte ~ §2.VI
- Begriff §3.II
- Funktionen §14.II.C
- erste ~ §2.V
- neue ~ §2.VIII.A

Bürgergemeinde
- Begriff §1.IV.B
- historische Entwicklung §2.II ff.

Bürgerrecht
- dreigliedrige ~sordnung §12.II.B
- Konzeption der aBV §2.VI
- *s.a. Einbürgerung*

C

Charta *s. Europäische Charta der Gemeindeautonomie*

Corsier §12.VI.A.1.4

D

Demokratie
- Bedeutung der Gemeindeautonomie für die ~ §3.IV.A.4; §5.II.D.1; §14.II.A
- demokratische Problematik der Gemeindeautonomie §3.VI
- in der Gemeinde §1.IV.E
- und Gemeindefusionen §19.III.B.2; §19.III.C.2
- Versammlungs~ *s. dort*
- Vorgaben des Bundes für die Gemeinde~ §20.II.A

Deutschland *s. Bundesrepublik D.*

Direktkontakte §20.IV.C.3

Durchgriff *s. Bundesdurchgriffe*

E

Einwohnergemeinde *s. politische Gemeinde*

Einbürgerung
- Geltung der Grundrechte §3.V; §12.II.B Fn. 904
- Rechtsnatur des ~sentscheids §3.V
- Regelung der BV §12.II.B
- Volksinitiative „Einbürgerungen vors Volk!“ §3.VI

Eingriff in die Gemeindeautonomie §14.VIII.B; §16.V.E; *s.a. Schrankenordnung*

Einschränkung *s. Eingriff*

Entscheidungsfreiheit
- Problematik des Begriffs §16.V.D.1
- relativ erhebliche §13.IV.C.2.1; §14.VIII.A.1
- *s.a. Schutzbereich*

Europäische Charta der Gemeindeautonomie
- Art der Anwendbarkeit §7.IV; *s.a. unmittelbare Anwendbarkeit*
- Auslegung der ~ §5.III.A
- Bedeutung §2.VIII.C; §4.VI; §8.III ff.

- Beitritt der Schweiz §2.VIII.C; §6
- Beschwerdeverfahren §5.V.B
- Bindung des Bundes §8.II.C.1
- direkte Geltung §7.II
- Geltungsbereich §5.II.C; §5.II.D.3
- Geschichte des Beitritts der Schweiz zur ~ §6
- Geschichte der ~ §5.II.D
- Harmonisierung mit Art. 50 BV §13.II.C; §16.III
- Konsultationsrechte der ~ §5.III.E.1; §19.IV.E.2.3 f.
- Monitoring durch KGRE §5.V.A
- nachträgliche Ratifikation weiterer Bestimmungen §20.V.B.1
- Neuübersetzung *s. Anhang 1*
- Praxis des BGer zur ~ §4.V Fn. 363
- Rang der ~ §7.III
- Rechtlicher Schutz *s. dort*
- Rechtsnatur §5.II.C
- Regelungsgehalte §5.III
- Titel der ~ §5.II.B
- Umsetzung der ~ §8.II
- Weiterentwicklung der ~ §5.IV
- Ziele der ~ §5.II.A
- Zusatzprotokoll zur ~ *s. dort*

Europarat §5.II.D.2

F

Finanzausgleich
- innerkantonaler ~ §1.IV.F
- keine Anwendung der Chartagarantien betreffend ~ §5.III.E.5
- nachträgliche Ratifikation von Chartanormen betreffend ~ §20.V.B.1.3
- neuer Finanzausgleich *s. NFA*

Finanzautonomie
- Garantien der Charta §5.III.E.5
- Teil der Eigenverantwortlichkeit §13.IV.C.2.2
- unmittelbar anwendbar §7.IV.F.5

Finanzen der Gemeinden §1.IV.F; *s. a. Finanzausgleich, Finanzautonomie*

Finanzverfassung §12.II.E

Föderalismus §3.II f.; §17; *s.a. Bundesstaat*

Föderalismusreform
- Charta als Weiterentwicklung §8.V
- Verfassungsrevision als erste Etappe §2.VIII.B; §11.IV.B
- *s. a. NFA*

