

**Zeitschrift:** Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

**Herausgeber:** Schweizerischer Juristenverein

**Band:** 91 (1972)

**Artikel:** Die Stellung der Gemeinden

**Autor:** Jagmetti, Riccardo

**DOI:** <https://doi.org/10.5169/seals-896456>

### **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

### **Conditions d'utilisation**

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

### **Terms of use**

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

**Download PDF:** 10.07.2025

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>**

# Die Stellung der Gemeinden

Referat von Dr. RICCARDO JAGMETTI

Professor an der Eidgenössischen Technischen Hochschule Zürich



## Inhaltsübersicht

	Ziffern	Seiten
Abkürzungen . . . . .		225
Literaturverzeichnis . . . . .		227
Einleitung . . . . .	1– 7	231
<b>I. Teil: Die Gemeinden im System der territorialen Gliederung des Staates.</b> . . . . .	<b>8–108</b>	<b>235</b>
§ 1 <b>Die Arten räumlicher Staatsgliederung</b> . . . . .	9– 43	235
A. Die Gliederungstheorien . . . . .	9– 27	235
I. Die Dezentralisationssysteme . . . . .	9– 14	235
II. Die rechtlich verselbständigten Träger hoheitlicher Gewalt . . . . .	15– 27	238
B. Die schweizerischen Gliederungsformen . . . . .	28– 43	245
I. Die erfaßten Gliederungsarten . . . . .	28– 29	245
II. Die Gebietskörperschaften . . . . .	30– 35	246
III. Andere territorial begrenzte Verbände . . . . .	36– 41	250
IV. Die Verbandsarten . . . . .	42– 43	253
§ 2 <b>Die räumliche Gliederung der Schweiz</b> . . . . .	44– 93	254
A. Die Stufenfolge . . . . .	44– 67	254
I. Die Einordnung der Gemeinden in den mehrstufigen Staatsaufbau . . . . .	44– 46	254
II. Die Stufe zwischen Kanton und Gemeinden	47– 54	255
III. Die Unterteilung von Gemeinden . . . . .	55– 62	260
IV. Die ergänzende Gliederung für einzelne Zwecke . . . . .	63– 67	263
B. Die Stufe der Gemeinden . . . . .	68– 93	266
I. Die Gemeinden als Gebietskörperschaften . . . . .	68– 73	266
II. Die Gemeindeeinteilung . . . . .	74– 76	267
III. Die Gemeindearten . . . . .	77– 84	268
IV. Gemeindeähnliche Korporationen . . . . .	85– 86	273
V. Die tatsächlichen Gegebenheiten . . . . .	87– 93	274

	Ziffern	Seiten
<b>§ 3 Die Gemeinden in anderen Staaten . . . . .</b>	94–108	277
A. Die Gemeinden in Frankreich . . . . .	95–101	278
B. Die Gemeinden in der Bundesrepublik Deutschland . . . . .	102–108	282
 <b>II. Teil: Die gegenwärtige Stellung der Gemeinden . . .</b>	 109–240	 287
 <b>§ 4 Der Bestand der Gemeinden . . . . .</b>	 110–138	 287
A. Die Basis im geltenden Recht . . . . .	110–115	287
I. Die Berücksichtigung der Gemeinden durch das Bundesrecht . . . . .	110–112	287
II. Die kantonal-rechtliche Grundlage der Gemeinden . . . . .	113–115	289
B. Die Gemeindeangehörigen. . . . .	116–127	291
I. Die Zuordnungskriterien . . . . .	116–118	291
II. Die Stimmberechtigten . . . . .	119–123	292
III. Die Gemeindebürger . . . . .	124–127	295
C. Das Gemeindegebiet und die Änderung des Gemeindebestandes. . . . .	128–133	298
I. Das Gemeindegebiet . . . . .	128–130	298
II. Die Bestandesänderungen . . . . .	131–133	301
D. Das Gemeindevermögen und die Gemeinde- finanzen . . . . .	134–138	304
I. Das Gemeindevermögen . . . . .	134–135	304
II. Die Gemeindefinanzen . . . . .	136–138	306
 <b>§ 5 Die Gemeinden als innerkantonale autonome Gebietskörperschaften . . . . .</b>	 139–213	 308
A. Die Ausgangslage . . . . .	139–146	308
I. Der funktionelle Wirkungsbereich der Gemeinden . . . . .	139–143	308
II. Die doppelte Stellung der Gemeinden . . .	144–146	310
B. Die Gemeinden als innerkantonale Verbände .	147–157	311
I. Die Rechtseinheit. . . . .	147–151	311
II. Die Gemeinden als Trägerinnen eidgenössi- scher und kantonaler Aufgaben. . . . .	152–154	314
III. Die Mitwirkung der Gemeinden an der Willensbildung auf kantonaler Ebene . . .	155–157	315
C. Die Gemeindeautonomie . . . . .	158–197	316
I. Der Begriff der Autonomie . . . . .	158–162	316
II. Die Kompetenzen der Gemeinden . . . .	163–176	318
III. Die Verantwortlichkeit der Gemeinden . .	177–185	326

	Ziffern	Seiten
	IV. Die Eingriffe in die Autonomie . . . . .	186–197 331
D.	Der Rechtsschutz der Gemeinden . . . . .	198–213 339
	I. Ziel und Gestaltung des Rechtsschutzes . . . . .	198–201 339
	II. Der Schutz des Bestandes und der Autonomie der Gemeinden . . . . .	202–206 341
	III. Der Schutz der Mitwirkungsrechte . . . . .	207 345
	IV. Der Schutz von Individualrechten der Gemeinden . . . . .	208–213 345
<b>§ 6</b>	<b>Die Gemeindeorganisation und die Gemeindeaufsicht . . . . .</b>	<b>214–240 349</b>
A.	Die Gemeindeorganisation . . . . .	214–226 349
	I. Die Organisationsprinzipien . . . . .	214–215 349
	II. Die Behördenstruktur . . . . .	216–222 350
	III. Das Verfahren . . . . .	223–226 353
B.	Die Gemeindeaufsicht . . . . .	227–240 354
	I. Das Ziel der Gemeindeaufsicht und die Zuständigkeit . . . . .	227–229 354
	II. Die Aufsichtsmittel . . . . .	230–240 355
 <b>III. Teil: Gedanken zur künftigen Stellung der Gemeinden. . . . .</b>		
		<b>241–320 361</b>
<b>§ 7</b>	<b>Die Rechtfertigung der Gemeinden . . . . .</b>	<b>241–260 361</b>
A.	Die ideelle Grundlage. . . . .	241–247 361
	I. Das schweizerische Konzept . . . . .	241–245 361
	II. Die ideengeschichtliche Grundlage der modernen Gemeinde. . . . .	246–247 363
B.	Die Gemeinde als Gesellschaftsform . . . . .	248–252 364
C.	Gemeinde und Demokratie . . . . .	253–256 367
D.	Die Gemeinde im modernen Staat . . . . .	257–260 369
<b>§ 8</b>	<b>Mängel der heutigen Situation . . . . .</b>	<b>261–272 372</b>
A.	Die unzureichende Leistungsfähigkeit der Gemeinden . . . . .	262–264 372
B.	Die ungenügende Größe der Gemeinden und andere Probleme der Gebietsgliederung . . . . .	265–269 373
C.	Strukturelle Mängel . . . . .	270–272 376
<b>§ 9</b>	<b>Lösungsvarianten . . . . .</b>	<b>273–320 378</b>
A.	Die Unterstützung der Gemeinden . . . . .	274–287 378
	I. Die Beratung der Gemeinden durch kantonale Organe. . . . .	275–280 379

	Ziffern	Seiten
II. Die finanzielle Hilfe . . . . .	281–284	381
III. Die Erfüllung hoheitlicher Gemeinde- funktionen durch kantonale Behörden . . .	285–287	382
B. Die Änderung der Kompetenzordnung . . . .	288–292	383
I. Die Einschränkung des sachlichen Bereichs der Gemeindetätigkeit . . . . .	288–290	383
II. Die Beschränkung der Befugnisse der Gemeinden auf die Verwaltung . . . . .	291–292	385
C. Die Zusammenarbeit unter Gebietskörper- schaften. . . . .	293–305	386
I. Das Ziel und die Modalitäten der Zusammenarbeit . . . . .	293–298	386
II. Die öffentlich-rechtlichen Zweckverbände .	299–303	389
III. Spezialregelungen . . . . .	304–305	392
D. Der Übergang zu größeren Verbänden	306–320	393
I. Die Gemeindevereinigung . . . . .	306–309	393
II. Die Region als Gebietskörperschaft . . . .	310–320	396

## Abkürzungen

Bei Quellenangaben werden folgende Abkürzungen verwendet:

- BBl Bundesblatt (mit Angabe von Jahrgang, Band und Seitenzahl).  
BGE Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung (mit Angabe von Band, Teil und Seitenzahl); oder Urteil des Bundesgerichts.  
BV Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874.  
KV Kantonsverfassung (zitiert nach der Systematischen Sammlung des Bundesrechts mit Nachträgen per 1. Oktober 1971).  
OR Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911.  
Zbl Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeinde-Verwaltung, Zürich.  
ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907.

Die Kantone werden mit folgenden Abkürzungen bezeichnet:

- |    |                          |    |                 |
|----|--------------------------|----|-----------------|
| ZH | Zürich                   | SH | Schaffhausen    |
| BE | Bern                     | AR | Appenzell A.Rh. |
| LU | Luzern                   | AI | Appenzell I.Rh. |
| UR | Uri                      | SG | St. Gallen      |
| SZ | Schwyz                   | GR | Graubünden      |
| OW | Unterwalden ob dem Wald  | AG | Aargau          |
| NW | Unterwalden nid dem Wald | TG | Thurgau         |
| GL | Glarus                   | TI | Tessin          |
| ZG | Zug                      | VD | Waadt           |
| FR | Freiburg                 | VS | Wallis          |
| SO | Solothurn                | NE | Neuenburg       |
| BS | Basel-Stadt              | GE | Genf            |
| BL | Basel-Landschaft         |    |                 |

## Literaturverzeichnis

Das Verzeichnis enthält nur die im vorliegenden Bericht mehrfach zitierten Werke und stellt keine umfassende Bibliographie zum Gemeinderecht dar. Weitere Arbeiten werden in den Fußnoten genannt.

ALTHAUS, RENÉ. Die Unterabteilungen der Gemeinden im schweizerischen Recht; Diss. Bern, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, NF Heft 264, Bern 1949.

AUBERT, JEAN-FRANÇOIS. Traité de droit constitutionnel suisse; 2 vol., Neuchâtel et Paris 1967.

BÉNOIT, FRANCIS-PAUL. Collectivités locales; Paris 1970 (2<sup>e</sup> mise à jour décembre 1971).

BRIDEL, MARCEL. Précis de droit constitutionnel et public suisse; tome I, Lausanne 1965.

BÜHLER, EUGEN. Der thurgauische Gemeindedualismus; Diss. Freiburg, Wil 1952.

BÜTIKOFER, G. Die Rechtssetzungsbefugnis der Gemeinden; Diss. Zürich, Zürich 1950.

BURCKHARDT, WALTHER. Die Organisation der Rechtsgemeinschaft; 2. Aufl., Zürich 1944.

CARRÉ DE MALBERG, R. Contribution à la théorie générale de l'Etat; 2 vol., Paris 1920/22.

DUSS, JOSEPH. Die luzernische Gemeinde; Diss. Freiburg, Schöpfheim 1952.

FELDMANN, M. Eingemeindung und Zweckverbände; in: Zbl Band 35, 1934, S.337 ff., 370 ff., 401 ff., 497 ff., 529 ff. und 561 ff.

FLEINER, FRITZ. Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts; 8. Aufl., Neudruck für die Schweiz, Zürich 1939.

FORSTHOFF, ERNST. Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Erster Band: Allgemeiner Teil; 9. Aufl., München/Berlin 1966.

- GEIGER, WILLI. Die Gemeindeautonomie und ihr Schutz nach schweizerischem Recht; Diss. St.Gallen, Veröffentlichungen der Handels-Hochschule St.Gallen, Reihe A, Heft 24, St.Gallen/Zürich 1950.
- GIACOMETTI, ZACCARIA. Schweizerisches Bundesstaatsrecht; Neubearbeitung des Werkes von FRITZ FLEINER; Zürich 1949.  
– Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Zürich 1941.
- GÖNNENWEIN, OTTO. Gemeinderecht; Tübingen 1963.
- GRISEL, ANDRÉ. Droit administratif suisse; Neuchâtel 1970.
- IMBODEN, MAX. Die Gemeindeorganisation; in: Die Gemeindeautonomie, Veröffentlichungen der Schweizerischen Verwaltungskurse an der Handels-Hochschule St.Gallen, Band 6, Einsiedeln/Köln 1946.  
– Gemeindeautonomie und Rechtsstaat; in: Demokratie und Rechtsstaat, Festgabe zum 60. Geburtstag von Z. Giacometti, Zürich 1953.  
– Die Staatsformen; Basel/Stuttgart 1959.  
– Die politischen Systeme; Basel/Stuttgart 1962.  
– Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung; 3. Aufl., 2 Bände, Basel/Stuttgart 1968/69.
- JELLINEK, GEORG. Allgemeine Staatslehre; 3. Aufl., 5. Neudruck, Berlin 1929.
- JELLINEK, WALTER. Verwaltungsrecht; 3. Aufl. 1931, Neudruck Offenburg 1948.
- KÄGI, WERNER. Persönliche Freiheit, Demokratie und Föderalismus; in: Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht, Zürich 1948.
- KELSEN, HANS. Allgemeine Staatslehre; Berlin 1925.
- KÖNIG, RENÉ. Grundformen der Gesellschaft: Die Gemeinde; Hamburg 1958.
- KOLLER, A. Verfassungsrechtlicher Überblick (Appenzell I.Rh.); in: Wappen, Siegel und Verfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Kantone, Bern 1948.
- LANVERSIN, JACQUES DE. L'aménagement du territoire et la régionalisation; 2<sup>e</sup> éd., Paris 1970.
- LARDELLI, ALDO. Die Steuerhoheit der Selbstverwaltungskörper im Kanton Graubünden; Diss. Zürich, Affoltern a.A. 1951.
- LAUBADÈRE, ANDRÉ DE. Traité élémentaire de droit administratif; tome 1<sup>er</sup>, 5<sup>e</sup> éd., Paris 1970.
- LIVER, PETER. Verfassungsgeschichtlicher Überblick (Graubünden); in: Wappen, Siegel und Verfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Kantone, Bern 1948.  
– Abhandlungen zur schweizerischen und bündnerischen Rechtsgeschichte; Chur 1970.

- Von der Freiheit in der Alten Eidgenossenschaft und nach den Ideen der Französischen Revolution; in: Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht, Zürich 1948 (enthalten auch in den Abhandlungen).
- Gemeinderecht; in: Zbl Band 50, 1949, S.40ff.

LOCHER, KURT. Die Staats- und Gemeindeverwaltung im Kanton Appenzell I.Rh.; Diss. St.Gallen, Zürich/St.Gallen 1964.

LUCHSINGER, KURT. Die Tagwen im Rahmen des glarnerischen Gemeindegewesens; Diss. Bern, Glarus 1941.

MATTER, HANS PETER. Die Legitimation der Gemeinden zur staatsrechtlichen Beschwerde; Diss. Bern, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, NF Heft 370, Bern 1965.

MÉDARD, JEAN-FRANÇOIS. Les communautés urbaines: renforcement ou déclin de l'autonomie locale?; in: Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 84<sup>e</sup> année, Paris 1968, S.737ff.

MERKL, ADOLF. Allgemeines Verwaltungsrecht; Wien/Berlin 1927.

METTLER, MAX. Das Zürcher Gemeindegesetz; 2. Aufl., Neudruck, Zürich 1970.

MÜLLER, ALFRED HERMANN. Rechtsträger für regionale Aufgaben; Diss. Zürich, Basel 1967.

NAWIASKY, HANS. Grundbegriffe der Gemeindeautonomie; in: Die Gemeindeautonomie, Veröffentlichungen der Schweizerischen Verwaltungskurse an der Handels-Hochschule St. Gallen, Band 6, Einsiedeln/Köln 1946.

PAGENKOPF, HANS. Kommunalrecht; Köln/Berlin/Bonn/München 1971.

PETERS, HANS. Die Satzungsgewalt innerstaatlicher Verbände; in: Handbuch des Deutschen Staatsrechts, herausgegeben von G. ANSCHÜTZ und R. THOMA, Band 2, 2. Aufl., Tübingen 1932.

RECHENBERG, PETER VON. Streifzug durch das Steuerrecht der Bündner Selbstverwaltungskörper, besonders der politischen Gemeinden; in: Zbl Band 70, 1969, S.537ff.

SCHALTEGGER, FRIEDRICH. Die thurgauische Gemeindeautonomie; Diss. Zürich, Zürich 1952.

SENN, NIKOLAUS. Die Feuerschaugemeinde Appenzell, geschichtlich-dogmatische Darstellung; Diss. Bern, Appenzell 1950.

SIGG, HANSPETER M. Der eigene und der übertragene Wirkungsbereich der Gemeinden im Kanton Zürich; Diss. Zürich, Zürich 1964.

SIMON, EDWIN. Die Bezirke und Gemeinden als Selbstverwaltungskörper des Kantons Schwyz; Diss. Bern, Zürich 1941.

- STIER-SOMLO, FRITZ. Die neueste Entwicklung des Gemeindeverfassungsrechts in Deutschland; in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 2, Berlin/Leipzig 1925.
- VEDEL, GEORGES. Cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques; Paris 1968/69.
- VENEZIA, J.-C. Les regroupements de communes, bilan et perspectives; in: Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 87<sup>e</sup> année, Paris 1971, S.1061 ff.
- WALINE, MARCEL. Traité élémentaire de droit administratif; 9<sup>e</sup> éd., Paris 1963.
- WEBER, WERNER. Entspricht die gegenwärtige kommunale Struktur den Anforderungen der Raumordnung? Empfehlen sich gesetzgeberische Maßnahmen der Länder und des Bundes? Welchen Inhalt sollten sie haben?; Verhandlungen des 45. Deutschen Juristentages, Band I, Teil 5, München/Berlin 1964.
- WOLFF, HANS J. Verwaltungsrecht II; 3. Aufl., München 1970.
- ZWAHLEN, HENRI. L'autonomie communale à la lumière de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral suisse; in: Mélanges Marcel Bridel, Lausanne 1968.

# Einleitung

1. Weit über den vom Bundesrecht festgelegten Rahmen hinaus haben die schweizerischen Kantone ihre Struktur relativ einheitlich gestaltet. Zu den Gemeinsamkeiten gehören – neben dem Staatsverständnis, der politischen Zielsetzung und dem Verhältnis zwischen Individuum und Gemeinschaft – die Behördenorganisation und die territoriale Gliederung. In der Bildung innerkantonalen Herrschaftsverbände, in der Existenz und der Autonomie der Gemeinden erblickt dabei der Schweizer keinen Einbruch in die Einheit der Staatsstruktur, sondern eine Fortsetzung des föderalistischen Gedankens, der sich zunächst im bundesstaatlichen Aufbau der Eidgenossenschaft ausdrückt.

2. Ob so viel Einheitlichkeit könnten die Unterschiede bezüglich der Stellung der Gemeinden übersehen werden, die in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht bestehen und schweizerische Vielfalt stärker spiegeln, als zunächst angenommen werden könnte. Die Lage der Gemeinden ist in Graubünden und in Genf keineswegs die selbe, und Illens hat für die dort vereinigten 11 Menschen andere Probleme zu lösen als die Stadt Zürich mit ihren 422 640 Einwohnern. Das Gemeinsame und die Unterschiede aufzuzeigen, ist eine der Aufgaben dieses Berichtes.

3. Indessen hat der Schweizerische Juristenverein das Thema der Stellung der Gemeinden nicht einzig deshalb als diesjährigen Verhandlungsgegenstand gewählt, weil er die heutige Lage klären wollte. Bei der territorialen Dezentralisation stellen sich vielmehr neue Fragen, die einer Lösung rufen und die bedingt sind durch die Entwicklung der Siedlungen über die Gemeindegrenzen hinaus, durch die Erweiterung der Aufgaben der öffentlichen Hand und durch die Problematik der Beziehungen zwischen Individuum und

Gemeinwesen. Gewiß hat die Notwendigkeit einer verstärkten Raumplanung der Fragestellung besondere Aktualität verliehen<sup>1</sup>. Indessen liegt im Bedürfnis nach einem Ausbau der Orts-, Regional- und Landesplanung nicht der einzige Grund für die Notwendigkeit, den feingliedrigen Bau unseres Staates daraufhin zu überprüfen, ob er tauglich ist, um die sich dem Gemeinwesen heute stellenden Aufgaben zu bewältigen.

4. Der Fragestellung entsprechend gilt dieser Bericht zunächst der Bestandesaufnahme. Dabei ist zu beachten, daß die schweizerischen Gemeinden nicht isolierte Träger hoheitlicher Gewalt innerhalb des Staates sind, daß sie vielmehr – nach den Kantonen – die wichtigste Stufe der Gebietseinteilung unseres Landes bilden. Ihre Stellung sei daher zunächst unter dem Gesichtspunkt ihrer Eingliederung in das System der territorialen Dezentralisation der Schweiz geprüft.

5. Der genaueren Untersuchung der rechtlichen Stellung der Gemeinden gilt der zweite Teil des Berichtes. Dabei kommt naturgemäß der Autonomie erhebliche Bedeutung zu, ohne daß sich der Problembereich darauf beschränken würde. Eine Erfassung aller Aspekte war leider aus Raum- und Zeitgründen nicht möglich. Verzichtet wurde insbesondere auf eine Erörterung der historischen Entwicklung, deren Darstellung zwar von großem Interesse gewesen wäre, die Sachkompetenz des Referenten aber im Hinblick auf die engen Beziehungen zwischen der Geschichte unserer Gemeinden und der allgemeinen Geschichte überstiegen hätte.

6. In einem dritten Teil wird im Sinne einer Beurteilung der heutigen Lage und einer prospektiven Studie geprüft, welche Wege in Zukunft beschritten werden könnten. Dabei sind nicht fertige Rezepte zu formulieren, sondern Lösungsmöglichkeiten aufzuzeigen. Unter diesen werden die zuständigen Organe in Wahrnehmung ihrer Verantwortung zu wählen haben. Der Theoretiker kann ihnen – hier wie anderswo – den Entscheid nicht abnehmen, weil dieser Wertungen voraussetzt und sich nicht nach rein rationalen Gesichtspunkten treffen läßt. Im übrigen bedingen verfassungsrecht-

<sup>1</sup> Das Problem der Beziehungen zwischen kommunaler Struktur und Raumplanung bildete einen der Verhandlungsgegenstände des 45. Deutschen Juristentages von 1964 (mit dem Gutachten von WERNER WEBER).

liche Traditionen und äußere Gegebenheiten (Bevölkerungskonzentration, topographische Struktur und weitere Realien) differenzierte Lösungen, weshalb sich keine in der ganzen Schweiz in gleicher Weise zu verwirklichende Ordnung anbieten läßt.

7. Der Bericht ist – das sei mit aller Deutlichkeit betont – als Diskussionsbeitrag gedacht und nicht als abgeschlossene Arbeit. Manches ist nur angedeutet, und vieles wird noch zu überdenken sein. Die Funktion des Referates liegt ja auch darin, Basis für die Beratungen am Schweizerischen Juristentag 1972 zu bilden. Die Gespräche werden dort nicht abgeschlossen werden können, sondern müssen in wissenschaftlichen (nicht nur juristischen) und politischen Kreisen weitergeführt werden. Im Hinblick auf die Funktion der Arbeit und den vorläufigen Charakter der Folgerungen wurde der beigefügte wissenschaftliche Apparat nicht stark ausgebaut. Die Hinweise auf Rechtsquellen, Judikatur und Literatur bilden in diesem Sinne nur eine Auswahl aus der Fülle in- und ausländischer Dokumente zu einem Problemkreis, der seiner aktuellen Bedeutung wegen nicht aus jener Distanz betrachtet werden kann, die wissenschaftliche Arbeit nach klassischen Maßstäben qualifiziert.



## I. Teil

# Die Gemeinden im System der territorialen Gliederung des Staates

8. Die bundesstaatliche Struktur, die Existenz selbständiger Gemeinden und weitere Gliederungsmaßnahmen haben zu einer fein verästelten Unterteilung des schweizerischen Staatsgebietes geführt. Das ist an sich keine nationale Eigenart, denn alle modernen Staaten sind räumlich stark gegliedert, und der zentralisierte Einheitsstaat existiert in vollkommener Ausprägung nicht. Kennzeichnend für die Dezentralisation der Schweiz ist dagegen die vergleichsweise große Entscheidungsfreiheit, die den territorialen Einheiten noch immer zukommt. Sie ist einerseits die Folge der zur Anwendung gelangenden Gliederungssysteme, die im folgenden zuerst erläutert seien (§1). Andererseits ist sie bedingt durch die Einzelausgestaltung der Institutionen, wie ein Vergleich mit ausländischen Lösungen zeigt. Aus diesem Grunde seien die Ausführungen über die schweizerischen Gliederungsstufen (§2) gefolgt von einigen summarischen Hinweisen auf die Stellung der Gemeinden in Frankreich und in der Bundesrepublik Deutschland (§3).

### § 1. Die Arten räumlicher Staatsgliederung

#### *A. Die Gliederungstheorien*

##### **I. Die Dezentralisationssysteme**

9. Während das Problem in der Schweiz keine große Beachtung gefunden hat, sind von der ausländischen Lehre zur Erfassung der Erscheinungsformen der Staatsgliederung verschiedene Dezentralisationssysteme entworfen worden. Entwickelt wurden sie in der Regel nicht aus rein theoretischer Sicht, sondern in Analyse be-

stehender Zustände. Sie erfassen entweder alle Modalitäten der Dezentralisation oder aber die Formen räumlicher Staatsgliederung im besondern.

10. Das wichtigste unter den zur Anwendung gelangenden Einteilungskriterien ist der *Grad der Selbständigkeit dezentralisierter Stellen*. Unter den auf diesem Unterscheidungsmerkmal beruhenden Theorien dürfte – jedenfalls im deutschsprachigen Raum<sup>1</sup> – das von GEORG JELLINEK<sup>2</sup> entwickelte System den größten Widerhall gefunden haben. Danach ergeben sich als Grundformen der Dezentralisation zwei scharf geschiedene Arten: administrative Dezentralisation (mit dem Provinzialsystem und dem Zentralsystem als Unterarten) und Dezentralisation durch Selbstverwaltung (seitens Einzelpersonen oder von Verbänden, insbesondere von Gemeinden)<sup>3</sup>. Die Differenzierung stützt sich auf den später zu erörternden Begriff der Selbstverwaltung<sup>4</sup>. Als dritte Erscheinungsform nennt JELLINEK die Dezentralisation durch Länder<sup>5</sup>.

11. Einem sehr ähnlichen Konzept begegnet man in der französischen Doktrin<sup>6</sup>, wobei allerdings die Terminologie wechselt. Die Übertragung von Befugnissen an (Verwaltungs-)Organe der Zentralgewalt mit örtlich begrenztem Zuständigkeitsbereich wird als «déconcentration» bezeichnet, während der Begriff der «décentralisation» Verwendung findet für die Erfüllung öffentlicher Funktionen durch Verbände oder Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit, eigenen Aufgaben und eigenen Organen, die keiner zu straffen Kontrolle der Zentralgewalt unterstellt sind. Der «fédéralisme»

<sup>1</sup> Soweit schweizerische Autoren auf ein solches System Bezug nehmen, stützen sie sich meist auf GEORG JELLINEKS Einteilung, vgl. Anm. 46.

<sup>2</sup> Allgemeine Staatslehre, S. 625 ff., insbes. S. 633 ff.

<sup>3</sup> G. JELLINEK, S. 633.

<sup>4</sup> Zur Erleichterung des Verständnisses sei vorläufig erwähnt, daß der Ausdruck Selbstverwaltung dabei alle öffentliche Verwaltung erfaßt, die nicht oder nicht ausschließlich von öffentlichen Berufsbeamten geübt wird (G. JELLINEK, S. 631/632).

<sup>5</sup> G. JELLINEK, S. 633 und 647 ff.

<sup>6</sup> Die nachstehenden Ausführungen stützen sich hauptsächlich auf DE LAUBARDÈRE, S. 85 ff. Dieselben Kategorien finden sich mit ähnlicher Umschreibung auch bei WALINE, S. 299 ff. Das System ist in Deutschland beispielsweise von FORSTHOFF, S. 424–427 übernommen worden.

bildet die noch weiterreichende Stufe der Verselbständigung von Gebietseinheiten, denen mehr als nur lokale Aufgaben übertragen sind, die über einen voll ausgebauten Behördenapparat verfügen und deren Organe im Bereiche des eigenen Wirkungskreises keiner Kontrolle der Zentralgewalt unterstehen.

12. Die neuere deutsche Lehre geht ähnliche Wege. Gewisse Autoren übernehmen ausdrücklich die französische Gliederung<sup>7</sup>. Andere treffen eine weitere Unterscheidung, indem sie die Selbstverwaltung als eine (die wichtigste) Form der Dezentralisation bezeichnen<sup>8</sup>.

13. In der Sicht der Vertreter der Reinen Rechtslehre stellt die territoriale Gliederung des Staates ein Spezialproblem des räumlichen Geltungsbereichs der die Staatsordnung bildenden Normen dar<sup>9</sup>. Unter dem letztgenannten Begriff sind nach der Stufentheorie Akte der Rechtsetzung wie der Rechtsanwendung zu verstehen<sup>10</sup>. Dabei wird durchaus anerkannt, daß die Dezentralisation sich auf gewisse Normstufen beschränken kann<sup>11</sup>. Ähnlich wie bei den klassischen Unterscheidungen wird nach dem Maß der Selbständigkeit der zur Normsetzung Berufenen differenziert. So erklärt KELSEN, die Dezentralisation sei vollkommen, wenn die Normsetzung (im Bereiche der Gesetzgebung oder der Vollziehung) für das Teilgebiet endgültig und unabhängig geschehe; sonst sei sie unvollkommen<sup>12</sup>. Im Ergebnis ist seine Theorie nicht wesentlich verschieden vom System GEORG JELLINEKS sowie von der französischen und der neueren deutschen Lehre.

14. Neben dem Grad der Selbständigkeit der dezentralisierten Stellen wird als zweites Kriterium für die systematische Erfassung der Arten staatlicher Gliederung die *rechtliche Gestalt des Trägers der öffentlichen Aufgaben* verwendet. So wird etwa erklärt, die

<sup>7</sup> Ob die Unterscheidungsart in Frankreich oder in Deutschland geprägt worden ist, bleibe dahingestellt. FORSTHOFF, S.426 lehnt sich jedenfalls ausdrücklich an die französische Terminologie an.

<sup>8</sup> WOLFF, S.93 ff., insbes. S.95.

<sup>9</sup> KELSEN, S.163 ff.

<sup>10</sup> KELSEN, S.248/249.

<sup>11</sup> KELSEN, S.165 ff.

<sup>12</sup> KELSEN, S.177–180.

Dezentralisation sei möglich durch die Bildung von Anstalten oder von Verbänden, und unter diesen wird alsdann unterschieden zwischen personell und territorial begrenzten Gemeinschaften. Meist dient diese Differenzierung allerdings nur der Unterscheidung innerhalb einer Stufe der Staatsgliederung, nämlich derjenigen der Dezentralisation nach französischer und neuerer deutscher Lehre. So kann bei der Behandlung jenes Problemkreises darauf hingewiesen werden (Ziffer 23).

## II. Die rechtlich verselbständigten Träger hoheitlicher Gewalt

15. Die Aussagen der Lehre zur Kategorie, der die Gemeinden üblicherweise zugeordnet werden, bedürfen einer etwas eingehenderen Darstellung. Dabei sollen vorläufig wiederum nur ausländische Untersuchungen erwähnt werden, weil die schweizerische Doktrin auf das positive Recht ausgerichtet ist und sich Lehre und Rechtsprechung stark durchdrungen haben, so daß die theoretischen Aussagen in unmittelbare Beziehung zu unsern Institutionen gebracht werden müssen<sup>13</sup>. Dem gleichen Bezug auf das positive Recht begegnet man übrigens (und naturgemäß) auch in der deutschen und in der französischen Literatur zu diesem Gegenstand, weshalb unter Verzicht auf Vollständigkeit nur die von einer Auswahl von Autoren gesetzten Hauptakzente erwähnt seien.

16. Schwierigkeiten bereitet bei einem solchen Unterfangen vorab der Umstand, daß zwar über die grundlegenden Unterscheidungen bezüglich der Formen staatlicher Gliederung weitgehendes Einverständnis besteht, die verfeinerten Abstufungen aber stark voneinander abweichen, so daß sich die einzelnen Aussagen nicht auf den gleichen Kreis von Institutionen beziehen. Zudem bestehen terminologische Schwierigkeiten. Der Ausdruck «Selbstverwaltung» etwa wird nicht in allen deutschen Werken mit dem gleichen Sinngehalt verwendet; an seine Stelle oder neben ihn treten die Begriffe der

<sup>13</sup> Eine Ausnahme bilden FRITZ FLEINERS Institutionen, die in dieser Beziehung wesentlich vom deutschen Recht beeinflusst sind und deshalb in diesem Zusammenhang berücksichtigt werden können.

«mittelbaren Staatsverwaltung»<sup>14</sup> und der «Eigenverwaltung»<sup>15</sup>. Weiter wird die hier in der Überschrift vorausgesetzte rechtliche Verselbständigung des Trägers nicht durchwegs als Kennzeichen der Dezentralisation (oder der Selbstverwaltung) anerkannt (Ziffer 18). Endlich dienen die zu erörternden Institute der Dezentralisation in deutscher wie in französischer Sicht nicht nur der räumlichen Gliederung des Staates, sondern schließen die Überlassung öffentlicher Aufgaben an relativ selbständige Träger ein, bei denen es sich nicht um territorial begrenzte Verbände handelt.

#### a) Die rechtliche Verselbständigung

17. Die Träger der Selbstverwaltung oder der mittelbaren Staatsverwaltung beziehungsweise der décentralisation administrative kennzeichnen sich durch ihre relative rechtliche Unabhängigkeit. Andere Charakteristika dürften als hinfällig gelten, insbesondere die von GEORG JELLINEK getroffene Definition der Selbstverwaltung als jene öffentliche Verwaltung, die nicht oder nicht ausschließlich von öffentlichen Berufsbeamten ausgeübt wird<sup>16</sup>.

18. Die rechtliche Unabhängigkeit der dezentralisierten Stellen beziehungsweise der Träger der Selbstverwaltung kommt zunächst darin zum Ausdruck, daß es sich bei diesen um *juristische Personen*

<sup>14</sup> FORSTHOFF, S.427 und 436ff. sowie WOLFF, S.95. Dieser trennt die beiden Erscheinungen und bezeichnet die Ausübung von Verwaltungsfunktionen durch rechtsfähige Träger als mittelbare Staatsverwaltung, die weisungsunabhängige Verwaltung aber als Dezentralisation, während jener beide Merkmale als Kennzeichen mittelbarer Staatsverwaltung betrachtet.

<sup>15</sup> E.SCHNUCK und H. DE CLERCK, Allgemeines Staatsrecht und Staatsrecht des Bundes und der Länder, 2. Aufl., Sieburg 1967, S. 86/87.

<sup>16</sup> G.JELLINEK, S.631/632; ähnlich FLEINER, S.100, wonach die ganz oder teilweise unabhängigen Bürgern anvertraute Selbstverwaltung das Gegenstück zu der durch Berufsbeamte geführten staatlichen Verwaltung bildet. KELSEN, S.184/185 legt überzeugend dar, daß dieses Unterscheidungsmerkmal nur historisch zu verstehen ist und solange gerechtfertigt war, als der Staat autokratisch organisiert war, so daß die von Bürgern geführte Selbstverwaltung als demokratisches Korrektiv gelten konnte. Wäre das Kriterium maßgebend, dürfte die Stadt Zürich mit ihren rund 16000 Funktionären kaum mehr als Selbstverwaltungskörper bezeichnet werden.

(des öffentlichen Rechts) handelt<sup>17</sup>. Allerdings wird dieses Kennzeichen nicht von allen Autoren in den Vordergrund gestellt, indem ihm gelegentlich eher sekundäre Bedeutung beigemessen wird<sup>18</sup> oder indem es mehr als Folge der den dezentralisierten Stellen übertragenen Aufgaben, denn als primäres Charakteristikum erscheint<sup>19</sup>. In gewissen Werken wird sogar erklärt, mit Selbstverwaltung betraute Verbände könnten ohne, mit unentwickelter oder mit umfangreicher Rechtssubjektivität ausgestattet sein<sup>20</sup>; solche Stimmen bilden aber doch die Ausnahme.

19. In der Rechtsfähigkeit ihrer Träger kommt die rechtliche Unabhängigkeit der Selbstverwaltung indessen noch nicht vollkommen zum Ausdruck. Notwendig ist weiter, daß diese Organismen über Aufgaben verfügen, die sie in eigener Verantwortung erfüllen und die als ihr *eigener Wirkungskreis* bezeichnet werden<sup>21</sup>. Daß sie daneben an der Wahrnehmung staatlicher Funktionen mitwirken und demgemäß auch mit einem *übertragenen Wirkungskreis*<sup>22</sup> ausgestattet sind, ändert nichts an ihrer Stellung, da die erstgenannte Serie von Aufgaben ihr Wesen bestimmt.

Die Unterscheidung kam schon in der französischen Verfassung von 1791 zum Ausdruck<sup>23</sup> und hat auch in der neueren deutschen

<sup>17</sup> W. JELLINEK, S. 526 und 529; FORSTHOFF, S. 427 und 444/445 (implicite für die mittelbare Staatsverwaltung); WOLFF, S. 95 für die Selbstverwaltung, die in seiner Sicht Dezentralisation (Weisungsunabhängigkeit) und Mittelbarkeit (Verwaltung durch juristische Personen) voraussetzt; ferner MERKL, S. 348 ff., insbes. S. 352; WALINE, S. 305/306.

<sup>18</sup> Erwähnt seien dazu insbes. die Ausführungen von KELSEN, S. 183/184.

<sup>19</sup> Als Beispiel: DE LAUBADÈRE, S. 87 und – mit veränderten Akzenten – S. 97.

<sup>20</sup> G. JELLINEK, S. 640 und WOLFF, S. 172, der dies eher als Ausnahme erwähnt (vgl. Anm. 17).

<sup>21</sup> Statt vieler: WOLFF, S. 171 ff. und DE LAUBADÈRE, S. 86/87. In deutschen Werken begegnet man folgenden weiteren Bezeichnungen: selbständiger Wirkungskreis, Selbstverwaltungsangelegenheiten, Bereich der mittelbaren Staatsverwaltung, eigene Angelegenheiten; in der französischen Doktrin wird etwa gesprochen von *affaires, tâches, fonctions, droits propres*.

<sup>22</sup> In neueren deutschen Werken wird eher vom aufgetragenen Wirkungskreis, von Auftragsangelegenheiten oder vom Anteil an der unmittelbaren Staatsverwaltung gesprochen.

<sup>23</sup> Ziff. 96 mit Anm. 5.

Verfassungsentwicklung ihren Niederschlag gefunden<sup>24</sup>. In der Schweiz begegnet man ihr in Literatur und Rechtsprechung<sup>25</sup>.

20. Der Trennung beider Bereiche wird große Bedeutung beigemessen. Bei der Wahrnehmung von Funktionen aus dem eigenen Wirkungskreis sind die Organe der Selbstverwaltungskörper nicht in den hierarchischen Aufbau der Staatsverwaltung integriert, wohl aber bei der Erfüllung von Aufgaben, die zum übertragenen Wirkungskreis gehören<sup>26</sup>. Demgemäß besteht nur im zweiten der genannten Fälle ein Weisungsrecht der vorgesetzten staatlichen Verwaltungsbehörde<sup>27</sup>. Soweit Anordnungen der Träger der Selbstverwaltung einer Genehmigung staatlicher Instanzen unterliegen oder ein Rechtsmittel an diese gegeben ist, erstreckt sich die Kontrolle bei Akten aus dem eigenen Wirkungskreis grundsätzlich nur auf die Rechtmäßigkeit, bei solchen aus dem übertragenen Wirkungskreis auf Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit. In reiner Form begegnet man dieser Aussage allerdings nur in theoretisch ausgerichteten Werken<sup>28</sup>. Bei Berücksichtigung des positiven Rechts wird sie in französischen und deutschen Arbeiten in dem Sinne relativiert, daß die staatliche Zweckmäßigkeitsprüfung von Anordnungen aus dem eigenen Wirkungsbereich der Selbstverwaltungskörper dort als zulässig bezeichnet wird, wo das Gesetz sie vorsieht<sup>29</sup>. Damit verliert der Umfang der Kontrolle allerdings die Eigenschaft eines Kriteriums für die Abgrenzung der beiden Bereiche.

<sup>24</sup> Ziff. 104. Der Unterscheidung wird in der deutschen Lehre entscheidendes Gewicht beigemessen.

<sup>25</sup> Ziff. 164 ff.

<sup>26</sup> FORSTHOFF, S. 445 (für die mittelbare Staatsverwaltung); DE LAUBADÈRE, S. 90 und 93/94; WALINE, S. 302.

<sup>27</sup> W. JELLINEK, S. 530/531; WOLFF, S. 95 und 193. FORSTHOFF, S. 445 führt an, es bestehe hier kein Weisungs- und Leitungsrecht, sondern nur die gesetzlich geregelte Staatsaufsicht; ähnlich MERKL, S. 351/352.

<sup>28</sup> Nach KELSEN, S. 180 kann man von Selbstverwaltungskörpern sprechen, wenn die Dezentralisation vollkommen ist und ganze sachliche Belange erfaßt. Kennzeichen der vollkommenen Dezentralisation ist, daß die Normsetzung endgültig und unabhängig geschieht (KELSEN, S. 177 ff. und 180). Hinzuweisen ist ferner auf CARRÉ DE MALBERG, S. 182/183.

<sup>29</sup> FLEINER, S. 117; WOLFF, S. 95 und (ohne diese Beschränkung) S. 193; DE LAUBADÈRE, S. 93/94; WALINE, S. 302/303 und (weniger differenziert) VEDEL, S. 45.

## b) Weitere Kennzeichen und Unterscheidungen

21. Die rechtliche Verselbständigung hat nach den in der Literatur geäußerten Auffassungen zur Folge, daß die Träger der Selbstverwaltung über *eigene Organe* verfügen, deren Struktur und Kompetenzen bestimmen und die mit den entsprechenden Funktionen betrauten Personen bezeichnen<sup>30</sup>. Im Blick auf das positive Recht<sup>31</sup> wird auch diese Aussage allerdings gelegentlich relativiert<sup>32</sup>. – Als weitere Folge, wenn nicht gar als wesentlicher Ausdruck der rechtlichen Selbständigkeit wird der *eigene Finanzhaushalt* genannt, der aus eigenen Finanzquellen alimentiert wird<sup>33</sup>.