Freiheit §3.IV.B

Frieden §3.A.4

Fusion *s. Gemeindefusion, Zwangsfusion*

G

Garantie *s. Gewährleistung*

Gasser, Adolf §3.IV.A.4; §5.II.D.1

Gebietsreform §19.IV.E.2.5; *s.a. Glarner Gemeindereform*

Gemeinde
- Arten §1.IV.B
- Aufgaben der ~ §1.IV.C; §13.IV.C.2.1; §16.V.D.2.1
- Aufsicht über ~ *s. dort*
- Begriff §1.II.A; §10.II.A
- Bürgergemeinde *s. dort*
- dritte staatliche Ebene §16.IV.B.1; §17.II
- historische Entwicklung §2
- in der BV §12.II
- konstitutives Element des Bundesstaates §17.II
- Legitimation zur Beschwerde ans BGer §18.IV.C.2.1; §18.V
- Mitwirkung im Bund §20.IV
- Politische Gemeinde *s. dort*
- Staatlichkeit der ~ §17.II
- Trägerin von Grundrechten §12.VI.B.3
- Verantwortung in Notsituationen §12.V.A
- Wandel der ~n §3.V; §19.II

– Zahl der ~n §3.V; §19.II

Gemeindeautonomie
– Adressat der ~ *s. dort*
– alte Definition des BGer §2.VII.B.2
– aussenpolitisches Ziel §20.V.A
– Autonomiebereich *s. dort*
– Autonomieverletzung *s. dort*
– Begriff §1.II.C; §5.III.C; §10.II.B; §13.II.B; §16.II.B
– Bestandesgarantie *s. dort*
– Charta als Konkretisierung §13.II.C; §16.III
– Finanzautonomie *s. dort*
– föderalistisches Prinzip §3.III
– Funktionen der ~ §3.IV; §14.II.A
– Garantie der BV §15.II; §16.II.A
– Gefahren der ~ §3.VI
– Geschichte der ~ §2
– Gewährleistung der ~ *s. dort*
– institutionelles Verständnis §4.III; §11.V.A.4
– kantonale Ausgestaltung §12.VI.D
– kantonale Garantien §1.IV.D
– Kerngehalt der ~ *s. dort*
– konstit. Grundprinzip §11.V.A.4; §12.VII; §14.III; §15.II; §16.II.D.2
– Organisationsautonomie *s. dort*
– Praxis des BGer zur ~ §4.IV
– Programmatische Schicht *s. dort*
– Rechtlicher Schutz *s. dort u. Gemeindeautonomiebeschwerde*
– Rechtsprinzip §10.III; §16.II.C
– Schichten der ~ §16.II.E
– Schrankenordnung *s. dort*
– Schutzbereich *s. dort*
– traditionelles Verständnis §4.II; §4.IV
– Träger der ~ *s. dort*
– und Grundrechte §12.VI.B.1
– verfassungsmässiges Recht §11.V.A.2; §16.V.A

Gemeindeautonomiebeschwerde
– Anfechtungsobjekt §18.IV.C.1
– Bedeutung §18.IV.A
– Begründung der ~ §18.IV.B.4.3
– Beschwerdeart §18.IV.B.1
– Beschwerdeschrift §18.IV.B.4
– Beweisverfahren §18.IV.B.5.3
– Frist §18.IV.B.3
– kantonale Vorinstanz §18.III
– Kognition §18.IV.E
– Kostentragung §18.IV.B.6.3
– Legitimation §18.IV.C.2
– Prüfprogramm §18.IV.D
– Prüfungsdichte §18.IV.E.3
– Schriftenwechsel §18.IV.B.5.1
– und allg. Beschwerde §18.V
– verfassungsrechtl. Grundlage §12.II.D
– Verfahrensbeteiligte §18.IV.B.2
– Vorinstanzen §18.IV.C.3
– vorläuf. Rechtsschutz §18.IV.B.5.2

Gemeindeautonomiecharta *s. Europäische Charta der Gemeindeautonomie*

Gemeindebürgerrecht §12.II.B

Gemeindedemokratie §1.IV.E; §3.IV.A.1; §3.VII; §20.II.A

Gemeindefinanzen §1.IV.F

Gemeindefusionen
– als Trend §3.V; §19.II
– Glarner Gemeindereform *s. dort*
– Konsultation §19.IV.E.2.3 f.
– Pro und Contra §19.III
– Regelungsabsicht des Verfassungsgebers §11.V.D
– Würdigung §19.V
– *s. a. Gebietsreform, Zwangsfusion*

Gemeindefreiheit §5.II.D.1

Gemeindeorganisation §1.IV.E

Gemeindeparlament
– nach kantonalem Recht §1.IV.E
– freies Mandat §5.E.3

Gemeinderat §1.IV.E Fn. 90

Gemeinderecht §1.IV.E; §20.II.B

Gemeindeverband §18.IV.B.2.2

Gemeindeversammlung §1.IV.E Fn. 87; *s. a. Versammlungsdemokratie*

Gemeindewesen
- keine Bundeskompetenz §8.IV
- kantonale Zuständigkeit §1.IV.A

Geschichte
- der Gemeindeautonomie §2
- der Charta §5.II.D
- des Chartabeitritts der Schweiz §6
- des Gemeindeartikels *s. dort*

Geschichte des Gemeindeartikels
- Differenzbereinigung §11.IV.G
- erster Gemeindeartikel §11.IV.D
- Einfluss der Kommunalpol. §11.IV.C
- Kommissionsverhandlungen §11.IV.E
- Nachführungsbeschluss §11.IV.A
- Verhandlungen im Parlament §11.IV.F
- Volksabstimmung §11.IV.H
- Vorentwurf 1977 §11.III.C
- Vorentwurf 1995 §11.IV.B
- Wille des Parlaments §11.V.A.1

Gewährleistung der Gemeindeautonomie durch den Bund
- Begriff §10.II.D; §12.IV.A
- Mittel §14.X; §16.VII
- primär durch BGer §12.II.D; §13.VI
- Verpflichtung durch Charta §13.VI

Gewährleistung der KV
- Glarner Gemeindereform *s. dort*
- Kritik an jetziger Praxis §18.VI.C
- Kognition der BVers §18.VI.3.1
- Mittel der Bundesaufsicht §13.VI
- Verfahren §18.VI

Glarner Gemeindereform §15.II; §18.VI.B; §19.III.B.3 Fn. 1504

Grenzüberschreitende Zusammenarbeit §5.III.E.6 Fn. 457; *s.a. Vereinigungsrecht*

Grundrechte
- Gemeinden als Träger §12.VI.B.3
- und Gemeindeautonomie §3.IV; §3.VI; §12.VI.B
- Unterschied zur Gemeindeaut. §4.II

H

Helvetische Republik §2.III

I

Institutionelle Garantie
- Begriff §11.V.A.4
- Diskussionen in den Verfassungskommissionen §11.IV.E
- Gemeindeautonomie als ~ ? §4.III; §11.V.A.4; §16.II.D.3
- Verständnis des Art. 28 GG als ~ §4.VI

Interkommunale Zusammenarbeit
- Bedeutungsgewinn §3.V
- Teil der Eigenverantwortlichkeit §16.V.D.2.2 Fn. 1225
- *s.a. Vereinigungsrecht*

J

Justiziabilität
- Begriff §7.IV.B
- der Charta §7.IV.E f.
- der Gemeindeautonomie §16.II.D.1; §16.V.A
- *s.a. Unmittelbare Anwendbarkeit*

K

Kantone
- Ausgestaltungspflicht §14.VI
- bestimmen Mass der Autonomie §16.V.D.3; §17.III.A
- Mittelpunkt des föd. Systems §20.IV.B
- Rechtsschutz durch ~ §18.III
- Stellung im Bundesstaat §1.III.B