22. Weniger vertraut sind dem schweizerischen Betrachter die Ausführungen in ausländischen Werken über die weitgehende Ausrichtung der Tätigkeit rechtlich verselbständigter Träger hoheitlicher Gewalt auf die Ausübung der *Verwaltungsfunktion*<sup>34</sup>. Dieses Konzept stützt sich bei französischen wie bei deutschen Autoren auf das positive Recht der betreffenden Staaten, das den Gemeinden

<sup>30</sup> G. JELLINEK, S. 645; WOLFF, S. 193 (der die Organisationshoheit und die Personalhoheit zu den Eigenverwaltungsrechten zählt); GÖNNENWEIN, S. 122ff. (für die deutschen Gemeinden) und – hinsichtlich der Auswahl der Personen durch den lokalen Verband – DE LAUBADÈRE, S. 86 und 88 sowie WALINE, S. 306/307, alle mit Bezug auf die Gemeinden.

<sup>31</sup> In Frankreich wird die Behördenorganisation der Gemeinden durch das nationale Recht bestimmt (Ziff. 97), in der Bundesrepublik muß sie demokratisch gestaltet sein (Ziff. 103 Abs. 2).

<sup>32</sup> DE LAUBADÈRE, S. 98 erwähnt, daß bei der Dezentralisation durch öffentliche Anstalten die Organe vielfach durch staatliche Stellen eingesetzt werden.

<sup>33</sup> G. JELLINEK, S. 645; FLEINER, S. 99; WOLFF, S. 95 (Selbstverwaltung ist dezentralisierte Verwaltung u. a. auf eigene Kosten), S. 172 und für Gemeinden S. 198ff.; GÖNNENWEIN, S. 111ff. (für die deutschen Gemeinden); MERKL, S. 352; DE LAUBADÈRE, S. 87.

<sup>34</sup> Regelmäßig ist bei der Behandlung der Selbstverwaltung (der mittelbaren Staatsverwaltung, der Dezentralisation) im allgemeinen oder der Stellung der Gemeinden im besondern in französischen und in deutschen Werken an erster Stelle und hauptsächlich die Rede von der Ausübung der Verwaltungsfunktion. – Das entspricht der Rechtslage in der Schweiz nicht, und GIACOMETTI (Kantonales Staatsrecht, S. 70) bezeichnet es denn zu Recht auch als verfehlt, in der Schweiz von Selbstverwaltung und von Selbstverwaltungskörpern zu sprechen. Zum Problemkreis auch GEIGER, S. 44–49 und LIVER, Gemeinderecht S. 40/41.

primär Aufgaben in diesem Bereich zuweist<sup>35</sup>. Verständlich werden in solcher Sicht die Bezeichnungen Selbstverwaltung, mittelbare Staatsverwaltung und *décentralisation administrative* für die hier erörterten Institute, und dieser Standpunkt erklärt auch, warum diese Dezentralisationsfragen mehr dem Verwaltungsrecht als dem Verfassungsrecht zugerechnet werden<sup>36</sup>. Das bedeutet allerdings nicht, daß den verselbständigten Trägern hoheitlicher Gewalt Rechtsetzungsfunktionen abgesprochen würden. Die Ausübung solcher Befugnisse gilt aber doch eher als sekundäre Erscheinung, gleichsam als Folge der Verwaltungsdezentralisation, und sie ändert an der Stellung und an der Charakteristik der Selbstverwaltungskörper nichts<sup>37</sup>. Als Bezeichnung für die Rechtsetzungskompetenz der Selbstverwaltungskörper findet in Deutschland der Ausdruck *Autonomie* Verwendung, der in der Schweiz im Zusammenhang mit dem Gemeinderecht in ganz anderem Sinne gebraucht wird.

23. Erstaunen mag den schweizerischen Leser weiter, daß die ausländische Doktrin der Selbstverwaltung durch Gemeinden *andere Formen der Dezentralisation* (etwa die Autonomie der Hochschulen oder die Erfüllung von Aufgaben im Bereiche der Sozialversicherung durch verselbständigte Träger) zur Seite stellt. Zwar werden die Erscheinungen durchaus getrennt, aber nicht als etwas Grundverschiedenes behandelt, sondern eher als ähnlich motivierte und verwandte Züge aufweisende Modalitäten eines Konzeptes über die Kompetenzaufteilung bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben. In solcher Sicht kann die Selbstverwaltung Anstalten, Verbänden oder gar Einzelpersonen zustehen<sup>38</sup>. Bei der Selbstverwaltung durch Ver-

<sup>35</sup> Für Frankreich Ziff.97, für die Bundesrepublik Ziff.104.

<sup>36</sup> Die Frage wird regelmäßig in Lehrbüchern des Verwaltungsrechts und gelegentlich in solchen der allgemeinen Staatslehre behandelt, meist nur summarisch aber in solchen des Staatsrechts.

<sup>37</sup> G. JELLINEK, S. 633; FLEINER, S. 115/116; PETERS, S. 264/265 und 269/270 (mit verstärkter Betonung der Rechtsetzungsfunktion); FORSTHOFF, S. 446; WOLFF, S. 196ff.; GÖNNENWEIN, S. 143ff. (für die deutschen Gemeinden); KELSEN, S. 182/183; MERKL, S. 356; DE LAUBADÈRE, S. 214.

<sup>38</sup> G. JELLINEK, S. 638 unterscheidet zwischen Selbstverwaltung durch einzelne und durch Verbände. W. JELLINEK, S. 524ff. nennt als Modalitäten die Verwaltung durch beliebige öffentliche Unternehmer und die Selbstverwaltung. WOLFF, S. 172/173 bezeichnet als mögliche Träger der Selbstverwaltung Kör-

bände wird zwischen solchen unterschieden, die territorial begrenzt sind, und jenen, deren Mitgliederkreis anders umschrieben wird (Standes- und Berufsorganisationen, Sozialversicherungsträger usw.)<sup>39</sup>.

c) Die Gemeinden im besondern

24. Im Gegensatz zu den übrigen rechtlich verselbständigten Trägern von Verwaltungsfunktionen erscheinen die Gemeinden als Gebietskörperschaften der lokalen Stufe<sup>40</sup>. Durch ihren Verbandscharakter unterscheiden sie sich von öffentlichen Anstalten, durch ihre territoriale Begrenzung von anders bestimmten Personengruppen und durch die räumliche Ausdehnung ihres Herrschaftsbereichs von übergeordneten Verbänden, die sich aus der Gliederung des Staatsgebietes ergeben.

25. Da die Gemeinden Verbände sind, bilden ihre Angehörigen oder Mitglieder eines ihrer Wesensmerkmale<sup>41</sup>. Dabei wird – ausgesprochen oder unausgesprochen – an natürliche Personen gedacht. Als Verbandsangehörige gelten die Einwohner, die den Gemeinden gegenüber berechtigt und verpflichtet sind. Die Ausübung politischer Rechte allerdings bleibt den Bürgern vorbehalten, ohne daß daraus geschlossen würde, der Verband umfasse nur diese.

26. Die territoriale Begrenzung läßt erkennen, daß das Gebiet ein weiteres Kennzeichen der Gemeinden bildet<sup>42</sup>. «Eine Gemeinde ohne Gebiet ist undenkbar.»<sup>43</sup> Auf diesem Gebiet üben die Ge-

perschaften, Anstalten und Stiftungen. Die beiden Formen der Dezentralisation sind bei DE LAUBADÈRE, S.97ff. die «décentralisation administrative territoriale» und die «décentralisation administrative par services», die durch öffentliche Anstalten verwirklicht wird. Andere Autoren treffen eine ähnliche Unterscheidung durch Nennung von Beispielen.

<sup>39</sup> KELSEN, S.165, MERKL, S.355ff. und verschiedene der in Anm.38 genannten Autoren.

<sup>40</sup> G.JELLINEK, S.640/641; WOLFF, S.175; GÖNNENWEIN, S.74ff.; DE LAUBADÈRE, S.97.

<sup>41</sup> G.JELLINEK, S.644/645; FLEINER, S.105/106 und 110; WOLFF, S.175 und 189/190; GÖNNENWEIN, S.67ff., insbes. S.70/71 und 72.

<sup>42</sup> G.JELLINEK, S.644; FLEINER, S.110; WOLFF, S.186–188; GÖNNENWEIN, S.74ff.; DE LAUBADÈRE, S.97.

<sup>43</sup> GÖNNENWEIN, S.74/75.

meinden die hoheitliche Gewalt aus. Allerdings steht ihnen nicht die oberste Gewalt zu; vielmehr bleiben die Gemeinden in den Staat integriert<sup>44</sup>.

27. Als Selbstverwaltungskörper verfügen sie über eigene Aufgaben, einen selbständigen Wirkungskreis (Ziffer 19); daß sie daneben auch Auftragsangelegenheiten wahrzunehmen haben (im übertragenen Wirkungskreis tätig werden), ist für die Bestimmung ihres Wesens nicht entscheidend. Die Gemeindetätigkeit ist, immer nach Ansicht der Doktrin, auf den lokalen Bereich beschränkt und bezieht sich auf die Erfüllung von Aufgaben, die in diesem Rahmen gelöst werden können<sup>45</sup>.

## *B. Die schweizerischen Gliederungsformen*

### **I. Die erfaßten Gliederungsarten**

28. Die Gemeinden sind durch die schweizerische Lehre stets für sich untersucht und nicht in ein System der Dezentralisation eingestuft worden<sup>46</sup>. Das Bundesgericht ist den gleichen Weg gegangen und hat im Rahmen der Verfassungsgerichtsbarkeit die Tragweite der Garantien zugunsten der Gemeinden unmittelbar aus den Instituten heraus entwickelt, ohne daß dabei Parallelen oder Abgrenzungen zu andern Formen der Aufgliederung hoheitlicher Gewalt gezogen worden wären. Der Versuch, ein geschlossenes System für alle Arten der Zuweisung hoheitlicher Befugnisse (wenigstens

<sup>44</sup> Mit Nachdruck KELSEN, S.182–184.

<sup>45</sup> FLEINER, S.99; WOLFF, S.182; DE LAUBADÈRE, S.86/87.

<sup>46</sup> GIACOMETTI (Kantonales Staatsrecht, S.69/70) unterscheidet in Anlehnung an G.JELLINEK (Ziff.10, insbes. Anm.2) zwischen administrativer Dezentralisation und Selbstverwaltung (mit Kritik an diesem für schweizerische Verhältnisse unzutreffenden Begriff). Derselben Gliederung begegnet man in zahlreichen Arbeiten über schweizerisches Gemeinderecht, zum Teil unter Hinweis auf die französische Terminologie (z.B. bei GEIGER, S.10ff). Die Unterscheidung dient aber – gleich wie die entsprechenden Ausführungen in diesem Bericht – hauptsächlich der Charakterisierung der Gemeinden und nicht wie in ausländischen Arbeiten der Entwicklung eines geschlossenen und differenzierten Systems der Dezentralisation.

innerhalb der Staatsfunktionen der Rechtsetzung und der Verwaltung) an mehr oder weniger verselbständigte Träger nach theoretischen Gesichtspunkten zu entwickeln, soll auch hier nicht unternommen werden. Dargestellt werden soll nur ein beschränkter Bereich der Dezentralisation, und innerhalb von diesem sollen einzig die in unserem Land tatsächlich vorkommenden Modalitäten betrachtet und gegeneinander abgegrenzt werden. Es muß sich dabei allerdings keineswegs um nationale Besonderheiten handeln. Die hier zu treffenden Unterscheidungen dienen allein der besseren Analyse der entsprechenden schweizerischen Institutionen und können die Grundlage zu Vorschlägen über neue Gliederungsmöglichkeiten bieten.

29. In die Darstellung einbezogen wird nur die Dezentralisation in unmittelbare und mittelbare Gemeinschaften natürlicher Personen, in Verbindungen also, an denen die Einwohner oder Bürger direkt oder durch Einschaltung von Zwischenverbänden beteiligt sind. Nicht berücksichtigt werden in diesem Zusammenhang dagegen strukturelle Gliederungen mit der Bildung von Anstalten sowie verbandsfreie Lösungen, wie man sie bei der interkommunalen Zusammenarbeit antrifft<sup>47</sup>.

Weiter erstrecken sich diese Ausführungen einzig auf gebietsmäßig abgegrenzte Gemeinschaften. Die Überlassung öffentlicher Aufgaben an andere Verbände oder verbandsähnliche Organisationen (Standes- und Berufsverbände, Gruppen von Hochschulangehörigen, Krankenkassen usw.) sollen demgegenüber unbeachtet bleiben.

Endlich werden in diesem Zusammenhang nur öffentlich-rechtliche Organisationen besprochen, die an der Ausübung der hoheitlichen Gewalt beteiligt sind.

## II. Die Gebietskörperschaften

30. Die Gemeinden – aber nicht nur sie – gehören zu den Gebietskörperschaften. Als solche seien – mit Vorbehalten bezüglich der Kennzeichen der Gemeinden – gebietsmäßig umgrenzte, mit hoheitlicher Gewalt ausgestattete und rechtlich verselbständigte

<sup>47</sup> Ziff. 293 ff.

Verbände bezeichnet<sup>48</sup>. Der Ausdruck soll hier im Hinblick auf den Gegenstand dieser Arbeit allerdings nur verwendet werden für Korporationen der genannten Art, die nicht die besonderen Eigenschaften von Staaten aufweisen.

31. Als Verbände werden die Gebietskörperschaften durch Personen gebildet. *Mitglieder* sind jene natürlichen Personen, die dauernd der Gemeinschaft angehören. Das sind die Einwohner des betreffenden Territoriums. Unter ihnen kommt den an der Willensbildung beteiligten Bürgern eine besondere Stellung zu. Konstitutives Element des Verbandes sind aber doch wohl nicht nur die mit politischen Rechten ausgestatteten Personen, sondern alle Bewohner mit Einschluß der Minderjährigen und der Ausländer<sup>49</sup>. Menschen, die nur kurzfristig das betreffende Gebiet betreten, und juristische Personen sind zwar der hoheitlichen Gewalt des Verbandes auch unterstellt, und es können ihnen Rechte und Pflichten diesem gegenüber zukommen. Sie gehören aber nicht eigentlich zur Gemeinschaft und tragen diese nicht.

Die vorstehende Aussage bedarf allerdings der Relativierung. Das schweizerische Recht kennt Gebietskörperschaften, die nur durch einen Teil der Einwohner gebildet werden, nämlich die Bürgergemeinden durch die Ortsbürger und die Kirchgemeinden durch die Angehörigen einer bestimmten Religionsgemeinschaft. – Auch tritt in der Schweiz zum Wohnsitz als weiteres Zuordnungskriterium das Bürgerrecht.

<sup>48</sup> Auch das positive Recht knüpft an den Verbandscharakter, die Gebietshoheit und die rechtliche Verselbständigung an, wenn es von Gebietskörperschaften (Baugesetzgebung AI, vgl. Ziff. 79 Abs. 3 mit Anm. 85), von selbständigen Körperschaften des öffentlichen Rechts (§ 70 KV SZ) oder von staatlichen Korporationen mit Territorialhoheit (Art. 40 Abs. 1 KV GR) spricht. – Zur personellen Grundlage von Kantonen und Gemeinden GIACOMETTI, Kantonales Staatsrecht, S. 68/69 und zur Unterscheidung zwischen Selbstverwaltungsträgern (als Oberbegriff) und Selbstverwaltungskörperschaften (Verbänden) GEIGER, S. 12/13. – Ganz anders lautet die Umschreibung, wenn der Staat als Normenkomplex, als (Zwangs-)Ordnung menschlichen Verhaltens betrachtet wird; dann erscheint die Gliederung in Staatsteile als Problem des räumlichen Geltungsbereichs der die Staatsordnung bildenden Normen (Ziff. 13).

<sup>49</sup> Dieser Auffassung begegnet man auch in der ausländischen Doktrin, z. B. bei WOLFF, S. 188–190 und GÖNNENWEIN, S. 70 ff.

Neben der geschilderten Lage mit unmittelbarer Beteiligung der Einzelpersonen am Verband ist eine Lösung denkbar, bei der in dieser Weise gebildete Gebietskörperschaften ihrerseits einen Verband bilden<sup>50</sup>. Solchen Regelungen begegnet man in der Praxis bei der interkantonalen und der interkommunalen Zusammenarbeit. Die Individuen sind an den Gemeinschaften dann nur mittelbar beteiligt.

32. Von andern Selbstverwaltungskörpern in Verbandsform unterscheiden sich die Gebietskörperschaften dadurch, daß der Kreis ihrer Angehörigen territorial begrenzt ist. Das *Gebiet* wird damit zum Wesensmerkmal solcher Körperschaften. Auf ihrem Territorium üben sie die hoheitliche Gewalt aus, sei es in eigener Verantwortung, sei es im Auftrag und unter Aufsicht des übergeordneten Verbandes.

33. Die Gebietskörperschaften sind sodann *rechtlich verselbstständigt*. Das bedeutet, daß sich als solche nur jene Verbände kennzeichnen, die rechtsfähig sind, denen also durch das öffentliche Recht<sup>51</sup> der Status einer juristischen Person verliehen wird. In engstem Zusammenhang damit steht die Vermögensfähigkeit der Gebietskörperschaften<sup>52</sup>, die somit auch über einen eigenen Finanzhaushalt verfügen. Weiteres Merkmal der rechtlichen Verselbstständigung ist die Ausstattung mit eigenen Organen<sup>53</sup> und einer mehr oder weniger weitreichenden Organisationsgewalt. So können

<sup>50</sup> Möglich ist auch die gemeinschaftliche Bildung einer Anstalt, doch ist diese Modalität hier nicht zu berücksichtigen.

<sup>51</sup> Daß es sich um einen öffentlich-rechtlichen Status handeln muß, ergibt sich daraus, daß die Gebietskörperschaften Hoheitsträger sind. Im übrigen beruht die Stellung der Gemeinden und der andern Gebietskörperschaften auf kantonalem Recht, das nur in ganz beschränktem Maße privatrechtlichen Organisationen die Rechtspersönlichkeit verleihen kann (Art. 59 Abs. 3 ZGB). Die Parallele zur privaten Assoziationsfreiheit, die G. JELLINEK, S. 645 zieht, entspricht der schweizerischen Situation jedenfalls nicht.

<sup>52</sup> Zur Bedeutung der Vermögensfähigkeit für die rechtliche Selbständigkeit BURCKHARDT, S. 321 ff.

<sup>53</sup> Erst die Ausstattung mit eigenen Organen verleiht dem Verband die Möglichkeit selbständigen Handelns (entsprechend der Handlungsfähigkeit in privatrechtlicher Terminologie, Art. 54 ZGB). Als rechtliche Verselbstständigung sei hier die Verbindung von Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit bezeichnet.

diese Verbände vielfach innerhalb der vom übergeordneten (kantonalen) Recht gezogenen Grenzen ihre Behördenstruktur festsetzen und die Kompetenzen den einzelnen Organen zuweisen oder unter verschiedenen Organisationsmodellen (mit oder ohne Parlament zum Beispiel) wählen. Stets aber bleibt ihnen die Befugnis gewahrt, die personelle Zusammensetzung ihrer Behörden selbst zu bestimmen.

34. Die meisten, nicht aber alle Gebietskörperschaften zeichnen sich weiter dadurch aus, daß ihnen *Aufgaben zur Wahrnehmung in eigener Verantwortung* zustehen. Gerade die Gemeinden sind daneben aber auch mit Funktionen betraut, bei denen ihre Entscheidungsfreiheit durch Anordnungen der übergeordneten Verbände stark beschränkt wird. Zwischen der Eigenverantwortlichkeit und der rechtlichen Verselbständigung bestehen enge, aber nicht unauflösliche Bande<sup>53a</sup>. So kann die Organisationsgewalt als ein Teil (der formelle Aspekt) der gewissen Gebietskörperschaften zur Wahrnehmung in eigener Verantwortung zugewiesenen Funktionen betrachtet werden<sup>54</sup>. Die Rechtsfähigkeit der Verbände wird gelegentlich als notwendige Voraussetzung für die weisungsfreie Aktivität bezeichnet<sup>55</sup>, ohne daß aber hier eine eindeutige Kausalität ersichtlich wäre<sup>56</sup>.

Auf Grund solcher Überlegungen und wegen der Aufteilung von Aufgaben auf verschiedene Gemeindearten (Ziffern 77–84) sei hier der sachliche Umfang der Zuständigkeit nicht als Kriterium verwendet. Im besondern sollen nicht nur die mit materiell umfassenden Kompetenzen ausgestatteten Verbände als Gebietskörperschaften bezeichnet werden<sup>56a</sup>.

<sup>53a</sup> In diesem Sinne auch NAWIASKY, S. 18 für die Selbstverwaltung.

<sup>54</sup> GIACOMETTI, Kantonales Staatsrecht, S. 77–79 und verschiedene schweizerische Arbeiten; in der ausländischen Literatur etwa WOLFF, S. 193.

<sup>55</sup> DE LAUBADÈRE, S. 87 erklärt, daß die Erledigung lokaler Aufgaben durch die «collectivités décentralisées» deren Rechtsfähigkeit voraussetzt.

<sup>56</sup> Ziff. 41.

<sup>56a</sup> In ausländischen Werken erscheint die Allzuständigkeit gelegentlich als Merkmal der Gebietskörperschaften, so bei GÖNNENWEIN, S. 46 mit Anm. 26 und BÉNOIT, S. 977.

35. Die vorgenannten Merkmale gelten nicht nur für *innerstaatliche Verbände* dieser Art, sondern auch für den Staat selbst. Von diesem unterscheiden sich andere Träger hoheitlicher Gewalt dadurch, daß sie in ihrem Gebiet nicht über die höchste Gewalt verfügen, ihre Rechtsordnung vielmehr der staatlichen untergeordnet ist und ihren Geltungsgrund in dieser findet<sup>57</sup>. Die entscheidenden Merkmale des Staates aufzuzeigen, ist hier nicht der Ort. Ebenso muß eine Auseinandersetzung mit dem Wesen der Kantone unterbleiben, da für eine Theorie des Bundesstaates in diesem Bericht kein Raum ist. Wird aber die Charakteristik der Kantone nicht erörtert, so ist auch die Abgrenzung zwischen diesen und den andern Gebietskörperschaften (besonders den Gemeinden) nach rein juristischen Gesichtspunkten nicht möglich. Die Arbeit ist indessen der innerkantonalen Dezentralisation gewidmet, und die Abgrenzung nach oben sei in diesem Zusammenhang nur angedeutet.

### III. Andere territorial begrenzte Verbände

36. Zur räumlichen Gliederung des Gemeinwesens können nicht nur Gebietskörperschaften gebildet, sondern auch andere öffentlich-rechtliche Verbände mit territorialer Begrenzung des Mitgliederkreises geschaffen werden. Diese unterscheiden sich von der erstgenannten Kategorie hauptsächlich durch ihre fehlende rechtliche Verselbständigung. Selbstverständlich ist die Dezentralisation außerdem durch Gründung öffentlicher Anstalten und durch die Überlassung hoheitlicher Funktionen an öffentlich-rechtliche Verbände ohne territorialen Bezug oder gar an privatrechtliche Organisationen denkbar, doch sollen solche weiteren Arten auch an dieser Stelle nicht berücksichtigt werden.

37. Der *Verbandscharakter* solcher Organisationen, die nicht alle Merkmale von Gebietskörperschaften aufweisen, mag häufig weniger deutlich in Erscheinung treten. Dennoch sind auch der Bezirk und der Friedensrichterkreis nicht mehr oder weniger verselbständigte Objekte und damit Anstalten, sondern Personengemeinschaften. Daß sie – gleich wie die meisten Gebietskörperschaften –

<sup>57</sup> Dazu GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht, S.36ff. und Kantonaes Staatsrecht, S.70/71, BURCKHARDT, S.157ff., ferner AUBERT, Nr.511.

nicht aus freiem Willen der Angehörigen gebildet, sondern vom übergeordneten Gemeinwesen geschaffen werden, ändert nichts an ihrem Verbandscharakter.

Auch hier sind die Mitglieder Einzelpersonen. Wiederum können diese unmittelbar am Verband beteiligt sein oder auch nur mittelbar in ihrer Eigenschaft als Angehörige von Gebietskörperschaften oder anderer Gemeinschaften, die solche Verbände tragen. So sind etwa die Einwohner an Zweckverbänden von Gemeinden nur mittelbar beteiligt. Keinen (auch keinen mittelbaren) Anteil haben sie dagegen an öffentlich-rechtlichen Zusammenschlüssen von Anstalten.

38. Sobald der Mitgliederkreis territorial begrenzt ist, wird das *Gebiet* zum Wesensmerkmal des Verbandes. Darin unterscheidet sich dieser aber nicht von der Gebietskörperschaft.

39. Das maßgebende Abgrenzungskriterium ist die juristische Verselbständigung. Fehlt eines der in Ziffer 33 genannten Merkmale, so ist der Verband *rechtlich nicht selbständig* und bildet keine Gebietskörperschaft. Das trifft zu, wenn er nicht über die Rechtspersönlichkeit verfügt, wenn er nicht vermögensfähig ist oder wenn er keine eigenen Organe hat, die er selbst bestellt. Diese drei Kennzeichen bedingen einander weitgehend, nicht aber vorbehaltlos. Daher sind innerhalb der territorial begrenzten Verbände, die keine Gebietskörperschaften in der hier verwendeten Sinndeutung dieses Ausdrucks bilden, Unterscheidungen möglich, von denen aber nicht alle denkbaren Modalitäten zu nennen sind.

40. Eine Unterteilung allerdings sei getroffen, weil sie vom Standpunkt der Verbandsangehörigen (vor allem der Bürger) aus besonders wichtig ist. Sie betrifft die *Bestellung der Organe*. Es mag dem Grundtyp des rechtlich nicht verselbständigten Verbandes entsprechen, daß die für ihn zuständigen Organe vom übergeordneten Gemeinwesen (oder einer andern Gebietskörperschaft) geschaffen und personell besetzt werden. Indessen kennt das schweizerische Recht zahlreiche gebietsmäßig begrenzte Verbände, die nicht über die Rechtsfähigkeit verfügen, die Mitglieder ihrer mit hoheitlichen Funktionen ausgestatteten Behörden aber selbst bezeichnen. So wählen im Kanton Zürich die Stimmberechtigten der Bezirke die eigentlichen Bezirksbehörden<sup>58</sup>, während die Inhaber gewisser

<sup>58</sup> Das sind die Mitglieder und der Präsident des Bezirksgerichtes, der Statt-

Funktionen der Bezirksverwaltung von kantonalen Instanzen bezeichnet werden; die Notare werden von den Stimmberechtigten der Notariatskreise, die Lehrer von jenen der Schulkreise gewählt<sup>59</sup>. Daran zeigt sich, daß das demokratische Prinzip bei der territorialen Dezentralisation auch ohne die Bildung von Gebietskörperschaften durchaus gewahrt werden kann<sup>60</sup>.

41. In der Regel besteht eine enge Beziehung zwischen der rechtlichen Selbständigkeit eines Verbandes und der *Eigenverantwortlichkeit* seiner Organe bei der Erfüllung hoheitlicher Funktionen. Immerhin sind auch Gebietskörperschaften denkbar, deren Behörden in allen Bereichen ihrer Tätigkeit einem umfassenden Weisungs- und Kontrollrecht der Instanzen des übergeordneten Verbandes unterstehen. Andererseits handeln Organe rechtlich nicht verselbständigter Verbände zwar namens einer (meist der übergeordneten) Gebietskörperschaft<sup>61</sup>, deren Behörden sie aber nicht in jeder Beziehung subordiniert sein müssen. Bei der Wahrnehmung von Verwaltungsfunktionen wird allerdings eine solche Abhängigkeit gegeben sein, weil die Verwaltungsbehörden hierarchisch aufgebaut sind und vorgesetzten Organen ein umfassendes Weisungs- und Kontrollrecht zusteht, soweit nicht die Einheit der Organisation durch rechtliche Verselbständigung von Hoheitsträgern gebrochen wird. Wenn aber Rechtsetzungs- und Rechtsprechungsfunktionen

halter, die Mitglieder des Bezirksrates, die Bezirksanwälte, die Mitglieder der Bezirkskirchenpflege und der Bezirksschulpflege (Gesetz über die Wahlen und Abstimmungen vom 4. Dezember 1955, § 110).

<sup>59</sup> Analoge Bestimmungen gelten für Vollstreckungsbeamte und für Friedensrichter, vgl. Wahlgesetz ZH (zit. Anm. 58) §§ 111 und 113; Gemeindeordnung der Stadt Zürich vom 26. April 1970, Art. 3–5.

<sup>60</sup> Es scheint, daß dieser Umstand in der schweizerischen Literatur zu wenig beachtet wird, wird doch die «bloße» administrative Dezentralisation als rein verwaltungstechnisch bedingte Maßnahme der Selbstverwaltung gegenübergestellt, welche dem einzelnen Mitwirkungsrechte bei der Ausübung hoheitlicher Funktionen im lokalen Bereich sichert und damit bedeutende immaterielle Werte verkörpert.

<sup>61</sup> In der Regel handeln die Organe namens der übergeordneten Körperschaft (die Bezirksbehörden also im Namen des Kantons). Organe von Zweckverbänden ohne Rechtspersönlichkeit werden aber namens der angeschlossenen Gemeinden tätig.

auf der dezentralisierten Stufe ausgeübt werden, ist das Handeln von Organen nicht verselbständigter Verbände in eigener Verantwortung denkbar. So ist es nicht ausgeschlossen, daß Rechtssätze für einen Teil der Gebietskörperschaft (für die nicht verselbständigte Fraktion einer Gemeinde zum Beispiel) durch die für dieses Teilgebiet zuständigen und von dessen Bevölkerung eingesetzten Organe aufgestellt werden, ohne in einem Genehmigungs- oder Rekursverfahren der umfassenden Kontrolle der Gebietskörperschaft zu unterliegen. Bei der Rechtsprechung können auch nicht alle Urteile eines Bezirksgerichts (als Organ eines rechtlich unselbständigen Verbandes) mit einem ordentlichen, die allseitige Überprüfung zulassenden Rechtsmittel beim kantonalen Gericht angefochten werden. Die fehlende rechtliche Verselbständigung des Verbandes wird zwar in der Regel (jedenfalls bei der Ausübung der Verwaltungsfunktion) ihren Ausdruck auch in der mangelnden Eigenverantwortlichkeit der Verbandsorgane finden. Ein eigentliches Merkmal rechtlich nicht verselbständigter territorialer Verbände ist darin aber nicht zu erblicken.

#### IV. Die Verbandsarten

42. Die gebietsmäßig umgrenzten innerstaatlichen öffentlich-rechtlichen Verbände mit hoheitlichen Funktionen lassen sich im Sinne der vorstehenden Ausführungen nach dem Grade der ihnen zuerkannten *Selbständigkeit* und unter Verzicht auf die Nennung aller denkbaren Unterarten in zwei Hauptkategorien gliedern<sup>62</sup>.

Die erste wird gebildet durch die Gebietskörperschaften mit Rechtsfähigkeit, Vermögensfähigkeit und eigenen, selbst bestellten Organen. Diese Gruppe läßt sich weiter unterteilen in Gebietskörperschaften, denen Aufgaben zur Wahrnehmung in eigener Verantwortung zustehen, und in solche, die nur einzelne zugewiesene Funktionen erfüllen und deren Organe einem umfassenden Weisungs- und Kontrollrecht durch das übergeordnete Gemeinwesen oder andere Gebietskörperschaften unterstehen.

<sup>62</sup> Diese Gliederung entspricht, wie bei Ziff. 28 in Anm. 46 dargelegt, der in den meisten schweizerischen Werken anzutreffenden Unterscheidung.

Zur zweiten Hauptkategorie gehören Verbände, die rechtlich nicht im vorgenannten Sinne verselbständigt sind, denen es also an der Rechtsfähigkeit, der Vermögensfähigkeit oder eigenen und selbst bestellten Organen mangelt. Innerhalb dieser Kategorie sollen im Hinblick auf spätere Betrachtungen nach einem andern Kriterium zwei Gruppen gebildet werden, von denen die eine Verbände mit selbst bestellten Behörden und die andere Verbände mit Organen umfaßt, die vom übergeordneten Gemeinwesen oder einer andern Gebietskörperschaft personell besetzt werden.

43. Nach dem Kriterium der *Mitgliedschaft* sind zu unterscheiden
- Verbände, an denen Einzelpersonen unmittelbar beteiligt sind,
  - Verbände, deren Mitglieder wiederum Verbände sind, so daß die Einzelpersonen nur mittelbar an der Gemeinschaft Anteil haben.

## § 2. Die räumliche Gliederung der Schweiz

### A. Die Stufenfolge

#### I. Die Einordnung der Gemeinden in den mehrstufigen Staatsaufbau

44. Daß sein Land eine räumliche Struktur mit den drei Stufen von Bund, Kantonen und Gemeinden aufweist, gehört zum staatsbürgerlichen Minimalrüstzeug des Schweizlers. Dieser weiß auch, daß es sich dabei nicht um eine beliebige Form der territorialen Gliederung handelt, sondern daß die räumlich begrenzten Verbände aller drei Stufen selbständige Träger hoheitlicher Gewalt sind. Die rechtliche Verselbständigung nimmt allerdings nach unten ab, denn die Rechtsordnung einer Gebietskörperschaft ist jener des höheren Verbandes (insbesondere des Staates) unterstellt<sup>1</sup>. Außerdem ist die Selbständigkeit der Gemeinden weniger stark verankert als jene der Kantone, wird doch der Bereich, in welchem die Gemeinder tätig sein können, durch einfache Gesetze der Kantone bestimmt<sup>2</sup>, während der Verfassungsgesetzgeber selbst die Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Kantonen trifft.

<sup>1</sup> Ziff. 35 und 147 ff.

<sup>2</sup> Ziff. 148–150.

45. Die durchwegs realisierte Einteilung des Kantonsgebietes in Gemeinden<sup>3</sup> entspricht indessen nur der effektiven Mindestgliederung. Hauptsächlich im Bereich zwischen dem Kanton und den Gemeinden, aber auch innerhalb von diesen begegnet man weiteren Stufen der territorialen Dezentralisation. Zum kleineren Teil handelt es sich dabei um Gebietskörperschaften, zur Hauptsache aber um Verbände ohne Rechtsfähigkeit mit selbst bestellten Organen oder mit solchen, die durch das übergeordnete Gemeinwesen personell besetzt werden. Da die Gemeinden in dieses System eingestuft sind, seien die verschiedenen Gliederungsmaßnahmen im folgenden kurz dargestellt. Dabei wird zwischen der Hauptgliederung (Ziffern II und III) und der ergänzenden Gebietseinteilung für einzelne Zwecke (Ziffer IV) unterschieden. Nicht berücksichtigt wird dagegen auch in diesem Zusammenhang die territoriale Dezentralisation durch öffentlich-rechtliche Verbände ohne hoheitliche Funktionen, durch privatrechtlich organisierte Verbände oder durch Anstalten.

46. Zweckmäßighkeitsüberlegungen haben den Bund veranlaßt, die Befugnisse einzelner seiner Organe räumlich zu begrenzen<sup>4</sup>. Im Rahmen des kooperativen Föderalismus sind sodann interkantonale Verbände geschaffen worden. Diese Stufe zwischen Bund und Kantonen bleibe hier, wo die Einordnung der Gemeinden in die innerkantonale Gliederung darzustellen ist, unberücksichtigt.

## II. Die Stufe zwischen Kanton und Gemeinden

47. Alle größeren Kantone weisen eine den Gemeinden räumlich übergeordnete Gliederung auf. Diese wird vom Bundesrecht nicht vorgeschrieben, in einzelnen Erlassen aber berücksichtigt<sup>5</sup>.

48. Eingeteilt sind in dieser Weise<sup>6</sup>:

<sup>3</sup> Ein Vorbehalt bezüglich der Stadt Basel wird in Ziff. 76 anzubringen sein.

<sup>4</sup> Als Beispiele seien genannt die Kreise der Eidgenössischen Arbeitsinspektorate (Verordnung I zum Arbeitsgesetz vom 14. Januar 1966, Art. 79), die Schätzungskreise (Bundesgesetz über die Enteignung vom 20. Juni 1930, Art. 58), die Zollkreise (Bundesgesetz über das Zollwesen vom 1. Oktober 1925, Art. 132) und die Kreise eidgenössischer Betriebe.

<sup>5</sup> So etwa in Art. 927 Abs. 2 OR in bezug auf die Führung des Handelsregisters.

<sup>6</sup> Die Organisation und die Aufgaben der Bezirke werden meist in mehreren Erlassen (im Sinne der Festlegung der Befugnisse der Bezirksbehörden) um-

Zürich in 11 Bezirke (Art. 43–46 KV),  
 Bern in 30 Amtsbezirke (districts) (Art. 45–47 KV),  
 Luzern in 5 Ämter und in 6 Gerichtsbezirke (§§ 23 und 83 KV),  
 Schwyz in 6 Bezirke (§§ 22, 23 und 70–85 KV),  
 Freiburg in 7 Verwaltungsbezirke (districts administratifs) und in  
 Gerichtsbezirke (arrondissements judiciaires) (Art. 22 Abs. 1 KV),  
 Solothurn in 5 Amteien (Art. 16 und 43 KV),  
 Basel-Landschaft in 4 Verwaltungs- und in 5 Gerichtsbezirke  
 (§ 24 und § 26 Abs. 2 Satz 2 KV),  
 Schaffhausen in 6 Bezirke (Art. 72 KV),  
 Appenzell A.Rh. in 3 Bezirke (Art. 3 und 62 KV),  
 Appenzell I.Rh. in den inneren und den äußeren Landesteil<sup>7</sup>,  
 St. Gallen in 15 Bezirke (Art. 70/71, 78 Abs. 1, 110 und 113 KV),  
 Graubünden in 14 Bezirke und in 39 Kreise (Art. 12, 38, 39 und  
 49 KV),  
 Aargau in 11 Bezirke und in Kreise (Art. 23, 42, 43 und 54 KV),  
 Thurgau in 8 Bezirke und 32 Kreise (§§ 30, 41–43, 51 und 53 KV),  
 Tessin in 8 distretti und in circoli (Art. 10, 41 und 43 KV),  
 Waadt in 19 districts und in cercles (Art. 21 und 72 KV),  
 Wallis in 13 Bezirke (districts) und in (Gerichts-) Kreise (arrondisse-  
 ments) (Art. 26, 59, 62 und 63 KV).

49. In der Regel dient diese Gliederung der Dezentralisation der Verwaltung und der Rechtspflege, in verschiedenen Kantonen allerdings vorwiegend oder gar ausschließlich dem einen dieser Zwecke. So sind beispielsweise in Graubünden die Bezirke reine Zivilgerichtssprengel, und im Tessin gilt die vorgenannte Gebietseinteilung praktisch ausschließlich für die Rechtspflege und die Registerführung. Wo eine zweistufige Struktur zwischen Gemeinden und Kanton eingeschaltet ist, kann die Einteilung in Kreise (ausgenommen in Graubünden) wegen der beschränkten Funktionen dieser Verbände (in mehreren Kantonen sind es einfach Friedensrichterkreise) kaum mehr zur ordentlichen Gliederung gezählt werden; es handelt sich dabei eher um eine Spezialstruktur im Sinne der Ziffer IV.

schrieben. Im Text wird nur auf die maßgebenden Bestimmungen der Kantonsverfassungen hingewiesen.

<sup>7</sup> Zur Gliederung von AI vgl. Ziff. 53 und 79 Abs. 3.

50. An den Bezirken, Ämtern, Amteien und Kreisen sind die Einzelpersonen unmittelbar beteiligt. Um Gebietskörperschaften handelt es sich dabei in der Regel nicht. Zwar verfügen die Bezirke meist über selbst bestellte Organe<sup>8</sup>, wobei allerdings gewisse Beamte von kantonalen Instanzen eingesetzt werden. Es fehlt ihnen aber – von Ausnahmen abgesehen – die Rechtsfähigkeit und die Vermögensfähigkeit. Bei der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben handeln die Bezirksbehörden nicht in eigener Verantwortung, sondern unterstehen einem umfassenden Weisungs- und Kontrollrecht der zentralen kantonalen Organe. In der Rechtspflege dagegen ist eine gewisse Eigenverantwortlichkeit dann gegeben, wenn Entscheide der Bezirks- oder Kreisgerichte nicht mit einem ordentlichen Rechtsmittel angefochten werden können.

51. Bei der Einteilung des Kantons Uri in die beiden «Gemeinwesen» Uri und Urseren<sup>9</sup> dürfte nur in beschränktem Maße eine der hier zu behandelnden räumlichen Gliederungen vorliegen, weshalb unter Ziffer 48 nicht auf die beiden öffentlich-rechtlichen Korporationen hingewiesen worden ist. Diese sind allerdings rechtsfähig, und es steht ihnen das Eigentum und das Verfügungsrecht zu über die Allmenden und – in gewissem Maße jedenfalls – über die (öffentlichen) Gewässer<sup>10</sup>. Es handelt sich hierbei aber doch eher um die Ausübung von Vermögensrechten als um die Wahrnehmung hoheitlicher Funktionen. Solche vermag in beschränktem Maße die Korporation Urseren auszuüben, an der Einzelpersonen unmittelbar beteiligt sind, die das Gebiet von drei Gemeinden umfaßt und über eine eigene Behördenorganisation verfügt<sup>11</sup>.

52. Besonderer Erwähnung bedürfen die Bezirke in Schwyz. Es handelt sich dabei um öffentlich-rechtliche, mit Gebietshoheit ausgestattete Verbände, an denen die einzelnen unmittelbar beteiligt

<sup>8</sup> Vgl. für ZH als Beispiel Ziff. 40 (insbes. Anm. 58).

<sup>9</sup> Art. 34 Abs. 1 KV UR.

<sup>10</sup> Art. 34 Abs. 1 KV UR; Gesetz betreffend die Einführung des schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 7. Mai 1911, §§ 124 und 125; nicht publizierter BGE vom 27. Oktober 1955 in Sachen Korporation Uri gegen Kanton Uri betreffend Eigentum und Verfügungsrecht an den Gewässern der Göscheneralp (vgl. Landbuch des Kantons Uri, 13. Band, 1954–60, S. 301/302).

<sup>11</sup> Art. 89 KV UR.

sind<sup>12</sup> und die sogar ein besonderes Bürgerrecht kennen, das zu jenem der Gemeinden hinzutritt<sup>13</sup>. Die schwyzerischen Bezirke sind nach ausdrücklicher Vorschrift der Kantonsverfassung «selbständige Körperschaften des öffentlichen Rechts»<sup>14</sup>, und sie verfügen im besondern auch über Rechtsetzungsbefugnisse<sup>15</sup>. Sie sind mit einer umfassenden Behördenorganisation (Bezirksgemeinde, Bezirksrat und Bezirksgericht) ausgestattet, was erlaubt, die Organe jener Bezirke, die nur eine Gemeinde umfassen, auch mit der Erfüllung von kommunalen Aufgaben zu betrauen<sup>16</sup>. Die schwyzerischen Bezirke sind zweifelsohne Gebietskörperschaften in dem hier verwendeten Sinn dieses Wortes<sup>17</sup>.