KdK *s. Konferenz der Kantonsregierung.*

Kerngehalt der Gemeindeautonomie
- Bedeutung bei Zwangsfusion §19.F
- keine Verletzung durch Glarner Gemeindereform §18.VI.B.3.3
- Konkretisierung durch Charta §13.III
- letzte Eingriffsschranke §16.V.E.3.4

– normativer Gehalt §16.IV
– Praxisrelevanz? §14.VII; §16.IV.C
– Praxis und Lehre unter aBV §2.VII.B.4

Kirchgemeinden §1.IV.B; Fn. 1015

Kognition
– der BVers im Gewährleistungsverfahren §18.VI.3.1
– des BGer §18.IV.E

Koller, Arnold
– Voten gegen Bundesgarantie §11.IV.B; §11.IV.C; §11.IV.E.2; §11.IV.G.3
– Kritik dieser Voten §11.V.A.1

Kommunale Selbstverwaltung
– Art. 28 Abs. 2 GG §4.VI
– Begriff §5.II.B
– *s.a. Gemeindeautonomie*

Kommune *s. Gemeinde*

Konferenz der Kantonsregierungen
– Lobbying der ~ gegen Gemeindeartikel §11.IV.E.1; §11.IV.G.3
– Zustimmung zum Chartabeitritt der Schweiz §6.III f.

Konferenz der Gemeinden und Regionen Europas (KGRE)
– Beschwerde bei ~ §5.V.B
– Geschichte der ~ §5.II.D.2 Fn. 400
– Kontrollfunktion §5.V

Konsultation
– Begriff §5.III.D Fn. 439
– bei Gebietsreformen §5.III.E.1
– bei Zwangsfusionen §19.IV.E.2
– unmittelbar anwendbare ~srechte der Charta §7.IV.F.1
– Wahrung der ~srechte bei der Glarner Gemeindereform §18.VI.B.3.2
– *s.a. Mitwirkungsrechte*

L

Legalitätsprinzip
– bei Zwangsfusionen §19.IV.E.3
– Bindung der Gemeinden an das ~ §1.IV.E; §20.II.B
– Schranke für Eingriffe §12.VI.A.1.4; §16.V.E.3.1
– Umschreibung §12.VI.A.1

Legitimation zur Autonomiebeschwerde §18.IV.C.2; §18.V

Luzern §19.III.B.3

M

Maggiatal §19.IV.F

Mediation §2.IV

Mediatisierung §12.V.A; §17.III.B; §20.IV.B; *s.a. Bundesdurchgriffe*

Mitwirkungsrechte
– Bundesgesetz über vertikale Zusammenarbeit §20.IV.D
– der Gemeinden §12.V.B; §20.IV
– Element der Gemeindeautonomie §13.IV.C.2.3; §16.V.D.2.3
– *s.a. Konsultation, Rücksichtnahmepflicht*

Milizsystem
– Druck auf ~ §3.V
– identitätsstiftende Funktion §3.IV.B.3
– und Art. 6/7 Charta §5.III.E.2 f.; §20.V.B.1.3

Munizipalgemeinde §2.III

N

Neuer Finanzausgleich (NFA)
– historischer Kontext §2.VIII.B
– nachtr. Ratifikation von Chartanormen dank ~? §20.V.B.1.3
– Referenzmodell für kantonale Reformen §2.VIII.B

O

Öffentliches Interesse
- Schranke für Eingriffe §12.VI.A.2; §16.V.E.3.2
- Zwangsfusionen §19.IV.E.4

Organisationsautonomie
- Garantie der Charta §5.III.E.2
- Teil der Eigenverantwortlichkeit §13.IV.C.2.2; §16.V.D.2.2
- unmittelbar anwendbar §7.IV.F.3
- *s.a. Gemeindeautonomie*

P

Politische Gemeinde
- Allzuständigkeit §5.III.D; §16.V.D.2.1
- Begriff §1.II.A
- Geltung der Charta nur für ~ §5.II.C; §13.IV.A
- hist. Entwicklung §2.III ff.
- wichtigste Gemeindeart §1.IV.B

Politische Rechte §12.II.C; §20.II.A

Programmatische Schicht der Gemeindeautonomie
- Bedeutung §14.IX; §16.II.D.2
- Inhalt §16.VI
- Konkretisierung durch Charta §13.V.
- Wirkungsweise §16.VI.C

R

Rechtlicher Schutz der Gemeindeautonomie
- Art. 189 Abs. 1 lit. e BV §12.II.D
- Bedeutung §18.VII
- durch BGer §18.IV
- durch Kantone §18.III
- historische Entwicklung §2.VII
- Praxis des BGer zur Gemeindeautonomie §4.IV
- Praxis des BGer zur Charta §4.V Fn. 363
- *s.a. Bundesgericht, Gemeindeautonomiebeschwerde*

Rechtsstaat §3.IV.A.2; §3.VI

Regeneration §2.IV

Restauration §2.IV

Rücksichtnahmepflicht §12.II.A; §20.IV.A; *s.a. Mitwirkungsrechte*

S

Saladin, Peter §2.VII.C; §11.III.C

Schrankenordnung
- Bedeutung §14.VIII.B.1; §16.V.E.2
- bei Zwangsfusionen §19.IV.E
- Einfluss der Charta §13.IV.D
- föderalistisch variabel §12.VI.D.4; §16.V.E.4
- Kerngehalt *s. dort*
- Kognition des BGer §18.IV.E.2.4
- Legalitätspr. §12.VI.A.1; §16.V.E.3.1
- öffentl. Int. §12.VI.A.2; §16.V.E.3.2
- Verhältnism. §12.VI.A.3; §16.V.E.3.3
- *s.a. Eingriff*

Schulgemeinde §1.IV.B

Schutzbereich der Gemeindeauton.
- Aufgaben §13.IV.C.2.1; §14.VIII.8.1; §16.V.D.2.1
- Bestand §13.IV.C.2.4; §14.VIII.A.3; §16.V.D.2.4
- Eigenverantwortlichkeit §13.IV.C.2.2; §16.V.D.2.2
- föderalistisch variabel §16.V.D.3
- Kognition des BGer §18.IV.E.2.3
- Konkretisierung durch Charta §13.II.C; §13.IV.C
- Kritik der BGer-Praxis §16.V.D.1
- Mitwirkungsrechte §13.IV.C.2.3; §16.V.D.2.3
- neue Autonomieformel §16.V.D.4
- teleologische Auslegung §14.VIII.A

Selbstverwaltung §5.II.B; *s.a. Autonomie, Gemeindeautonomie*

Staat §3.II; *s.a. Bundesstaat*

Staatsvertragsreferendum §6.VI; §7.IV.D

Steuern
- der Gemeinden §1.IV.F
- Teil der Eigenverantwortlichkeit §16.V.D.2.2 Fn. 1224

Steuerwettbewerb §3.IV.A.III

Subsidiaritätsprinzip
- innerkantonal §20.V.B.1.3 Fn. 1665
- normativer Gehalt §2.VIII.B; §7.IV.F.8; §12.VI.C
- Prinzip der Bürgernähe §5.III.D
- und Gemeindeautonomie §12.VI.C.2
- und Verhältnismässigkeit §12.VI.C.3

T

Thurgau §19.II

Tocqueville, Alexis de
- Einfluss auf Adolf Gasser §3.IV.A.4
- Freiheitskonzeption §3.IV.B.1
- Klassiker der Gemeindeautonomie §3.IV.A.2

Träger der Gemeindeautonomie
- Bedeutung der Charta §13.IV.A
- Gemeinden §16.V.B
- Gemeindeverband §16.V.B
- kantonales Recht §12.VI.D.2
- kein Individualrecht §14.IV

Tripartite Agglomerationskonferenz
- heutige Form §12.V.B; §20.IV.C.2
- Notwendigkeit der Schaffung einer gesetzlichen Grundlage §20.IV.D