53. Appenzell I.Rh. weist eine besondere Struktur auf, die im geschriebenen Recht nicht voll zum Ausdruck gelangt<sup>18</sup> und in Überarbeitung steht<sup>19</sup>. Der Kanton ist heute eingeteilt in zwei Landesteile und in sechs Bezirke<sup>20</sup>, die (weitgehend) den Gemeinden in andern Kantonen entsprechen. Die Rhoden sind demgegenüber heute nur noch Geschlechterverbände ohne räumliche Begrenzung und ohne hoheitliche Funktionen<sup>21</sup>.

Die beiden geographisch nicht verbundenen Landesteile weisen eine unterschiedliche Struktur auf. Während das Innere Land das Gebiet von fünf Bezirken (Gemeinden) umfaßt, deckt sich der äußere Landesteil mit dem Bezirk Oberegg, so daß dort die beiden Stufen praktisch nicht getrennt sind. Diese Landesteile bilden Verbände mit unmittelbarer Beteiligung der Individuen und mit einem Bürgerrecht (von Appenzell und Oberegg), während sich ein solches

<sup>12</sup> SIMON, S. 90.

<sup>13</sup> SIMON, S. 95/96.

<sup>14</sup> § 70 KV SZ.

<sup>15</sup> § 83 lit. a KV SZ.

<sup>16</sup> § 82 KV SZ; es handelt sich um Gersau, Einsiedeln und Küßnacht.

<sup>17</sup> Zur Charakteristik der Bezirke: SIMON, S. 89 ff.

<sup>18</sup> Ein erheblicher Teil der hier zu erwähnenden Ordnung beruht auf Gewohnheitsrecht. So werden die Landesteile in der KV gar nicht erwähnt.

<sup>19</sup> Entsprechende Anträge des Großen Rates wurden allerdings an den Landsgemeinden 1971 und 1972 abgelehnt.

<sup>20</sup> Nur diese werden in der Verfassung erwähnt, vgl. Art. 15 KV AI.

<sup>21</sup> KOLLER, S. 891/892; LOCHER, S. 79/80.

auf der Ebene der Bezirke (Gemeinden) nicht entwickelt hat<sup>22</sup>. Jene sind gebietsmäßig umgrenzt, üben hoheitliche Funktionen aus<sup>23</sup>, sind rechtsfähig und vermögensfähig, verfügen aber nicht über eigene Organe; vielmehr sind für den inneren Landesteil die Kantonsbehörden und für den äußeren die Bezirksbehörden von Oberegg zuständig<sup>24</sup>. Damit fehlt ihnen ein Kennzeichen der Gebietskörperschaften nach der für diese verwendeten Definition<sup>25</sup>.

54. In Graubünden bilden die Kreise – anders als die Bezirke<sup>26</sup> – territorial begrenzte Verbände mit unmittelbarer Beteiligung der Einwohner und mit eigener Rechtspersönlichkeit<sup>27</sup>. Sie scheinen vermögensfähig zu sein und verfügen über die Steuerhoheit<sup>28</sup>, der allerdings nur geringe praktische Bedeutung zukommt<sup>29</sup>. Wenigstens einzelne von ihnen haben eine vollständige Behördenorganisation<sup>30</sup>, und ihre Organe können Rechtsetzungs-, Verwaltungs- und Rechtspflegefunktionen ausüben<sup>31</sup>. Damit weisen sie alle Merkmale von Gebietskörperschaften auf. Indessen ist ihr Aufgabenbereich in

<sup>22</sup> KOLLER, S. 889; LOCHER, S. 73; SENN, S. 9.

<sup>23</sup> Offenbar sind sie in den Bereichen der Verwaltung und der Rechtspflege tätig, vgl. LOCHER, S. 71 ff. Das Innere Land verfügt auch über die Steuerhoheit (LOCHER, S. 75/76).

<sup>24</sup> LOCHER, S. 76 nimmt demgegenüber an, daß für das Innere Land die Landsgemeinde und der Große Rat ohne die aus dem Bezirk Oberegg stammenden Mitglieder amten. Die Frage ist im geschriebenen Recht nicht geregelt.

<sup>25</sup> LOCHER, S. 72/73 und 76/77 nimmt an, der innere, nicht aber der äußere Landesteil weise eine Eigenexistenz auf.

<sup>26</sup> Die Bezirke (Art. 49 KV GR) sind reine Zivilgerichtssprengel; LIVER, Verfassungsgeschichtlicher Überblick, S. 977.

<sup>27</sup> LARDELLI, S. 43/44; LIVER, Verfassungsgeschichtlicher Überblick, S. 977.

<sup>28</sup> Art. 38 Abs. 2 KV GR.

<sup>29</sup> Dazu VON RECHENBERG, S. 538 und LARDELLI, S. 162 ff. Dieser legt dar (S. 165/166), daß nur wenige Kreise direkte Steuern erheben, die meisten aber ihr Defizit auf die beteiligten Gemeinden aufteilen. So wird im Statut des Kreises Davos vom 27. Februar 1921 (Art. 13 Abs. 2) bestimmt, daß das Defizit von der politischen Gemeinde getragen wird.

<sup>30</sup> Art. 39 KV GR. In Davos bestehen folgende Kreisorgane (Statut des Kreises Davos vom 27. Februar 1921, Art. 2 ff.): die Kreisgemeinde (die ihre Funktionen als Landsgemeinde oder durch Urnenabstimmung ausübt), das Kreisgericht, der Kreisgerichtsausschuß, der Kreispräsident (Landammann), die Kreiskommissionen und Kreisbeamten.

<sup>31</sup> Art. 38 Abs. 1 und 2 KV GR.

sachlicher Beziehung auf die gesetzlich zugewiesenen Aufgaben beschränkt<sup>32</sup>, zu denen vornehmlich die Strafrechtspflege, das Vormundchaftswesen und die Zwangsvollstreckung gehören.

### III. Die Unterteilung von Gemeinden

55. In Gemeinden mit großer Bevölkerungszahl kann sich die Notwendigkeit einer Dezentralisation im Hinblick auf die zweckmäßige Führung der Verwaltungsgeschäfte ergeben. Aber auch die sinnvolle Ausübung demokratischer Mitwirkungsrechte bedingt gelegentlich eine räumliche Gliederung. Beide Gesichtspunkte haben beispielsweise dazu geführt, die Stadt Zürich mit ihren 1280 Volksschullehrern in sieben Schulkreise aufzugliedern, die je über eine Schulpflege verfügen und Wahlkreise für die Volkswahl der Lehrer bilden. Ähnliche Bedürfnisse können sich in Gemeinden mit großem und stark gegliedertem Gebiet ergeben, weil dort die nachbarschaftlichen Beziehungen auf Gemeindeebene nicht mehr voll gewahrt sind.

56. Aus solchen und aus historischen Gründen weisen Gemeinden in verschiedenen Kantonen eine territoriale Unterteilung auf. Daneben begegnet man auch funktionellen Gliederungen, indem gewisse Aufgaben (besonders der Betrieb von Versorgungsanlagen) speziellen öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Verbänden oder Anstalten übertragen sind<sup>33</sup>. Berücksichtigt werden sollen in diesem Zusammenhang aber nur die räumlichen Gliederungen<sup>34</sup>.

57. Auch auf dieser subkommunalen Stufe begegnet man mehreren der in Ziffer 42 erwähnten Verbandsarten. Die Zuweisung zu den einzelnen Kategorien ist nicht immer einfach, weil das positive Recht vielfach keine klare Regelung enthält. Immerhin kann gesagt werden, daß es sich bei einem Teil dieser Verbände um Gebietskörperschaften handelt, die gewisse Aufgaben in eigener Verantwortung oder unter unmittelbarer Aufsicht durch die Gemeinden

<sup>32</sup> Art. 38 Abs. 1 KV GR; LARDELLI, S. 45.

<sup>33</sup> Die Dezentralisation kann auch mit solchen Institutionen sehr weit getrieben werden. So sollen in der Gemeinde Wald ZH 13 Wasserversorgungsgenossenschaften tätig sein.

<sup>34</sup> Für räumliche und funktionelle Gliederungen mit der Bildung rechtlich selbstständiger öffentlich-rechtlicher Träger vgl. ALTHAUS, S. 19 ff.

besorgen. Man begegnet aber auch territorial begrenzten Verbänden ohne Rechtspersönlichkeit, deren mit hoheitlichen Funktionen betrauten Organe entweder von Gemeindebehörden eingesetzt oder vom Verband selbst personell besetzt oder gar organisiert werden.

58. Für größere Gemeinden sieht das kantonal-zürcherische Recht die Möglichkeit der Bildung von Verwaltungskreisen<sup>35</sup>, die in der Regel auch Friedensrichterkreise und Betreuungskreise sind, und von Schulkreisen<sup>36</sup> innerhalb der Gemeinde vor. Die Stadt Zürich hat von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht und die den einstigen Gemeinden entsprechenden Quartiere in zwölf Kreise gruppiert<sup>37</sup>, die mit gewissen Verwaltungsaufgaben betraut sind und Abstimmungs- und Wahlkreise, Stadtammann- und Betreuungskreise sowie Friedensrichterkreise bilden. Außerdem ist das Stadtgebiet in sieben Schulkreise eingeteilt, von denen schon die Rede war<sup>38</sup>. Diese Kreise sind keine Gebietskörperschaften, denn sie sind nicht rechtsfähig. Zum Teil verfügen sie über Behörden, Beamte und Lehrer, die im Kreis selbst gewählt werden, zum Teil aber werden die für den Kreis zuständigen Organe von den städtischen Behörden ernannt. Soweit dies zutrifft, liegt die Form der Dezentralisation mit dem geringsten Grad an rechtlicher Verselbständigung vor.

59. Demgegenüber kennt das bernische Recht<sup>39</sup> Unterabteilungen von Gemeinden, die alle Kennzeichen von Gebietskörperschaften aufweisen und insbesondere über die Rechtsfähigkeit verfügen<sup>40</sup>. Neue Verbände dieser Art können allerdings nur ausnahmsweise geschaffen werden, wobei der Regierungsrat, die Gemeinde selbst und die Mehrheit aller Stimmberechtigten<sup>41</sup> der betreffenden Unterabteilung zustimmen müssen. Die Unterabteilungen tragen die Be-

<sup>35</sup> Gesetz über das Gemeindegewesen vom 6. Juni 1926 (in der Fassung gemäß Gesetz vom 14. September 1969), §100a in Verbindung mit den §§88 und 88a.

<sup>36</sup> Gemeindegesetz (zit. Anm. 35), §114a.

<sup>37</sup> Gemeindeordnung der Stadt Zürich vom 26. April 1970, Art. 3 und 4.

<sup>38</sup> Gemeindeordnung (zit. Anm. 37), Art. 5. Vgl. Ziff. 55.

<sup>39</sup> Die KV enthält darüber keine Bestimmungen, wohl aber das Gesetz über das Gemeindegewesen vom 9. Dezember 1917, Art. 67–72.

<sup>40</sup> In Art. 69 Abs. 1 des Gemeindegesetzes (zit. Anm. 39) werden sie als «öffentlich-rechtliche Körperschaften» bezeichnet.

<sup>41</sup> Gemeindegesetz (zit. Anm. 39), Art. 68 Abs. 2.

zeichnungen Bäuert, Ortsgemeinde, Dorfgemeinde, Viertelsgemeinde, section<sup>42</sup> und erfüllen die ihnen im Gemeindereglement zugewiesenen Aufgaben<sup>43</sup>. Dabei können sie rechtsetzend tätig sein (etwa eine Bauordnung aufstellen<sup>44</sup>) und Steuern erheben<sup>45</sup>.

60. Obwalden sieht in der Kantonsverfassung selbst die Möglichkeit vor, daß sich innerhalb einer Einwohnergemeinde «besonders umgrenzte Gebiete zur Erfüllung bestimmter Aufgaben der Einwohnergemeinde als Bezirksgemeinde mit eigenen Verwaltungsbehörden organisieren und sich zu diesem Zwecke im Rahmen der Gesamtgemeinde eine eigene Bezirksgemeindeordnung geben»<sup>46</sup>. Da diese Verbände zudem über die Rechtspersönlichkeit verfügen, kennzeichnen sie sich als Gebietskörperschaften. Bezirksgemeinden dieser Art bestehen indessen nur in Sarnen.

61. In Graubünden haben gewisse Gemeinden gestützt auf ihre Autonomie<sup>47</sup> ihr Gebiet räumlich in Fraktionen oder in Fraktionsgemeinden gegliedert<sup>48</sup> und diesen einzelne ihrer Befugnisse (teils sogar eine gewisse Steuerhoheit<sup>49</sup>) übertragen. Es handelt sich dabei um Verbände, die in einem bestimmten Gebiet die Hoheit ausüben und über eigene, selbst gewählte Organe verfügen<sup>50</sup>. Ob ihnen die Rechtspersönlichkeit zusteht und es sich demgemäß um Gebietskörperschaften handelt, ist nicht durchwegs geklärt<sup>51</sup>. Interessant

<sup>42</sup> ALTHAUS, S. 3 nennt weitere Bezeichnungen.

<sup>43</sup> Gemeindegesetz (zit. Anm. 39), Art. 70 Ziff. 1.

<sup>44</sup> Als Beispiel: BGE 89 I 188 ff.

<sup>45</sup> Gemeindegesetz (zit. Anm. 39), Art. 70 Ziff. 3.

<sup>46</sup> Art. 95 Abs. 1 KV OW.

<sup>47</sup> Eine kantonrechtliche Regelung fehlt. Zur Autonomie der Gemeinden als Grundlage der Fraktionsbildung bzw. die Zuweisung von Kompetenzen an Fraktionen: ALTHAUS, S. 48; LARDELLI, S. 174/175.

<sup>48</sup> So ist die Gemeinde «Landschaft Davos» eingeteilt in die fünf Fraktionen Dorf, Platz, Frauenkirch, Glaris und Monstein (Verfassung für die Landschaft [Gemeinde] Davos vom 30. März 1919, Art. 1 Abs. 1).

<sup>49</sup> ALTHAUS, S. 50; LARDELLI, S. 175 ff.; VON RECHENBERG, S. 538.

<sup>50</sup> So verfügt die Fraktion Davos Platz über den Fraktionsgemeindepräsidenten, den Fraktionsgemeinderat, zwei Fraktionsschulräte und eine Geschäftsprüfungskommission (Statut der Fraktionsgemeinde Davos Platz vom 6. Dezember 1970, Art. 3 und 8 ff.).

<sup>51</sup> Im allgemeinen wird die Rechtsfähigkeit abgelehnt, wobei Davos Monstein diese offenbar stets unbestritten beansprucht hat. ALTHAUS, S. 51/52 unter-

ist, daß die territoriale Gliederung sich an einzelnen Orten auf der nächsttieferen Stufe fortsetzt, indem gewisse Fraktionen in Nachbarschaften aufgeteilt sind, bei denen es sich nicht um Gebietskörperschaften handeln dürfte, deren selbstgewählte Organe aber einzelne hoheitliche Funktionen ausüben<sup>52</sup>.

62. Die Fraktionen der waadtländischen Gemeinden sind nicht in der Kantonsverfassung, wohl aber im Gemeindegesetz vorgesehen<sup>53</sup>. Dieses läßt die Bildung territorialer Einheiten dieser Art nur bei anerkannter Notwendigkeit zu, und zwar durch Dekret des Großen Rates, welches das Gebiet und die abschließend aufzuzählenden Befugnisse der Fraktionen zu umschreiben hat<sup>54</sup>. Da diesen Verbänden die Rechtspersönlichkeit zusteht<sup>55</sup> und sie über eigene Organe verfügen<sup>56</sup>, sind sie eigentliche Gebietskörperschaften. Ob dies auch für andere Arten von innerkommunalen Verbänden zutrifft, bleibe dahingestellt<sup>57</sup>.

#### IV. Die ergänzende Gliederung für einzelne Zwecke

63. Während durch die Hauptgliederung des Gebietes Verbände geschaffen werden, denen eine Mehrzahl von Aufgaben übertragen ist, dienen die ergänzenden Gliederungen einem oder wenigen genau umschriebenen Zwecken. Die Übergänge sind allerdings fließend,

scheidet zwischen Fraktionen, die Selbstverwaltungskörper bilden, und andern. LARDELLI, S. 52 lehnt die Rechtsfähigkeit der Fraktionen ab und nimmt an, daß jene, die über ein eigenes Vermögen verfügen, neben ihrem Status als Fraktionen denjenigen einer öffentlich-rechtlichen Genossenschaft haben.

<sup>52</sup> Davos Platz ist in vier Nachbarschaften gegliedert, wovon eine (Dischma) über einen von der Nachbarschaft selbst gewählten Schulrat verfügt, der seinerseits die Lehrer der dortigen Schule wählt (Statut der Fraktionsgemeinde Davos Platz vom 6. Dezember 1970, Art. 1, 3, 11 und 17).

<sup>53</sup> Loi du 28 février 1956 sur les communes, Art. 129–136.

<sup>54</sup> Loi sur les communes (zit. Anm. 53), Art. 129–131.

<sup>55</sup> Loi sur les communes (zit. Anm. 53), Art. 132.

<sup>56</sup> Es sind dies der conseil de village oder conseil administratif und der conseil exécutif (Loi sur les communes, zit. Anm. 53, Art. 134 Abs. 1).

<sup>57</sup> Das Problem stellt sich insbes. für die «hameaux» von Payerne und die «confréries» im Bezirk Echallens. Die gesetzlichen Bestimmungen über die Fraktionen finden dort analog Anwendung (Loi sur les communes, zit. Anm. 53, Art. 183), obwohl es sich dabei teilweise nicht um territorial begrenzte Verbände handelt (ALTHAUS, S. 41/42).

und manche der bei der Hauptgliederung genannten Einheiten wären möglicherweise eher hier zu erwähnen<sup>58</sup>. Auf die Schulkreise aber wurde bewußt schon in jenem Zusammenhang hingewiesen, weil das Volksschulwesen zu den bedeutendsten Aufgaben zählt, die auf lokaler Stufe wahrgenommen werden.

64. Zu den Nebeneinteilungen sei die Bildung von *Wahlkreisen* gerechnet. Dieser Ausdruck wird im positiven Recht allerdings in zwei Bedeutungen verwendet. So wird durch die Bezeichnung eines Verbandes als Wahlkreis vielfach zum Ausdruck gebracht, daß die betreffende territorial begrenzte Gemeinschaft ihre Organe selbst wählt, wie dies schon erläutert worden ist<sup>59</sup>. Eine Unterabteilung kann andererseits Wahlkreis für die Bestellung der Behörden des übergeordneten Verbandes sein. Nur von solchen reinen Wahlkreisen sei hier die Rede. Sie können sich gebietsmäßig mit Verbänden der Hauptgliederung decken, doch ist auch eine andere Lösung möglich, ja es können beide Systeme gleichzeitig zur Anwendung gelangen<sup>60</sup>. Werden beispielsweise die Wahlkreise für die Durchführung der Großrats- oder Kantonsratswahlen ganz oder teilweise losgelöst von den kommunalen Grenzen festgelegt, so wird dadurch die Stellung der Gemeinden nicht angetastet. Auch wenn diese Wahlkreise wären, hätten sie deswegen keinen Anteil an der Willensbildung auf kantonaler Ebene und kein politisches Recht, denn die Abgeordneten sind nicht Organe ihrer Wahlkreise, sondern ausschließlich Mitglieder einer kantonalen Behörde, und sie üben ihre Funktionen einzig auf dieser Stufe aus<sup>60a</sup>.

<sup>58</sup> Ziff. 49.

<sup>59</sup> Ziff. 33 in fine für Gebietskörperschaften, Ziff. 40 für andere territorial begrenzte Verbände; Zusammenstellung in Ziff. 42.

<sup>60</sup> Die Wahlkreise für die Durchführung der Kantonsratswahlen in Zürich umfassen in der Stadt je zwei Stadtkreise und außerhalb von dieser in der Regel je einen Bezirk, wobei der Bezirk Winterthur in zwei Wahlkreise (Stadt und Land) aufgeteilt ist. Der Wahlkreis V aber wird gebildet durch die Kreise 7 und 8 der Stadt Zürich und die Gemeinde Zollikon. Damit gelangt ein gemischtes System zur Anwendung, das der Hauptgliederung des Kantonsgebietes nur teilweise Rechnung trägt (Gesetz über die Wahlen und Abstimmungen vom 4. Dezember 1955, §107).

<sup>60a</sup> Zu den Mitwirkungsrechten der Gemeinden vgl. Ziff. 155–157.

65. Für die Wahrnehmung gewisser *Verwaltungsfunktionen* werden ebenfalls besondere territoriale Gliederungen getroffen, so etwa für das Vormundschaftswesen, die Registerführung und die Zwangsvollstreckung. Selbstverständlich kann sich auch hier die Dezentralisation auf die Hauptgliederung stützen, indem Gemeinde- oder Bezirksbehörden mit diesen Aufgaben betraut werden. Denkbar ist aber auch – wenigstens dort, wo das Bundesrecht dies zuläßt – die Bildung besonderer Kreise beispielsweise für das Zivilstandswesen<sup>61</sup> und die Grundbuchführung<sup>62</sup>. Bei diesen Spezialkreisen handelt es sich nie um Gebietskörperschaften, gelegentlich aber um Verbände, welche die Träger einzelner Funktionen selbst bezeichnen. So werden die zürcherischen Notare, die gleichzeitig Grundbuchführer und Konkursbeamte sind, von den Stimmberechtigten ihrer Amtskreise gewählt<sup>63</sup>. Vielfach werden aber die Funktionäre vom übergeordneten Gemeinwesen (meist vom Kanton) eingesetzt.

66. Spezialgliederungen für die *Rechtspflege* begegnet man in der Form der Friedensrichterkreise, wo diese nicht aus der Hauptgliederung des Kantonsgebietes hervorgehen<sup>64</sup>, und von Schätzungskreisen<sup>65</sup>. Die Träger der entsprechenden Funktionen werden entweder durch die Stimmberechtigten oder durch Organe des Kreises gewählt oder aber durch kantonale Behörden ernannt.

67. Besondere Gliederungen können durch die Gemeinden im Rahmen ihrer Zusammenarbeit geschaffen werden. Die Einzelpersonen sind an solchen territorialen Verbänden meist nur mittelbar beteiligt. Diese Fragen sind bei der Behandlung der interkommunalen Zusammenarbeit (Ziffern 296/297 und 299 ff.) zu erörtern.

<sup>61</sup> Art. 40 ZGB.

<sup>62</sup> Art. 951 und 953 ZGB.

<sup>63</sup> Gesetz über die Wahlen und Abstimmungen vom 4. Dezember 1955, § 111.

<sup>64</sup> Zu dieser Frage Ziff. 49.

<sup>65</sup> Während in Zürich das Kantonsgebiet in spezielle Schätzungskreise eingeteilt ist (Gesetz über die Abtretung von Privatrechten vom 30. November 1879, § 33), wird im Kanton Waadt das als erste Instanz entscheidende Schiedsgericht durch den Bezirksgerichtspräsidenten und zwei von ihm ernannte Schiedsrichter gebildet (Loi du 22 novembre 1917 sur l'expropriation pour cause d'intérêt public, Art. 86 ff.).

## *B. Die Stufe der Gemeinden*

### **I. Die Gemeinden als Gebietskörperschaften**

68. Die Gemeinden bilden, wie im folgenden und eingehender im 2. Teil darzulegen sein wird, gebietsmäßig umgrenzte, mit hoheitlicher Gewalt ausgestattete und rechtlich verselbständigte innerstaatliche Verbände. Damit weisen sie alle Merkmale auf, die als maßgebende Kennzeichen der Gebietskörperschaften bezeichnet wurden<sup>66</sup>. Ja sie sind – in der Schweiz jedenfalls – in rechtlicher wie in politischer Sicht der Grundtyp der von Bund und Kantonen zu unterscheidenden Gebietskörperschaften.

69. Als Verband wird die Gemeinde durch Einzelpersonen gebildet. Soweit ihr Kreis personell nicht enger begrenzt ist, sind als Mitglieder alle dauernd mit der Körperschaft in Beziehung stehenden Menschen zu betrachten. Diese dauernde Beziehung des Individuums zu einem gebietsmäßig umgrenzten Verband aber wird durch den Wohnsitz geschaffen. Deshalb wird die Gemeinde durch ihre Einwohner gebildet<sup>67</sup>. Diese sind an der Gemeinschaft direkt beteiligt, und zwar auch dort, wo das Gemeindeterritorium in rechtlich verselbständigte Fraktionen eingeteilt ist<sup>68</sup>. Nicht alle Gemeindeangehörigen aber haben die gleiche rechtliche Stellung. An der Willensbildung sind nur die Stimmberechtigten beteiligt, und gewisse Rechte stehen ausschließlich den Ortsbürgern zu. Das Bürgerrecht bildet in der Schweiz denn auch den zweiten Anknüpfungspunkt für die Zugehörigkeit zur Gemeinde<sup>68a</sup>.

<sup>66</sup> Ziff. 30ff. Diese Auffassung wird auch in der Literatur durchwegs vertreten, so von GIACOMETTI, *Kantonales Staatsrecht*, S. 71 und GEIGER, S. 62/63.

<sup>67</sup> In diesem Sinne z. B. Art. 91 Abs. 1 KV OW, Art. 64 Abs. 1 KV NE und in BE Gesetz über das Gemeindewesen vom 9. Dezember 1917, Art. 1 Abs. 1. Anderslautende Verfassungsbestimmungen (z. B. § 70 Abs. 1 KV ZG) deuten nicht auf ein anderes Konzept der Gemeinden, sondern stellen die Beteiligung an der Willensbildung in den Vordergrund.

<sup>68</sup> Die einschlägigen Bestimmungen im kantonalen Recht von BE, OW, GR und VD enthalten keine Anhaltspunkte dafür, daß bei der Bildung von Gemeindefraktionen die Gemeinden nicht mehr als Verbände der Einwohner, sondern der Fraktionen zu gelten hätten.

<sup>68a</sup> Ziff. 117.

70. Die Gemeinde ist ein territorial umgrenzter Herrschaftsverband und verfügt demzufolge über ein Gebiet und über die Gebietshoheit. In dieser Beziehung unterscheidet sie sich von andern öffentlich-rechtlichen, juristisch verselbständigten Verbänden, auch wenn diese im übrigen den Gemeinden teilweise nachgebildet sind.

71. Kennzeichnend für die Gebietskörperschaft ist weiter deren rechtliche Verselbständigung. Auch dieses Merkmal weist die Gemeinde auf, denn sie ist rechts- und vermögensfähig und verfügt über eigene, selbst bestellte Organe. Die Behördenorganisation allerdings wird weitgehend durch das kantonale Recht festgelegt.

72. Bezüglich der Art der Aufgaben und des Umfangs der Eigenverantwortlichkeit sei auf die Ausführungen in Paragraph 5 verwiesen. Erwähnt sei hier nur, daß in dieser Beziehung wesentliche Unterschiede von Kanton zu Kanton bestehen.

73. Schließlich ist die Gemeinde ein innerstaatlicher Verband und übt als solcher auf seinem Gebiet nicht die oberste Gewalt aus. Aufsichtsmaßnahmen übergeordneter Stellen gewährleisten die Einordnung der Gemeinde in Bund und Kanton<sup>69</sup>.

## II. Die Gemeindeeinteilung

74. Obwohl das Bundesrecht dies nicht vorschreibt, ist das ganze Gebiet der Eidgenossenschaft in Gemeinden eingeteilt. Gemeindefreie, kantonsunmittelbare oder Bundesgebiete bestehen nicht.

75. An einigen Orten deckt sich das Gemeindegebiet allerdings mit dem Territorium des räumlich übergeordneten Verbandes<sup>70</sup>. Dann besteht naturgemäß keine klare Trennung, und die beiden Stufen verfügen häufig über gemeinschaftliche Organe<sup>71</sup>.

76. Eigenartig ist die Stellung der Stadt Basel. Eine Einwohnergemeinde besteht dort nach ausdrücklicher Bestimmung in der

<sup>69</sup> In Kantonen mit Gebietskörperschaften auf der räumlichen Stufe zwischen Kanton und Gemeinde ist diese funktionell und hierarchisch dem Zwischenverband offenbar nicht unter-, sondern nebengeordnet (für SZ: SIMON, S. 116).

<sup>70</sup> In SZ umfassen die Bezirke Gersau, Küßnacht und Einsiedeln je die gleichnamige Gemeinde, in AI decken sich der äußere Landesteil und der Bezirk Oberegg, und eine ganze Anzahl von Kreisen in GR ist territorial identisch mit der Gemeinde.

<sup>71</sup> Für SZ Ziff. 52 insbes. Anm. 16, für AI Ziff. 53 insbes. Anm. 24.

Kantonsverfassung nicht<sup>72</sup>. Indessen scheint diese Vorschrift zu eng. Nach wie vor gilt die Stadt als vermögensfähige juristische Person. Sie verfügt aber nicht über eigene Behörden, werden doch ihre allgemeinen Geschäfte durch die staatlichen Organe besorgt<sup>73</sup>. Damit fehlt ein für die Kennzeichnung der Gebietskörperschaft als wesentlich bezeichnetes Element. Die Stadt Basel läßt sich nicht zu dieser Kategorie von Verbänden rechnen und ist auch keine Gemeinde im üblichen Sinne, womit ihre Vermögensfähigkeit allerdings nicht bestritten sei.

### III. Die Gemeindearten

#### a) Die Gemeinden mit umfassendem Mitgliederkreis und vielgestaltiger Zuständigkeit

77. Dem Grundtyp dieser Art von Gebietskörperschaften entspricht der politische Gemeinde, Einwohnergemeinde, Ortsgemeinde<sup>74</sup> oder kurz Gemeinde genannte Verband<sup>75</sup>. Er zeichnet sich durch den Einbezug aller Einwohner des betreffenden Gebietes<sup>76</sup> und durch die Vielgestaltigkeit der Aufgaben aus. Die Ausführungen in diesem Bericht beziehen sich denn auch in erster Linie auf diese Gemeindeart, neben die allerdings weitere treten.

78. In verschiedenen Kantonen mit mehreren Gemeindearten können diese in einen Verband integriert werden. Das gilt besonders für die Zusammenlegung von politischen und Schulgemeinden dort, wo das Schulwesen an sich besonderen Gebietskörperschaften obliegen kann. In Bern entsteht durch Vereinigung der Einwohnergemeinde mit der Bürgergemeinde die gemischte Gemeinde, die nicht mehr getrennt werden kann<sup>77</sup>. In Uri werden die lokalen Ge-

<sup>72</sup> §21 Abs.1 in fine KV BS.

<sup>73</sup> §21 KV BS; zur Entwicklung ROLF DOPPLER, Organisation und Aufgabenkreis der Stadtgemeinde Basel (1803–1876), Diss. (hist.) Basel, Ingenbohl 1933, S.144ff.

<sup>74</sup> In GL und TG, nicht aber in SG, wo der Ausdruck Ortsgemeinde für die Bürgergemeinde Verwendung findet.

<sup>75</sup> Für die Terminologie in AI Ziff. 79 Abs.3.

<sup>76</sup> Ziff. 31 und 69.

<sup>77</sup> Art.69 KV BE; Gesetz über das Gemeindewesen vom 9.Dezember 1917, Art.82–84.

bietskörperschaften bei Verzicht auf Ausscheidung in Einwohner-, Kirch- und Bürgergemeinden kurz als Gemeinden bezeichnet<sup>78</sup>, und im Thurgau ist die Vereinigung der Munizipalgemeinden und der Ortsgemeinden möglich<sup>79</sup>.

79. Der thurgauische *Gemeindedualismus*<sup>80</sup> weist die Besonderheit auf, daß die Gemeinden beider Arten die Gesamtheit der Einwohner erfassen und vielgestaltige Aufgaben haben. Obwohl jede Munizipalgemeinde eine oder mehrere Ortsgemeinden umfaßt, besteht kein Verhältnis der Über- und Unterordnung. Vielmehr sind die Aufgaben aufgegliedert. Während die Ortsgemeinden mit der Wahrnehmung lokaler Aufgaben betraut sind, üben die Munizipalgemeinden die ihnen zugeschiedenen staatlichen Verwaltungsfunktionen aus, wobei sie allerdings die Ortsgemeinden zur Mitwirkung heranziehen können.

Einer weniger ausgeprägten Verdoppelung der Gemeindestufe begegnet man in Zürich. Gegenüber den politischen Gemeinden, welche die maßgebende Stellung einnehmen, spielen die noch verbleibenden Zivilgemeinden<sup>81</sup> eine geringere Rolle. Sie können nur innerhalb der politischen Gemeinden gebildet werden, und ihr Aufgabenkreis wird weitgehend durch diese bestimmt<sup>82</sup>. Dennoch stellen sie nicht Unterabteilungen der politischen Gemeinden dar<sup>83</sup>, weil diesen keine Aufsichtsrechte zustehen.

<sup>78</sup> Art. 84 KV UR.

<sup>79</sup> §45 Abs. 2 KV TG.

<sup>80</sup> §§44–46 KV TG; Gesetz über die Organisation der Gemeinden und das Bürgerrecht vom 4. April 1944, §§1–8 und 33; BÜHLER, S. 38–40; SCHALTEGGER, S. 78–80.

<sup>81</sup> Zur Stellung der noch bestehenden rund 30 Zivilgemeinden: Art. 47 Abs. 2 und 3 KV ZH; Gesetz über das Gemeindewesen vom 6. Juni 1926, §1 Abs. 2, §6 und §19; METTLER, S. 21–23; zur Entstehung der Zivilgemeinden: LIVER, Abhandlungen (Historische Entwicklung des zürcherischen Gemeindewesens), S. 133–138.

<sup>82</sup> Sie können nur die von den politischen Gemeinden nicht übernommenen und die ihnen von diesen übertragenen Aufgaben wahrnehmen (Gemeindegesezt, zit. Anm. 81, §19).

<sup>83</sup> METTLER, S. 22/23. ALTHAUS, S. 36ff. nimmt an, daß die Zivilgemeinden eine Doppelstellung einnehmen und einerseits den übrigen Gemeinden gleichgestellte Gebietskörperschaften sind, andererseits aber Unterabteilungen der politischen Gemeinden darstellen.

Die sechs Bezirke von Appenzell I.Rh. nehmen die Stellung der politischen Gemeinden ein, obwohl sie einen sachlich beschränkten Aufgabenkreis haben und sich kein «Bezirksbürgerrecht» entwickelt hat<sup>84</sup>. Neben die Bezirke tritt die Feuerschau(-gemeinde) Appenzell, die ebenfalls als Gebietskörperschaft der Gemeindestufe zu betrachten ist und deren Wirkungskreis über die Feuerpolizei hinausreicht<sup>85</sup>.

#### b) Die Gemeinden mit beschränkter Zuständigkeit

80. Unter den für die Erfüllung bestimmter Aufgaben gebildeten Gebietskörperschaften der lokalen Stufe sind an erster Stelle die *Schulgemeinden* zu nennen, denen man in einigen deutschschweizerischen Kantonen begegnet. Es kommt sogar vor, daß getrennte Primar- und Oberstufenschulgemeinden gebildet werden. Die Aufgaben der Schulgemeinden können allerdings vielerorts auch durch die politischen Gemeinden wahrgenommen werden<sup>86</sup>, wobei dann gelegentlich im Gemeindehaushalt ein besonderes «Schulgut» ausgeschrieben und der Steuersatz für dieses gesondert festgelegt wird. In andern Kantonen fällt das Schulwesen von vorneherein in den Aufgabenkreis der politischen Gemeinde. Soweit dort die Gesetzgebung von Schulgemeinden spricht, handelt es sich um Verbände oder um Unterabteilungen von Gemeinden mit besonderer Zweckbestimmung<sup>87</sup>.

<sup>84</sup> Zur Stellung der Bezirke als Gemeinden LOCHER, S. 67/68 und SENN, S. 9; ferner Ziff. 53 und die nachstehende Anm. 85.

<sup>85</sup> SENN, S. 55/56. Das Baugesetz für den Kanton Appenzell I.Rh. vom 28. April 1963 bestimmt in Art. 3 Abs. 3: «Die zum Erlaß von Bauvorschriften befugten örtlichen Gebietskörperschaften werden in diesem Gesetz als Gemeinden, deren ausführendes Organ als Gemeindebehörde bezeichnet». In der zugehörigen Vollziehungsverordnung vom 14. April 1964 liest man dann in Art. 1 Abs. 1 und 2: «Zuständig zum Erlaß von Bauvorschriften sind die Bezirke und die Feuerschau Appenzell. Der Große Rat kann durch Beschluß weitere örtliche Gebietskörperschaften zum Erlaß von Bauvorschriften ermächtigen».

<sup>86</sup> Das zürcherische Gesetz über das Gemeindewesen vom 6. Juni 1926, §4, bezeichnet dies als Vereinigung der Schulgemeinde mit der politischen Gemeinde. Ähnlich Art. 86 Abs. 2 KV NW.

<sup>87</sup> So bestimmt das bernische Gesetz über die Primarschulen vom 2. Dezember 1951, §7: «Das Schulwesen ist Aufgabe der Einwohnergemeinden; es kann

81. Besondere *Fürsorge- oder Armengemeinden* scheinen sich dort entwickelt zu haben, wo beim Übergang des Fürsorgewesens von der Bürgerschaft auf die Einwohnergemeinde Schwierigkeiten auftraten. Vorgesehen sind sie noch in Glarus<sup>88</sup> und – im Sinne einer Übergangsregelung – in Nidwalden<sup>89</sup>. In Luzern können sie mit den Bürgergemeinden gekoppelt sein, wobei das Stimmrecht in diesen Angelegenheiten entsprechend erweitert wird<sup>90</sup>.

82. Eine weitere glarnerische Besonderheit bilden die *Wahlgemeinden*, die einerseits Wahlkreise für die Ernennung des Landrates sind, andererseits gewisse für ihr Gebiet zuständige Beamte wählen<sup>91</sup>. Da sie keine eigenen Einkünfte haben, werden die Ausgaben von den Ortsgemeinden getragen. Ob es sich um Gebietskörperschaften oder andere, ihre Behörden selbst bestellende Verbände handelt, ist nicht ohne weiteres zu entscheiden. Jedenfalls sind es nicht bloße Wahlkreise für die Parlamentswahlen<sup>92</sup>.

### c) Die Gemeinden mit beschränktem Mitgliederkreis

83. Im Unterschied zu den politischen Gemeinden umfassen die *Bürgergemeinden* (auch Ortsbürgergemeinden, in Bern Bürgergemeinden, in Glarus Tagwen, in St. Gallen Ortsgemeinden und in der Westschweiz *bourgeoisies* genannt) nicht alle Einwohner des Gemeindegebietes, sondern nur die ortsansässigen Gemeindebürger<sup>93</sup>. In einigen Kantonen bestehen statt voll organisierter

ganz oder teilweise auch von besonderen Schulgemeinden oder Schulgemeindeverbänden besorgt werden». Dann wird erklärt, daß in diesem Fall die Bestimmungen des Gemeindegesetzes über die Unterabteilungen der Gemeinden bzw. der Gemeindeverbände sinngemäß gelten. Ein ähnliches Konzept kommt im Schulgesetz des Kantons Basel-Landschaft vom 13. Juni 1946, §12, zum Ausdruck.

<sup>88</sup> Sie werden hier als Fürsorgekreis bezeichnet, der die Eigenschaften einer Gebietskörperschaft der Gemeindeebene aufweist, Art. 79–83 KV GL; LUCHSINGER, S. 40 ff.

<sup>89</sup> Art. 105 KV NW.

<sup>90</sup> Gemeindegesetz vom 9. Oktober 1962, §16 Abs. 2.

<sup>91</sup> Art. 64–67 KV GL; Gesetz über das Gemeindegewesen vom 6. Mai 1956, §§26–30; LUCHSINGER, S. 7 ff.

<sup>92</sup> Dazu Ziff. 64.

<sup>93</sup> Gelegentlich werden als Mitglieder der Bürgergemeinden alle Ortsbürger ohne Rücksicht auf ihren Wohnort bezeichnet, wobei die Beteiligung an der

Bürgergemeinden besondere bürgerliche Behörden innerhalb der politischen oder der Einwohnergemeinden<sup>94</sup>. Ob es sich dabei um Organe einer Bürgergemeinde mit Rechts- und Vermögensfähigkeit handelt oder um Behörden der politischen Gemeinde mit besonderer Zusammensetzung und speziellen Kompetenzen, bleibe dahingestellt<sup>95</sup>. Öffentlich-rechtliche Korporationen aber, die entweder nicht territorial begrenzt sind oder deren Befugnisse auf die Verwaltung des Korporationsgutes beschränkt bleiben und keine hoheitlichen Funktionen einschließen, sind keine Gebietskörperschaften und damit keine Bürgergemeinden, selbst wenn sie diese Bezeichnung tragen<sup>96</sup>.

Zu den Aufgaben der Bürgergemeinden gehören die Verfügung über das Bürgergut und andere rein bürgerliche Angelegenheiten. Zu diesen ist insbesondere die Verleihung des Gemeindebürgerrechts zu zählen. Nur in solchen Angelegenheiten erlaubt Art. 43 Abs. 4 BV die Beschränkung der politischen Rechte auf die Ortsbürger.

84. In zahlreichen Kantonen bestehen *Kirchgemeinden* als territoriale Verbände der Angehörigen einer Konfession mit öffentlich-rechtlichem Status und Steuerhoheit. Sie sind damit Gebietskörperschaften. Ihre Stellung hängt entscheidend von der Ausgestaltung

Willensbildung aber den ortsansässigen Gemeindebürgern vorbehalten wird (in diesem Sinne etwa § 90 Abs. 1 und 2 KV LU; Art. 96 Abs. 1 und Art. 97 KV OW; § 71 Abs. 1 und 2 KV ZG).

<sup>94</sup> Diese Regelung gilt beispielsweise in ZH gemäß Art. 50 Abs. 2 KV und dem Gesetz über das Gemeindewesen vom 6. Juni 1926, §§ 78, 103 und 140; METTLER, S. 78.

<sup>95</sup> MAX HUBER gelangte 1907 auf Grund der damaligen Rechtslage zur Auffassung, die Bürgerkorporationen in Zürich seien rechtlich selbständige Verbände ohne territorialen Bezug (Rechtsgutachten über die Frage: Ist die sogenannte Bürgergemeinde nach zürcherischem Recht ein selbständiges Rechtssubjekt ..., Zürich 1907).

<sup>96</sup> In Bern sind die bürgerlichen Korporationen (Zünfte, Gesellschaften) keine Gebietskörperschaften (Art. 68 KV BE; Gesetz über das Gemeindewesen vom 9. Dezember 1917, Art. 77 ff.). – Im TG verleihen die Organe der Ortsgemeinden das Bürgerrecht (Gesetz über die Organisation der Gemeinden und das Bürgerrecht vom 4. April 1944, § 50). Die Bürgergemeinden üben weder diese noch andere hoheitliche Funktionen aus und sind damit keine Gebietskörperschaften (BÜHLER, S. 44), sondern Nutzungskorporationen.

des Verhältnisses von Kirche und Staat ab, wofür die einzelnen Kantone unterschiedliche Lösungen gewählt haben. Auf die Einzelheiten ist hier nicht einzutreten.

#### IV. Gemeindeähnliche Korporationen

85. Die Gemeinden sind Gebietskörperschaften mit unmittelbarer Beteiligung der Einwohner oder – bei Bürgergemeinden und Kirchengemeinden – eines personell enger umgrenzten Kreises von solchen. Neben ihnen haben sich (vorwiegend in der Innerschweiz) öffentlich-rechtliche Verbände erhalten, die zwar territorial gebunden sind, aber keine Gebietshoheit ausüben<sup>97</sup>. Sie kennzeichnen sich damit nicht als Gemeinden, auch wenn dieser Ausdruck gelegentlich zu ihrer Bezeichnung verwendet wird<sup>98</sup>. Dem Wesen nach handelt es sich meist um land- und forstwirtschaftliche Nutzungskorporationen.

86. Zu dieser Kategorie – und nicht zu den Bürgergemeinden – zu zählen sind auch die *patriziati* und die *degagne* im Tessin. Die Entstehungsgeschichte der beiden Arten von Korporationen ist ähnlich, nicht aber identisch<sup>99</sup>. Die *patriziati* haben sich aus den Nachbarschaften (*vicinanze*) entwickelt, sind zur Zeit der Helvetik erstmals mit jenem Ausdruck bezeichnet worden und haben im 19. Jahrhundert ihre heutige Gestalt erhalten, während sich die *degagne* seit ihrer Entstehung im Mittelalter nicht wesentlich verändert haben<sup>100</sup>. Die Verbände beider Kategorien sind heute juristische Personen des öffentlichen Rechts, unterstehen der gleichen rechtlichen Ordnung und haben zum Zweck, den nachbarschaftlichen Zusammenhalt zu fördern, die ihnen zustehenden Güter zu verwalten und diese im

<sup>97</sup> GIACOMETTI, Kantonales Staatsrecht, S.85 Anm.17; IMBODEN, Gemeindeorganisation, S.98.

<sup>98</sup> So für die Korporationsgemeinden in LU (§93 KV LU; Gemeindegesetz vom 9. Oktober 1962, §§39 ff.; Duss, S.26/27) und für die Bürgergemeinden im TG (vgl. Anm.96).

<sup>99</sup> Zur Entstehung der *patriziati* und *degagne* mit Hinweisen auf die historische Literatur: PIO CARONI, *Le origini del dualismo comunale svizzero*, Diss. Bern, Mailand 1964, S.251 ff.

<sup>100</sup> So hat die *Degagna generale di Tarnolgio* 1358 im Bedrettotale eine Alp erworben, die nach wie vor in ihrem Eigentum steht und von den *degagnesi* bestoßen wird.

Interesse der Allgemeinheit zu verwenden<sup>101</sup>. Sie sind in dem Sinne territorial verbunden mit der Gemeinde, in der sie ihren Sitz haben, daß eine der Voraussetzungen für die Mitgliedschaft das Ortsbürgerrecht oder der langdauernde Wohnsitz in der Gemeinde in Verbindung mit dem Kantonsbürgerrecht bildet<sup>102</sup>. Das Korporationsgebiet deckt sich aber nicht mit dem Gemeindegebiet, indem in gewissen Gemeinden mehrere Verbände dieser Art bestehen und zum mindesten die *degagne* gelegentlich Grundeigentum in andern Gemeinden haben<sup>103</sup>. Die *patriziati* und die *degagne* üben denn auch keine Gebietshoheit aus, selbst wenn sie öffentliche Dienste (die Wasserversorgung beispielsweise) allein oder in Zusammenarbeit mit der Gemeinde besorgen. Die *tassa patriziale* dürfte eher ein Mitgliederbeitrag als eine Steuer sein<sup>104</sup>. Trotz fehlender Gebietshoheit ist die Stellung der Korporationen aber in manchem jener der Gemeinden nachgebildet<sup>105</sup>, und die *patriziati* und *degagne* können zur Leistung von Beiträgen an die Gemeinden verpflichtet werden<sup>106</sup>.

#### V. Die tatsächlichen Gegebenheiten

87. Die *Gesamtzahl* der schweizerischen Gemeinden betrug Mitte 1972 3063<sup>107</sup>. Eingerechnet sind die politischen oder Einwohnergemeinden, in Glarus und Thurgau die Ortsgemeinden, die Stadt Basel und in Appenzell I.Rh. die Bezirke. Besonders gemeindereich sind die Kantone Bern (492), Waadt (385) und Freiburg (278); am

<sup>101</sup> Legge organica patriziale del 29 gennaio 1962, Art. 1.

<sup>102</sup> Legge organica patriziale (zit. Anm. 101), Art. 5 ff.

<sup>103</sup> So bestehen mit Sitz in der Gemeinde Mairengo nach einer Zusammenlegung von Korporationen das Patriziato di Mairengo und die Degagna generale di Tarnoglio, deren Gebiet in den Gemeinden Mairengo und Bedretto liegt.

<sup>104</sup> Legge organica patriziale (zit. Anm. 101), Art. 95.

<sup>105</sup> So wird beim Eigentum unterschieden zwischen Finanzvermögen und Verwaltungsvermögen, und die Struktur der Organe ist der Gemeindeorganisation angeglichen.

<sup>106</sup> Legge organica patriziale (zit. Anm. 101), Art. 100.

<sup>107</sup> Amtliches Gemeindeverzeichnis der Schweiz, herausgegeben von der Schweizerischen Bundeskanzlei, 4. Aufl., Bern 1954; Nachträge hierzu des Eidg. Statistischen Amtes.

wenigsten Gemeinden weisen die Kantone Obwalden (7), Appenzell I.Rh. (6) und Basel-Stadt (3) auf.

88. Zu den konstitutiven Elementen der Gemeinden gehören die Wohnbevölkerung und das Gebiet (Ziffern 69 und 70). Dabei bestehen Unterschiede von solcher Bedeutung, daß die Funktionen und die Struktur der Gebietskörperschaften nicht überall dieselben sein können, auch wenn die auf faktischen Gegebenheiten beruhenden Divergenzen durch eine relativ einheitliche rechtliche Ordnung teilweise verdeckt werden.

89. Die Ergebnisse der Volkszählung vom 1. Dezember 1970 zeigen<sup>108</sup>, daß die Gemeinden damals 11 (Illens in Freiburg und Rasa im Tessin) bis 422 640 (Stadt Zürich) *Einwohner* aufwiesen. Obwohl die Gemeinden mit der geringsten Bevölkerungszahl mit andern vereinigt werden sollen (oder schon vereinigt worden sind), ist unser Staatsgebiet noch in sehr kleine Verbände gegliedert. Nicht weniger als 243 oder 8% der Mitte 1972 bestehenden Gemeinden hatten im Jahr 1970 100 oder weniger Einwohner. In die Kategorie mit einer Bevölkerung von unter 500 Personen fällt fast die Hälfte (rund 47%) der schweizerischen Gemeinden. Mehrheitlich zu dieser Gruppe gehören die Gemeinden (in der Reihenfolge des zunehmenden Anteils) der Kantone Schaffhausen, Thurgau, Tessin, Waadt, Graubünden und Freiburg, wo über drei Viertel der lokalen Gebietskörperschaften 1970 weniger als 500 Einwohner aufwiesen. Nur in 92 oder 3% der Gemeinden erreichte die Bevölkerung die Zahl von 10 000. Immerhin lebten dort 45% der Einwohner unseres Landes.

90. Auch bei der *gebietsmäßigen Ausdehnung* zeigen sich wesentliche Unterschiede<sup>109</sup>. Über das größte Territorium verfügt die Gemeinde Bagnes im Wallis (282,3 km<sup>2</sup>); sie wird gefolgt von Davos (253,78 km<sup>2</sup>) und Zermatt (253,36 km<sup>2</sup>). Flächenmäßig am kleinsten sind Kleingurmels (Freiburg), Rivaz (Waadt) und Kaiserstuhl

<sup>108</sup> Eidgenössische Volkszählung 1970, Band 1: Wohnbevölkerung der Gemeinden 1850–1970, Heft 467 der Statistischen Quellenwerke der Schweiz, herausgegeben vom Eidg. Statistischem Amt, Bern 1971; Statistisches Jahrbuch der Schweiz 1971, herausgegeben vom Eidg. Statistischem Amt, Basel 1971.

<sup>109</sup> Arealstatistik der Schweiz 1952, Heft 246 der Statistischen Quellenwerke der Schweiz, herausgegeben vom Eidg. Statistischem Amt, Bern 1953.

(Aargau) mit 0,30 bis 0,32 km<sup>2</sup>. In enger Beziehung zur Fläche steht die topographische Struktur. Viele Großgemeinden mit Alpenraum sind stark gegliedert, schließen verschiedene Nebentäler ein und weisen mehrere relativ selbständige Siedlungen auf. Wenn auch in weniger ausgeprägtem Maße, so können doch die Mittellandgemeinden ebenfalls durch die Geländekonfiguration strukturiert sein.

91. Für die Stellung der Gemeinden und die Wahrnehmung ihrer Aufgaben ist weiter ihre Einordnung in die Gesamtbesiedlung von Bedeutung. Längst sind nicht mehr alle Ortschaften klar voneinander getrennt. In den *Ballungsgebieten* sind die Gemeindegrenzen kaum mehr sichtbar. Dabei wandelt sich die Rolle des zentralen Ortes, in welchem sich die Arbeitsplätze vermehren, während Wohnungen vor allem in den Randgebieten der Stadt oder in Nachbargemeinden gebaut werden. Besonders deutlich zeichnet sich diese Entwicklung in Zürich ab. Die Bevölkerung der Stadt nahm zu bis Mitte 1962, als der Kulminationspunkt mit 445 314 Personen erreicht wurde. Seither sinkt die Zahl der Bewohner, die Ende November 1971 noch 418 235 betrug, 4 400 weniger als ein Jahr zuvor bei der Volkszählung.

Gemeinden werden so zu Teilen der Agglomeration. Diese umfaßt nach der vom Eidgenössischen Statistischen Amt verwendeten Definition eine Kerngemeinde von wenigstens 10 000 Einwohnern und deren baulich mit ihr zusammenhängende Vororte, bei denen die Berufstätigen in der Landwirtschaft mit ihren Angehörigen 20% der Gemeindebevölkerung nicht überschreiten und mindestens ein Drittel der Berufstätigen sich täglich in die Kerngemeinde zur Arbeit begibt<sup>110</sup>. Der Konzentrationsprozeß ist in der Schweiz – jedenfalls bei Vergleich der absoluten Zahlen – weniger weit fortgeschritten als im Ausland. Die größte Agglomeration umfaßte 1970 51 Gemeinden mit 719 324 Einwohnern<sup>111</sup>.

92. Von erheblicher Bedeutung für die Beziehungen des Individuums zur lokalen Gemeinschaft ist die soziale (besonders die

<sup>110</sup> Eidgenössische Volkszählung 1960, Gesammelte Textbeiträge, Heft 446 der Statistischen Quellenwerke der Schweiz, herausgegeben vom Eidg. Statistischen Amt, Bern 1969, S. 73.

<sup>111</sup> Es handelt sich um die Agglomeration Zürich nach der Neuumschreibung gemäß den Ergebnissen der Volkszählung vom 1. Dezember 1970.

berufliche) *Gliederung der Bevölkerung*. In Landgemeinden mit erheblichem Anteil der Beschäftigten in Landwirtschaft und Gewerbe dürfte der Gedanke der Gemeindeautonomie lebendiger sein als in den Zentren der Industrie und der Dienstleistungsbetriebe<sup>112</sup>. Mit dem Hinweis auf dieses Problem soll schon hier angedeutet werden, daß die Zukunft der Gemeinden nicht nur in juristischer Sicht überprüft werden muß.

93. Mit den vorgenannten Gegebenheiten im Zusammenhang steht die *Finanzkraft* der Gemeinden. Die ungleiche wirtschaftliche Entwicklung der einzelnen Gegenden ruft (neben dem interkantonalen) einem interkommunalen Finanzausgleich, für den die Kantone unterschiedliche Systeme ausgearbeitet haben. Aber auch die als finanzstark zu bezeichnenden Gemeinden bezahlen ihre Aufwendungen nicht mehr allein. Bei der Erfüllung zahlreicher Aufgaben beziehen sie Beiträge des Bundes und des Kantons. Diese Situation ist darauf zurückzuführen, daß die Ausscheidung der Steuerhoheiten nicht mehr mit der Kompetenzordnung übereinstimmt. Die Folge ist, daß die Entscheidungsfreiheit der Gemeinden enger begrenzt ist, als nach der Aufgabenverteilung angenommen werden müßte.

### § 3. Die Gemeinden in anderen Staaten

94. Die Darstellung der räumlichen Gliederung unseres Staates soll von einigen Hinweisen auf die Gebietseinteilung in Frankreich und in der Bundesrepublik Deutschland begleitet sein. Die entsprechenden Ausführungen sind in doppelter Hinsicht fragmentarisch, nämlich in bezug auf die erfaßten Staaten<sup>1</sup> und auf die Auswahl der Quellen. Für eine gründliche komparatistische Untersuchung aber war in diesem Bericht kein Raum. Eine umfassende Analyse des ausländischen Rechts erwies sich für Betrachtungen über die Stellung der Gemeinden in der Schweiz auch nicht als er-

<sup>112</sup> Ziff. 254.

<sup>1</sup> Für die Stellung der Gemeinden in Österreich: PETER OBERNDORFER, *Gemeinderecht und Gemeindewirklichkeit*, Linz 1971.

forderlich, weil der ausländische Einfluß auf die Ausgestaltung unserer kommunalen Ordnungen bescheiden war. Mit dieser Feststellung soll nicht bestritten werden, daß viel Gemeinsames bei der historischen Entwicklung und bei der Motivation der Staatsgliederung zu finden ist und daß die schweizerische Lehre besonders der französischen und der deutschen Doktrin manche Anregung verdankt. Eigentliche Gliederungstheorien sind nur im Ausland entwickelt und von schweizerischen Autoren berücksichtigt worden. Jenen Äußerungen wurde im Paragraphen 1 Rechnung getragen; hier soll ein Hinweis auf das positive Recht folgen, auf das sich die genannten Lehrmeinungen stützen. Außerdem mag auch eine knappe Erläuterung der Gliederung anderer Staaten der besseren Erkenntnis unserer eigenen Institutionen dienen und die sich in der Schweiz für die Zukunft stellenden Probleme und ihre Lösungsmöglichkeiten verdeutlichen.

#### *A. Die Gemeinden in Frankreich*

95. Die auf die Zeit der Revolution zurückgehende territoriale Gliederung des französischen Staates umfaßt die Stufen des département, des arrondissement, des canton und der commune<sup>1a</sup>. Während die arrondissements und die cantons rechtlich unselbständige Verbände ohne eigene Rechtspersönlichkeit und von geringer Bedeutung darstellen<sup>2</sup>, sind die departements und die communes eigentliche Gebietskörperschaften.

Die Stufenfolge ist in neuerer Zeit ergänzt worden. Räumlich den départements übergeordnet, im Gegensatz zu diesen aber rechtlich nicht verselbständigt, bestehen seit 1960 21 circonscriptions d'action régionale als Planungs- und Entwicklungszonen mit besonderen Organen<sup>3</sup>. Für die Zusammenarbeit unter Gemeinden sind seit 1959 ebenfalls neue Institute entwickelt worden, auf die noch gesondert hinzuweisen ist (Ziffer 99).

<sup>1a</sup> DE LAUBADÈRE, S. 104 ff.; WALINE, S. 299 ff.; VEDEL, S. 40 ff.

<sup>2</sup> Der «arrondissement» grenzt den Zuständigkeitsbereich des «sous-préfet» ab; der «canton» ist offenbar Wahlkreis und (in beschränktem Maße) Gerichtssprengel.

<sup>3</sup> DE LAUBADÈRE, S. 121 ff.; DE LANVERSIN, S. 96 ff.

96. Die Existenz von Gemeinden im modernen Sinne geht in Frankreich zurück auf ein Gesetz vom 14. Dezember 1789<sup>4</sup>. Diese Gebietskörperschaften bildeten alsdann Gegenstand einer besonderen Bestimmung im Verfassungstext von 1791<sup>5</sup>. Die dort getroffene Unterscheidung zwischen den «affaires particulières de la commune» und den an die Gemeindeorgane delegierten «fonctions relatives à l'intérêt général de l'Etat» war wegweisend für die Differenzierung der Gemeindeaufgaben auch in andern Staaten.

Die Verfassung der Fünften Republik<sup>6</sup> bezeichnet in Art. 72 Abs. 1 die Gemeinden (neben den départements und den territoires d'outre-mer) als «collectivités territoriales de la République» und erklärt in Abs. 2: «Les collectivités s'administrent librement par des conseils élus et dans les conditions prévues par la loi.» Die Organisation der Gemeinden beruht auf dem Code de l'administration communale, einer formalen Zusammenfassung verschiedener Gesetze und Verordnungen<sup>7</sup>.

97. Die rechtliche Stellung, die Aufgaben und die Organisation der Gemeinden sind in ganz Frankreich dieselben<sup>8</sup>. Diesen lokalen Gebietskörperschaften stehen neben Planungsaufgaben praktisch ausschließlich Verwaltungsfunktionen zu, und zwar vor allem in den Bereichen der Polizei und der öffentlichen Dienste<sup>9</sup>. Den Finanzhaushalt können die Gemeinden zwar selbst ordnen, aber ihren Kompetenzen sind vorab auf der Einnahmenseite Grenzen gesetzt<sup>10</sup>. Ihre Behördenstruktur mit einer (monistischen) municipi-

<sup>4</sup> DE LAUBADÈRE, S. 105; BÉNOIT, S. 23.

<sup>5</sup> Constitution française du 3 septembre 1791, Titre II, Article 9: «Les citoyens, qui composent chaque commune, ont le droit d'élire à temps, et suivant les formes déterminées par la loi, ceux d'entre eux qui, sous le titre d'officiers municipaux, sont chargés de gérer les affaires particulières de la commune. – Il pourra être délégué aux officiers municipaux quelques fonctions relatives à l'intérêt général de l'Etat.»

<sup>6</sup> Constitution française du 5 octobre 1958.

<sup>7</sup> Zu dieser Art von Gesetzestechnik DE LAUBADÈRE, S. 32 und 77.

<sup>8</sup> DE LAUBADÈRE, S. 142.

<sup>9</sup> Für die Befugnisse des Conseil municipal DE LAUBADÈRE, S. 153–155 und BÉNOIT, S. 311 ff., für jene des maire DE LAUBADÈRE, S. 146 und BÉNOIT, S. 573 ff.

<sup>10</sup> Zum Gemeindebudget DE LAUBADÈRE, S. 154; zu den Gemeindesteuern und andern Einnahmen der Gemeinden DE LAUBADÈRE, S. 116/117.

palité<sup>11</sup> und einem conseil municipal wird vom Staat bestimmt; immerhin werden die Organe durch die Gemeinde selbst gewählt<sup>12</sup>.

98. Die rund 38000 französischen Gemeinden sind nicht größer als die schweizerischen, weisen doch knapp 10% eine Bevölkerung von weniger als 100 Einwohnern auf und mehr als die Hälfte eine solche von unter 500 Personen. Allerdings wohnen zwei Drittel der Franzosen in Gemeinden mit über 2000 Einwohnern<sup>13</sup>.

99. Unter diesen Umständen ist es verständlich, daß interkommunale Institutionen geschaffen und in den letzten Jahren wesentlich ausgebaut wurden. Auffallend ist die rasche Folge, in welcher die maßgebenden gesetzlichen Bestimmungen geändert werden, und man mag sich fragen, ob der jeweiligen Ordnung genügend Zeit gelassen wird, sich zu bewähren.

Durch Gesetz von 1890 wurde die Bildung von Gemeindeverbänden (syndicats de communes) ermöglicht, die lange Zeit eigentliche Zweckverbände waren, bis 1959 die Modalität der syndicats à vocations multiples geschaffen wurde<sup>14</sup>. Errichtet werden diese Verbände freiwillig, doch kann eine Gemeinde zum Beitritt gezwungen werden. – Neueren Datums sind die ebenfalls 1959 eingeführten districts (anfänglich districts urbains), die nicht Gruppierungen zur besseren Lösung von Gemeindeaufgaben darstellen, sondern der Verwaltung der Angelegenheiten faktisch schon bestehender Agglomerationen dienen<sup>15</sup>. Sie werden vom Staat auf Antrag der betroffenen Gemeinden gebildet, verfügen über gesetzlich umschriebene Befugnisse, die durch Übertragung weiterer Aufgaben ergänzt werden können, und haben Anspruch auf einen Teil der Gemeindecinnahmen. – Einen noch höheren Grad von Integration weisen die auf einem Gesetz von 1966 beruhenden communautés urbaines auf,

<sup>11</sup> Der maire ist allein zuständig und verantwortlich; seine «adjoints» sind somit nicht Mitglieder eines Kollegialorgans (BÉNOIT, S. 535/536).

<sup>12</sup> Der conseil municipal wird vom Volk, der maire vom conseil municipal gewählt; dazu DE LAUBADÈRE, S. 144/145 und 150 ff., BÉNOIT, S. 155 ff. und 459 ff.

<sup>13</sup> Zu diesen Zahlen MÉDARD, S. 737–739 (für 1962) und VENEZIA, S. 1062 (für 1968).

<sup>14</sup> Zu den syndicats de communes DE LAUBADÈRE, S. 163/164, BÉNOIT, S. 851/852 und 891 ff.

<sup>15</sup> Zu den districts (urbains) DE LAUBADÈRE, S. 164/165, BÉNOIT, S. 939 ff.

die für städtische Agglomerationen von über 50 000 Einwohnern auf Antrag der Gemeinden durch Dekret oder ohne ein solches Begehren durch Gesetz im Einzelfall geschaffen werden<sup>16</sup>. Die Gemeinden bestehen dabei weiter, verfügen aber nur noch über beschränkte Befugnisse. Zum maßgebenden Träger der örtlichen Funktionen (besonders im Bereiche der Raumplanung und der öffentlichen Dienste) wird die mit der Steuerhoheit ausgestattete *communauté*.

Die Institute aller drei Kategorien sind gebietsmäßig begrenzte, mit hoheitlichen Funktionen ausgestattete und rechtlich verselbstständigte Verbände von Gemeinden, an denen die Einwohner nur mittelbar beteiligt sind<sup>17</sup>. Sie werden als *établissements publics* bezeichnet<sup>18</sup>, entsprechen aber unserer Auffassung von öffentlichen Anstalten höchstens bei Betrachtung ihrer Funktion, nicht aber bei Berücksichtigung der Struktur.

100. Mit dem Erlaß des Gesetzes vom 16. Juli 1971 wurde eine wesentliche Förderung der Gemeindevereinigung und der interkommunalen Zusammenarbeit angestrebt<sup>19</sup>. Die Organe der *départements* mußten bis zum Frühjahr 1972 alle Gemeinden einer der drei folgenden Kategorien zuteilen:

- Gemeinden, die ihre Entwicklung selbst sicherstellen können,
- Gemeinden, deren Entwicklung und zweckmäßige Verwaltung eine Zusammenlegung der Mittel und Einkünfte innerhalb einer Gemeindegruppe erfordern und für die daher Institutionen der interkommunalen Zusammenarbeit im Sinne von Ziffer 99 gewählt werden müssen,
- Gemeinden, die ihre Aufgaben nicht mehr allein bewältigen und auch den Weg der interkommunalen Zusammenarbeit nicht sinnvoll beschreiten können, so daß sie mit andern vereinigt werden müssen.

Die entsprechenden Maßnahmen werden auch gegen den Willen der betreffenden Gemeinden durchgesetzt. Ausgerichtet ist das Vor-

<sup>16</sup> Zu den *communautés urbaines*: DE LAUBADÈRE, S. 165/166; BÉNOIT, S. 975 ff.; MÉDARD, S. 737 ff.

<sup>17</sup> BÉNOIT, S. 891/892, 940 und 976.

<sup>18</sup> DE LAUBADÈRE, S. 163–165; BÉNOIT, S. 892/893, 940 und 976/977.

<sup>19</sup> BÉNOIT, S. 1411 ff.; VENEZIA, S. 1061 ff. (Gesetzestext S. 1113 ff.).

gehen offenbar auf die Steigerung der Leistungsfähigkeit der lokalen Körperschaften, während andere Gesichtspunkte in den Hintergrund treten.

101. Eine besondere Struktur kennzeichnet die aus sieben départements gebildete Région parisienne, die gleich den circonscriptions d'action régionale nicht über die Rechtspersönlichkeit verfügt, aber eigene Organe hat<sup>20</sup>. Die Stadt Paris ist eine Gebietskörperschaft besonderer Prägung und nimmt die Stellung eines départements und einer (besonders gegliederten) Gemeinde zugleich ein.

### *B. Die Gemeinden in der Bundesrepublik Deutschland*

102. Als Bundesstaat gliedert sich die Bundesrepublik Deutschland in Länder. Diese sind eingeteilt in Kreise<sup>21</sup>, die allerdings nicht das ganze Territorium erfassen, neben denen vielmehr kreisfreie Städte bestehen<sup>22</sup>. Auf der nächstunteren Stufe räumlicher Dezentralisation stehen die Gemeinden, die ihrerseits nicht das ganze Bundesgebiet überdecken, bestehen doch gewisse gemeindefreie Grundstücke<sup>23</sup>. Größere Städte sind vielfach eingeteilt in Bezirke<sup>24</sup>. Der mehrstufige Aufbau des Staates wird ergänzt durch Gemeindeverbände und andere Formen interkommunaler Zusammenarbeit (Ziffer 106).

103. Historischer Ausgangspunkt für das moderne deutsche Gemeinderecht war die Preußische Städteordnung vom 19. November 1808, ein Werk des Reichsfreiherrn VOM STEIN. Sie scheint auch

<sup>20</sup> Zur Région parisienne und zur Stadt Paris DE LAUBADÈRE, S. 167 ff., DE LANVERSIN, S. 144 ff.

<sup>21</sup> WOLFF, S. 240 ff.; GÖNNENWEIN, S. 383 ff.; PAGENKOPF, S. 253 ff.

<sup>22</sup> WOLFF, S. 191/192; GÖNNENWEIN, S. 227 ff.

<sup>23</sup> WOLFF, S. 186; GÖNNENWEIN, S. 77; PAGENKOPF, S. 114. Es handelt sich offenbar um Gebiete, die lokaler Verwaltung praktisch nicht zugänglich sind. Als Beispiele werden genannt: Wald- und Wasserflächen, Flugplätze, Gelände von Atomkraftwerken und Truppenübungsplätze.

<sup>24</sup> WOLFF, S. 186/187; GÖNNENWEIN, S. 365 ff.; PAGENKOPF, S. 110.

außerhalb Preußens die Entwicklung der Selbstverwaltung und der Gemeindestruktur stark beeinflußt zu haben<sup>25</sup>.

Die Weimarer Verfassung gewährleistete den Gemeinden und den Gemeindeverbänden das Recht der Selbstverwaltung innerhalb der Schranken der Gesetze<sup>26</sup>. Das Bonner Grundgesetz<sup>27</sup> schreibt in Art. 28 Abs. 1 für die Länder, die Kreise und die Gemeinden eine demokratische Organisation vor und bestimmt in Abs. 2:

«Den Gemeinden muß das Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Auch die Gemeindeverbände haben im Rahmen ihres gesetzlichen Aufgabenbereichs nach Maßgabe der Gesetze das Recht der Selbstverwaltung.»

Die Gemeindestruktur wird in diesem Rahmen von der Landesgesetzgebung bestimmt.

104. Nach verfassungsmäßiger Ordnung sind die Gemeinden somit befugt, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zu regeln, wobei naturgemäß die übergeordnete Rechtsordnung von diesen innerstaatlichen Trägern hoheitlicher Funktionen zu beachten ist. Dem Grundsatz nach besteht eine allseitige Zuständigkeit in diesem eigenen Bereich, der durch die Auftragsangelegenheiten ergänzt wird. Im ganzen scheint das Schwergewicht der Gemeindetätigkeit in der Ausübung von Verwaltungsfunktionen zu liegen, was nicht ausschließt, daß diese Gebietskörperschaften an der Rechtsetzung beteiligt sind<sup>28</sup>.

Wie weit die reale Entscheidungsfreiheit der deutschen Gemeinden reicht und auf welche Sachgebiete sie sich erstreckt, ist für den Außenstehenden schwer zu beurteilen. Neben der Organisations- und der Personalhoheit verfügen die Gemeinden offenbar über Befugnisse in den Bereichen der Ortspolizei, der öffentlichen Dienste, des Gesundheitswesens, der Volks- und Berufsschulen und der

<sup>25</sup> STIER-SOMLO, S. 132/133; W. JELLINEK, S. 530; FLEINER, S. 100; FORSTHOFF, S. 438; WOLFF, S. 138/139 und 176; GÖNNENWEIN, S. 11 ff.

<sup>26</sup> Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, Art. 127.

<sup>27</sup> Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949.

<sup>28</sup> Die Ausführungen deutscher Autoren zur Selbstverwaltung bzw. zur mittelbaren Staatsverwaltung stützen sich selbstverständlich zur Hauptsache auf die Lage in Deutschland, so daß an dieser Stelle auf die Dokumentation zu den Ziff. 15–27 verwiesen werden kann.

Raumplanung<sup>29</sup>. Wenn sie auch über die Finanzhoheit verfügen, sind ihrem Recht zur selbständigen Steuererhebung doch enge faktische Grenzen gesetzt<sup>30</sup>.

105. Auch die über 24 000 deutschen Gemeinden sind nicht groß<sup>31</sup>. Wiederum weist fast die Hälfte eine Bevölkerung von unter 500 Einwohnern auf. Immerhin leben knapp 40% der Bevölkerung in den etwas unter 140 kreisfreien Städten. Die Tendenz geht offenbar auch in der Bundesrepublik dahin, größere Verbände zu bilden. Zu diesem Zweck sollen die Gemeinden mit unter 5000 Einwohnern «zu leistungsfähigen Versorgungs- (statt Siedlungs-) Gemeinden von 7000 bis 10000 Einwohnern» zusammengefaßt oder Verlagerungen örtlicher Aufgaben auf Gemeindeverbände vorgenommen werden<sup>32</sup>. Andererseits wird in den Ballungsräumen und mit Bezug auf Städte und ihr Umland eine integrierte Struktur-, Siedlungs- und Verkehrsplanung angestrebt<sup>33</sup>.

106. Die staatliche Grundgliederung wird ergänzt durch verschiedene Institutionen der Zusammenarbeit unter Gebietskörperschaften.

Auf der Stufe zwischen Kreis und Land sind durch die Rechtsordnungen einiger Länder höhere Gemeindeverbände (Bezirke, Bezirksverbände, Landschaftsverbände) gebildet worden<sup>34</sup>. Zu einem Teil handelt es sich dabei um Verbindungen von Städten und Landkreisen, an denen die Bevölkerung nur mittelbar beteiligt ist, zum andern sind es Körperschaften mit unmittelbarer Beteiligung der Bewohner. Sie sind territorial begrenzt und rechtlich verselbständigt (mit Rechtspersönlichkeit und eigenen Organen); sie üben offenbar hauptsächlich Funktionen auf dem Gebiete der Leistungs-

<sup>29</sup> Angaben finden sich bei WOLFF, S. 192 ff., GÖNNENWEIN, S. 86 ff. (insbes. S. 87) und PAGENKOPF, S. 145 ff.

<sup>30</sup> WOLFF, S. 198 ff.; GÖNNENWEIN, S. 112 ff.; PAGENKOPF, S. 72 ff.; zur faktischen Beschränkung der Steuerhoheit GÖNNENWEIN, S. 113.

<sup>31</sup> Zu diesen Zahlenangaben WOLFF, S. 182/183, 191 und 242; GÖNNENWEIN, S. 226/227 und 385; PAGENKOPF, S. 123.

<sup>32</sup> WOLFF, S. 183. Eine eingehende Darstellung der kommunalen Gebietsreform gibt PAGENKOPF, S. 122 ff.

<sup>33</sup> WOLFF, S. 183; WEBER, S. 1 ff., insbes. S. 34 ff.

<sup>34</sup> WOLFF, S. 253 ff.; GÖNNENWEIN, S. 420 ff.; PAGENKOPF, S. 287 ff.

verwaltung aus. Diese Form der Zusammenarbeit scheint nicht sehr verbreitet, sollen doch nur elf höhere Gemeindeverbände in der Bundesrepublik bestehen.

Auf der Ebene zwischen Gemeinde und Kreis begegnet man dem Amt, der Samtgemeinde oder der Verbandsgemeinde<sup>35</sup>. Das sind rechtlich verselbständigte Verbände von Gemeinden, an denen die Einzelpersonen nur mittelbar beteiligt sind. Sie übernehmen die ihnen allgemein durch Gesetz oder im einzelnen durch die Gemeinden oder den Landkreis zugewiesenen Gemeindeaufgaben und erfüllen diese in eigener Verantwortung an Stelle der Gemeinden. – Kein neues Rechtssubjekt entsteht dagegen dort, wo mehrere Gemeinden ihre Verwaltung zusammenlegen und gemeinsame Organe bestellen<sup>36</sup>.

107. Das deutsche Recht kennt sodann Zweckverbände für die Zusammenarbeit unter Gebietskörperschaften verschiedener Stufen<sup>37</sup>. Sie werden freiwillig oder zwangsweise nach Entscheid der Aufsichtsbehörde gebildet durch Gemeinden, Samtgemeinden, Kreise oder höhere Gemeindeverbände, wobei die Einwohner nur mittelbar beteiligt sind. Solche Zweckverbände dienen stets der Erfüllung einer bestimmten oder einiger enumerativ aufgezählter Aufgaben. Soweit sie sich nicht auf ältere Erlasse stützen, beruhen sie auf einem Reichsgesetz von 1939, das als Landesrecht dort weitergilt, wo die Länder keine neuen Ordnungen aufgestellt haben. Einige Großverbände dieser Art sind unmittelbar durch Gesetz geschaffen worden und haben ein Sonderstatut (Ostfriesische Landschaft, Landesverband Lippe, Siedlungsverband Ruhrkohlenbezirk usw.).

108. In den Stadtstaaten stellt sich das Problem der räumlichen Gliederung in besonderer Weise<sup>38</sup>. Hamburg beispielsweise ist zugleich Land und Gemeinde. Die Stadt ist in Bezirke gegliedert, die zwar nicht rechtsfähig sind, jedoch über eigene Organe verfügen, insbesondere eine von der Einwohnerschaft des Bezirks gewählte Bezirksversammlung.

<sup>35</sup> WOLFF, S.232ff.; GÖNNENWEIN, S.411ff.; PAGENKOPF, S.240ff.

<sup>36</sup> GÖNNENWEIN, S.369ff.; PAGENKOPF, S.178 und 181.

<sup>37</sup> WOLFF, S.260ff.; GÖNNENWEIN, S.431ff.; PAGENKOPF, S.178.

<sup>38</sup> WOLFF, S.155ff.; GÖNNENWEIN, S.236ff.



## II. Teil

### Die gegenwärtige Stellung der Gemeinden

109. Die Darstellung der gegenwärtigen Stellung der Gemeinden beschränkt sich im wesentlichen auf den Status der politischen Gemeinden. Die nachstehenden Ausführungen sind in diesem Sinne zu verstehen.

#### § 4. Der Bestand der Gemeinden

##### *A. Die Basis im geltenden Recht*

##### **I. Die Berücksichtigung der Gemeinden durch das Bundesrecht**

110. Die Gliederung des Kantonsgebietes in Gemeinden ist bundesrechtlich nicht vorgeschrieben. Im besondern bildet sie keine Voraussetzung für die Gewährleistung der Kantonsverfassungen im Sinne von Art. 6 Abs. 2 BV. Die *Bundesverfassung* trägt indessen der Existenz von Gemeinden in verschiedener Weise Rechnung. Wenn sie an sich die kommunalen Befugnisse nicht umschreibt, greift sie doch auch auf dieser Ebene dadurch in die Zuständigkeitsordnung ein, daß sie die Steuerhoheit nicht nur der Kantone, sondern auch der Gemeinden beschränkt<sup>1</sup>. Sodann sind die Gemeinden wie alle Träger hoheitlicher Gewalt an die von der Bundesverfassung ausdrücklich oder stillschweigend gewährleisteten Individualrechte gebunden, speziell an die Freiheitsrechte, an den Grundsatz der Rechtsgleichheit und andere institutionelle Garantien sowie an die positiven Rechte des Individuums (auf unentgeltlichen Primarschulunterricht zum Beispiel). Ausdrücklich erfaßt werden

<sup>1</sup> Art. 41<sup>bis</sup> Abs. 2 und Art. 41<sup>ter</sup> Abs. 2 BV.

die Gemeinden von der verfassungsrechtlichen Ordnung des Bundes bezüglich der politischen Rechte, des Bürgerrechts und der Niederlassung<sup>2</sup>. Im übrigen nimmt der Verfassungsgesetzgeber gelegentlich Bezug auf den Wohnsitz und knüpft auch so an die Einteilung des Territoriums in Gemeinden an.

111. *Gesetze und Verordnungen* des Bundes tragen der Einteilung des Kantonsgebietes in Gemeinden ihrerseits in vielfältiger Weise Rechnung. So wird – allerdings recht selten – die Delegation von Rechtsetzungskompetenzen durch die Kantone an die Gemeinden vorgesehen<sup>3</sup>. Praktisch wichtiger ist die Einsetzung von Gemeindebehörden zur Anwendung des Bundesrechts. Allerdings wird diese Aufgabe in Erlassen des Bundes in der Regel den Kantonen zugewiesen, auch wo sie nachher offensichtlich von den Gemeinden wahrgenommen wird; nicht sehr häufig ist die ausdrückliche Zuweisung solcher Kompetenzen an kommunale Behörden<sup>4</sup>. Sodann erscheinen die Gemeinden in gewissen Bundesgesetzen als mögliche Empfängerinnen von Bundesbeiträgen<sup>5</sup>. Endlich werden die Gemeinden verpflichtet, Leistungen zu Gunsten des Bundes zu erbringen<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> Art. 43–45 BV.

<sup>3</sup> So werden im Bundesgesetz über die Kranken- und Unfallversicherung vom 13. Juni 1911 (Art. 2) den Kantonen gewisse Rechtsetzungskompetenzen zugewiesen mit der Möglichkeit, diese den Gemeinden zu überlassen. Das gilt insbesondere für das Obligatorium der Krankenversicherung.

<sup>4</sup> Als Beispiel sei die Eidg. Fleischschauverordnung vom 11. Oktober 1957 genannt, die örtliche Gesundheitsbehörden erwähnt (Art. 8 Abs. 2 Ziff. 5, Art. 15) und vorschreibt, es sei in jeder Gemeinde eine Fleischschau einzurichten (Art. 16). – Anders liegen die Verhältnisse mit Bezug auf die Nutzung der Wasserkraft, wo das Bundesrecht neben den Kantonen Bezirke, Gemeinden und Körperschaften als Verfügungsberechtigte bezeichnet, weil die Gewässerhoheit in den einzelnen Kantonen verschieden geregelt ist (Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 22. Dezember 1916, Art. 2–4).

<sup>5</sup> Das Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer gegen Verunreinigung vom 8. Oktober 1971 umschreibt für den Normalfall den Beitragsempfänger nicht näher (Art. 33 Abs. 1–3), sieht dann aber für «besonders schwerbelastete Gemeinden» Leistungen aus einem Sonderfonds vor (Art. 33 Abs. 4).

<sup>6</sup> Die Militärorganisation der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 12. April 1907 (Art. 30–32) verpflichtet die Gemeinden u. a. zur Bereitstellung von Unterkunftsräumen, Lokalen, Parkplätzen, Sammelplätzen und Schießplätzen.

112. Wenn sich der Bund in seiner Rechtsetzung auch auf die Existenz von Gemeinden stützt, ist daraus nicht zu folgern, daß er den Kantonen eine entsprechende Einteilung ihres Gebietes (stillschweigend) vorschreibt. Wo die Gemeinde fehlt, erfüllt die für lokale Aufgaben zuständige Gemeinschaft die vom Bundesrecht vorgesehenen Gemeindefunktionen, und die Kantone, die ihr Territorium heute oder in Zukunft in mehrere Stufen von Gebietskörperschaften gliedern, können wohl selbst die genannten Aufgaben einem Verband zuweisen.

## II. Die kantonal-rechtliche Grundlage der Gemeinden

113. Alle Kantone erwähnen in ihrer *Verfassung* die Gemeinden und ordnen deren Stellung und Organisation in mehr oder weniger weit reichendem Maße. Das Institut ist damit in der kantonalen Rechtsordnung auf der obersten Stufe verankert<sup>7</sup>. Darüberhinaus ist der Bestand der einzelnen Gemeinde gewährleistet, doch ist diese Garantie nicht absoluter Natur. Wie noch zu zeigen sein wird<sup>8</sup>, können die Gemeinden in der Regel mit Genehmigung einer kantonalen Instanz über ihre Existenz verfügen, und meist läßt sich der Gemeindebestand selbst ohne Zustimmung der Betroffenen durch den Kanton auf dem Wege der Gesetzgebung oder des einfachen Parlamentsbeschlusses ändern. Eine Verfassungsrevision ist nur dort erforderlich, wo die Gemeinden in der Kantonsverfassung aufgezählt werden (in Uri, Schwyz, Obwalden, Glarus, Appenzell A.Rh. und Appenzell I.Rh.) oder ihre Zahl an jener Stelle angegeben wird (in Zug)<sup>9</sup>. Ein Vorbehalt ist anzubringen bezüglich Glarus, wird doch dort die Dispositionsbefugnis der Gemeinden selbst auf diese Weise nicht beschränkt<sup>10</sup>. Die Enumeration in den Kantonsver-

<sup>7</sup> GEIGER, S.125/126 nimmt in Anlehnung an die Lehre NAWIASKYS sogar an, das Institut der kommunalen Selbstbestimmung (und damit die Existenz von Gemeinden) sei eine Staatsfundamentalnorm, die auch den kantonalen Verfassungsgesetzgeber binde; zum Problem: Ziff.206.

<sup>8</sup> Ziff.131 ff.

<sup>9</sup> Art.45 KV UR, §23 KV SZ, Art.2 Abs.1 KV OW, Art.68 Abs.1 KV GL, §24 Abs.1 KV ZG, Art.3 KV AR, Art.15 Abs.1 KV AI.

<sup>10</sup> Änderungen des Bestandes können dort von Gemeinden unter Vorbehalt der Genehmigung durch den Regierungsrat (mit Rekursrecht an den Landrat)

fassungen von Schwyz und St. Gallen scheint deskriptiver Natur zu sein<sup>11</sup>.

114. Verschiedene Kantone nennen die Gemeinden einzeln in *Gesetzen* (so Zürich, Luzern, Basel-Landschaft, wiederum St. Gallen, ferner Graubünden, Aargau und Neuenburg<sup>12</sup>) oder legen dort ihre Zahl fest (Genf<sup>13</sup>). Auch solchen Vorschriften kommt nicht durchwegs konstitutive Bedeutung zu, da in einzelnen dieser Kantone Bestandesänderungen auch auf einer untergeordneten Rechtsetzungsstufe möglich sind<sup>14</sup>.