Tripartite Konferenz §20.IV.D

Tripartite Zusammenarbeit §12.V.B; §20.IV.C.2; §20.IV.D

U

Universalgemeinde *s. Politische G.*

Unmittelb. Anwendbarkeit der Charta
- Aufgabenautonomie §7.IV.F.2
- Aufsichtsgarantien §7.IV.F.4
- Bedeutung der Behördensicht §7.IV.D
- Finanzgarantien §7.IV.F.5
- Hindernis für Chartabeitritt §6.II ff.
- kein Programmvertrag §7.IV.C
- Konsultationsrechte §7.IV.F.1
- Organisationsautonomie §7.IV.F.3
- Rechtsweggarantie §7.IV.F.7
- Vereinigungsrecht §7.IV.F.6

V

Vereinigungsrecht
- Element der Eigenverantwortlichkeit §13.IV.C.2.2; §16.V.D.2.2
- Garantie der Charta §5.III.E.6
- unmittelbar anwendbar §7.IV.F.6

Verfassungsgerichtsbarkeit §18.II

Verfassungsmässiges Recht §2.VII.A; §11.V.A.2; §19.IV.E.6

Verhältnismässigkeit
- Glarner Gemeindereform §18.VI.B.3.3
- freie Prüfung durch BGer §18.IV.E.2.4
- Schranke für Eingriffe §12.VI.A.3; §16.V.E.3.3
- und Subsidiaritätsprinzip §12.VI.C.3
- von Zwangsfusionen §19.IV.E.5

Versammlungsdemokratie
- vereinbar mit Charta §5.III.C Fn. 431
- vereinbar mit ZP Charta? §20.V.B.2

Vertikale Zusammenarbeit §20.IV.D

Volksabstimmung
- keine ~ über Charta §6.VI
- über die nBV §11.IV.H

Vollzugsföderalismus §19.III

Vorinstanz, richterliche §18.III.B

W

Wandel der Gemeinden §3.V; §19.II

Wirtschaftlichkeit §3.IV.A.3; §3.VI

Z

Zusammenarbeit *s. grenzüberschreitende ~, interkommunale ~; tripartite ~; Vereinigungsrecht*

Zusatzprotokoll zur Charta
- Beitritt der Schweiz? §20.V.B.2
- Entstehung und Inhalt §5.IV
- Übersetzung *s. Anhang II*

Zwangsfusionen
- Begriff §19.IV.C
- Beschwerdelegitimation von Privaten? §18.IV.C.2.4
- Eingriff in die Gemeindeautonomie §10.II.B Fn. 679
- Konsultation §19.IV.E.2 f.
- politischer Entscheid? §18.III.B.2
- Rechtliches Gehör §19.IV.E.2.2
- Rechtsnatur §19.IV.D
- Schrankenregelung §19.IV.E
- ultima ratio §19.IV.E.5; §19.V
- Zulässigkeit §11.V.D; §19.IV.A
- Zuständigkeit §19.IV.B
- *s.a. Gebietsreformen, Glarner Gemeindereform*

Zweckmässigkeitsprüfung
- gemäss Charta nur bei übertragenen Aufgaben §5.IV.E
- nachträgliche Ratifikation von Art. 8 Abs. 2 Charta §20.V.B.1.2
- unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 8 Abs. 2 Charta §7.IV.F.4 Fn. 610

Lebenslauf

Kilian Meyer

Geboren am 17. April 1979 in Breitenbach (SO)

1986 – 1992	Primar- und Sekundarschule | Büren an der Aare
1992 – 1994	Untergymnasium | Biel/Bienne
1994 – 1999	Wirtschaftsgymnasium Alpenstrasse | Biel/Bienne
1996 – 1997	Westbury High School | Houston Texas
1999 – 2004	Studium der Rechtswissenschaft | Universität St. Gallen
2003 – 2007	Assistenz am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht von Prof. Dr. Bernhard Ehrenzeller | Universität St. Gallen
2006 – 2007	Tutor für Staatsrecht | Universität St. Gallen
2008	Forschungsaufenthalt | Institut für Kommunalrecht Osnabrück
2008 – 2009	Auditoriat | Bezirksgericht Frauenfeld
2010 – 2011	Substitut | Advokaturbüro Bürgi Hotz Zellweger Frauenfeld