115. Die offiziellen *Namen der Gemeinden* werden im Recht verschiedener Kantone ausdrücklich genannt<sup>15</sup>. Soweit sie dort nicht festgelegt sind, steht offenbar den Gemeinden selbst die entsprechende Kompetenz zu. Der Bund nimmt darauf Rücksicht, indem sich seine Dienststellen für die Gemeindenamen an die Mit-

beschlossen werden: Art. 68 Abs. 2 KV GL; Gesetz über das Gemeindewesen vom 6. Mai 1956, § 31 Abs. 3.

<sup>11</sup> Die Aufzählung in § 23 KV SZ kann nicht konstitutiv sein, weil gemäß § 30 Abs. 3 und 4 KV SZ Gemeindetrennungen und -vereinigungen durch Gesetz möglich sind. Dasselbe gilt für die Liste in Art. 113 KV SG. Die Änderung des Gebietsumfangs und der Anzahl von Gemeinden ist auf dem Wege der Gesetzgebung möglich: Art. 111 Abs. 2 KV SG; Gesetz über die Organisation und Verwaltung der Gemeinden und Bezirke (Organisationsgesetz) vom 29. Dezember 1947, § 2 Abs. 1. Zur Problematik: GEIGER, S. 136 Anm. 17.

<sup>12</sup> ZH: Gesetz betreffend die Einteilung des Kantons in Bezirke, Wahlkreise und politische Gemeinden vom 28. April 1878; GR: Gesetz über die Einteilung des Kantons Graubünden in Bezirke und Kreise vom 1. April 1851; AG: Gesetz über die Bezirks- und Kreiseinteilung vom 6. Mai 1840; in den übrigen der genannten Kantone findet sich die Enumeration im Gemeindegesetz.

<sup>13</sup> Loi sur l'administration des communes du 3 juillet 1954, Art. 1 Abs. 1.

<sup>14</sup> Ziff. 132 mit Anm. 71–74.

<sup>15</sup> Sie werden festgelegt in besonderen Erlassen (in SH im Beschluß des Regierungsrates des Kantons Schaffhausen über die Orts- und die Bezirksnamen im Kanton Schaffhausen vom 11. Dezember 1954, in GE im Règlement sur l'orthographe officielle des noms des communes du 3 juin 1902), in den Gesetzen über die Einteilung des Kantonsgebietes (vgl. Anm. 12) oder in den Gemeindegesetzen. Nicht alle entsprechenden Aufzählungen sind dabei verbindlich. So können in ZH die gesetzlich festgelegten Gemeindenamen durch Kantonsratsbeschluß geändert werden (§ 1 Abs. 2 des in Anm. 12 zit. Gesetzes), und in GR bezieht sich die Aufzählung im Gesetz (zit. Anm. 12) auf Ortschaften und nicht auf politische Gemeinden (Bündner Rechtsbuch, Chur 1959, S. 17 Anm. 3), so daß der Namenswechsel ohne Gesetzesänderung möglich ist.

teilungen der Kantone zu halten haben, während für die Erhebung der Ortsnamen (im Rahmen der Grundbuch-Vermessung) eine bundesrechtliche Ordnung geschaffen worden ist<sup>16</sup>.

## *B. Die Gemeindeangehörigen*

### **I. Die Zuordnungskriterien**

116. Als Verbände mit den besonderen Charakteristika von Gebietskörperschaften werden die Gemeinden durch Personen gebildet. Mitglieder sind natürliche Personen, die in einem besonderen Verhältnis zum territorial begrenzten Verband stehen. Die Beziehung wird durch den dauernden Aufenthalt im Gemeindegebiet geschaffen, mithin durch den *Wohnsitz*. Die Frage, ob sich ein allgemeiner öffentlich-rechtlicher Wohnsitzbegriff entwickelt hat, der sich hier anwenden ließe, oder ob die entsprechenden Umschreibungen bezüglich der Ausübung politischer Rechte, im Fürsorgewesen, im Steuerrecht und in andern Bereichen verschieden sind, wäre einer besonderen Untersuchung wert.

117. Zu diesem für Gebietskörperschaften im allgemeinen maßgebenden Zuordnungskriterium tritt bei schweizerischen Gemeinden (ähnlich wie bei Staaten) ein zweites hinzu: das *Bürgerrecht*. Auch die anderswo niedergelassenen Ortsbürger stehen zu ihrer Heimatgemeinde in einem Rechtsverhältnis und können als Verbandsangehörige bezeichnet werden. Der Umstand, daß sie hier in der Regel an der Bildung des Verbandswillens nicht teilnehmen, schließt sie nicht von der Gemeinschaft aus.

118. Nicht alle Gemeindeangehörigen haben die gleiche rechtliche Stellung. Nur einem Teil von ihnen stehen politische Rechte zu, und gewisse Privilegien sind den Gemeindebürgern vorbehalten. Auch muß erneut betont werden, daß nicht nur die Mitglieder der Gemeinschaft der Gebietshoheit der Gemeinde unterworfen sind, sondern auch vorübergehend anwesende natürliche Personen und juristische Personen.

<sup>16</sup> Bundesratsbeschluß über Orts-, Gemeinde- und Stationsnamen vom 30. Dezember 1970.

## II. Die Stimmberechtigten

119. Die Stimmberechtigten sind berufen, an der Willensbildung der Gemeinde mitzuwirken. Ihnen steht das Recht zu, aktiv an Wahlen und Abstimmungen teilzunehmen sowie Referendumsbegehren und Initiativen (mit dieser oder einer andern Bezeichnung) einzureichen. Das passive Wahlrecht wird vielfach ausgedehnt, indem eine der Voraussetzungen der Stimmberechtigung – nämlich der Wohnsitz in der Gemeinde – für die Wählbarkeit nicht immer erforderlich ist<sup>17</sup>.

120. Das *Bundesrecht* legt den Kreis jener Personen, denen politische Rechte in kommunalen Angelegenheiten zustehen, nicht fest, schränkt die Entscheidungsfreiheit der Kantone und damit auch der Gemeinden in dieser Beziehung jedoch ein. So erfaßt Art. 4 BV auch die politische Gleichheit<sup>18</sup>. Sieht man ab von der Frage, ob sich der nun weitgehend überwundene Ausschluß der Frau vom Stimmrecht mit diesem Verfassungsartikel vereinbaren lasse, reduziert sich die praktische Bedeutung des Gebotes politischer Egalität heute auf die Verpflichtung zur Gleichbehandlung von Bürgern und Nichtbürgern. Dieser Grundsatz ist in Art. 60 BV gesondert verankert, wo die Kantone (und mit ihnen die Gemeinden) angehalten werden, alle Schweizerbürger in Gesetzgebung und Rechtsprechung den Kantonsbürgern (beziehungsweise den Gemeindebürgern) gleichzustellen. Die Norm verbietet allerdings nur die Ungleichbehandlung von Kantons- oder Gemeindebürgern und Schweizern, die am betreffenden Ort wohnhaft sind<sup>19</sup>. Sie knüpft damit an das in Art. 43 BV verankerte Wohnsitzprinzip an, auf das noch näher einzutreten sein wird (Ziffer 123).

121. Die Stimmberechtigung in Gemeindeangelegenheiten richtet sich im übrigen nach *kantonalem Recht*, das die Mitwirkung an der Willensbildung auf kantonaler und kommunaler Ebene in der Regel dem gleichen Personenkreis zusichert und den Gemeinden keine Kompetenz zur Ordnung dieser Frage beläßt. Ein Vorbehalt

<sup>17</sup> Auf das passive Wahlrecht wird im folgenden nicht näher eingetreten. Es sei nur erwähnt, daß Art. 43 Abs. 3 BV dafür nicht gilt.

<sup>18</sup> GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht, S. 404; AUBERT, Nr. 1784. Dieser leitet den Grundsatz auch ab aus Art. 6 Abs. 2 lit. b BV (AUBERT, Nr. 570).

<sup>19</sup> BGE 95 I 500; anders GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht, S. 231/232.

ist allerdings anzubringen: der Entscheid über die politischen Rechte der Frau in kommunalen Angelegenheiten bleibt in einigen Kantonen den Gemeinden überlassen<sup>20</sup>. Da und dort steht sodann den Religionsgemeinschaften die Befugnis zu, das kirchliche Stimm- und Wahlrecht selbst zu ordnen<sup>21</sup>.

122. Erste Voraussetzung für die Ausübung politischer Rechte ist das schweizerische Bürgerrecht. Immerhin verleiht der Kanton Neuenburg den seit fünf Jahren im Kanton und einem Jahr in der Gemeinde niedergelassenen Ausländern das Stimm- und Wahlrecht in Gemeindesachen<sup>22</sup>, und im Thurgau kann es Ausländern verliehen werden<sup>23</sup>. Außerdem begegnet man dem Ausländerstimmrecht in kirchlichen Belangen<sup>24</sup>. – Zweite Bedingung ist die politische Mündigkeit, die im allgemeinen mit dem vollendeten zwanzigsten Altersjahr, in einzelnen Kantonen allerdings schon früher eintritt<sup>25</sup>. Auf die dritte Voraussetzung, nämlich den Wohnsitz, wird unter Ziffer 123 näher einzutreten sein. Abhängig ist die Ausübung der politischen Rechte an gewissen Orten auch heute noch vom Geschlecht. Da das Frauenstimm- und -wahlrecht nicht überall für Kantons- und Gemeindeangelegenheiten zugleich eingeführt worden ist<sup>26</sup>, ergeben sich in dieser Beziehung Unterschiede zwischen den Trägern politischer Rechte auf kantonaler und kommunaler

<sup>20</sup> Dabei begegnet man zur Zeit mehreren Varianten: Zuerkennung der politischen Rechte an die Frauen im kantonalen Bereich unter Wahrung der diesbezüglichen Kompetenz der Gemeinden (für SO BBl 1971 II 1238/1239); keine Verleihung auf kantonaler Ebene, aber Ermächtigung der Gemeinden zur vollen Einführung in ihrem Bereich; keine Stimmberechtigung in kantonalen Angelegenheiten und bloße Zuerkennung einer diesbezüglichen Befugnis an Gemeinden mit beschränkter Zuständigkeit oder engerem Mitgliederkreis (in AI an Schul- und Kirchengemeinden, BBl 1971 II 1240).

<sup>21</sup> So nach Art. 101 Abs. 2 KV SH. Die Regelung hängt naturgemäß ab vom Verhältnis von Kirche und Staat.

<sup>22</sup> Art. 66 Ziff. 2 KV NE; Loi sur l'exercice des droits politiques du 21 novembre 1944, Art. 3 lit. b. Dazu AUBERT, Nr. 1000.

<sup>23</sup> § 7 Abs. 2 KV TG.

<sup>24</sup> Wo die Religionsgemeinschaften selbst den Kreis der Stimmberechtigten festlegen, können sie Ausländer in jenen einschließen.

<sup>25</sup> Mit dem vollendeten 18. Altersjahr (§ 3 Abs. 1 KV SZ) oder dem vollendeten 19. Altersjahr (Art. 15 KV OW; § 27 Abs. 2 KV ZG).

<sup>26</sup> Ziff. 121 mit Anm. 20.

Stufe. Unter Vorbehalt bundesrechtlicher Vorschriften sind auch die Gründe für den Ausschluß vom Stimmrecht und vom aktiven Wahlrecht kantonal geordnet. Bei Anwendung der entsprechenden Bestimmungen ist allerdings zu beachten, daß die Nebenstrafe der Einstellung in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit weggefallen ist und daß die Zahlungsunfähigkeit auf Grund des Bundesrechts keine Beschränkung der genannten Rechte mehr nach sich ziehen kann<sup>27</sup>.

123. Nach Art.43 Abs.4 Satz 1 BV ist der niedergelassene Schweizerbürger dem Kantons- und Gemeindebürger gleichzustellen, wobei nach Abs.5 eine Wartezeit von höchstens drei Monaten zur Gewährleistung der Integration des Zugezogenen in die neue Gemeinschaft vom kantonalen (und gegebenenfalls vom kommunalen) Recht festgelegt werden kann. Verschiedene Kantone haben von dieser Möglichkeit allerdings nicht Gebrauch gemacht und auf eine Karenzfrist verzichtet<sup>28</sup>, und einzelne sind über die bundesrechtliche Pflicht hinausgegangen, indem sie auch den Aufenthalt politischen Rechte zuerkennen haben<sup>29</sup>. Da die Bestimmung von Art.43 Abs.4 BV dahin ausgelegt wird, politische Rechte könnten ausschließlich am Wohnort ausgeübt werden<sup>30</sup>, kommt dem Aufenthaltstimmrecht nur Bedeutung zu, wenn der Begriff des Wohnsitzes auch den Aufenthalt einschließt<sup>31</sup>. Die Beschränkung des Stimmrechts auf Personen mit Wohnsitz am be-

<sup>27</sup> Durch das Bundesgesetz betreffend Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 18. März 1971 sind die entsprechenden Bestimmungen des Strafgesetzbuches (Art.52, 171, 199 Abs.1, 201 und 284) aufgehoben oder geändert und Art.1 des Bundesgesetzes betreffend die öffentlich-rechtlichen Folgen der fruchtlosen Pfändung und des Konkurses vom 29. April 1920 in dem im Text genannten Sinne neu gefaßt worden.

<sup>28</sup> ZH z.B. hat 1972 bei der Änderung des Gesetzes über die Wahlen und Abstimmungen vom 4. Dezember 1955 die Karenzfrist gestrichen. Das ist mit Art.43 Abs.5 BV vereinbar (BBl 1971 II 1232 betreffend GL).

<sup>29</sup> Dabei werden die Karenzfristen gelegentlich für Niedergelassene und Aufenthalter verschieden festgelegt (so z.B. durch Art.12 lit.b und c KV AG), was bundesrechtlich allerdings nicht erforderlich ist (BBl 1971 II 1231/1232 betreffend GL).

<sup>30</sup> GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht, S.272 (mit Vorbehalten).

<sup>31</sup> AUBERT, Nr.1095 mit Hinweis auf die entsprechende Lösung im Bundesgesetz betreffend die eidgenössischen Wahlen und Abstimmungen vom 19. Juli 1872, Art.3 und 3<sup>bis</sup>.

treffenden Ort entspricht der Auffassung, daß die Zugehörigkeit zur Gemeinschaft durch die dauernde Beziehung zu ihr begründet wird<sup>32</sup>. Immerhin ist zu bedenken, daß das Heimatrecht ein weiteres Zuordnungskriterium bildet<sup>33</sup>, so daß der anderswo domizilierte Bürger sehr wohl auch zur Ausübung politischer Rechte in seiner Heimatgemeinde zugelassen werden könnte. Da greift jedoch Art. 43 Abs. 3 BV Platz, der die Ausübung des Stimmrechts nur in einem Kanton (und wohl auch nur in einer Gemeinde) zuläßt. Der Auslandschweizer wäre von der Mitwirkung an der Willensbildung in der Heimatgemeinde dadurch allerdings nicht ausgeschlossen. Die Verleihung politischer Rechte an diesen Personenkreis ist in Art. 45<sup>bis</sup> Abs. 2 BV virtuell vorgesehen, aber nicht eingeführt. Dagegen kennt der Kanton Tessin ein solches Stimmrecht der Ausgewanderten am Ort, wo die Familie im «registro dei fuochi» eingetragen ist<sup>34</sup>.

### III. Die Gemeindebürger

124. Der Schweizer verfügt neben seinem nationalen über ein kantonales und ein kommunales Bürgerrecht<sup>35, 36</sup>. Das gilt auch in der Stadt Basel, wo eine Bürgergemeinde mit eigenen Organen existiert<sup>37</sup>. Dagegen kennt Appenzell I.Rh. kein Gemeindebürgerrecht, sondern ein solches der Landesteile<sup>38</sup>, während in Schwyz außer einem Gemeinde- ein Bezirksbürgerrecht existiert<sup>39</sup>.

<sup>32</sup> Ziff. 31, 69 und 116.

<sup>33</sup> Ziff. 69 und 117.

<sup>34</sup> Art. 14 Abs. 2 KV TI.

<sup>35</sup> Zum Gemeindebürgerrecht im allgemeinen W. A. LIEBESKIND, Le droit de cité cantonal et communal, in Zeitschrift für Schweizerisches Recht, NF Band 56, Basel 1937, S. 347a ff.

<sup>36</sup> Ein Gemeindebürgerrecht existiert seit 1955 ohne Vorbehalt auch in NE; dazu AUBERT, Nr. 939 mit Anm. 1, anders noch BBl 1951 II 669; hingewiesen sei ferner auf Art. 80 lit. b KV NE.

<sup>37</sup> Zur Stellung der Stadt Basel Ziff. 76. Die Übertragung der Geschäfte der Gemeinde an kantonale Organe bezieht sich nur auf die Einwohnergemeinde (§ 21 KV BS). Zur Bürgergemeinde und ihren Organen § 20 Abs. 2 und § 23 in fine KV BS.

<sup>38</sup> Ziff. 53 und 79 Abs. 3.

<sup>39</sup> Ziff. 52.

125. Der Erwerb und Verlust des Gemeindebürgerrechts ist weitgehend bundesrechtlich geordnet<sup>39a</sup>. Das gilt insbesondere für den Erwerb durch Abstammung, Standesänderung und Heirat sowie, wenn das nationale Bürgerrecht davon betroffen ist, auch für den Verlust. Während die ordentliche Einbürgerung von Ausländern durch die Gemeinde auf Grund einer entsprechenden Ermächtigung des Kantons und des Bundes erfolgt und an bundesrechtliche Mindestvorschriften gebunden ist, fallen die Wiedereinbürgerung und die erleichterte Einbürgerung von Ausländern in die Kompetenz einer Bundesbehörde, welche die Zustimmung der kompetenten kantonalen Instanz einzuholen hat, deren Einverständnis das kantonale Recht vom entsprechenden Entscheid einer Gemeindebehörde abhängig machen kann. Die Verleihung des Kantons- und Gemeindebürgerrechts durch Verwaltungsakt an Schweizer wird dagegen vom kantonalen Recht geordnet.

126. Die Heimatgemeinde ist das *ultimum refugium*. Der Bürger kann nicht aus ihr ausgewiesen werden, und er hat das Recht, jederzeit dorthin zurückzukehren<sup>40</sup>. Die auch im interkommunalen Verhältnis maßgebende Niederlassungsfreiheit<sup>41</sup> gilt am Bürgerort ohne die formelle Voraussetzung von Art. 45 Abs. 1 BV und ohne die dort in Abs. 2–4 genannten materiellen Schranken, die sich auf die Bestrafung und die dauernde Unterstützungsbedürftigkeit beziehen. Die Bedeutung des Gemeindebürgerrechts ist in dieser Hinsicht allerdings stark gesunken wegen der Neuerungen im Bereiche

<sup>39a</sup> Soweit gleichzeitig das nationale Bürgerrecht betroffen ist, findet das Bundesgesetz über Erwerb und Verlust des Schweizerbürgerrechts vom 29. September 1952 Anwendung, im innerschweizerischen Verhältnis gelten Art. 161 Abs. 1, 270, 324 Abs. 1 und 325 Abs. 1 ZGB; dazu BBl 1951 II 675. Zum Bürgerrecht der Adoptivkinder BBl 1971 I 1232–1234. Vgl. auch Art. 54 Abs. 4 BV.

<sup>40</sup> Art. 44 Abs. 1 BV gilt auch für die Heimatgemeinde (GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht, S. 225; AUBERT, Nr. 1015a; ERNST RÜEGG, Niederlassungsfreiheit, Zürich 1958, S. 30).

<sup>41</sup> GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht, S. 225/226; AUBERT, Nr. 1015a; RÜEGG (zit. Anm. 40), S. 8/9.

des Strafrechts<sup>42</sup> und des Fürsorgewesens<sup>43</sup> sowie des Ausbaus der Sozialversicherungen. Damit ist im Interesse des Individuums der tatsächlichen Entwicklung Rechnung getragen worden, die dahin geht, daß eine echte Beziehung zur Heimatgemeinde vielfach nicht mehr besteht.

127. Der Ortsbürger genießt allerdings auch heute noch gewisse Privilegien, die in Art.43 Abs.4 Satz 2 BV im Sinne eines Vorbehaltes gegenüber den Gleichheitsgeboten von Art.4 und 60 BV verankert sind. Der Mitanteil an Bürger- und Korporationsgütern kann ihm vorbehalten werden, und in «rein bürgerlichen Angelegenheiten» läßt sich die Ausübung des Stimmrechts an die zusätzliche Voraussetzung des Gemeindebürgerrechts binden. Dabei handelt es sich praktisch allein um Entscheide betreffend die Verfügung über das Bürgergut, die Verleihung des Bürgerrechts und allenfalls die Wahl der Behörden der Bürgergemeinde oder der bürgerlichen Behörden der politischen Gemeinde<sup>44</sup>. Wo die politi-

<sup>42</sup> Von Bedeutung ist hier vor allem der Wegfall der Nebenstrafe der Einstellung in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit (Ziff.122 in fine mit Anm.27), die den Entzug oder die Verweigerung der Niederlassung im Sinne von Art.45 Abs.2 BV erlaubte.

<sup>43</sup> Das Heimatprinzip wird immer mehr vom Wohnsitzprinzip abgelöst. Wo jenes noch besteht, wird es in verschiedener Weise gemildert. – Im interkantonalen Verhältnis kommt entscheidende Bedeutung dem auf den 1. Juli 1961 in Kraft getretenen Konkordat über die wohnörtliche Unterstützung zu, dem bis Ende 1966 alle Kantone beigetreten sind. – Innerkantonal ist das Fürsorgewesen in gewissen Kantonen ganz (z. B. im TI) oder teilweise (so in BE, ZG usw. bezüglich der Fürsorgefälle außerhalb des Kantons) dem Kanton übertragen worden. Wo es den Gemeinden verbleibt, übernimmt der Kanton vielfach einen Teil der Kosten. Die kommunalen Leistungen sind entweder von der Wohnsitzgemeinde oder von der Heimatgemeinde zu erbringen. In NE wird die Summe der kommunalen Anteile auf die Gemeinden nach Maßgabe ihrer Einwohnerzahl aufgeteilt (Loi sur l'assistance publique du 2 février 1965, Art. 60).

<sup>44</sup> Meist werden allerdings nur die beiden erstgenannten Geschäfte als rein bürgerliche Angelegenheiten bezeichnet (ZH: Gesetz über die Wahlen und Abstimmungen vom 4. Dezember 1955, §2; GL: Art. 69 Abs.2 KV). Die dritte Aufgabe obliegt in ZH der Gesamtheit der Stimmbürger: die mit der Besorgung der bürgerlichen Angelegenheiten betraute bürgerliche Abteilung des Großen Gemeinderates wird nicht von den Bürgern speziell gewählt, sondern setzt sich einfach aus den in der Gemeinde verbürgerten Mitgliedern des

sche und die Bürgergemeinde nicht getrennt sind und auch innerhalb der politischen Gemeinde keine besonderen bürgerlichen Behörden und Güter bestehen, fällt die Privilegierung der Ortsbürger dahin; sie wird allenfalls ersetzt durch die Mitgliedschaft in einer gemeindeähnlichen Korporation<sup>45</sup>. Aber auch wo besondere Strukturen bestehen, kann die Sonderstellung der Gemeindebürger begrenzt sein, weil die Gemeinschaftsgüter ganz oder vorwiegend der politischen Gemeinde zustehen oder das Gemeindebürgerrecht von dieser verliehen wird<sup>46</sup>.

### *C. Das Gemeindegebiet und die Änderung des Gemeindebestandes*

#### **I. Das Gemeindegebiet**

128. Das eigene Gebiet und die Ausübung der Hoheit auf diesem gehören zu den Wesensmerkmalen der Gemeinden<sup>47</sup>. Für deren territoriale Begrenzung verweist das Recht einzelner Kantone auf die bestehende Lage<sup>48</sup> oder auf die Parzellarvermessung<sup>49</sup>. Diese erfaßt in der Tat auch den Verlauf der politischen Grenzen<sup>50</sup>.

Rates zusammen (Gesetz über das Gemeindegewesen vom 6. Juni 1926, §103). Anders gestaltet sich die Lage in den Kantonen, die voll organisierte Bürgergemeinden kennen.

<sup>45</sup> Ziff. 85/86.

<sup>46</sup> Trotz des Bestehens von Bürgergemeinden verleihen im TG die Ortsgemeinden das Gemeindebürgerrecht (bei Ziff. 83 Anm. 96).

<sup>47</sup> Ziff. 32 und 70.

<sup>48</sup> Wenn das positive Recht auf die «gegenwärtige Einteilung des Staatsgebietes in Gemeinden» oder auf die «bestehenden Gemeinden» verweist, wird damit zwar primär die Existenz anvisiert, sekundär aber wohl auch das Gebiet (Art. 63 Abs. 1 KV BE; §45 Abs. 1 KV TG, wobei diese Bestimmung auch dazu dient, den Orts- gegenüber den Munizipalgemeinden eine gewisse Priorität einzuräumen). Deutlicher ist die Tragweite einer Vorschrift, welche sich auf die gegenwärtige Begrenzung der Gemeinden bezieht (so TI: Legge organica comunale del 1° marzo 1950, Art. 2). – Zur Bedeutung der geschichtlichen Entwicklung für die Gemeindebegrenzung BGE 89 I 208 unten.

<sup>49</sup> So NE: Loi sur les communes du 21 décembre 1964, Art. 5 Abs. 1.

<sup>50</sup> Instruktion (des Bundesrates) für die Vermarkung und die Parzellarvermessung vom 10. Juni 1919, Art. 10 Abs. 1 lit. b (Vermarkung) und Art. 28 lit. b (Detailaufnahmen, wobei auf die «amtlichen Angaben» abzustellen ist). – Dabei kann in beschränktem Maße eine Bereinigung (vgl. Ziff. 129) stattfin-

Indessen sind die daraus hervorgehenden Grundbuchpläne auf die Darstellung privatrechtlicher Verhältnisse ausgerichtet. Auf die in ihnen enthaltenen Angaben über die politischen Grenzen finden weder die Regel von Art.9 ZGB über die erhöhte Beweiskraft öffentlicher Urkunden<sup>51</sup> noch jene von Art.973 ZGB über den öffentlichen Glauben des Grundbuches<sup>51a</sup> als solche Anwendung, was aber nicht ausschließt, daß die Kantone den Angaben über die Gemeindegrenzen in den Grundbuchplänen gewisse Rechtswirkungen zuerkennen können. Die *Festlegung streitiger Gemeindegrenzen* scheint im positiven Recht nicht durchwegs klar geordnet zu sein. Im Zweifelsfall steht diese Kompetenz wohl dem Regierungsrat als der obersten Aufsichtsbehörde über die Gemeinden zu<sup>52</sup>.

129. Über die bloße Feststellung hinaus reicht die *Grenzbereinigung*. Sie kennzeichnet sich als Gebietsabtretung bescheidenen Umfangs durch flächengleichen Abtausch im Rahmen einer bloßen Änderung des Grenzverlaufs und greift nicht in den Bestand der Gemeinde ein<sup>53</sup>. Weiterreichende Gebietsabtretungen, insbesondere solche, die das personelle Element der Gemeinden erfassen, können nicht mehr als bloße Grenzbereinigungen gelten<sup>54</sup>. Zuständig sind

den. So bestimmt in ZH die Verordnung über die Durchführung der Grundbuchvermessung und die Kostentragung für die Einführung des Grundbuches vom 30. Oktober 1922, §13 Abs.1: «Die Gemeindegrenzen sollen tunlichst so verlegt werden, daß sie natürlichen Grenzen folgen und keine Grundstücke durchschneiden; ...».

<sup>51</sup> Zur Frage, ob es sich dabei um einen allgemeinen, auch außerhalb des Bundesprivatrechts geltenden Grundsatz handle, MAX KUMMER, Berner Kommentar, Bd.I: Einleitung, Bern 1962, N.17 zu Art.9 ZGB.

<sup>51a</sup> Für die politischen Grenzen verhält es sich gleich wie für die in Grundbuchplänen enthaltenen Eigenschaftsangaben, die am öffentlichen Glauben des Grundbuches auch nicht teilnehmen (ARTHUR MEYER-HAYOZ, Berner Kommentar, Bd.IV: Grundeigentum I, Bern 1964, N.17 zu Art.668 ZGB).

<sup>52</sup> So ausdrücklich in ZG: Gesetz betreffend das Gemeindewesen vom 20. November 1876, §2. – Als Anwendungsfall BGE 89 I 201 ff. (UR).

<sup>53</sup> Zur Begriffsbestimmung auch BGE 87 I 214/215, AUBERT, Nr.914 und GRISEL, S.139/140. Grenzbereinigung beim Jagdrevier: BGE 96 I 726 (mit erweitertem Begriff).

<sup>54</sup> In ZH fallen sie zwar mit den Grenzbereinigungen zusammen unter den Begriff der «Grenzveränderungen», werden aber in dem Sinne gesondert behandelt, daß sie bei fehlendem Einverständnis der Gemeinden vom Kantonsrat

in der Regel die Gemeinden selbst unter Vorbehalt der Genehmigung durch den Regierungsrat<sup>55</sup>. Dieser kann eine solche Maßnahme auf Antrag oder aus eigener Initiative auch von sich aus treffen, in einigen Kantonen allerdings nur bei Vorliegen wichtiger Gründe<sup>56</sup>. – Grenzbereinigungen der Schweiz mit dem Ausland werden durch den Bund mit dem betreffenden Staat vereinbart, solche unter Kantonen durch Vertrag zwischen diesen<sup>57</sup>. Betroffen wird stets auch das Gebiet der dort gelegenen Gemeinden, ohne daß diese aber zustimmen müßten<sup>58</sup>.

130. Die *territoriale Hoheit* der Gemeinden erstreckt sich ausschließlich auf ihr Gebiet. Eine Ausdehnung auf Nachbargemeinden ist nur im Einverständnis mit der zuständigen kantonalen Behörde

verfügt werden, während über Grenzbereinigungen auch bei Opposition der Gemeinden der Regierungsrat entscheidet (Gesetz über das Gemeindewesen vom 6. Juni 1926, §2; METTLER, S. 25/26). Das Verfahren unterscheidet sich damit allerdings von jenem, das Bestandesänderungen betrifft, vgl. Anm. 74.

<sup>55</sup> Für ZH vgl. Anm. 54; SZ: Gesetz über die Organisation der Gemeinden und Bezirke vom 29. Oktober 1969, §5; SO: Gemeindegesetz vom 27. März 1949, §12; SG: Gesetz über die Organisation und Verwaltung der Gemeinden und Bezirke (Organisationsgesetz) vom 29. Dezember 1947, §2 Abs. 2; TG: Gesetz über die Organisation der Gemeinden und das Bürgerrecht vom 4. April 1944, §3. In ZH in gewissen Fällen von «Grenzveränderungen» (oben Anm. 54) und im TI (Legge sulla fusione, separazione e consorzamento di Comuni del 6 marzo 1945, Art. 2 lit. c) ist allerdings ein Beschluß des kantonalen Parlaments erforderlich. Auch in BS scheinen in der Praxis Grenzbereinigungen dem Großen Rat zur Genehmigung unterbreitet zu werden. Im übrigen steht den Gemeinden gelegentlich ein Rekursrecht an den Großen Rat zu (so in SO). – In andern Kantonen ist von der Neuumschreibung oder der Gebietsänderung die Rede, ohne daß eindeutig feststehen würde, ob davon nur eigentliche Gebietsabtretungen oder auch bloße Grenzbereinigungen erfaßt werden.

<sup>56</sup> So in ZH («aus Gründen administrativer Zweckmäßigkeit») und SO; Quellen oben Anm. 54 und 55.

<sup>57</sup> AUBERT, Nr. 914–919.

<sup>58</sup> Mehr als eine bloße Grenzbereinigung bildete vom Standpunkt der Gemeinden aus der Vertrag zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutschland über die Bereinigung der Grenze im Abschnitt Konstanz–Neuhausen am Rheinfluss vom 23. Oktober 1964, genehmigt durch Bundesbeschluß vom 17. Dezember 1965. Zu seinen Auswirkungen für die Gemeinden: BBl 1965 II 1125 ff.

angängig, da ja die Gemeinden aus der territorialen Gliederung des Kantonsgebietes hervorgehen und innerkantonale Verbände sind<sup>59</sup>. Entsprechende Bestimmungen finden sich in den Gesetzen einzelner Kantone für die Fremdverwaltung abgelegener Gebietsteile<sup>60</sup>. Keine Ausdehnung der territorialen Hoheit liegt dagegen vor, wenn Aufgaben von Gemeinden mit beschränkten Funktionen oder mit engerem Mitgliederkreis an politische Gemeinden abgetreten werden oder umgekehrt<sup>61</sup> oder wenn Dienstleistungen ohne Inanspruchnahme hoheitlicher Gewalt für Nachbargemeinden erbracht werden<sup>61a</sup>.

## II. Die Bestandesänderungen

131. Territoriale Änderungen, die den Rahmen bloßer Grenzbereinigungen sprengen, greifen in den Bestand der Gemeinden ein. Das gilt besonders dort, wo bewohnte Gebietsteile abgetreten werden und damit nicht nur das Territorium verändert wird, sondern auch Personen aus einem Verband entlassen und einem andern zugeteilt werden<sup>62</sup>. Mag die Abgrenzung der bloßen Grenzbereinigung von der eigentlichen Gebietsabtretung nicht immer einfach sein, ist ein Zweifel über *das Vorliegen einer Bestandesänderung* dort ausgeschlossen, wo die Zahl der Gemeinden verringert oder vergrößert wird. Die Bildung neuer Gemeinden durch Teilung bestehender Verbände oder durch Ausscheidung von Gebietsteilen aus mehreren Gemeinden ist kaum von aktueller Bedeutung. Dagegen sind Gemeindevereinigungen nicht selten, und sie bilden eine der Möglichkeiten, die veränderte Lage zu meistern<sup>63</sup>. Dabei ist der

<sup>59</sup> Ziff. 35, 44/45, 73 und 113ff. sowie 132.

<sup>60</sup> SZ: Gesetz über die Organisation der Gemeinden und Bezirke vom 29. Oktober 1969, §6; SG: Gesetz über die Organisation und Verwaltung der Gemeinden und Bezirke (Organisationsgesetz) vom 29. Dezember 1947, §4.

<sup>61</sup> ZH: Gesetz über das Gemeindewesen vom 6. Juni 1926, §16; dazu METTLER, S. 27/28.

<sup>61a</sup> Ziff. 295.

<sup>62</sup> Für ZH oben Anm. 54. Nur die ersatzlose Abtrennung als Bestandesänderung der Gemeinde zu bezeichnen (BGE 87 I 215), scheint zu eng. Zur Begriffsbestimmung vgl. auch Ziff. 129 mit Anm. 53.

<sup>63</sup> Ziff. 306ff.

Unterschied zwischen der Zusammenlegung von Gemeinden und der Zuteilung einer oder mehrerer Gemeinden zu einer andern (der Eingemeindung) von beschränkter Bedeutung<sup>64</sup>.

132. Die Änderung des Gemeindebestandes führt zu einer Neugliederung des Kantonsgebietes. Sie kann deshalb nicht in die abschließende *Zuständigkeit* der innerkantonalen Gebietskörperschaften fallen; vielmehr ist ein kantonaler Entscheid notwendig<sup>65</sup>. Dagegen erweist sich die Zustimmung der betroffenen lokalen Gebietskörperschaften selbst nicht in jedem Fall als erforderlich. In zahlreichen Kantonen können Eingriffe dieser Art den Gemeinden aufgezwungen werden<sup>66</sup>, wobei diese immerhin anzuhören sind<sup>67</sup>. Gelegentlich werden für Bestandesänderungen, denen die Betroffenen nicht zugestimmt haben, besondere Voraussetzungen oder Verfahren festgelegt<sup>68</sup>.

Außer in Schwyz, Glarus und St. Gallen ist eine Änderung der Kantonsverfassung dort erforderlich, wo die Gemeinden im Grundgesetz namentlich aufgezählt werden oder ihre Zahl genannt wird<sup>69</sup>.

<sup>64</sup> Zur Unterscheidung GEIGER, S.134/135. Theoretisch könnte angenommen werden, die Zusammenlegung bewirke den Untergang aller vereinigten Gemeinden und die Entstehung einer neuen Gebietskörperschaft, während bei der Eingemeindung die Existenz der Kerngemeinde nicht angetastet würde. Die Differenz ist aber ohne große praktische Tragweite, da ohnehin Unversalsukzession vorliegt.

<sup>65</sup> Vgl. auch Ziff.130 mit Anm.59; ferner GEIGER, S.133; FELDMANN, S.34.

<sup>66</sup> In einigen Kantonen ist die zwangsweise Vereinigung allerdings ausgeschlossen. Die Zustimmung der betroffenen Gemeinden ist unerlässlich nach Art.84 KV NW, §23 KV BS und in VD nach der Loi sur les communes du 28 février 1956, Art.104 Abs.1, 106 und 107. Für die Kantone, welche die Gemeinden in der KV nennen, kann wohl angenommen werden, daß die Bestandesänderung durch Revision der KV möglich sei, ohne daß die Gemeinden zustimmen müßten. Das wird auch dort gelten, wo eine ausdrückliche Bestandesgarantie im Verfassungstext figuriert (z.B. Art.82 Abs.2 KV OW).

<sup>67</sup> Was in BGE 96 I 238/239 in dieser Beziehung bezüglich der Autonomie steht, muß auch gelten, wo der Gemeindebestand angetastet wird. Ausdrücklich verankert ist der Anspruch auf Anhörung in Art.63 Abs.2 KV BE (dazu FELDMANN, S.402/403) und in Art.26 Abs.3 KV VS.

<sup>68</sup> Ziff.132 Abs.3 mit Anm.74.

<sup>69</sup> Ziff.113 mit Anm.9, 10 (für GL) und 11 (für SZ und SG); dazu auch GEGGER, S.136.

Das gilt jedenfalls für die Bildung neuer und die Vereinigung bestehender Gemeinden, nicht notwendigerweise aber für Gebietsabtretungen<sup>70</sup>. In andern Kantonen ist für jede Änderung des Bestandes der Weg der formellen Gesetzgebung zu beschreiten<sup>71</sup>. Häufig reicht aber auch ein einfacher Parlamentsbeschluß (ein Dekret)<sup>72</sup>, selten ein Entscheid der Kantonsregierung<sup>73</sup>.

Einige Kantone haben differenzierte Regelungen geschaffen und Erlasse verschiedener Stufen vorgeschrieben je nach der Art der Änderung oder nach dem Vorhandensein oder Fehlen der Zustimmung der Gemeinden<sup>74</sup>.

<sup>70</sup> In ZG jedenfalls wurde eine Enklave 1935 durch Kantonsratsbeschluß einer andern Gemeinde zugeteilt, und zwar gestützt auf die Kompetenz des Parlaments zur «Ausübung aller übrigen Souveränitätsrechte, insofern selbe nicht ausdrücklich durch die bestehende Bundes- und Kantonsverfassung beschränkt sind» (§41 lit. q KV ZG).

<sup>71</sup> Einen Landsgemeindebeschluß verlangt Art. 84 KV NW (vgl. Anm. 66), ein (formelles) Gesetz schreiben vor: §23 KV BS (vgl. Anm. 66); BL: Gesetz betreffend die Organisation und Verwaltung der Gemeinden vom 14. März 1881, §3; Art. 89 Abs. 3 KV SH; SG (vgl. Ziff. 113 Anm. 11); NE: Loi sur les communes du 21 décembre 1964, Art. 5 Abs. 2; GE: Loi sur l'administration des communes du 3 juillet 1954, Art. 2.

<sup>72</sup> Art. 63 Abs. 2 KV BE; GR bei unklarer Rechtslage gemäß Praxis (vgl. auch bei Ziff. 114 und 115 Anm. 12 und 15); AG: Gesetz über die Organisation der Gemeinden und Gemeinderäte vom 26. November 1841, §3; TG (unten Anm. 74); TI (unten Anm. 74); VD (Quelle gemäß oben Anm. 66); Art. 26 Abs. 3 KV VS.

<sup>73</sup> Für GL Ziff. 113 mit Anm. 10.

<sup>74</sup> In ZH sind erforderlich: ein Regierungsratsbeschluß für größere Grenzveränderungen mit Zustimmung der Gemeinden, ein Kantonsratsbeschluß für größere Grenzveränderungen ohne Zustimmung der Gemeinden sowie für die Vereinigung von Gemeinden mit deren Einverständnis und ein Gesetz für die zwangsweise Gemeindevereinigung sowie für jede Neubildung einer Gemeinde (Art. 47 Abs. 3 KV ZH; Gesetz über das Gemeindewesen vom 6. Juni 1926 §§ 2 und 3, ferner Ziffer 129 Anm. 54; METTLER, S. 25/26). In LU ist für die Bildung neuer sowie für die Auflösung und Vereinigung bestehender Gemeinden ein Gesetz, für die Neuumschreibung dagegen ein Dekret des Großen Rates erforderlich (§94<sup>bis</sup> KV LU). In SO bedürfen bei Zustimmung der Betroffenen (z. T. mit qualifizierter Mehrheit) wesentliche Gebietsveränderungen sowie Gemeindevereinigungen der Zustimmung des Regierungsrates und die Bildung neuer Gemeinden jener des Kantonsrates, während die zwangsweise Gemeindevereinigung nur aus wichtigen Gründen

133. Daß dem *Gemeindepluralismus* entgegengewirkt wird, liegt im Zug der Zeit. In Zürich werden immer mehr Zivilgemeinden in die politischen Gemeinden integriert<sup>75</sup>, und im Thurgau geht die Tendenz dahin, die Munizipalgemeinden mit den in ihrem Gebiet bestehenden Ortsgemeinden zu vereinigen<sup>76</sup>.

Besondere Regelungen bestehen da und dort für die Änderung des Bestandes von Schulgemeinden, Bürgergemeinden und Kirchengemeinden sowie für ihre Zusammenlegung mit den politischen Gemeinden<sup>77</sup>. Auf eine Darlegung der Vielfalt kantonaler Lösungen dieser Probleme sei hier verzichtet<sup>78</sup>.

#### *D. Das Gemeindevermögen und die Gemeindefinanzen*

##### **I. Das Gemeindevermögen**

134. Die Vermögensfähigkeit ist einer der Aspekte der rechtlichen Verselbständigung, wie sie für Gebietskörperschaften und insbesondere für Gemeinden kennzeichnend ist<sup>79</sup>. Die diesen zustehen-

und nur durch Gesetz erfolgen kann (Art. 53 KV SO; Gemeindegesetz vom 27. März 1949, §§ 11 und 13). Im TG sind triftige Gründe erforderlich, wenn die Änderung der Gebietseinteilung durch den Großen Rat ohne Zustimmung der betroffenen Orts- und Munizipalgemeinden beschlossen werden soll (Gesetz über die Organisation der Gemeinden und das Bürgerrecht vom 4. April 1944, § 2; dazu BGE 94 I 351 ff., insbes. 356–358). Im TI entscheidet über alle Gebietsveränderungen der Große Rat mittels decreto legislativo, bei fehlender Zustimmung der Betroffenen mit absoluter Mehrheit aller Ratsmitglieder (Legge sulla fusione, separazione e consorzio di Comuni del 6 marzo 1945, Art. 1 und Art. 8 Abs. 2).

<sup>75</sup> Zur Stellung der Zivilgemeinden in ZH Ziff. 79 Abs. 2 mit Anm. 81–83. Die Bildung neuer Zivilgemeinden ist unzulässig (Art. 47 Abs. 4 KV ZH). Ihre Auflösung und Vereinigung mit andern Gemeinden fällt in die Kompetenz des Regierungsrates (Gemeindegesetz, zit. oben Anm. 74, § 6 Abs. 1) und wird damit gegenüber anderen Bestandesänderungen erleichtert (vgl. Anm. 74); dazu METTLER, S. 27.

<sup>76</sup> Ziff. 78 und 79 mit Anm. 79 und 80. Die thurgauischen Beispiele bei Ziff. 308 Anm. 53 betreffen diesen Tatbestand.

<sup>77</sup> Ziff. 78.

<sup>78</sup> Für ZH: METTLER, S. 26/27.

<sup>79</sup> Ziff. 33 und 71.

den Werte lassen sich in drei Kategorien einteilen<sup>80</sup>. Das Finanzvermögen (in der Rechnung als realisierbare Aktiven figurierend) umfaßt die ertragabwerfenden Kapitalanlagen<sup>81</sup>. Zum Verwaltungsvermögen zählen die in den Dienst einer bestimmten öffentlichen Aufgabe gestellten Objekte (wie die Schulhäuser mit zugehörigem Mobiliar, die Verwaltungsgebäude, die Anlagen und die Ausrüstung der Gemeindebetriebe). Die öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch stehen der Benützung durch die Allgemeinheit offen und umfassen die Gemeindestraßen, die kommunalen Erholungsanlagen und in den Kantonen, welche die Gewässerhoheit den Gemeinden überlassen haben<sup>82</sup>, die öffentlichen Gewässer.

135. Die Unterscheidung ist in dreifacher Hinsicht von Bedeutung. Die Aufwendungen für die Anschaffung von Gegenständen des Finanzvermögens gelten nicht als Auslagen, und die Beziehungen der Gemeinden zu Dritten bezüglich dieser Werte unterstehen dem Privatrecht<sup>83</sup>. Die Bereitstellung von Objekten des Verwaltungsvermögens und von öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch bedingt dagegen die Gewährung entsprechender Kredite, und die Benützung dieser Sachen untersteht den Regeln des öffentlichen Rechts. – Die Klassifizierung ist sodann wesentlich für den Rechtsschutz der Gemeinden. Diese sind in unterschiedlicher Weise zur staatsrechtlichen Beschwerde legitimiert, je nachdem, ob von einem ungerechtfertigten Eingriff ihr Finanzvermögen, ihr Verwaltungsvermögen oder ein Teil ihrer öffentlichen Sachen im Gemeinge-

<sup>80</sup> BGE 96 I 468 und 97 I 640/641. Vielfach wird zunächst unterschieden zwischen dem privaten Vermögen der Gemeinde und den öffentlichen Sachen, die dann in die Kategorien des Verwaltungsvermögens und der öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch unterteilt werden (GRISEL, S.279ff.). Das positive Recht nennt gelegentlich nur die erste Gliederungsstufe mit realisierbaren und nichtrealisierbaren Gemeindeaktiven (ZH: Gesetz über das Gemeindewesen vom 26.Juni 1926, §119 Abs.1), bzw. *beni patrimoniali* und *beni amministrativi* (TI: Legge organica comunale del 1<sup>o</sup> marzo 1950, Art. 138 Abs.1).

<sup>81</sup> In ZH (Gemeindegesezt, zit. oben Anm.80, §119 Abs.2) sind es «solche Aktiven, die entweder einen Ertrag abwerfen oder ohne Nachteil für den Gemeindehaushalt veräußert werden können».

<sup>82</sup> GR und (für die Nebenflüsse der Rhone) VS.

<sup>83</sup> BGE vom 13.Dezember 1961, Zbl 63, 1962, S.103/104.

brauch betroffen wird<sup>84</sup>. Dabei berücksichtigt das Bundesgericht für die Charakteristik der Sache deren künftige Verwendung<sup>85</sup>. – Schließlich unterliegen nicht alle Teile des Gemeindevermögens der Zwangsvollstreckung<sup>85a</sup>.

## II. Die Gemeindefinanzen

136. Die kantonalen Vorschriften über die Aufstellung des Budgets und der Rechnung der Gemeinden unterscheiden sich nicht nur hinsichtlich der getroffenen Lösungen, sondern wesentlich auch bezüglich des Maßes, in welchem die Materie geordnet ist<sup>86</sup>. Die Skala reicht von der relativ detaillierten Regelung bis zum Verzicht auf eine solche oder zur bloßen Aufstellung eines empfohlenen Kontenplanes. Auch die Verfahrensvorschriften spiegeln schweizerische Vielfalt. Als grobe Regel kann gelten, daß die Rechnung und allenfalls schon das Budget der Rechtmäßigkeitskontrolle einer Bezirksbehörde unterliegen, während bei Gemeinden, die Finanzausgleichsbeiträge beziehen, eine erweiterte kantonale Kontrolle durchgeführt wird. Einzelne Kantone üben aber in jedem Fall eine Zweckmäßigkeitskontrolle bezüglich des Gemeindebudgets aus, während umgekehrt in andern Budget und Rechnung nicht genehmigungspflichtig sind.

137. Die Gemeinden verfügen über die Steuerhoheit nach Maßgabe des kantonalen Rechts<sup>87</sup>. Als Gemeindesteuern erhoben werden vorab direkte Steuern auf Einkommen und Vermögen beziehungsweise auf Ertrag und Kapital. Allerdings scheint sich in Ansätzen die Tendenz abzuzeichnen, die Besteuerung von Ertrag und Kapital juristischer Personen dem Kanton vorzubehalten, hauptsächlich im Interesse des Finanzausgleichs<sup>88</sup>. Die Gemeinden beziehen so-

<sup>84</sup> Zur Entwicklung und zum gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung BGE 97 I 640/641. Zum Problemkreis Ziff. 211 ff.

<sup>85</sup> BGE 96 I 468/469 und 97 I 640.

<sup>85a</sup> Ziff. 235.

<sup>86</sup> Die nachfolgenden Ausführungen beruhen zur Hauptsache auf Mitteilungen der Kantone. Eine differenzierte Darstellung mit Quellenangabe hätte den verfügbaren Raum bei weitem überschritten.

<sup>87</sup> Auch für die Steuern gilt die Bemerkung von Anm. 86.

<sup>88</sup> So seit 1957 in GR, wobei aber nur ein Teil des an die Stelle der Gemeindesteuern getretenen Zuschlags zur Kantonssteuer dem Finanzausgleich dient.

dann vielfach besondere Grundsteuern, Personalsteuern und als Aufwandsteuern ausgestaltete indirekte Steuern (auf der Unterhaltung und dem Vergnügen, dem Halten von Hunden usw.). In Zentren des Fremdenverkehrs spielen die Kurtaxen eine wichtige Rolle.

Die Erhebung der einzelnen Steuern ist den Gemeinden teils vorgeschrieben, teils freigestellt, wenigstens soweit keine Leistungen im Hinblick auf den Finanzausgleich beansprucht werden. Die Steuersätze werden in gewissen Fällen von den Gemeinden, in andern vom Kanton festgelegt. Die Höhe der direkten Steuern bestimmen die Gemeinden in der Regel in Prozenten des kantonalen Grundtarifs, doch begegnet man auch Lösungen, bei denen die Gemeinden – allenfalls innerhalb gewisser absoluter Schranken – über den Tarif (und damit die Progressionsstufen) selbst entscheiden<sup>89</sup>.

138. Die Gemeinden müssen ihre Aufwendungen allerdings nicht ausschließlich aus dem Ertrag der Gemeindesteuern decken<sup>90</sup>. Sie partizipieren vielfach am Ertrag gewisser kantonalen Steuern (etwa der Erbschafts- und Schenkungssteuern), erheben Gebühren, Vorzugslasten (besonders Erschließungsbeiträge von Grundeigentümern) und weitere öffentliche Abgaben und beziehen Beiträge des Bundes und des Kantons an die Kosten öffentlicher Werke. Differenzen hinsichtlich der Belastung, wie sie sich aus der unterschiedlichen wirtschaftlichen Entwicklung der einzelnen Gegenden er-

Zur Hauptsache wird der Ertrag jener Zuschlagssteuer auf die Gemeinden verteilt, wie wenn diese die Steuer erhoben hätten. Zur Rechtslage: Art. 40 Abs. 5 Satz 3 KV GR; VON RECHENBERG, S. 542.

<sup>89</sup> Daß den Gemeinden bei der Festsetzung der Steuern eine erhebliche reale Verantwortung zusteht, ergibt sich z. B. daraus, daß in ZH die Steueransätze für die direkten Gemeindesteuern (ohne Kirchensteuern) 1972 je nach Gemeinde zwischen 85% und 160% der einfachen Staatssteuer betragen. Der Ertrag der direkten Gemeindesteuern (inkl. Grundsteuern) erreichte in ZH 1970 den Betrag von 1186 Millionen Franken (Zürcher Gemeindesteuerverhältnisse, Ausgabe 1971, Heft 74 der Statistischen Mitteilungen des Kantons Zürich, Zürich 1971, S. 9).

<sup>90</sup> Die direkten Gemeindesteuern (inkl. Grundsteuern) liefern in ZH seit längerer Zeit 50–60% der Gemeindeeinnahmen (Quelle gemäß Anm. 89).

geben, werden gemildert durch den interkommunalen Finanzausgleich, auf den noch hinzuweisen ist<sup>91</sup>.

## § 5. Die Gemeinden als innerkantonale autonome Gebietskörperschaften

### A. Die Ausgangslage

#### I. Der funktionelle Wirkungsbereich der Gemeinden

139. Die schweizerischen Gemeinden weisen trotz bedeutenden Unterschieden hinsichtlich ihrer Stellung alle Eigenschaften von Gebietskörperschaften auf<sup>1</sup>. Ihre territoriale Hoheit üben sie – in ungleichem Maße allerdings – in den drei Tätigkeitsbereichen des Gemeindegewesens aus.

140. Der *Rechtsetzungsfunktion* kommt dabei echtes Gewicht zu<sup>2</sup>, wenn auch in Graubünden<sup>3</sup> mehr als in Genf. Darin unterscheidet sich die Lage schweizerischer wesentlich von derjenigen ausländischer Gemeinden<sup>4</sup>. Immerhin muß festgestellt werden, daß sich die Kompetenzverlagerung an den Kanton oder gar den Bund im Bereiche der Rechtsetzung deutlicher abzeichnet als in demjenigen der Verwaltung<sup>5</sup>. Eine Erhebung bei den Kantonen hat gezeigt, daß sich nur wenig Allgemeingültiges über die kommunaler Ordnung zugänglichen Sachbereiche aussagen läßt. Die wertvollen Ergebnisse der Umfrage wurden dem vorliegenden Bericht zwar zugrunde gelegt; für eine detaillierte Wiedergabe aber ist hier leider kein Raum<sup>6</sup>.

<sup>91</sup> Ziff. 282–284.

<sup>1</sup> Ziff. 30–35 und 68–73.

<sup>2</sup> GIACOMETTI, Kantonales Staatsrecht, S. 79/80; LIVER, Gemeinderecht, S. 40 ff.; IMBODEN, Gemeindeautonomie, S. 99/100; GEIGER, S. 47–49.

<sup>3</sup> Die Rechtsetzungsautonomie der Bündner Gemeinden auf dem Gebiete der Baugesetzgebung nimmt in der Rechtsprechung des Bundesgerichts einen festen Platz ein (BGE 91 I 42 ff.; 92 I 375; 94 I 64; 95 I 37; 96 I 372; 97 I 138; Zbl 66, 1965, S. 400 ff.).

<sup>4</sup> Dazu Ziff. 22, 97 (für Frankreich) und 104 (für die Bundesrepublik Deutschland).

<sup>5</sup> LIVER, Gemeinderecht, S. 41 und 50.

<sup>6</sup> Die Antworten der Kantone sollten für weitere, insbes. spezialisierte Unter-

Bei aller Zurückhaltung, die sich angesichts der festgestellten Unterschiede aufdrängt, können doch als hauptsächliche Gegenstände des Gemeinderechts die Organisation der Behörden und der öffentlichen Unternehmen, gewisse polizeiliche Materien, ein Teil des Finanzverwaltungsrechts und des Abgaberechts sowie das öffentliche Bau- und Planungsrecht bezeichnet werden<sup>7</sup>. Gerade auf dieses bezog sich in den letzten Jahren die Mehrheit der die Gemeindeautonomie betreffenden Entscheide des Bundesgerichts. Offenbar tritt in jener Materie das Spannungsverhältnis zwischen der Eingliederung der Gemeinden in die Verbände übergeordneter Stufen und der kommunalen Unabhängigkeit am deutlichsten in Erscheinung.

141. Der Bereich der *Verwaltungsbefugnisse* folgt zunächst weitgehend jenem der Rechtsetzungskompetenzen, da die (erstinstanzliche) Anwendung des Gemeinderechts den kommunalen Behörden vorbehalten bleibt. Diese wenden daneben auch Kantons- und Bundesrecht an, so daß der gemeindlichen Verwaltungstätigkeit ein weiteres Feld offen steht. Verwaltung ist nicht nur die Anordnung von Verwaltungsakten, sondern – gerade auf der kommunalen Stufe – auch tatsächliches Handeln, die Erbringung von äußeren Leistungen also.

142. Der *Rechtsprechung* durch Gemeindebehörden kommt nur geringe Bedeutung zu<sup>8</sup>, wenn man das Streitige Verwaltungsverfahren nicht einbeziehen will. Die Zivilrechtspflege beschränkt sich auf den Aufgabenkreis des Friedensrichters, soweit dieser überhaupt kommunales Organ ist. Die Strafrechtspflege erstreckt sich nur auf das Verwaltungsstrafrecht, und die Verwaltungsgerichtsbarkeit ist auf dieser Stufe nicht ausgebildet. Von der Rechtsprechung auszu-

suchungen einem größeren Kreis zugänglich gemacht werden. Welche Differenzierungen eine umfassende Darstellung erfordern würde, mag folgendes Beispiel zeigen: Für BS gilt als grobe Regel, daß das öffentliche Baurecht ausschließlich kantonale geordnet ist. Der Bericht des Baudepartements BS auf die diesbezüglichen Fragen umfaßt jedoch 12 Seiten und läßt die Problematik summarischer Aussagen erkennen.

<sup>7</sup> Für ZH: SIGG, S. 52 ff.

<sup>8</sup> GIACOMETTI, Kantonales Staatsrecht, S. 79/80; GEIGER, S. 46.

nehmen ist die Tätigkeit des «Beauftragten in Beschwerdesachen» nach stadtzürcherischer Gemeindeordnung<sup>9</sup>.

143. Die Gemeinden sind bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben in der Rechtsetzung, in der Verwaltung und (in bescheidenem Maße) in der Rechtsprechung einerseits an der *Ordnung des gesellschaftlichen Zusammenlebens* beteiligt, indem sie Verhaltensnormen und organisatorische Vorschriften erlassen und anwenden. In erheblichem Umfang sind sie außerdem berufen, an der *Daseinsvorsorge* mitzuwirken; ja es wird darin häufig der Hauptakzent ihrer Tätigkeit erblickt<sup>10</sup>.

## II. Die doppelte Stellung der Gemeinden

144. Die Zuweisung solcher Funktionen an innerkantonale Gebietskörperschaften entspricht in der Schweiz (und in weniger ausgeprägtem Maße auch in andern Staaten) nicht nur dem Wunsch nach einer möglichst zweckmäßigen Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Wenn eine gewisse Dezentralisation die Leistungsfähigkeit auch erhöht, tritt die starke territoriale Gliederung unseres Staates andererseits in Widerstreit mit der Effizienz<sup>11</sup>. Ihre Berechtigung finden die Gemeinden zur Hauptsache denn auch im Wert des kleinen Verbandes<sup>12</sup>. Sie können ihre Funktion indessen nur wahrnehmen, wenn ihnen ein gewisser Mindestbereich von *Aufgaben* zu- steht und ihnen das Recht gewahrt bleibt, in *eigener Verantwortung* zu entscheiden.

145. Andererseits sind die Gemeinden innerkantonale Gebietskörperschaften. Ihr Recht ist kein völlig unabhängiges Recht, sondern Teil der im betreffenden Gebiet geltenden Gesamtordnung, und es findet seinen Geltungsgrund in den Normen der kantonalen Stufe und somit letztlich in der Bundesverfassung<sup>13</sup>. Die *Eingliederung der Gemeinden* und ihrer Tätigkeit in den Kanton und in seine

<sup>9</sup> Gemeindeordnung der Stadt Zürich vom 26. April 1970, Art. 39; vgl. Ziff. 222.

<sup>10</sup> Ziff. 258, ferner LIVER, Gemeinderecht, S. 41.

<sup>11</sup> Ziff. 262 ff.

<sup>12</sup> Das ist in § 7 näher darzustellen.

<sup>13</sup> Ziff. 147 ff., ferner Ziff. 35 mit Anm. 57; LIVER, Gemeinderecht, S. 46–48. Besonders ausgeprägt ist diese Einordnung in der Sicht der Theoretiker der Reinen Rechtslehre (Ziff. 13).

Rechtsordnung kann verschieden weit reichen und differenziert ausgestaltet sein. Die daraus folgende Stufung bildete den theoretischen Ausgangspunkt für die Unterscheidung von eigenem und übertragenem Wirkungsbereich der Gemeinden<sup>14</sup> und – vielfach, aber nicht immer – für die Umschreibung des Begriffs der Gemeindeautonomie.

146. Die Stellung der Gemeinden kennzeichnet sich somit einerseits dadurch, daß diese über gewisse hoheitliche Aufgaben verfügen und (jedenfalls teilweise) in eigener Verantwortung handeln, andererseits durch die Eingliederung der kommunalen Verbände in die übergeordneten Gemeinwesen. Die Anknüpfung an diese beiden Pole führt notwendigerweise zu einem *Spannungsverhältnis*, das sich mit der Ausdehnung der Wirksamkeit der Gebietskörperschaften aller Stufen akzentuieren mußte. Die Häufung der bundesgerichtlichen Entscheide zur Gemeindeautonomie in den letzten Jahren spiegelt diese Lage<sup>15</sup>. Beachtlich und im Hinblick auf die staatspolitische Bedeutung der Gemeinden besonders erfreulich ist die Verstärkung des Schutzes, den das Bundesgericht seit 1967 dabei gewährt.

## *B. Die Gemeinden als innerkantonale Verbände*

### **I. Die Rechtseinheit**

147. «Gliedstaaten und Kommunalverbände sind beides Glieder eines einzigen Gesamtorganismus, der eine Rechtsordnung nach einem Plane verwirklichen soll, die also einen Staat ausmachen.»<sup>16</sup> Das bedeutet, daß sich die Gemeinden bei der Rechtsetzung wie bei

<sup>14</sup> Ziff. 164ff.

<sup>15</sup> In den Bänden 93 (1967) bis 97 (1971, nur bis Heft 6) der BGE wurden 23 Entscheide publiziert, die sich auf die Gemeindeautonomie bezogen. Je 4 oder 5 dieser Urteile betrafen die Kantone ZH, SO, GR und VD, während sich die übrigen Entscheide auf ebensoviele Kantone verteilten. Bei aller Fragwürdigkeit des Aussagewertes einer solchen Statistik mag diese doch als Andeutung gelten, wo infolge der Entwicklung die Gemeindeautonomie besonders angefochten ist.

<sup>16</sup> BURCKHARDT, S. 163.

der Rechtsanwendung in die übergeordnete Ordnung einzufügen haben<sup>17</sup>. Um dieser Anforderung zu genügen, müssen kommunale Anordnungen kompetenzkonform sein und dem Bundes- und Kantonsrecht auch inhaltlich nicht widersprechen.

148. Während die Bundesverfassung die *Kompetenzen* der Kantone negativ dadurch festlegt, daß sie die Befugnisse des Bundes nennt, findet sich in den Kantonsverfassungen keine analoge Enumeration<sup>18</sup>. Immerhin fehlt nicht jede Angabe der Zuständigkeit auf der Verfassungsstufe, nur werden dort nicht die Befugnisse der Kantone, sondern allenfalls jene der Gemeinden genannt. Das geschieht aber nirgends in Form einer Liste von Gegenständen der kommunalen Rechtsetzung und Verwaltung, sondern höchstens generell, indem die Gemeinden ermächtigt werden «ihre Angelegenheiten»<sup>19</sup> oder «alle örtlichen Angelegenheiten»<sup>20</sup> zu regeln oder indem ihnen die «selbständige Gemeindeverwaltung mit Einschluß der niederen Polizei»<sup>21</sup> überlassen wird. Hinweise ergeben sich weiter aus der Nennung einzelner Sachbereiche oder aus der Angabe über die Kompetenzen der Gemeindeorgane. Ferner schränken gewisse Kantonsverfassungen die Entscheidungsfreiheit der Gemeinden durch Aufstellung materieller Grundsätze ein<sup>22</sup>.

149. Zur Hauptsache aber obliegt die Umgrenzung der kommunalen Befugnisse dem kantonalen Gesetzgeber, der die entsprechende Regelung im Gemeindegesetz oder – häufiger – in der Spezialgesetzgebung getroffen hat. Da er den Wirkungsbereich der Gemeinden sachlich bestimmt, kann er in diesen nicht in unzulässiger Weise

<sup>17</sup> Ziff. 145 mit Anm. 13.

<sup>18</sup> GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht, S. 46 mit Anm. 44 sieht in dieser Beziehung keinen wesentlichen Unterschied bezüglich des Verhältnisses der Kantone zum Bund und jenes der Gemeinden zu den Kantonen.

<sup>19</sup> Art. 48 KV ZH; Art. 75 Abs. 1 KV UR; Art. 54 KV SO; Art. 44 Abs. 1 KV AG.

<sup>20</sup> Art. 91 Abs. 2 KV OW, ähnlich § 87 KV SZ.

<sup>21</sup> Art. 40 Abs. 2 Satz 1 KV GR.

<sup>22</sup> Zitiert wird als Beispiel regelmäßig Art. 40 Abs. 5 Satz 2 KV GR: «Die Erhebung von Gemeindesteuern ist subsidiär nach billigen und gerechten Grundsätzen zulässig».

eingreifen, wenn er sich an den von der Verfassung gezogenen Rahmen hält<sup>23</sup>.

150. Die kantonale Gesetzgebung ist hinsichtlich des Bereichs der kommunalen Kompetenzen vielfach auslegungsbedürftig, da nicht immer eindeutig feststeht, wie weit den Gemeinden ergänzende Befugnisse verbleiben. Das Problem stellt sich vorab für die Rechtsetzung, wo häufig durch Interpretation festgelegt werden muß, ob Platz bleibt für eine kommunale Ordnung. Ermächtigt beispielsweise ein kantonales Baugesetz die Gemeinden zur Aufstellung einer Bauordnung mit Zonenplan, so steht damit noch nicht fest, ob die zuständige Behörde nur unter den im kantonalen Recht genannten Zonen auswählen oder für weitere Arten die gesetzliche Grundlage selbst schaffen kann<sup>24</sup>.

151. Der Vorrang des kantonalen und des eidgenössischen Rechts kommt nicht nur darin zum Ausdruck, daß die kommunalen Normen kompetenzkonform sein müssen; diese gelten zudem nur insoweit, als sie *inhaltlich* dem Recht der übergeordneten Verbände nicht widersprechen, mit andern Worten: kantonales und eidgenössisches Recht brechen kommunales<sup>24a</sup>. Im Hinblick darauf, daß auch die Kompetenzabgrenzung durch den kantonalen Gesetzgeber erfolgt, bestehen allerdings engere Bindungen zwischen der Zuständigkeitsordnung und der Regel für materielle Konflikte als im Verhältnis des Bundes zu den Kantonen. Dieser Grundsatz ist in einzelnen Kantonsverfassungen ausdrücklich verankert, indem die Gemeinden etwa ermächtigt werden, «ihre Angelegenheiten innerhalb der Schranken der Verfassung und der Gesetze selbständig zu ordnen»<sup>25</sup>; er gilt aber auch dort, wo er nicht *expressis verbis*

<sup>23</sup> BGE 93 I 446 Erw. 8 (für ZH) mit Hinweisen; 94 I 457/458 (für VD); Zbl 72, 1971, S. 509 (für GR).

<sup>24</sup> Das Bundesgericht sah jedenfalls früher darin nicht primär ein Problem der Interpretation, sondern löste die Frage unter Bezug der Unterscheidung von eigenem und übertragenem Wirkungsbereich der Gemeinden (Ziff. 166 mit Anm. 58).

<sup>24a</sup> BGE 97 I 526.

<sup>25</sup> So Art. 48 Satz 1 KV ZH. Solche Regeln bringen natürlich nicht nur den Grundsatz vom Vorrang des kantonalen Rechts zum Ausdruck, sondern auch das Erfordernis der Kompetenzmäßigkeit des kommunalen Rechts.

formuliert ist, denn er ist die Folge der Einordnung der Gemeinden in den Kanton und seine Rechtsordnung.

## II. Die Gemeinden als Trägerinnen kantonaler und eidgenössischer Aufgaben

152. In klassischer Sicht erfüllen die Gemeinden neben ihren eigenen Funktionen solche, die ihnen durch eine Delegation von Kompetenzen im Sinne einer Ermächtigung oder einer Verpflichtung zugewiesen werden. Indessen sind im folgenden Zweifel an der Notwendigkeit durchgehender Trennung von eigenem und übertragenem Wirkungskreis zu äußern. So sei hier der letztgenannte nicht gesondert und vorweg dargestellt. Dagegen sei auf gewisse Pflichten der Gemeinden im Rechtserzeugungsprozeß hingewiesen.

153. Werden innerkantonale Gebietskörperschaften gebildet und mit der Ordnung ihrer Angelegenheiten (in dieser oder einer andern Formulierung) betraut, so liegt darin wohl die Verpflichtung, innerhalb des Kompetenzbereichs den Verband zu organisieren und das Zusammenleben der Menschen zu ordnen, mit andern Worten *Recht zu setzen*<sup>26</sup>. Konkreter wird diese Pflicht, wenn die Gemeinde in einem bestimmten Sachbereich nicht nur ermächtigt, sondern gehalten ist, eine Regelung zu treffen. So werden etwa kommunale Bauordnungen als obligatorisch bezeichnet<sup>27</sup>. Auch fehlt es nicht an Durchsetzungsmaßnahmen, indem der Kanton gelegentlich zur Ersatzvornahme selbst im Bereiche der Rechtsetzung ermächtigt wird<sup>28</sup>. Ähnliches gilt für Pläne und für das Budget, ohne daß damit über den rechtlichen Charakter dieser Erlasse etwas ausgesagt sei.

154. Ausgeprägter noch sind die Pflichten der Gemeinden im Rahmen der *Rechtsanwendung*. Die kommunalen Organe haben nach rechtsstaatlichen Grundsätzen das Gemeinderecht vollständig

<sup>26</sup> Zum Problemkreis BÜTIKOFER, S. 68 ff.

<sup>27</sup> In ZH sind gemäß Baugesetz für Ortschaften mit städtischen Verhältnissen vom 23. April 1893, §§ 68 und 68a in Verbindung mit § 1, ein Teil der Gemeinden zur Aufstellung einer Bauordnung verpflichtet und ein anderer Teil dazu ermächtigt (zur Bedeutung der Unterscheidung BGE 93 I 161 und 96 I 236/237).

<sup>28</sup> Für ZH: Gesetz über die Abänderung und Ergänzung des Baugesetzes für Ortschaften mit städtischen Verhältnissen vom 16. Mai 1943, Art. 3, wo diese Kompetenz dem Regierungsrat zugewiesen wird.

und richtig anzuwenden sowie durchzusetzen. Sie sind weiter gehalten, in gleichem Sinne bezüglich zahlreicher Erlasse des Bundes und des betreffenden Kantons zu verfahren. Rechtsanwendung auf Gemeindeebene ist zur Hauptsache *Verwaltung*, in bescheidenem Maße auch *Rechtsprechung*<sup>29</sup>. Der Verwaltung seien auch tatsächliche Leistungen zugeordnet, welche die Gemeinden von sich aus oder auf Grund einer kantonalrechtlichen oder bundesrechtlichen<sup>30</sup> Verpflichtung erbringen.

### III. Die Mitwirkung der Gemeinden an der Willensbildung auf kantonaler Ebene

155. Die Beteiligung der Gemeinden an kantonalen Entscheiden ist bedeutend weniger ausgeprägt als die Mitwirkung der Kantone bei der Bildung des obersten Bundeswillens. Im besondern ist keine Gemeindemehrheit in Abstimmungen über die Revision der Kantonsverfassung<sup>31</sup> oder über andere Erlasse erforderlich. Ganz fehlt allerdings die Mitwirkungsmöglichkeit nicht.

156. Ein solches Recht steht den Gemeinden aber nicht schon deswegen zu, weil sie Wahlkreise für die Bestellung des kantonalen Parlaments bilden, denn die Abgeordneten handeln ja nicht als Mitglieder eines kommunalen Organs<sup>32</sup>. Das gilt selbst für Appenzell I.Rh., wo die von der Bezirksversammlung<sup>33</sup> gewählten Mitglieder des Großen Rates für den Bezirk die Ratsbehörde bilden<sup>34</sup> und damit eine Doppelstellung einnehmen. Anders gestaltet sich die Lage, wenn die Kantonsverfassung Regeln über die Verteilung der Sitze auf die so gebildeten Wahlkreise aufstellt<sup>35</sup> oder gar jeder Gemeinde mindestens einen oder zwei Sitze sichert<sup>36</sup>. Eine solche Vor-

<sup>29</sup> Ziff. 142.

<sup>30</sup> Ziff. 111 in fine mit Anm. 6.

<sup>31</sup> GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht, S. 45–48 erblickt darin den wesentlichen Unterschied zwischen der Stellung der Kantone und jener der Gemeinden.

<sup>32</sup> Ziff. 64. Die Bestimmung von Art. 54 Abs. 1 Satz 2 KV UR, daß der Landrat aus Vertretern der Gemeinden bestehe, dürfte daher unzutreffend sein.

<sup>33</sup> Zur Gliederung von AI Ziff. 53 und 79 Abs. 3.

<sup>34</sup> Art. 36 Satz 1 KV AI.

<sup>35</sup> Art. 54 Abs. 1 KV UR; § 26 Abs. 2 und 3 KV SZ; Art. 66 Abs. 1 KV OW; Art. 58 Abs. 2 KV NW; § 31 KV BS.

<sup>36</sup> Art. 54 Abs. 2 KV UR; § 26 Abs. 2 in fine KV SZ; Art. 37 Abs. 2 KV GL (zugunsten der Wahlgemeinden, dazu Ziff. 82) und § 31 Abs. 3 in fine KV BS

schrift kann nur den Sinn einer Gewährleistung haben, daß sich im kantonalen Parlament zwar nicht die Stimme jeder Gemeinde, aber doch eine Stimme aus jeder Gemeinde Gehör verschaffen kann.

157. Einzelne Kantone kennen auch ein Antragsrecht, zwar nicht der Gemeinden selbst, wohl aber von Gemeindebehörden. Gerichtet sind solche Initiativen an das kantonale Parlament<sup>37</sup> oder an die Landsgemeinde<sup>38</sup>.

### *C. Die Gemeindeautonomie*

#### **I. Der Begriff der Autonomie**

158. Die Gemeindeautonomie ist eine der Grundmaximen schweizerischer Staatspolitik. Da dürfte eigentlich angenommen werden, daß längst Klarheit darüber bestehe, was darunter zu verstehen sei, welches der Inhalt und die Auswirkungen der Autonomie seien. Diese Annahme wäre indessen verfehlt. Zwar herrscht über den Begriff selbst weitgehend Übereinstimmung, aber seine Tragweite ist in der Lehre umstritten, und das Bundesgericht hat, nachdem es die Akzente immer wieder etwas anders gesetzt hatte, seine Rechtsprechung vor fünf Jahren grundlegend geändert und seither weiterentwickelt<sup>39</sup>.

159. Offensichtlich in Anlehnung an eine Bestimmung der Zürcher Kantonsverfassung<sup>40</sup> und an ähnlich lautende Verfassungsnormen<sup>41</sup>

(zugunsten der Landgemeinden) verleihen Anspruch auf mindestens einen Sitz; Art. 58 Abs. 2 in fine KV NW sogar auf 2 Sitze.

<sup>37</sup> So nach Art. 29 Abs. 3 Ziff. 2 KV ZH. Über die Legitimation bestimmt das Gesetz über das Vorschlagsrecht des Volkes vom 1. Juni 1969 nur, daß die Initiative von einer oder mehreren Behörden eingereicht werden könne und daß das Initiativrecht gegenüber dem Motionsrecht und dem Antragsrecht subsidiär sei. Als legitimierte Behörden gelten auch kommunale Organe.

<sup>38</sup> Art. 63 Ziff. 2 KV OW und Art. 54 Abs. 3 Ziff. 2 KV NW, beide für Gesetze und Finanzbeschlüsse.

<sup>39</sup> Ziff. 168; eine umfassende Analyse findet sich bei ZWAHLEN, S. 633 ff.

<sup>40</sup> Art. 48 Satz 1 KV ZH lautet: «Die Gemeinden sind befugt, ihre Angelegenheiten innerhalb der Schranken der Verfassung und Gesetze selbständig zu ordnen.» Vgl. Anm. 44.

<sup>41</sup> Vom Bundesgericht zitiert werden insbes. Art. 54 KV SO und Art. 40 Abs. 2 KV GR; vgl. Anm. 44.

definierte das Bundesgericht die Autonomie als die Befugnis der Gemeinden, ihre Angelegenheiten innert der verfassungs- und gesetzmäßigen Schranken selbst zu ordnen<sup>42</sup>. Vor neun Jahren wurde eine leicht veränderte Umschreibung gewählt und erklärt, Gemeindeautonomie bedeute die Zuständigkeit der Gemeinde zur selbständigen Erfüllung gewisser (oder bestimmter) öffentlicher Aufgaben<sup>43</sup>. Die Modifikation mag gering scheinen, sie bringt aber zum Ausdruck, daß sich das Bundesgericht damals von der Berücksichtigung des Unterschiedes von eigenem und übertragenem Wirkungskreis zur Abgrenzung des Autonomiebereichs abgewendet hat. In den Urteilen der letzten Zeit wird auf eine eigentliche Definition verzichtet und statt dessen festgelegt, wann angenommen werden müsse, daß eine Gemeinde zu autonomem Handeln befugt sei<sup>44</sup>.

160. In der Lehre wird in Anlehnung an die deutsche Theorie<sup>45</sup> darauf hingewiesen, daß Autonomie dem Wortsinne nach Selbstgesetzgebung bedeute, in der Schweiz aber die Selbstverwaltung einschließe<sup>46</sup>. Auf eine eigentliche Definition wird vielfach verzichtet; soweit sie gegeben wird, entspricht sie weitgehend jener des positiven Rechts und der Rechtsprechung<sup>47</sup>. Gewisse Autoren stellen allerdings den Rechtsanspruch der Gemeinden in den Vordergrund<sup>48</sup>.

161. Die ihnen zugedachte staatspolitische Funktion können die Gemeinden nur wahrnehmen, wenn sie zu verantwortlichem Handeln berufen sind. Darin liegt in der Sicht des Berichterstatters ihre Autonomie. Diese umfaßt daher zwei Elemente, nämlich die

<sup>42</sup> BGE 65 I 131; 83 I 123; 84 I 230.

<sup>43</sup> BGE 89 I 111/112; 91 I 42; 92 I 375; 94 I 456.

<sup>44</sup> Dazu Ziff.187. Statt eine Definition der Autonomie selbst zu geben, nimmt das Bundesgericht nun Bezug auf die einschlägigen Bestimmungen der entsprechenden Kantonsverfassungen, nämlich auf Art.48 KV ZH (BGE 93 I 158 und 446; 96 I 236 und 724), auf Art.54 KV SO (BGE 93 I 431; 95 I 54; 97 I 521) und auf Art.40 Abs.2 KV GR (BGE 94 I 64; 95 I 37).

<sup>45</sup> Ziff.22 in fine.

<sup>46</sup> LIVER, Gemeinderecht S.40/41; NAWIASKY, S.18/19; weitere Hinweise bei BÜTIKOFER, S.38/39.

<sup>47</sup> GIACOMETTI, Kantonaales Staatsrecht, S.74.

<sup>48</sup> NAWIASKY, S.17/18; GEIGER, S.15, 16ff. und 66ff. Vgl. bei Ziff.189 Anm.107.

*Kompetenz* zur Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben und die eigene *Verantwortung* bei der Erfüllung der kommunalen Funktionen.

162. Lehre und Rechtsprechung stellten die beiden Problemkreise lange in engsten Zusammenhang. Die Theorie von der Unterscheidung des eigenen und des übertragenen Wirkungsbereichs der Gemeinden diene sowohl der Bestimmung der kommunalen Kompetenzen als auch der Umgrenzung des geschützten Verantwortungsbereichs<sup>49</sup>. In neueren Werken werden die beiden Themen getrennt dargestellt<sup>50</sup>, und das Bundesgericht hat in seiner neueren Rechtsprechung die Beziehungen zwischen Kompetenzproblem und Verantwortungsfrage gelockert<sup>51</sup>. Eine getrennte Darstellung erweist sich hier als erforderlich.

## II. Die Kompetenzen der Gemeinden

### a) Die doppelte Problemstellung

163. Die den Gemeinden in der Rechtsetzung und in der Rechtsanwendung (hier vornehmlich in der Verwaltung) zustehenden Kompetenzen sind nach zwei Richtungen zu umschreiben. Erstens gilt es, die Zuständigkeiten der Gebietskörperschaften verschiedener Stufe festzulegen. Angesichts der heutigen territorialen Gliederung der Schweiz müssen die Befugnisse der Gemeinden dabei zur Hauptsache nur gegen jene der Kantone abgegrenzt werden. Zweitens ist abzuklären, ob und wie weit die Gemeinden in den (teilweise geschützten) Rechtsbereich des Individuums eindringen dürfen. Diese zweite Frage stellt sich im Hinblick auf das Legalitätsprinzip primär für die kommunale Rechtsetzung.

### b) Die These von den beiden Wirkungskreisen

164. Die Feststellung, daß die Gemeinden einerseits in den übergeordneten Verband integriert sind und andererseits über eine gewisse Autonomie verfügen, hat zu einer Zweiteilung ihrer Aufgaben

<sup>49</sup> Ziff. 164ff. In der Sicht maßgebender Autoren decken sich eigener Wirkungsbereich und Autonomie, so nach GIACOMETTI, *Kantonales Staatsrecht*, S. 74 ff. und LIVER, *Gemeinderecht*, S. 40 ff.

<sup>50</sup> BRIDEL, Ziff. 161 ff. und 188; GRISEL, S. 134/135 und 135 ff.

<sup>51</sup> Ziff. 168.

geführt. Dem *eigenen Wirkungskreis* wurden die Funktionen zugeordnet, welche die Gemeinden kraft ihrer Unabhängigkeit erfüllen, dem *übertragenen Wirkungskreis* jene, die sie in Auftrag einer übergeordneten Gebietskörperschaft (in der Schweiz primär des Kantons) wahrnehmen. Diese Unterscheidung, schon in der französischen Verfassung von 1791 verankert<sup>52</sup>, beherrscht die französische und die deutsche Gemeindeftheorie<sup>53</sup>; sie galt auch in der Schweiz als durchaus anerkannt<sup>54</sup>. Das Bundesgericht berücksichtigt sie nun aber nicht mehr<sup>55</sup>.

165. Nach dieser Lehre bildet die Kantonsverfassung die rechtliche Grundlage hoheitlicher Akte der Gemeinden (hauptsächlich für die Rechtssätze) im eigenen Wirkungskreis. Dem kantonalen Gesetzgeber obliegt zwar die sachliche Umschreibung der kommunalen Aufgaben, doch bedürfen die Gemeinden hier seiner Ermächtigung nicht, um hoheitliche Maßnahmen zu ergreifen<sup>56</sup>. Im übertragenen Wirkungskreis dagegen handeln die Gemeindeorgane in Erfüllung bestimmter Aufträge des Kantons (oder gar des Bundes)<sup>57</sup>. Daraus ergibt sich, immer nach der Theorie der Unterscheidung von eigenem und übertragenem Wirkungskreis, die Antwort auf die erste der beiden Zuständigkeitsfragen: im eigenen Wirkungskreis besteht, unter Vorbehalt der Beschränkung durch Verfassung und Gesetz, Allzuständigkeit, im übertragenen ist die Ausübung hoheitlicher Funktionen von einer Kompetenzdelegation abhängig.

166. Die Unterscheidung der beiden Aufgabenbereiche wird gelegentlich, aber nicht immer herangezogen, um auch die zweite Zuständigkeitsfrage zu entscheiden. So erscheint ein Rechtsatz der

<sup>52</sup> Ziff. 96 mit Anm. 5.

<sup>53</sup> Ziff. 19 und 20.

<sup>54</sup> BRIDEL, Nr. 161 ff.; GEIGER, S. 34 ff.; GIACOMETTI, Kantonales Staatsrecht, S. 74 ff.; GRISEL, S. 134/135; IMBODEN, Gemeindeautonomie, S. 98 ff.; LIVER, Gemeinderecht, S. 41 ff.; NAWIASKY, S. 14 ff.

<sup>55</sup> Das gilt jedenfalls für den Schutz der Autonomie, vgl. Ziff. 168.

<sup>56</sup> GIACOMETTI, Kantonales Staatsrecht, S. 74; GRISEL, S. 134; IMBODEN, Gemeindeautonomie, S. 100.

<sup>57</sup> GIACOMETTI, Kantonales Staatsrecht, S. 80/81, der annimmt, im Bereiche der Rechtsetzung könne es sich dabei nur um Vollziehungsverordnungen handeln.

Gemeindestufe als zureichend für Eingriffe in den Rechtsbereich des Individuums (jedenfalls in sein Eigentum), wenn der Erlaß in den eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde fällt; im übertragenen Wirkungsbereich wird dagegen eine Kompetenzdelegation des Kantons als unerlässlich betrachtet<sup>58</sup>. Allerdings ziehen nicht alle Autoren, die den Aufgabendualismus im übrigen anerkennen, diese Konsequenz. Einzelne unter ihnen nehmen an, Beschränkungen der Freiheiten des Individuums durch Gemeinden seien stets nur auf Grund einer Ermächtigungsnorm des kantonalen Rechts zulässig<sup>59</sup>.

167. Die Unterscheidung dient weiter der Festlegung des Rahmens der Eigenverantwortlichkeit: der eigene Wirkungsbereich stellt den Bereich dar, in welchem die Gemeinden in eigener Verantwortlichkeit entscheiden und in dieser Verantwortlichkeit geschützt sind<sup>60</sup>.

168. Das Bundesgericht hat seiner Rechtsprechung über die Gemeindeautonomie bis 1963 die Lehre von den beiden Wirkungsbereichen zugrundegelegt<sup>61</sup>. Dann hat es sich davon losgesagt, ohne aber auf eine Differenzierung zu verzichten<sup>62</sup>. Eine Neuorientierung

<sup>58</sup> BGE 89 I 470 mit Verweisen; IMBODEN, Gemeindeautonomie, S.99/100.

<sup>59</sup> LIVER, Gemeinderecht, S.43 für Eingriffe ins Eigentum und in die Handels- und Gewerbefreiheit.

<sup>60</sup> Ziff.174 und 186.

<sup>61</sup> BGE 65 I 131; 83 I 123/124; 84 I 230. Das Bundesgericht spricht im erstgenannten Urteil von der Befugnis der Gemeinden, ihre Angelegenheiten zu ordnen, in den beiden andern von den ausschließlichen Kompetenzen der Gemeinden. Gedacht wurde aber offenbar an den eigenen Wirkungsbereich (BGE 94 I 456, wo auch auf BGE 89 I 111 hingewiesen wird). Eine eingehende Analyse dieser Urteile findet sich bei ZWAHLEN, S.634ff.

<sup>62</sup> In BGE 89 I 111/112, 91 I 42 und 92 I 375 wurde davon ausgegangen, die Gemeinde sei autonom, wenn sie in Rechtsetzung und Verwaltung über Ermessen verfüge und dieses frei von staatlicher Kontrolle betätigen könne, ihre Akte also nur einer Rechtskontrolle unterlägen. Damit nahm das Bundesgericht eine Unterscheidung auf, die sonst für die Abgrenzung von eigenem und übertragenem Wirkungsbereich verwendet wurde (Ziff.174). Zu erwähnen ist aber, daß in BGE 89 I 470 dann im Sinne einer Kompetenzabgrenzung wieder von der Unterscheidung von eigenem und übertragenem Wirkungsbereich die Rede ist; nur im eigenen Wirkungsbereich können danach die Gemeinden die gesetzliche Grundlage zu Eigentumsbeschränkungen von sich aus schaffen.

erfolgte 1967 zunächst bezüglich des Bereichs der Gemeindeautonomie und ihres Schutzes auf dem Gebiete der Rechtsetzung<sup>63</sup>, zwei Jahre später auch auf demjenigen der Rechtsanwendung<sup>64</sup>. Bei einer Unterscheidung aber blieb es: nur im *Autonomiebereich* besteht der verfassungsgerichtliche Rechtsschutz der Eigenverantwortlichkeit. Die Abgrenzung dient jetzt aber nur noch der Festlegung des Schutzobjektes. Sie geht von der Kompetenzordnung aus, liefert aber keine Kriterien für deren genauere Erfassung, insbesondere für die Abgrenzung der Zuständigkeitsbereiche von Kanton und Gemeinden. Ob für eine Eigentumsbeschränkung oder einen andern Eingriff in die Rechtssphäre des Individuums eine kommunale Norm allein ausreicht oder ob zusätzlich eine kantonale Ermächtigung notwendig sei, läßt sich an Hand der neuen Theorie vom Autonomiebereich nicht entscheiden<sup>65</sup>.

### c) Das Konzept der Aufgabeneinheit

169. Grundlage für die Umschreibung der kommunalen *Rechtsetzungskompetenzen* muß die Feststellung bilden, daß die entsprechende Abgrenzung dem kantonalen Gesetzgeber obliegt<sup>66</sup>. Dieser hat den Bereich der Gemeindetätigkeit zu umschreiben. Ob die von ihm aufgestellten Zuständigkeitsvorschriften im Einzelfall kompetenzbegründend oder nur kompetenzabgrenzend sind, läßt

<sup>63</sup> BGE 93 I 160 und 432ff.; ferner 94 I 65, 456/457 und 545; 96 I 152/153, 381 und 725/726. Dabei wurde betont, daß die Unterscheidung von eigenem und übertragenem Wirkungsbereich für den Autonomieschutz nicht mehr maßgebend sei (statt vieler BGE 93 I 160; 96 I 725).

<sup>64</sup> Nachdem die Frage in BGE 93 I 432 und 94 I 457 offen gelassen worden war, änderte das Bundesgericht seine Rechtsprechung betreffend die Autonomie und ihren Schutz auch bezüglich der Rechtsanwendung in BGE 95 I 37 (wo nicht vom Autonomiebereich, sondern nur von der Autonomieverletzung die Rede ist) und in BGE 96 I 382 und 725.

<sup>65</sup> Wenn das Bundesgericht nun erklärt, zürcherische Gemeinden, die dem Baugesetz für Ortschaften mit städtischen Verhältnissen von 1893 im Sinne von §1 Abs. 2 nur teilweise unterstehen und zum Erlaß einer Bauordnung berechtigt aber nicht verpflichtet sind, seien autonom (BGE 93 I 161; 96 I 236/237), will es offenbar nicht zum Ausdruck bringen, sie könnten aus eigener Kompetenz neue Planungsinstitute vorsehen.

<sup>66</sup> Ziff. 148 und 149.

sich ihnen nicht entnehmen. Die Unterscheidung ist auch von geringer theoretischer Bedeutung, da in beiden Fällen die Kantonsverfassung letztlich die rechtliche Grundlage kommunalen Wirkens bildet<sup>66a</sup>. So sei hier auf die Differenzierung von zwei Wirkungskreisen der Gemeinden nach dem Kriterium der Kompetenzherleitung verzichtet. Allerdings sei betont, daß auf Bundesebene eine andere Situation besteht, weil die Zuständigkeitsordnung in der Verfassung selbst enthalten ist.

170. Für die Abgrenzung der Kompetenzen des Kantons gegen jene der Gemeinden erweist sich die Unterscheidung von zwei Wirkungsbereichen denn auch nicht als erforderlich. Primär ist ohnehin auf das positive Recht abzustellen. Kein Zweifel über die kommunale Zuständigkeit kann dort bestehen, wo der kantonale Gesetzgeber die Gemeinden *expressis verbis* verpflichtet oder ermächtigt, einen Problembereich zu ordnen. Fehlt eine ausdrückliche Regelung der Zuständigkeitsfrage, muß durch Interpretation abgeklärt werden, ob die kantonale Ordnung des Sachgebietes abschließend gedacht sei<sup>67</sup>. Trifft dies nicht zu und erweist sich die Materie ihrem Wesen nach als solche kommunalen Charakters, so kann auf eine Befugnis der Gemeinde zu ergänzender Rechtsetzung geschlossen werden. Wenn der Gegenstand vom Kanton noch gar nicht geregelt ist, indem eine sozialpolitische oder raumplanerische Maßnahme nicht vorgesehen, eine öffentliche Aufgabe nicht geordnet oder ein Betrieb noch nicht errichtet ist, muß wiederum nach dem Wesen des Gegenstandes gefragt und über die Befugnis zur Rechtsetzung entsprechend entschieden werden.

Für die Zuständigkeit ist somit primär auf das positive Recht des Kantons abzustellen. Gibt dieses darüber keine klare Auskunft, so ist nach einem subsidiären Kriterium zu suchen, um über die kom-

<sup>66a</sup> BÜTIKOFER, S. 58 ff.

<sup>67</sup> Dem Umfang der Regelung maß das Bundesgericht jedenfalls früher erhebliche Bedeutung zu. Während das zürcherische Baugesetz mit seinen über 150 Paragraphen in seinerzeitigen Entscheiden als abschließend betrachtet wurde (BGE 93 I 160/161 mit Hinweisen), nahm das Bundesgericht an, das bündnerische Bau- und Planungsgesetz mit 6 Artikeln regle den Gegenstand nicht umfassend (BGE 91 I 43 und die bei Ziff. 140 in Anm. 3 zitierten Urteile).

munale Kompetenz zu entscheiden. Dieses gesuchte Merkmal dient aber nicht der Umgrenzung eines bestimmten Wirkungskreises der Gemeinden, sondern hilft bei der Festsetzung der kommunalen Rechtsetzungskompetenz schlechthin.

171. Die Möglichkeit, gestützt auf Gemeinderecht allein in die Rechtssphäre der Individuen einzugreifen, ist nach den gleichen Kriterien zu beurteilen. MAX IMBODEN<sup>68</sup> hat überzeugend dargelegt, daß eine Norm der kommunalen Stufe dafür ausreicht. Dem rechtsstaatlichen Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes für solche Eingriffe wird durch einen von der kompetenten Behörde erlassenen Rechtssatz Genüge getan. Sind die Gemeinden im Sinne der voranstehenden Ziffer 170 in gewissem Maße zur Rechtsetzung berufen, müssen sie auch zuständig sein, im Rahmen der Wahrnehmung ihrer Befugnisse in den Rechtsbereich der Individuen einzugreifen, selbstverständlich unter Beachtung der verfassungsrechtlichen Voraussetzungen, wie sie beispielsweise in Art. 22<sup>ter</sup> BV festgelegt sind. Eine stärkere Einengung der kommunalen Rechtsetzung würde den Gemeinden einen Teil ihrer Bedeutung nehmen.

172. Bei der *Rechtsanwendung* stellt sich das Problem nicht wesentlich anders, aber in einfacherer Form. Ihr eigenes Recht haben die Gemeinden ohnehin anzuwenden. Wie weit sie außerdem berufen sind, eine Verwaltungstätigkeit gestützt auf Bundesrecht oder kantonales Recht auszuüben, ergibt sich aus der Gesetzgebung. Problematisch ist hier wohl allein die Frage, welche Verantwortung den Gemeinden zusteht. Das wird noch zu erwägen sein.

#### d) Das Abgrenzungskriterium

173. Ist hinsichtlich der Umschreibung der Rechtsetzungskompetenzen der Gemeinden primär auf das *positive Recht* abzustellen, so ist nach einem weiteren Kriterium zur Abgrenzung der Zuständigkeiten einzig für den Fall zu suchen, daß dem kantonalen Recht keine Lösung entnommen werden kann. Für die Festlegung der Ver-

<sup>68</sup> IMBODEN, Gemeindeautonomie, S. 99/100, allerdings nur mit Bezug auf den eigenen Wirkungskreis. Im Ergebnis ist die These von LIVER, Gemeinderecht, S. 43 mit Anm. 5 nicht wesentlich anders, denn er nimmt an, daß die Gemeinden Baubeschränkungen lokalen Charakters von sich aus erlassen können.

waltungsbefugnisse erübrigt sich ein weiterer Anhaltspunkt, denn die Anwendung des Rechts ist im Zweifel Aufgabe des Verbandes, der es gesetzt hat. Diese Auffassung deckt sich weitgehend mit jener von Autoren, die den eigenen vom übertragenen Wirkungskreis unterscheiden<sup>69</sup>; sie wurde auch vom Bundesgericht vertreten, solange dieses die Gemeindebefugnisse in der genannten Art unterteilte, und heute liegt sie seiner Rechtsprechung erst recht zugrunde<sup>70</sup>.

174. Im eigenen Wirkungskreis besteht nach Auffassung gewisser Verfechter dieser Unterscheidung keine kantonale Kontrolle der Handhabung des Ermessens durch Gemeindeorgane<sup>71</sup>. Das kann allenfalls eine Folge der Kompetenzausscheidung sein, nicht aber ein Mittel zu ihrer Durchführung, denn man kann nicht aus der Einreihung einer Aufgabe in einen Zuständigkeitsbereich auf den Umfang der Überprüfung schließen, diesen dann aber wieder zur Unterscheidung der Wirkungskreise verwenden<sup>72</sup>. Für die Kennzeichnung der Gemeindeaufgaben (insbesondere des eigenen Wirkungskreises) wird gelegentlich auch auf die Tradition<sup>73</sup> oder die Natur der Aufgabe<sup>74</sup> verwiesen, oder es werden die Sachgebiete

<sup>69</sup> Diese Autoren betonen meist, daß für die Abgrenzung beider Wirkungskreise das Gesetz maßgebend ist (GIACOMETTI, *Kantonales Staatsrecht*, S. 74 und 76; GRISEL, S. 134; IMBODEN, *Gemeindeautonomie*, S. 100; LIVER, *Gemeinderecht*, S. 41 in Verbindung mit S. 45 unten).

<sup>70</sup> BGE 81 I 33; 83 I 123/124; 84 I 230. In der neueren Rechtsprechung wird das positive Recht allerdings herangezogen, um den Autonomiebereich zu umschreiben (so BGE 93 I 432).

<sup>71</sup> GIACOMETTI, *Kantonales Staatsrecht*, S. 75; GEIGER, S. 34 ff.; NAWIASKY, S. 14 ff.; BRIDEL, Nr. 188. Die Kritik von LIVER, *Gemeinderecht*, S. 44/45 und HANS HUBER in der Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins Band 94, 1958, S. 469/470 und Band 100, 1964, S. 339 und 419/420 bezieht sich nicht auf den Bezug dieses Kriteriums für die Kompetenzabgrenzung, sondern für die Umschreibung des Autonomiebereichs. – Zur ausländischen Theorie Ziff. 19 und 20.

<sup>72</sup> Dazu ZWAHLEN, S. 637. Wie dieser treffend bemerkt, verwendet GIACOMETTI, *Kantonales Staatsrecht*, S. 74/75 das Kriterium der Ermessens- oder Rechtskontrolle für die Festlegung der Tragweite der Gemeindeautonomie und nicht für die Umschreibung ihres Bereichs.

<sup>73</sup> GIACOMETTI, *Kantonales Staatsrecht*, S. 76; GRISEL, S. 134; BRIDEL, Nr. 161 (mit Kritik an dieser These Nr. 162 und 163).

<sup>74</sup> GRISEL, S. 134

eigenen (autonomen) Wirkens der Gemeinden genannt<sup>75</sup>. Solche Merkmale dienen aber – auch nach Ansicht der Autoren, die sie nennen – mehr der Beschreibung als der Festlegung kommunaler Kompetenzen.

175. Auf das einzige Kriterium, das sich für die Lösung der Kompetenzfrage bei Fehlen einer positiv-rechtlichen Ordnung heranziehen läßt, weist das kantonale Verfassungsrecht selbst hin, wenn es die Gemeinden mit der Ordnung ihrer Angelegenheiten oder der *örtlichen Angelegenheiten* betraut<sup>76</sup>. Das Merkmal der lokalen Bezogenheit wird auch in der Doktrin genannt, sei es zur Umschreibung des eigenen Wirkungskreises der Gemeinden<sup>77</sup>, sei es zur Festlegung des Autonomiebereichs<sup>78</sup>. Das Bundesgericht hat sich seinerzeit ebenfalls darauf gestützt, um das Feld abzugrenzen, innerhalb von welchem die Gemeinden ohne spezielle kantonale Ermächtigung von sich aus die rechtliche Grundlage zu Eigentumsbeschränkungen schaffen können<sup>79</sup>.

176. Wenn die örtliche Bezogenheit als Hilfskriterium – neben dem positiven Recht – zur Umschreibung des Kompetenzbereichs der Gemeinden verwendet wird, muß allerdings beachtet werden, daß vielfach nicht ganze Sachgebiete diesem Kennzeichen entsprechen, sondern nur Teile von solchen. Innerhalb einer Materie können neben lokal lösbaren Problemen weitere bestehen, die für ein größeres Gebiet bewältigt werden müssen. Das typische Beispiel bildet die Raumplanung, in der sich Maßnahmen für die verschiedenen territorialen Bereiche überlagern. Daß außer den lokalen Ordnungen solche für Regionen oder noch weitere Gebiete ge-

<sup>75</sup> LIVER, Gemeinderecht, S. 41; GEIGER, S. 73 ff.

<sup>76</sup> Ziff. 148.

<sup>77</sup> So GIACOMETTI, Kantonales Staatsrecht, S. 76. Ferner Urteil des Verwaltungsgerichts SG vom 20. Dezember 1967, Schweiz. Juristen-Zeitung, Band 64, 1968, S. 342 ff., insbes. S. 344. Zur Bedeutung, die dem Kennzeichen in ausländischen Werken beigemessen wird vgl. Ziff. 27 mit Anm. 45.

<sup>78</sup> ZWAHLEN, S. 639/640.

<sup>79</sup> BGE 89 I 470. Für die Umschreibung des Autonomiebereichs wird das Kriterium wie auch jenes der inneren Kennzeichnung und der Tradition abgelehnt (BGE 93 I 158/159; 94 I 456/457; ferner 96 I 381/382). Allerdings beruft sich das Bundesgericht beiläufig doch darauf (BGE 97 I 513).

schaffen werden, ändert nichts daran, daß die Ortsplanung ihrem Wesen nach durchaus eine Gemeindeaufgabe sein kann<sup>80</sup>.

### III. Die Verantwortlichkeit der Gemeinden

#### a) Das Wesen der Verantwortlichkeit

177. Sind die Gemeinden in einer bestimmten Angelegenheit zu hoheitlichem oder nicht hoheitlichem Handeln befugt, stellt sich weiter die Frage, wie weit ihre Entscheidungsfreiheit, die hier als Verantwortlichkeit bezeichnet sei, reicht. Bei der Aufstellung kommunaler Rechtssätze beispielsweise ist nicht nur zu prüfen, ob die Gemeinden an sich zu diesem Vorgehen berechtigt sind, sondern auch, wie weit sie über Erlaß und Inhalt der betreffenden Vorschriften frei zu entscheiden vermögen. Das Problem kann als Teilaspekt der Zuständigkeit gelten. Es wird hier nicht aus theoretischen Erwägungen von der (Sach-) Kompetenz getrennt, sondern einzig im Bestreben, das Wesen der Gemeindeautonomie zu verdeutlichen.

178. Eigene Verantwortung kann den Gemeinden in allen Sparten ihres Wirkens zustehen. Das gilt für die Rechtsetzung<sup>81</sup>, die Planung, die Verwaltung und die Rechtsprechung, die aber wegen ihrer geringen Bedeutung auf der kommunalen Stufe<sup>82</sup> hier vernachlässigt sei. Die Planung im Sinne der Raumplanung, der damit verbundenen Planung öffentlicher Werke und Anlagen und der Finanzplanung wird gesondert erwähnt, weil ihr bei der Festlegung der Verantwortlichkeit der Gemeinden besonderes Gewicht zukommt und sie sich nicht ohne Mühe in die klassischen Kategorien der Staatsfunktionen einreihen läßt<sup>83</sup>. Zur Verwaltung gehören der Erlaß von Verwaltungsakten sowie rechtsgeschäftliches und tatsächliches Handeln,

<sup>80</sup> Im Urteil vom 11. Mai 1960 (Zbl 62, 1961, S. 69 ff., insbes. S. 74/75) hat das Bundesgericht dem Umstand wohl zu wenig Bedeutung beigemessen, daß die Planungen für die verschiedenen Bezugsgebiete auf getrennten Entscheiden beruhen. Ähnliches gilt für das in Anm. 77 zitierte Urteil des Verwaltungsgerichts SG.

<sup>81</sup> Zur Abgrenzung von Rechtsetzung und Rechtsanwendung im Zusammenhang mit der Gemeindeautonomie BGE 97 I 513/514.

<sup>82</sup> Ziff. 142.

<sup>83</sup> Zur Problematik BGE 94 I 341 ff. und 350 mit Hinweisen.

speziell auch im Rahmen der Finanzverwaltung, bei der Verfügung über Vermögensobjekte und im Zusammenhang mit dem Betrieb öffentlicher Werke.

#### b) Der Umfang der Verantwortlichkeit

179. Verantwortliches Handeln ist nur möglich, soweit die Gemeinden überhaupt kompetent sind. Ihre Entscheidungsfreiheit wird innerhalb dieses Bereichs weiter begrenzt durch den Inhalt des Rechts übergeordneter Verbände, insbesondere durch die Gewährleistung verfassungsmäßiger Rechte der Individuen und durch das übrige materielle Recht des Bundes und des betreffenden Kantons. Damit ist der Rahmen der Gemeindeverantwortung indessen noch nicht abgesteckt; es sind so nur seine äußeren Grenzen festgelegt, innerhalb von welchen die Entscheidungsfreiheit in verschiedener Weise eingeengt wird.

180. Gewisse Aufgaben sind den Gemeinden fest zugewiesen und müssen wahrgenommen werden, andere nicht<sup>84</sup>. Die Grenze zwischen *Pflichtaufgaben und freiwilligen Aufgaben* ist vielfach deutlich gezeichnet, und zwar sowohl bei der Rechtsetzung wie bei der Rechtsanwendung: je nach kantonalem Recht müssen oder können kommunale Bauordnungen erlassen werden<sup>85</sup>; Baubewilligungen müssen, Ausnahmbewilligungen können bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen erteilt werden<sup>86</sup>; eine Infrastrukturanlage muß (zum Beispiel innerhalb des Baugebietes) oder kann je nach kantonaler Ordnung erstellt werden. Die Unterscheidung ist im Hinblick auf die Entscheidungsfreiheit der Gemeinden von Bedeutung, denn sie besagt, ob die der Sache nach zuständigen kommunalen Organe zu entsprechenden Maßnahmen verpflichtet sind oder nicht. Allerdings gilt es zu bedenken, daß die Gemeinden in genereller Weise gehalten sind, für ihr Gebiet eine Rechtsordnung zu schaffen und an-

<sup>84</sup> Ziff. 152–154.

<sup>85</sup> Für ZH Ziff. 153 mit Anm. 27.

<sup>86</sup> Rein formal mag das Beispiel nicht befriedigen, weil auch bei einem Gesuch um Erteilung einer Ausnahmbewilligung ein Entscheid (positiver oder negativer Art) gefällt werden muß. Eine gestalterische Wirkung hat indessen nur die Erteilung der Ausnahmbewilligung, wozu kein Zwang besteht. – Dazu BGE 97 I 139/140.

zuwenden<sup>87</sup>. Die vorgenannte Differenzierung folgt aus der weiteren Konkretisierung jener allgemeinen Aufgabe und läßt sich nur soweit durchführen, als die erwähnte generelle Verpflichtung näher umschrieben wird.

181. Die Entscheidungsfreiheit der Gemeinden kann weiter dadurch verschieden ausgestaltet sein, daß Art und Inhalt der zu treffenden generell-abstrakten, planerischen oder individuell-konkreten kommunalen Anordnungen vom kantonalen Recht *in allgemeiner Weise vorbestimmt* werden oder nicht. So können im kantonalen Steuergesetz für die Liegenschaftensteuern, die von den Gemeinden erhoben werden dürfen oder müssen, Steuersubjekt, Steuerobjekt und Steuersatz festgelegt sein; denkbar ist aber auch, daß die Gemeinden über die Art und die Ausgestaltung der von ihnen erhobenen Grundsteuern selbst befinden. Bei der Ortsplanung können die Gemeinden je nach Kanton entweder nur unter den im kantonalen Recht vorgesehenen Zonenarten wählen oder die Rechtsgrundlage für weitere Typen selbst schaffen.

182. Die rechtsetzenden, planerischen oder rechtsanwendenden kommunalen Maßnahmen lassen sich durch kantonale (oder gar eidgenössische) Instanzen in mehr oder weniger weitreichender Weise *im Einzelfall mitbestimmen*. Am wenigsten eingengt sind die Gemeinden in dieser Beziehung, wenn ihre Rechtssätze, Pläne oder Verwaltungsakte im Genehmigungs- oder Rechtsmittelverfahren nur der Überprüfung der Rechtmäßigkeit unterworfen sind, am stärksten, wenn die kommunalen Organe einem umfassenden, die Ermessenshandhabung einschließenden Weisungs- und Kontrollrecht von Kantons- oder Bundesbehörden unterstehen. Das ist im Hinblick auf den hierarchischen Aufbau der Verwaltungsbehörden, in den sich die kommunalen Organe integrieren lassen, bei der Rechtsanwendung denkbar, doch kann auch bei der Rechtsetzung der Einfluß des Kantons über die bloße Rechtskontrolle hinausreichen und insbesondere auch die Beurteilung der Zweckmäßigkeit der getroffenen Lösung einschließen<sup>88</sup>.

<sup>87</sup> Ziff. 153 und 154.

<sup>88</sup> Als Anwendungsfall: BGE 93 I 154ff. (insbes. 161–163).

183. Einzelne der erwähnten Entscheidungsbeschränkungen sind keine Besonderheiten des dezentralisierten Staates. Die Verantwortlichkeit der Verwaltungsorgane kann durch die rechtsetzenden Behörden derselben Gebietskörperschaft verschieden weit gestaltet werden und von der Bindung an detaillierte Vorschriften bis zur Handhabung bedeutenden Ermessens reichen. Das schließt aber nicht aus, daß solche Differenzierungen auch herangezogen werden, um die Entscheidungsfreiheit der Gemeinden gegenüber dem Kanton (und allenfalls auch dem Bund) zu kennzeichnen<sup>89</sup>.

c) Die Feststellung der Verantwortlichkeit

184. Wie weit im Einzelfall die Verantwortlichkeit reicht, bestimmt sich nach dem kantonalen Recht, sei es daß dieses die Frage ausdrücklich regelt, sei es daß durch Auslegung eine Lösung gefunden werden kann. Keine besondere Schwierigkeiten scheinen sich bezüglich der Abgrenzung von Pflichtaufgaben und freiwilligen Aufgaben (Ziffer 180) zu ergeben, da sich die Differenzierung ohnehin nur durchführen läßt, wo die generelle Verpflichtung zum Erlaß und zur Anwendung von Rechtssätzen näher umschrieben wird. Im Zweifelsfall wird daher nicht auf eine konkretisierte Pflicht zu schließen sein. Heiklere Probleme ergeben sich bei der Feststellung, wie weit kommunale Entscheidungen in allgemeiner Weise vorbestimmt sind (Ziffer 181) oder im Einzelfall von Behörden übergeordneter Verbände mitbestimmt werden können (Ziffer 182). Es liegt daher nahe, nach einem Kriterium zu suchen, das als Auslegungshilfe dienen könnte.

185. Der Beizug der Unterscheidung von eigenem und übertragenem Wirkungskreis hilft hier wie bei der Umgrenzung der Kompetenz nicht weiter, denn die Zuweisung einzelner Gemeindeaufgaben an diese beiden Kategorien kommunalen Wirkens stützt sich wiederum primär auf das positive Recht<sup>90</sup>. Soweit zusätzliche Merkmale angerufen werden, sind diese für die Festlegung des Umfangs

<sup>89</sup> Sie kann auch verwendet werden, um die relative Unabhängigkeit der Verbände zu erkennen, welche nicht die Eigenschaften von Gebietskörperschaften haben (Ziff. 41).

<sup>90</sup> Hinweise bei Ziff. 173 Anm. 69.

kommunaler Entscheidungsfreiheit wenig geeignet. So kann selbstverständlich nicht auf den Bereich der Verantwortlichkeit geschlossen werden, wenn dieser selbst als Merkmal für die Unterscheidung der beiden Wirkungskreise dient, indem erklärt wird, im eigenen Wirkungskreis beschränke sich die kantonale Überprüfung kommunaler Akte auf die Rechtskontrolle und umfasse die Ermessenskontrolle nicht<sup>91</sup>, oder wenn dem eigenen Wirkungskreis die Aufgaben zugeordnet werden, bei deren Erfüllung den Gemeinden eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit zusteht<sup>92</sup>. Eine Verantwortlichkeit kommunaler Behörden in den Materien anzunehmen, die sich historisch als Gemeindeaufgaben herausgebildet haben<sup>93</sup>, geht in unserer dynamischen Zeit auch nicht an. Selbst das Hilfskriterium für die Festlegung der Sachkompetenz, nämlich der örtliche Bezug der Aufgabe<sup>94</sup>, versagt in diesem Zusammenhang, zeigt sich doch, daß die Gemeinden bei der Erfüllung derselben Aufgaben durchaus lokalen Charakters in verschiedenen Kantonen über eine sehr unterschiedliche Verantwortlichkeit verfügen. So bleibt nichts anderes, als auf die positiv-rechtliche Ordnung abzustellen, auf welche die Mehrheit der Autoren verweist<sup>95</sup> und das Bundesgericht sich stützt<sup>96</sup>. Dabei mögen sich Auslegungsschwierigkeiten ergeben, die aber nicht durch ein gesamtschweizerisch verwendbares Hilfskriterium überwunden werden können.

<sup>91</sup> Hinweise bei Ziff. 174 Anm. 71. Die dort genannten Autoren sehen im Umfang der kantonalen Überprüfungsbefugnis eher eine Folge der Zuweisung eines Sachbereichs zum eigenen oder übertragenen Wirkungskreis als den Ausgangspunkt dafür.

<sup>92</sup> LIVER, Gemeinderecht, S. 45, der diese Theorie seinerseits als zu unbestimmt bezeichnet, um eine klassifikatorische Funktion zu erfüllen.

<sup>93</sup> Dazu Ziff. 174 mit Anm. 73.

<sup>94</sup> Ziff. 175 und 176.

<sup>95</sup> Belegstellen bei Ziff. 173 Anm. 69.

<sup>96</sup> Das Bundesgericht prüft stets an Hand des positiven Rechts, wie weit die Entscheidungsfreiheit reicht: BGE 93 I 160ff. und 432; 94 I 65, 457 und 545; 96 I 153, 236/237, 381 und 724; 97 I 512/513 und 522. Diese Entscheide beziehen sich teils unmittelbar auf die Entscheidungsfreiheit, teils auf die Autonomie, deren Bereich durch die Entscheidungsfreiheit bestimmt wird. Vgl. auch die bei Ziff. 140 Anm. 3 zitierten Entscheide zur Autonomie der Bündner Gemeinden auf dem Gebiete des Baurechts.

#### IV. Die Eingriffe in die Autonomie

##### a) Der geschützte Autonomiebereich

186. In der Lehre wird der geschützte Autonomiebereich häufig mit dem eigenen Wirkungskreis gleichgesetzt und als Komplex jener Aufgaben umschrieben, bei denen den Gemeinden eigene Verantwortlichkeit zusteht. Diese wird von gewissen Autoren als gegeben anerkannt, wenn die kommunalen Anordnungen nicht allgemein vorbestimmt sind<sup>97</sup>, von andern bei fehlender Ermessenskontrolle durch kantonale (oder eidgenössische) Behörden<sup>98</sup>. In gewissen Werken wird allerdings nach einer andern Lösung gesucht und der Autonomiebereich auf die lokalen Aufgaben bezogen<sup>99</sup>.

187. Das Bundesgericht nahm früher an, die Gemeinden seien in ihrer Autonomie geschützt bei der Wahrnehmung eigener oder ausschließlicher Aufgaben<sup>100</sup>. Dann stützte es sich auf den Umfang der Verantwortung und folgte zunächst der These, Autonomie sei gegeben bei Fehlen einer Ermessenskontrolle<sup>101</sup>. Seit 1963 (vorerst für die Rechtsetzung, seit 1965 auch für die Rechtsanwendung) umschreibt das Bundesgericht den Autonomiebereich nach Maßgabe des Umfangs, in welchem kommunale Entscheide vorbestimmt sind<sup>102</sup>. Die Formel lautet nun: «Zur autonomen Rechtsetzung ist die Gemeinde befugt, wenn ihr das kantonale Recht bei der Regelung ihrer Angelegenheiten eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit beläßt. Dieses Kriterium gilt sinngemäß auch beim Entscheid darüber, ob der Gemeinde im konkreten Fall ein Anspruch auf autonome Rechtsanwendung zusteht»<sup>103</sup>. Außer dem Umfang inhaltlicher Beeinflussung der Gemeindeentscheide mißt das Bun-

<sup>97</sup> LIVER, Gemeinderecht, S.45 mit Vorbehalt.

<sup>98</sup> GIACOMETTI, Kantonales Staatsrecht, S.74/75. Anders lauten die Thesen von NAWIASKY und GEIGER, vgl. bei Ziff. 189 Anm. 107.

<sup>99</sup> ZWAHLEN, S.639/640, wobei die Entscheidungsfreiheit als Folge der Einordnung in den Autonomiebereich erscheint (S.640ff.).

<sup>100</sup> BGE 65 I 131; 83 I 123/124; 84 I 230.

<sup>101</sup> BGE 89 I 112; 91 I 42; 92 I 375.

<sup>102</sup> Für die Rechtsetzung BGE 93 I 160 und 432; 94 I 65, 457 und 545; 96 I 152/153 und 381; für die Rechtsanwendung BGE 95 I 37 und 96 I 382.

<sup>103</sup> BGE 96 I 725.

desgericht für die Umgrenzung des geschützten Autonomiebereichs auch der Frage Bedeutung zu, ob es sich um eine freiwillige oder eine Pflichtaufgabe der Gemeinden handelt<sup>104</sup>.

188. Kantonale Gerichte haben zum Teil etwas andere Wege beschritten. Das Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen hat sich für die Festlegung der Eigenverantwortlichkeit auf die Abgrenzung von eigenem und übertragenem Wirkungskreis gestützt und dafür das Merkmal des lokalen Bezugs gewählt<sup>105</sup>. Demgegenüber mißt das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich der Unterscheidung von eigenem und übertragenem Wirkungskreis der Gemeinden für den Bereich der Autonomie – unter Vermeidung dieses Begriffs – keine Bedeutung zu und nimmt an, die Gemeinden müßten sich für die richtige Anwendung ihres Rechts wehren können, wo sie für die Rechtsetzung zuständig und damit für die richtige Rechtsordnung verantwortlich seien<sup>106</sup>. Die Entscheide lassen sich nicht ohne weiteres vergleichen, weil sie unterschiedliche Verfahrensstadien und Rechtsfragen betreffen. Es zeichnen sich darin aber doch divergierende Ansichten über den Autonomiebereich ab.

189. Nach Ansicht des Berichterstatters umfaßt die Autonomie der Gemeinden sowohl ihre Kompetenzen als auch ihre Verantwortlichkeit. Sollen die Gemeinden zwar als innerkantonale, aber doch autonome Gebietskörperschaften gelten, verdienen beide Komponenten Schutz: die (sachliche) Zuständigkeit und die Verantwortlichkeit. Eine Differenzierung nach Aufgabenarten scheint sich dabei, gegenteiliges kantonales Recht vorbehalten, nicht aufzudrängen. Sind der Zuständigkeitsbereich eng und die Entscheidungsfreiheit beschränkt, bleibt für die Autonomie wenig Raum. In solchen Fällen wird der Schutz den Gemeinden häufig versagt bleiben, nicht weil der Eingriff die Autonomie nicht betrifft, sondern weil er sie nicht verletzt. Die Frage lautet somit nicht dahin, *ob* die Gemeinden in einer bestimmten Sachfrage autonom sind, sondern

<sup>104</sup> BGE 93 I 161 und 96 I 239.

<sup>105</sup> Schweiz. Juristen-Zeitung 64, 1968, S.342ff. Zur Praxis in SG auch BGE 96 I 381.

<sup>106</sup> Zbl 65, 1964, S. 323ff. (insbes. S. 324) und 67, 1966, S. 185ff. (insbes. S. 186); ferner Rechenschaftsberichte des Verwaltungsgerichts 1965 Nr. 10, 1969 Nr. 8 und 1970 Nr. 3.

wie weit ihre Zuständigkeit und ihre Entscheidungsfreiheit reichen<sup>107</sup>. Das entspricht allerdings nicht der bundesgerichtlichen Praxis, nach der zunächst geprüft werden muß, ob überhaupt autonomes Handeln der Gemeinden vorliegt, das gegen kantonale Übergriffe geschützt sein könnte<sup>108</sup>.

b) Die Verletzung der Autonomie

190. Umfaßt die Autonomie die Kompetenzen und die Verantwortlichkeit der Gemeinden, kann sie verletzt werden durch Beeinträchtigung der einen oder der andern dieser Komponenten. Das geschieht auf direktem Wege, wenn Organe übergeordneter Verbände in unzulässiger Weise in den Entscheidungsablauf eingreifen. Die Erfahrung lehrt indessen, daß auch indirekte Beeinträchtigungen vorkommen, beispielsweise im Sinne von raumplanerischen Vorkehren des Kantons, welche die Zuständigkeit und die Entscheidungsfreiheit der Gemeinden bei der Ortsplanung über das gesetzlich festgelegte Maß hinaus einengen.

191. *Direkte Eingriffe* in die Kompetenzen oder in die Verantwortlichkeit der Gemeinden *durch rechtsetzende Organe* des Kantons sind nur in beschränktem Maße denkbar. Der kantonale Ge-

<sup>107</sup> Die Lösung gleicht sich im Ergebnis jener von NAWIASKY und GEIGER an. Diese unterscheiden zwar zwischen eigenem und übertragenem Wirkungsbereich nach Maßgabe des Umfangs der kantonalen Aufsicht (Rechts- oder Ermessenskontrolle) (GEIGER, S. 34 ff.; NAWIASKY, S. 14 ff.), beschreiben die Autonomie (oder Selbstverwaltung) aber als Rechtsanspruch auf Lösung der zugewiesenen öffentlichen Aufgaben durch eigene Organe im Rahmen der gesetzlich angeordneten Staatsaufsicht, und zwar sowohl im eigenen wie im übertragenen Wirkungsbereich (GEIGER, S. 15, 16 ff. und 66 ff.; NAWIASKY, S. 17–19).

<sup>108</sup> In BGE 97 I 522–524 ging das Bundesgericht davon aus, daß die kommunale Norm, die einer kantonalen Mindestvorschrift entspreche, keine autonome Satzung sei, bei der Überprüfung ihrer Anwendung die Autonomie daher nicht verletzt sein könne. Das ist nicht überzeugend. Zwar war die Gemeinde in ihrer Verantwortlichkeit dadurch beschränkt, daß sie keinen weniger weit reichenden Rechtssatz erlassen konnte. Das schließt nicht aus, daß sie zu seiner Anwendung kompetent war und angesichts des verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffs über eine gewisse Verantwortlichkeit verfügte. Ihre Autonomie stand im Sinne dieses Berichtes daher auf dem Spiel, nur war sie in casu wohl nicht verletzt.

setzgeber legt ja die kommunale Zuständigkeit und die Entscheidungsfreiheit fest und kann auf seinen Entscheid zurückkommen<sup>109</sup>. Eine Verletzung der Gemeindeautonomie kann ihm daher nur vorgeworfen werden, wenn er sich nicht an den von der Verfassung gezogenen Rahmen hält, wenn er eine dort speziell vorgesehene Kompetenz oder Verantwortlichkeit der Gemeinden aufhebt oder wenn er gegen eine andere Verfassungsnorm zu Lasten der Gemeinden verstößt<sup>110</sup>. Durch eine kantonale Verordnung kann die Gemeindeautonomie außerdem dadurch in direkter Weise verletzt werden, daß die erlassende Behörde die Zuständigkeit überschreitet, die ihr nach Verfassung oder Gesetz zusteht, und dabei die Gemeindekompetenzen einengt.

192. Direkte Eingriffe *rechtsanwendender kantonalen Behörden* in den Kompetenzbereich der Gemeinden sind in zweifacher Weise denkbar. Verletzt wird die Zuständigkeitsordnung erstens, wenn kantonale Organe kommunales Recht nicht anwenden, etwa weil sie zu Unrecht die betreffende Frage als durch kantonales oder eidgenössisches Recht entschieden betrachten<sup>111</sup>. Zweitens gehören hierher die Fälle, in denen kantonale Instanzen Verfügungen erlassen, für die kommunale Behörden zuständig sind<sup>112</sup>. Das Überspringen der Gemeindestufe mit direktem Entscheid durch die kantonale Aufsichtsbehörde ist dafür ein Beispiel. Soweit der Gesetzgeber ein solches Einschreiten kantonalen Behörden im Sinne einer Durchsetzungsmaßnahme<sup>113</sup> oder zur Erfüllung von Funktionen an Stelle hierzu unfähiger Gemeinden<sup>114</sup> vorsieht, ist die Gemeindeautonomie aus den in der vorangehenden Ziffer genannten Gründen allerdings nicht verletzt.

193. Größere praktische Bedeutung als den Eingriffen in den Kompetenzbereich kommt den Beschränkungen der Verantwortlichkeit der Gemeinden durch Verwaltungsbehörden übergeordne-

<sup>109</sup> Ziff.149 mit Anm.23. Anwendungsfall (ohne Verstoß): BGE 94 I 457–459.

<sup>110</sup> Anwendungsfall (ohne Verstoß): BGE 93 I 441 ff., insbes. 446–448.

<sup>111</sup> IMBODEN, Gemeindeautonomie, S.101–103; Verwaltungsgericht ZH, Rechenschaftsbericht 1965, Nr.10.

<sup>112</sup> Anwendungsfall (ohne Verstoß): BGE 96 I 724 ff.

<sup>113</sup> Ziff.236.

<sup>114</sup> Ziff.285–287.

ter Verbände zu. Eine Verletzung der Gemeindeautonomie liegt unbestrittenermaßen und gemäß langjähriger Rechtsprechung dann vor, wenn sich kantonale Organe im Genehmigungs- oder Rechtsmittelverfahren Kontrollrechte anmaßen, die ihnen nicht zustehen<sup>115</sup>, insbesondere dort eine Ermessensüberprüfung vornehmen, wo sie nur zur Rechtskontrolle berufen sind<sup>116</sup>. Daß dabei nicht auf die Aussagen der Aufsichtsinstanzen allein, sondern auf die wahre Tragweite ihres Vorgehens abzustellen ist, versteht sich. Demgemäß liegt ein Übergriff auch vor, wenn die kantonale Behörde unter dem Vorwand der Rechtskontrolle tatsächlich die Handhabung des Ermessens überprüft, ohne dazu ermächtigt zu sein<sup>117</sup>. Heikler ist die Frage zu entscheiden, wie weit die kantonale Instanz ihr Kontrollrecht auszudehnen vermag, wenn die Gemeindebehörde einen unbestimmten Rechtsgriff des kommunalen Rechts ausgelegt hat. Nach Auffassung des Bundesgerichts kann der Kanton hier auch im Rahmen bloßer Rechtskontrolle einschreiten, darf dabei aber nur prüfen, ob sich die Gemeinde einer Überschreitung ihrer Beurteilungsermächtigung schuldig gemacht oder ein verfassungsmäßiges Recht des Bürgers verletzt hat<sup>118</sup>. Ein derart gewährleisteter Beurteilungsspielraum steht den Gemeinden allerdings nach der Rechtsprechung dort nicht zu, wo sie einen unbestimmten Rechtsbegriff des kantonalen Rechts anzuwenden haben, weil sie dann nicht im Rahmen ihres geschützten Autonomiebereichs handeln<sup>119</sup>. Diese Beschränkung würde wegfallen, wenn im Sinne des Vorschlags unter Ziffer 189 nicht nur bestimmte, sondern alle Kompetenzen und Verantwortlichkeiten der Gemeinden in dem Maße als geschützt gälten, in welchen sie den kommunalen Behörden nach kantonalem Recht zustehen.

194. Nur bei derartigem Überschreiten der Kontrollbefugnis nahm das Bundesgericht seinerzeit an, die Entscheidungsfreiheit

<sup>115</sup> BGE 65 I 132; 83 I 123–125; 89 I 114/115; 97 I 139 ff.

<sup>116</sup> Zur Entwicklung der Praxis BGE 93 I 158 ff. und 432/433; 94 I 64/65.

<sup>117</sup> BGE 92 I 376 ff. mit weiteren Hinweisen.

<sup>118</sup> BGE 95 I 39/40; 96 I 373 ff. Einer solchen Beschränkung seiner Kognitionsbefugnis widersetzt sich das Verwaltungsgericht GR; vgl. Zbl 73, 1972, S. 158 ff., insbes. S. 160–162.

<sup>119</sup> BGE 97 I 523/524.

der Gemeinden und damit die Gemeindeautonomie würden durch Ausübung kantonaler Aufsichtsrechte berührt. Bei der Änderung der Rechtsprechung betreffend den Autonomiebereich wurden auch die Verletzungstatbestände ausgedehnt. Des erweiterten Schutzes teilhaftig wurde zunächst die rechtsetzende Tätigkeit der Gemeinden, indem auch die unrichtige Rechts- oder Ermessenskontrolle seitens kantonaler Behörden als Eingriff in die Gemeindeautonomie gewertet wurde<sup>120</sup>. Nach einigem Zögern<sup>121</sup> wandte das Bundesgericht die gleichen Grundsätze auch gegenüber der kantonalen Überprüfung rechtsanwendender Maßnahmen der Gemeinden an<sup>122</sup>. Diese Entwicklung ist nur zu begrüßen, denn sie sichert den Gemeinden die Wahrnehmung ihrer Verantwortlichkeit, die nicht nur tangiert wird, wenn kantonale Behörden ihre Kontrollrechte überschreiten, sondern auch, wenn von diesen ein unrichtiger Gebrauch gemacht und so die Bemühungen kommunaler Organe für die Verwirklichung der Rechtsordnung durchkreuzt werden. Kantonale Gerichte betrachten die Gemeinden aus ähnlichen Überlegungen als legitimiert zur Anfechtung kantonaler Verfügungen, durch die kommunales Recht unrichtig angewendet wird<sup>123</sup>.

Das Bundesgericht schreitet allerdings nur ein, wenn der kantonale Entscheid über die Rechtmäßigkeit oder die Zweckmäßigkeit des kommunalen Rechtssatzes oder Verwaltungsaktes willkürlich ist<sup>124</sup>. Das ist verständlich, weil dem Staatsgerichtshof keine umfassende Aufsicht über die Tätigkeit kantonaler Behörden obliegen kann<sup>125</sup>. Kantonale Gerichte vermögen demgegenüber eine volle

<sup>120</sup> BGE 93 I 160ff. (erster Entscheid betreffend die willkürliche Ermessenskontrolle); 93 I 433ff. (erstmalig auch bezüglich willkürlicher Rechtskontrolle); 96 I 382ff.; 97 I 517. Das entsprach dem Postulat IMBODENS (Gemeindeautonomie, S.103/104), der aber die Beschränkung der Überprüfung auf die Willkürkontrolle nicht billigte (S.104).

<sup>121</sup> BGE 94 I 65/66 mit der Nennung der Bedenken.

<sup>122</sup> BGE 95 I 37ff. (erster Entscheid); 96 I 382ff.

<sup>123</sup> Zur entsprechenden Praxis des Verwaltungsgerichts ZH: Zbl 65, 1964, S.323ff. und 67, 1966, S.185/186.

<sup>124</sup> Vgl. die unter Anm. 118 und 120 zitierten Entscheide. Vorbehalte dazu äußert IMBODEN (Gemeindeautonomie, S.104).

<sup>125</sup> Das Bundesgericht prüft die Anwendung kantonalen Verfassungsrechts frei, kantonalen Gesetzesrechts nur unter dem Gesichtspunkt der Willkür (BGE

Rechtskontrolle vorzunehmen; die Ermessenshandhabung dagegen ist auch ihrer Überprüfung in der Regel entzogen, soweit nicht ein Ermessensmißbrauch oder eine Ermessensüberschreitung vorliegt<sup>126</sup>.

195. Weniger verständlich ist es, daß der vorgenannte Schutz nach der bundesgerichtlichen Praxis<sup>127</sup> den Gemeinden nur im Rahmen eines bestimmten Bereichs zukommt, nämlich dort, wo sie – in der Sicht des Bundesgerichts – autonomes Recht setzen oder anwenden. Die Weiterentwicklung der Überlegungen unter Ziffer 189 führt zum Postulat, die Gemeinden gegen willkürliche kantonale Entscheide mit Bezug auf alle kommunalen Rechtssätze und Verwaltungsakte zu schützen, und zwar selbst dort, wo ihre Organe kantonales Recht angewendet haben, wie das bei Baubewilligungen, Steuerentscheiden und andern Verfügungen zutrifft.

196. Kommunale Kompetenzen und Verantwortlichkeiten werden auch beschränkt, ohne daß die Organe übergeordneter Verbände in den Entscheidungsablauf eingreifen. Selbständige Maßnahmen des Bundes oder des Kantons engen vielfach *indirekt* die Zuständigkeit oder die Entscheidungsfreiheit der Gemeinden ein. Solche Auswirkungen kann der Erlaß von Rechtssätzen haben. Gewässerschutzvorschriften des Bundes und des Kantons, Bestimmungen über den Arbeitnehmerschutz, Konjunkturdämpfungsmaßnahmen und andere gesetzgeberische Vorkehren bewirken, daß die Kompetenz und die Verantwortlichkeit der Gemeinden bezüglich des Erlasses und der Anwendung von Bauvorschriften Einschränkungen erfährt<sup>128</sup>. Auch planerische Anordnungen des Kantons, welche die Ortsplanung einer Gemeinde überlagern, engen die

93 I 161/162, 431 und 434; 94 I 545; 96 I 153, 382/383 und 724; 97 I 512/513). Letzteres gilt auch für Gemeinderecht (BGE 95 I 41 und 96 I 372 mit Hinweisen).

<sup>126</sup> ZH: Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen (Verwaltungsrechtspflegegesetz) vom 24. Mai 1959, § 50; BE: Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 22. Oktober 1961, Art. 16 Abs. 2.

<sup>127</sup> Vgl. die unter Anm. 118 und 120 zitierten Urteile.

<sup>128</sup> Solche Auswirkungen auf die kommunale Entscheidungsfreiheit beim Erlaß und bei der Anwendung der Gemeindebauordnungen hat beispielsweise das Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer gegen Verunreinigung (Gewässerschutzgesetz) vom 6. Oktober 1971, insbes. Art. 19 ff.

Entscheidungsfreiheit der kommunalen Behörden ein. Konflikte haben sich etwa bei der Ausscheidung der für ein thermisches Elektrizitätswerk reservierten Fläche durch einen kantonalen Bebauungsplan<sup>129</sup> oder beim Erlaß einer kantonalen Landschaftsschutzverordnung ergeben, die praktisch das ganze Gebiet einer Gemeinde erfaßt<sup>130</sup>. Auch aus der Ausübung der Verwaltungsfunktion folgen solche Eingriffe in die Autonomie der Gemeinden, insbesondere bei der Erstellung öffentlicher Werke und der Anordnung damit im Zusammenhang stehender Verwaltungsakte, wie beim Bau von Bahnanlagen, bei der Erstellung von Telephonbetriebsgebäuden<sup>131</sup>, bei der Aufstellung von Telephonstangen<sup>132</sup> oder beim Ausbau eines Flughafens<sup>133</sup>. Die Auswahl der Beispiele darf nicht den Eindruck erwecken, indirekte Beeinträchtigungen der Gemeindeautonomie kämen nur in diesen Sachgebieten in Frage; mit Bezug auf die Finanzordnung und andere Bereiche können sich ähnliche Probleme ergeben. Speziell erwähnt sei nur, daß von solchen Maßnahmen gelegentlich auch das Verfügungsrecht der Gemeinden über ihre Vermögenswerte betroffen wird, wodurch die Verantwortlichkeit kommunaler Organe eine Einschränkung erfährt.

197. Solche indirekten Beschränkungen der kommunalen Zuständigkeit und Entscheidungsfreiheit sind nicht ohne weiteres zulässig. Soweit sie sich aus rechtsetzenden Maßnahmen ergeben, sind sie allerdings nur unstatthaft bei Verletzung von Verfassungsvorschriften, wobei auch hier von Bedeutung ist, daß die Kompetenzen und die Verantwortlichkeit der Gemeinden durch den einfachen Gesetzgeber umgrenzt werden und von diesem bei Beachtung der verfassungsrechtlichen Schranken nicht verletzt werden können<sup>134</sup>. Ähnliches gilt für planerische Vorkehren mit indirekter Beein-

<sup>129</sup> BGE 94 I 541 ff. (Grandson VD).

<sup>130</sup> BGE 96 I 234 ff. (Bachs ZH).

<sup>131</sup> BGE 92 I 205 ff.

<sup>132</sup> BGE 97 I 524 ff.

<sup>133</sup> Zbl 72, 1971, S. 427 ff., wo das Bundesgericht einen Einfluß auf die Gemeindeautonomie bestreitet, dabei offenbar aber nur an direkte Eingriffe denkt (S. 429/430).

<sup>134</sup> Ziff. 147–151, insbes. 149 mit Anm. 23, und Ziff. 191.

trächtigkeit kommunaler Befugnisse und Verantwortlichkeiten. Sie erweisen sich als zulässig, wenn sie rechtmäßig sind, nämlich von hierzu kompetenten Behörden ergriffen werden, nicht willkürlich sind und das Proportionalitätsprinzip wahren, und zwar sowohl bezüglich der Ziel-Mittel-Relation als auch des Verhältnisses der verfolgten kantonalen zu den tangierten kommunalen Interessen<sup>135</sup>. Auch indirekte Eingriffe in die Gemeindeautonomie durch Verwaltungsmaßnahmen sind nur statthaft, wenn die betreffenden eidgenössischen oder kantonalen Instanzen im Rahmen ihrer gesetzlichen Befugnisse handeln und von der Beachtung allenfalls entgegenstehender Gemeindevorschriften befreit sind<sup>136</sup>.

Damit die Gemeinden ihre Verantwortlichkeit wenigstens zur Geltung bringen können, wo sie ihre Entscheidungsfreiheit nicht durchzusetzen vermögen, hat ihnen das Bundesgericht einen Anspruch auf Anhörung zuerkannt, der sich nicht aus Art.4 BV, sondern aus der Gemeindeautonomie ergibt<sup>137</sup>.

#### *D. Der Rechtsschutz der Gemeinden*

##### **I. Ziel und Gestaltung des Rechtsschutzes**

198. Die Gemeinden bilden einerseits Glieder des Kantons und damit des Bundes und sind in diese integriert, andererseits nehmen sie die Stellung autonomer Gebietskörperschaften ein. So stehen sie in einem gewissen Spannungsverhältnis zu den übergeordneten Verbänden<sup>138</sup>, das von ihrem Standpunkt aus tendenziell die Gefahr der Einschränkung ihres Bestandes, ihrer Befugnisse und ihrer Verant-

<sup>135</sup> BGE 94 I 547ff. und 96 I 240ff.

<sup>136</sup> Im Bereiche des Baurechts besteht kraft Bundesrecht eine Beschränkung der kommunalen Entscheidungsfreiheit bezüglich von Arbeiten, die der Landesverteidigung dienen (Militärorganisation der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 12. April 1907, Art.164 Abs.3) sowie bei der Erstellung von Bahnanlagen (Eisenbahngesetz vom 20. Dezember 1957, Art.18 Abs.3) und von Telephonlinien (BGE 97 I 526ff.), nicht aber betreffend die PTT-Gebäude (BGE 92 I 211/212).

<sup>137</sup> BGE 96 I 239. Die Anhörung der Gemeinden ist gelegentlich besonders geordnet (Eisenbahngesetz vom 20. Dezember 1957, Art.18 Abs.2; Bundesgesetz über die Nationalstraßen vom 8. März 1960, Art.19 Abs.1).

<sup>138</sup> Ziff. 144–146.

wortlichkeit in sich birgt. Der Rechtsschutz zu ihren Gunsten hat daher in erster Linie der Abwehr unzulässiger Eingriffe kantonaler und allenfalls auch eidgenössischer Behörden in ihre Existenz und in ihre Autonomie zu dienen. Soweit ihnen weitere Rechte zustehen, können auch diese als verteidigungswürdig anerkannt sein. Dagegen bezweckt der den Gemeinden gewährte Rechtsschutz nicht die Durchsetzung des objektiven Rechts schlechweg.

199. Aus diesen Gründen sind die Gemeinden im streitigen Verwaltungsverfahren und bei der *Verwaltungsgerichtsbarkeit* nur in beschränktem Maße beschwerdeberechtigt. Mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht können sie sich einzig dort gegen bundesrechtswidrige, ihr Gebiet betreffende kantonale oder eidgenössische Verfügungen wehren, wo ihnen das Bundesrecht die Legitimation besonders zuerkennt oder wo sie in ähnlicher Weise betroffen sind wie Privatpersonen<sup>139</sup>. In der kantonalen Verwaltungsgerichtsbarkeit reicht dagegen ihr Rechtsschutz vielfach weiter, indem ihnen die Befugnis zuerkannt wird, die unrichtige Anwendung oder die Nichtanwendung wenigstens ihres Rechts zu rügen<sup>140</sup>.

200. Das Bundesgericht hat den Gemeinden auch den Weg der *Verfassungsgerichtsbarkeit* geöffnet, indem es das Recht auf Bestand und Erhaltung von Gebiet und Volk sowie den Anspruch auf Autonomie als verfassungsmäßige Rechte im Sinne von Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV anerkannt hat<sup>141</sup>. «Es handelt sich um 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.»<sup>142</sup> Die Legitimation ist gegeben, wenn die Gemeinde als Trägerin hoheitlicher Gewalt betroffen ist und mit hinreichender Begründung die Verletzung von Bestand und Autonomie rügt;

<sup>139</sup> Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege, Art. 103 lit. a und c; dazu BGE 97 I 607 (betr. Legitimation der Kantone, analog wohl anwendbar auf Gemeinden).

<sup>140</sup> Zur zürcherischen Praxis Zbl 65, 1964, S. 323ff. und 67, 1966, S. 185ff.; Rechenschaftsbericht des Verwaltungsgerichts ZH 1965, Nr. 10.

<sup>141</sup> Zur Kritik an dieser These vgl. die Zusammenstellung bei MATTER, S. 22/23.

<sup>142</sup> IMBODEN, Gemeindeautonomie, S. 98.

handelt sie als Privatrechtssubjekt, genießt sie denselben Schutz wie private Verbände<sup>143</sup>.

201. Wenn das Bundesgericht gelegentlich in Ansätzen die Beschwerdebefugnis ausgedehnt hat<sup>144</sup>, widersetzte es sich doch der Gleichstellung der Gemeinden mit andern Korporationen<sup>145</sup>. Insbesondere folgte es nicht der These MATTERS, der die Lösung der Legitimationsfrage aus der Sicht der Einheit der Staatsgewalt ablehnt, die Beschwerdebefugnis negativ abgrenzend nur dort verneint, wo das kommunale Organ untere Behörde des Kantons ist, und von Fall zu Fall prüfen will, ob die Gemeinde ein Rechtsschutzinteresse als Korporation besitzt<sup>146</sup>. Diese Ansicht setzt aber eine Differenzierung hinsichtlich der kommunalen Aufgaben voraus. Demgegenüber wurde hier die Auffassung vertreten, daß die Doppelstellung der Gemeinden keine Zweiteilung der Aufgaben zur notwendigen Folge hat<sup>147</sup>. Auch trägt die Annäherung der Gemeinden an private Korporationen der Stellung der Gebietskörperschaften wohl zu wenig Rechnung. Die verfassungsmäßigen Individualrechte und ihre Durchsetzung mit der staatsrechtlichen Beschwerde sind für den einzelnen ein Korrektiv gegen seine Unterordnung unter den kollektiven Willen. Für die Gemeinden stellt sich das Problem anders. Für sie ist der Schutz einer Komponente ihrer Doppelstellung von Bedeutung, wie in Ziffer 198 dargelegt wurde. Die Verfassungsgerichtsbarkeit hat daher die Erhaltung der Existenz und der Autonomie der Gemeinden gegen unzulässige Integrationsmaßnahmen zu gewährleisten, und das geschieht wohl besser direkt als durch Annäherung der Stellung der Gemeinden an diejenige von Individuen.

## II. Der Schutz des Bestandes und der Autonomie der Gemeinden

202. Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich auf den verfassungsgerichtlichen Schutz der Gemeinden. Mag dabei in der

<sup>143</sup> BGE 93 I 66 und 445/446; 94 I 455/456; 95 I 36; 96 I 236 und 372 sowie zahlreiche weitere Entscheide.

<sup>144</sup> Ziff. 210 und 212/213.

<sup>145</sup> BGE 94 I 455/456.

<sup>146</sup> MATTER, S. 50ff., insbes. S. 55.

<sup>147</sup> Ziff. 169ff.

Praxis die Gewährleistung der Autonomie im Vordergrund stehen, kommt doch auch der Verteidigung der Gemeindeexistenz mehr als nur theoretische Bedeutung zu. Beide Aspekte werden vom Bundesgericht in neuerer Zeit deutlicher als früher getrennt behandelt<sup>148</sup>. Die Garantie des Bestandes und der Autonomie wird aus den Kantonsverfassungen abgeleitet; weder in der Lehre noch in der Rechtsprechung finden sich Andeutungen, wonach eine stillschweigende Gewährleistung dieser Art in der Bundesverfassung enthalten wäre<sup>149</sup>. Eine solche Annahme wäre auch kaum zu begründen, da das Bundesrecht zwar mit der Existenz von Gemeinden rechnet, eine entsprechende Einteilung des Kantonsgebietes aber nicht vorschreibt<sup>150</sup>.

203. Die *Bestandesgarantie* erfaßt die Existenz der Gemeinden als solche sowie die konstitutiven Elemente von Gebiet und Volk<sup>151</sup>. Die Festlegung streitiger Grenzen und die bloße Grenzbereinigung werden vom Schutz allerdings nicht erfaßt<sup>152</sup>. Ob auch die Steuerhoheit und die finanziellen Grundlagen in die Gewährleistung einzubeziehen seien, wurde bisher nicht immer klar entschieden<sup>153</sup>. Das Zögern des Bundesgerichts ist verständlich, weil die Finanzen zwar notwendige Mittel zur Erfüllung kommunaler Aufgaben bilden, nicht aber als Merkmale der Gemeinden zu betrachten sind. Absolut

<sup>148</sup> BGE 89 I 206/207; 93 I 445/446; 94 I 354; Zbl 72, 1971, S.427–429. Die Trennung wird auch in der Doktrin durchgeführt: BRIDEL, Nr. 165; GEIGER, S. 77–79 und S. 132ff.; GRISEL, S. 139/140; MATTER, S. 14ff.

<sup>149</sup> Das Bundesgericht lehnt diese These ab bezüglich der Bestandesgarantie, nimmt aber mangels ausdrücklicher eine entsprechende stillschweigende Gewährleistung in den KV an (Zbl 72, 1971, S.428 mit Verweisen). – Zum Postulat der Verankerung in der BV: GEIGER, S. 126–130.

<sup>150</sup> Ziff. 110–112.

<sup>151</sup> Vgl. die unter Anm. 148 zit. BGE.

<sup>152</sup> Ziff. 128ff. Das Bundesgericht spricht den Gemeinden in diesen Fällen die Legitimation zur staatsrechtlichen Beschwerde ab (BGE 87 I 214/215; 89 I 207/208).

<sup>153</sup> Gestreift wird die Frage in BGE 87 I 215. In BGE 89 I 209 erklärt das Bundesgericht, in bezug auf die Abgrenzung der Steuerhoheit fehle den Gemeinden die Legitimation zur staatsrechtlichen Beschwerde. Die Frage, ob die Bestandesgarantie die Gemeinden vor der Aushöhlung ihrer finanziellen Grundlagen bewahre, wird in BGE 93 I 446 offen gelassen.

ist die Garantie von Existenz, Gebiet und Volk nicht, denn kantonale Behörden unterschiedlichen Ranges vermögen hier vielfach auch gegen den Willen der Gemeinden Änderungen vorzunehmen<sup>154</sup>. Der Schutz besteht also nur, wo Eingriffe durch unzuständige Behörden erfolgen oder die materiellen Voraussetzungen des Eingreifens nicht gegeben sind<sup>154a</sup>.

204. Das Bundesgericht nimmt an, daß von einer Beeinträchtigung nur gesprochen werden könne, wo der Eingriff in den Gemeindebestand die Rechtsfolge der Maßnahme eines übergeordneten Verbandes sei, nicht aber bei bloß tatsächlichen Auswirkungen solcher Entscheide oder Vorkehren<sup>155</sup>. Diese Auffassung mag dort zutreffen, wo die Autonomie in Frage steht, die durch die Rechtsordnung geschaffen und ausgestaltet wird. Gebiet und Bevölkerung sind jedoch tatbeständliche Wesensmerkmale der Gemeinden, deren Bestand daher auch durch faktische Maßnahmen beeinträchtigt werden kann. So wie die Gemeinden gegen indirekte Beeinträchtigungen ihrer Autonomie geschützt sind<sup>156</sup>, sollten sie im übrigen auch vor unzulässigen mittelbaren Eingriffen in ihren Bestand bewahrt werden.

205. Auch mit Bezug auf die *Garantie der Autonomie* ist zu bedenken, daß sowohl die Kompetenzen als auch das Maß der Entscheidungsfreiheit der Gemeinden nicht unantastbar sind. Wann eine Verletzung der Autonomie anzunehmen ist, wurde schon dargestellt<sup>157</sup>. Hervorgehoben sei hier nur noch, daß das Bundesgericht außer den Gemeinden auch jenen andern öffentlich-rechtlichen Verbänden einen verfassungsmäßigen Autonomieanspruch zuerkennt, denen das kantonale Recht eine entsprechende Stellung einräumt<sup>158</sup>. Zur staatsrechtlichen Beschwerde legitimiert erscheinen dabei einzig

<sup>154</sup> Ziff. 131–133.

<sup>154a</sup> Anwendungsfall (ohne Verstoß): BGE 94 I 351 ff.

<sup>155</sup> Zbl 72, 1971, S. 428/429.

<sup>156</sup> Ziff. 196/197.

<sup>157</sup> Ziff. 190–197.

<sup>158</sup> BGE 95 I 54 (für Zweckverbände) und 96 I 329 (für öffentlich-rechtliche Körperschaften), wobei in den konkreten Fällen der Entscheid über das Vorhandensein eines geschützten Autonomiebereichs ebenso negativ lautete wie bezüglich der Güterzusammenlegungsgenossenschaft (BGE 95 I 47).

die Gemeinden (oder andere autonome Körperschaften) selbst. Ihre Angehörigen können nach heutiger Praxis die Rüge nur vorfrageweise erheben, was im Hinblick auf das Ziel des Rechtsschutzes angezeigt ist<sup>159</sup>.

206. Angesichts des nur relativen Schutzes von Bestand und Autonomie kann man sich fragen, ob beide Gewährleistungen nicht überlagert sind von einer *absoluten Garantie der Institution* selbst<sup>160</sup>, ähnlich wie bei gewissen Individualrechten der relative Schutz des subjektiven Rechts von einer absoluten Gewährleistung der Institutionen begleitet ist<sup>161</sup>. Das muß angenommen werden, da alle Kantonsverfassungen die Gemeinden, ihre Organisation und – in beschränktem Maße – ihre Funktionen erwähnen. Die Institution der Gemeinde könnte daher nur auf dem Wege der Verfassungsrevision beseitigt oder ihrer Substanz beraubt werden durch Aufhebung der Kompetenzen und der Verantwortlichkeit dieser Gebietskörperschaften. Ob dieser Schritt auch dem kantonalen Verfassungsgesetzgeber verwehrt sei oder nicht, hängt ab von der Antwort auf die Frage des Bestehens oder Nichtbestehens materieller Schranken der Verfassungsrevision<sup>162</sup>.

<sup>159</sup> BGE 91 I 412/413; 93 I 445 und 94 I 131; zur Entwicklung der Praxis GRISEL, S.138 mit Vorbehalten.

<sup>160</sup> GIACOMETTI, Kantonales Staatsrecht, S.72; GEIGER, S.123, in Andeutung auch ZWAHLEN, S.640. In diesem Sinne sind offenbar auch die verfassungsrechtlichen Gewährleistungen in Frankreich (Ziff.96 Abs.2) und in der Bundesrepublik (Ziff.103 Abs.2) zu verstehen. Zur Lage in Deutschland: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Band 1 (1952) S.175; THEODOR MAUNZ/GÜNTER DÜRIG/ROMAN HERZOG, Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl., München 1970 (Lieferung 11), zu Art.28 N.32 (wo dies als «Wesensgehaltssperre» bezeichnet wird); für die Weimarer-Republik GERHARD ANSCHÜTZ, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 14. Aufl., Berlin 1933, S.583.

<sup>161</sup> Zur persönlichen Freiheit BGE 95 I 360 mit Hinweisen, zur Eigentums-garantie BGE 96 I 558/559 mit Hinweisen.

<sup>162</sup> GEIGER, S.123–126 zählt das Prinzip der Gemeindeautonomie zu den politischen Grundentscheidungen, die seines Erachtens einer Verfassungsrevision entzogen sind.

### III. Der Schutz der Mitwirkungsrechte

207. Die Gemeinden sind – in bescheidenem Maße allerdings – da und dort zur Mitwirkung bei der Willensbildung auf kantonaler Ebene berufen<sup>163</sup>. Ihre entsprechenden Befugnisse stellen zwar keine politischen Rechte dar, sondern eher Organkompetenzen<sup>164</sup>; diese sind aber verfassungsmäßig verankert und als Berechtigungen der Gemeinden ausgestaltet. Da das Bundesgericht den Gemeinden mit Bezug auf die Gewährleistung ihres Bestandes und ihrer Autonomie denselben Rechtsschutz sichert wie den Individuen bei der Durchsetzung der Freiheitsrechte und der institutionellen Garantien, sollte es die Gemeinden mit der Rüge der Verletzung ihrer Mitwirkungsrechte in ähnlicher Weise zur staatsrechtlichen Beschwerde zulassen wie die Bürger bei der Verteidigung ihrer politischen Rechte. Es würde sich also weder darum handeln, die Gemeinden zur Stimmrechtsbeschwerde zu legitimieren<sup>165</sup>, noch ihnen das Recht zu geben, ihre Funktion als kantonaler Wahlkreis zu schützen<sup>166</sup>; angerufen werden könnte nur die Verletzung des Anspruchs auf Mindestvertretung, des Initiativrechts und allfälliger weiterer eigentlicher Mitwirkungsrechte.

### IV. Der Schutz von Individualrechten der Gemeinden

208. Nach ständiger Rechtsprechung sind die Gemeinden dort befugt, auf dem Wege der staatsrechtlichen Beschwerde ihre verfassungsmäßigen Individualrechte zu verteidigen, wo sie von einer kantonalen Maßnahme *als Privatrechtssubjekte* betroffen sind<sup>167</sup>. Praktische Anwendungsfälle sind allerdings selten<sup>168</sup>. Im wesentlichen dürfte es sich darum handeln, daß die Gemeinden mit dem

<sup>163</sup> Ziff. 155–157.

<sup>164</sup> GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht, S. 110 mit Anm. 1 erklärt, es handle sich nicht um subjektive Rechte.

<sup>165</sup> Das ist vom Bundesgericht zu Recht abgelehnt worden (BGE 93 I 439).

<sup>166</sup> Darin allein liegt noch kein Mitwirkungsrecht, Ziff. 64 und 156.

<sup>167</sup> Zur Praxis des Bundesgerichts bei Ziff. 200 Anm. 143.

<sup>168</sup> Die diesbezüglichen Äußerungen des Bundesgerichts (Urteile erwähnt bei Ziff. 200 Anm. 143) sind fast immer rein theoretischer Art und betreffen den Sachverhalt selbst nicht.

genannten Rechtsmittel ihre Vermögensrechte schützen können, worauf noch gesondert hinzuweisen sein wird<sup>169</sup>.

209. Eine *Erweiterung des Rechtsschutzes* im Rahmen der Verfassungsgerichtsbarkeit widersetzte sich das Bundesgericht stets, wenn man von einzelnen Weiterungen absieht, wie sie in den nachstehenden Ziffern zu erwähnen sind. Im besondern lehnte es die Beschwerdeberechtigung bei behaupteten Verletzungen der Handels- und Gewerbefreiheit ab<sup>170</sup>. Aus Gründen, wie sie unter Ziffer 201 dargelegt wurden, übernahm es auch die These MATTERS nicht, der die Legitimation im Einzelfall davon abhängig machen will, ob die Gemeinde ein Rechtsschutzinteresse hat, und dies unter gewissen Voraussetzungen bejaht bei Eingriffen in Freiheitsrechte mit politischer Bedeutung, in die Rechtsgleichheit und in die Gewaltentrennung<sup>171</sup>.

210. Von besonderer Bedeutung ist die Frage, ob die Gemeinden sich über die Verletzung des *Gebots der Rechtsgleichheit* von Art. 4 BV beschweren können. Das Bundesgericht lehnt ihre Legitimation zur selbständigen Geltendmachung dieser Rüge ab<sup>172</sup>. Aber es ist nicht zu verkennen, daß es in neuerer Zeit im Rahmen der Praxis zur Bestandesgarantie und zum Autonomieschutz dem genannten Verfassungsgrundsatz mit seinen Verästelungen größere Beachtung schenkt. So anerkennt der Staatsgerichtshof, daß mit der Autonomiebeschwerde geltend gemacht werden kann, eine kantonale Verfügung führe zur Ungleichbehandlung der Gemeinden<sup>173</sup>. Das in Art. 4 BV enthaltene Willkürverbot kann nach dem gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung sowohl bei direkten<sup>174</sup> wie bei indirekten<sup>175</sup> Eingriffen in die Autonomie angerufen werden. Von dem aus der gleichen Vorschrift abgeleiteten Verbot formeller Rechtsver-

<sup>169</sup> Ziff. 211.

<sup>170</sup> BGE 96 I 382/383 und 97 I 518/519.

<sup>171</sup> MATTER, S. 55 und für die einzelnen Gewährleistungen S. 56ff.

<sup>172</sup> BGE 94 I 455/456; 96 I 470 und 97 I 511.

<sup>173</sup> BGE 97 I 511.

<sup>174</sup> Das gilt jedenfalls bezüglich der Überprüfung kommunaler Akte der Rechtsetzung und der Rechtsanwendung durch kantonale Behörden; vgl. Ziff. 194 Abs. 2.

<sup>175</sup> Ziff. 197 mit Anm. 135.

weigerung ist jedenfalls ein Aspekt auch zugunsten der Gemeinden gesichert, haben diese doch bei Eingriffen in ihren Bestand<sup>176</sup> und bei indirekten Beeinträchtigungen ihrer Autonomie<sup>177</sup> Anspruch auf Anhörung. Damit dürfte den Gemeinden der sich aus Art.4 BV ergebende Rechtsschutz im wesentlichen soweit gewährleistet sein, als sich dies im Hinblick auf die Stellung der innerkantonalen autonomen Gebietskörperschaften aufdrängt und rechtfertigt. Eine Lücke allerdings besteht noch: dem kantonalen Gesetzgeber sollte die Pflicht auferlegt werden, das Gebot rechtsgleicher Behandlung der Gemeinden in gleicher Weise zu berücksichtigen wie andere Verfassungsvorschriften<sup>178</sup>.

211. Mit Bezug auf den Schutz *kommunaler Vermögensrechte* untersucht das Bundesgericht, ob die Gemeinden als Privatrechts-subjekte betroffen sind und demgemäß die gleichen Garantien beanspruchen können wie Individuen oder ob sie ausschließlich als Inhaberinnen hoheitlicher Gewalt berührt sind. Der Entscheid über die Vorfrage ist abhängig von der Art der erfaßten Werte<sup>179</sup>. Handelt es sich dabei um Finanzvermögen, so können die Gemeinden sowohl die Verletzung von Art.4 BV<sup>180</sup> als auch jene von Art.22<sup>ter</sup> BV über die Eigentumsgarantie<sup>181</sup> rügen.

212. Kantonale Eingriffe in das kommunale Verwaltungsvermögen oder in öffentliche Sachen im Gemeingebrauch treffen die Gemeinden dagegen als Inhaberinnen hoheitlicher Gewalt. Beschränkungen des Verfügungsrechts über solche Vermögensobjekte nehmen den Gemeinden einen Teil ihrer Zuständigkeit und ihrer Verantwortlichkeit; sie berühren mithin die Gemeindeautonomie. Die Zulässigkeit solcher Maßnahmen beurteilt sich nicht anders als

<sup>176</sup> Ziff.132 mit Anm.67, wobei anzuerkennen ist, daß sich das Bundesgericht zu dieser Frage noch nicht klar geäußert hat.

<sup>177</sup> Ziff.197 Abs.2 mit Anm.137.

<sup>178</sup> Die Frage war in BGE 93 I 442/443 und 449 offen gelassen worden. Zur Bindung des kantonalen Gesetzgebers: Ziff.191.

<sup>179</sup> Zur Charakterisierung der drei Kategorien: Ziff.134.

<sup>180</sup> BGE 96 I 467/468 mit Hinweisen.

<sup>181</sup> BGE 97 I 640/641 mit Hinweisen.

jene der übrigen direkten<sup>182</sup> und indirekten<sup>183</sup> Eingriffe in die Autonomie. Während bei unmittelbaren Interventionen in den Entscheidungsablauf kaum andere Probleme auftreten als bei entsprechenden kantonalen Vorkehren, die keine Vermögensobjekte berühren, mögen mittelbare Eingriffe in das Verfügungsrecht der Gemeinden über ihr Verwaltungsvermögen und ihre öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch spezielle Fragen aufwerfen. Auch diese lassen sich aber nach den schon erörterten Grundsätzen lösen. Zulässig ist das Vorgehen kantonaler (oder eidgenössischer) Behörden, wenn eine zuständige Instanz rechtmäßig handelt, also gestützt auf eine gesetzliche Grundlage, nicht willkürlich und ohne Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Ein erweiterter Rechtsschutz im Sinne der selbständigen Anwendung von Art. 4 BV drängt sich in Fällen, in denen das Verfügungsrecht über solche Vermögensobjekte zur Diskussion steht, nicht stärker auf als bei andern Eingriffen in die Autonomie<sup>184</sup>.

213. Fragen kann man sich dagegen, ob die Gemeinden der Eigentumsgarantie auch hinsichtlich ihres Verwaltungsvermögens und ihrer öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch teilhaftig werden<sup>185</sup>. Wenn das Verfügungsrecht über Vermögensobjekte als Teil der Autonomie geschützt ist, sind Eingriffe nur bei Vorliegen der in der vorangehenden Ziffer genannten Voraussetzungen zulässig. Diese decken sich weitgehend mit jenen von Art. 22<sup>ter</sup> Abs. 2 BV. Die Frage, ob die Gemeinden die Eigentumsgarantie anrufen können, ist deswegen aber nicht überflüssig, da sich danach das Entschädigungsproblem beurteilt, das weder von der Gewährleistung des Gemeindebestandes noch von derjenigen der Autonomie erfaßt wird. Der Berichterstatter neigt zur Auffassung, daß die Gemeinden bei materieller wie bei formeller Enteignung Anspruch auf Ersatz der erlittenen Vermögenseinbuße haben, da nicht einzusehen ist,

<sup>182</sup> Ziff. 191–195.

<sup>183</sup> Ziff. 196/197.

<sup>184</sup> In diesem Sinne BGE 96 I 468–471 bezüglich öffentlicher Sachen im Gemeingebrauch (zur Tragweite des Entscheides: BGE 97 I 641).

<sup>185</sup> Das wird heute vom Bundesgericht bejaht hinsichtlich des Verwaltungsvermögens; bezüglich öffentlicher Sachen im Gemeingebrauch ist die Frage offen (BGE 97 I 640/641 mit Hinweisen auf die Entwicklung der Praxis).

warum die betroffenen Gemeinden Leistungen zugunsten des Kantons erbringen sollten, ohne hierzu gesetzlich speziell verpflichtet zu sein. Vergütet werden müßte allerdings nur die Vermögens- einbuße. Ob eine solche etwa bei kantonrechtlicher Beschränkung der Nutzung einer öffentlichen Sache im Gemeindegebrauch der Gemeinde überhaupt gegeben ist, dürfte im Einzelfall nicht leicht zu entscheiden sein.

## § 6. Die Gemeindeorganisation und die Gemeindeaufsicht

### A. Die Gemeindeorganisation

#### I. Die Organisationsprinzipien

214. Die Gemeinden gelten als Urzellen der *Demokratie*. Wie weit ein Konnex zwischen kommunaler Struktur und Volksherrschaft im einzelnen besteht, wird noch zu untersuchen sein<sup>1</sup>. Sicher aber ist, daß einzig eine demokratische Organisation der Gemeinden unseren staatspolitischen Vorstellungen entspricht. Verankert ist dieser Grundsatz in den Kantonsverfassungen und in den kantonalen Gemeindegesetzen, welche die Organisation und teilweise auch die Funktionen der kommunalen Organe bestimmen, den Gemeinden höchstens die Wahl zwischen zwei Modalitäten des Behördenaufbaus (mit oder ohne Parlament) lassen und sie zur Einzelausgestaltung der Organisation ermächtigen<sup>2</sup>.

215. Die *Gewaltenteilung* ist auf der kommunalen Ebene nicht in gleichem Maße verwirklicht wie in Bund und Kantonen<sup>3</sup>. Der Gemeindeversammlung und dem Gemeindeparlament obliegen neben der Rechtsetzung in erheblichem Maße wichtige Verwaltungsbefugnisse, speziell bezüglich der Finanzen<sup>4</sup>. Auf diesem Wege – be-

<sup>1</sup> Ziff. 253–256.

<sup>2</sup> Das schließt nicht aus, daß Gemeinden befugt sein können, neue organisatorische Institutionen zu schaffen. Ein Beispiel ist unter Ziff. 222 zu nennen.

<sup>3</sup> METTLER, S. 104; CHRISTOPH ETTER, Die Gewaltendifferenzierung in der zürcherischen Gemeinde, Diss. Zürich, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, NF Heft 270, Zürich 1967.

<sup>4</sup> Für ZH: METTLER, S. 114 ff., 299 ff. und 332 ff.

sonders über die Kredit- und Budgetbeschlüsse der Gemeindeversammlung und das Ausgabenreferendum – wird das Prinzip der unmittelbaren Demokratie auf die Ausübung der Verwaltungsfunktion ausgedehnt, einer Tendenz, der man allerdings schon auf der kantonalen Ebene begegnet<sup>5</sup>. Als besonderes Organ der Rechtsprechung<sup>6</sup> kann einzig der Friedensrichter bezeichnet werden, soweit dieser überhaupt ein kommunales Amt bekleidet, während die Strafrechtspflege den Verwaltungsbehörden obliegt und eine Verwaltungsgerichtsbarkeit hier fehlt.

## II. Die Behördenstruktur

216. Die vom kantonalen Recht weitgehend bestimmte Behördenstruktur umfaßt die Gesamtheit der Stimmberechtigten, die ihre Entscheidungsbefugnisse an der Gemeindeversammlung oder in der Urnenabstimmung wahrnehmen, an gewissen Orten ein Gemeindeparlament und stets die Gemeindeexekutive als Spitze der Gemeindeverwaltung<sup>7</sup>.

217. Die *Stimmberechtigten* treten zur Ausübung ihrer politischen Rechte in der Regel zusammen. Ihre Versammlung trägt in der deutschen Schweiz die Bezeichnung Gemeindeversammlung oder auch einfach Gemeinde, ein Ausdruck, der dann sowohl für die Gebietskörperschaft als auch für ihr oberstes Organ Verwendung findet. In der französischen Schweiz werden dafür die Begriffe *assemblée de commune* (Freiburg), *conseil général* (Waadt) oder *assemblée primaire* (Wallis) gebraucht; im Tessin ist es die *assemblea comunale*.

218. Wo keine Gemeindeversammlung durchgeführt wird, üben die Stimmberechtigten die ihnen verbleibenden Stimm- und Wahlrechte an der Urne aus. Das bedeutet aber umgekehrt nicht, daß überall dort, wo die Urnenabstimmung möglich ist, die Gemeinde-

<sup>5</sup> Den Stimmbürgern wird auch in den Kantonen durch das Finanzreferendum ein Anteil an der Ausübung der Verwaltungsfunktion gesichert.

<sup>6</sup> Zu den Rechtsprechungsfunktionen der Gemeinden Ziff. 142.

<sup>7</sup> Zur Behördenstruktur besonders GRISEL, S. 132ff. und IMBODEN, Gemeindeorganisation, S. 99ff., ferner: Die direkte Gemeindedemokratie in der Schweiz, Zürich 1952, mit Angabe der Funktionsweise der Gemeindeorgane in verschiedenen Kantonen.

versammlung fehlt. In verschiedenen Kantonen bestehen beide Institutionen nebeneinander. Dabei begegnet man zahlreichen Varianten. In Zürich<sup>8</sup> beispielsweise unterstehen in Gemeinden mit über 2000 Einwohnern, die keinen Großen Gemeinderat eingesetzt haben, gewisse Beschlüsse obligatorisch, andere fakultativ der Urnenabstimmung, wobei das kantonale Recht eine vorgängige Beratung an der Gemeindeversammlung nicht vorschreibt, die Gemeinden aber zur Aufstellung einer solchen Bestimmung ermächtigt. Ferner ist unter bestimmten Voraussetzungen über Beschlüsse der Gemeindeversammlung nachträglich eine Urnenabstimmung durchzuführen. In Schwyz<sup>9</sup> können Beschlüsse und Wahlen der Gemeindeversammlung generell (nämlich bis zum Entscheid über den Verzicht auf dieses Verfahren) der Urnenabstimmung unterstellt werden; bei Sachfragen kann diese auch im Einzelfall verlangt werden.

219. Die Ausübung des Stimmrechts an der Gemeindeversammlung unterscheidet sich vom Gang zur Urne nicht nur äußerlich. Wird ein Geschäft der Versammlung der Stimmberechtigten vorgelegt, können diese im Rahmen der Beratung den Erlaß im einzelnen mitgestalten und damit in viel weiterreichenderem Maße an der Willensbildung teilnehmen als bei bloßem Entscheid über die Vorlage als ganze.

220. Die Bildung eines *Gemeindeparlaments* ist nur in den Kantonen Neuenburg<sup>10</sup> und Genf<sup>11</sup> allgemein vorgeschrieben. In der Waadt<sup>12</sup> muß es von Gemeinden mit über 800 Einwohnern eingesetzt werden, während kleinere Gemeinden einen entsprechenden Beschluß fassen können. Im Kanton Zürich<sup>13</sup> ist es für die Städte Zürich und Winterthur obligatorisch, für andere Gemeinden mit über 2000 Einwohnern fakultativ. Auch hier spiegelt sich schweize-

<sup>8</sup> Gesetz über das Gemeindewesen vom 6. Juni 1926, §116.

<sup>9</sup> Gesetz über die Organisation der Gemeinden und Bezirke vom 29. Oktober 1969, §§9–11.

<sup>10</sup> Art. 66 Ziff. 2 KV NE; Loi sur les communes du 21 décembre 1964, Art. 14 ff.

<sup>11</sup> Art. 147–150 KV GE; Loi sur l'administration des communes du 3 juillet 1954, Art. 5 ff.

<sup>12</sup> Art. 85 KV VD; Loi sur les communes du 28 février 1956, Art. 5 ff.

<sup>13</sup> Gemeindegesetz (zit. Anm. 8), §§88 und 88a.

rische Vielfalt. Allgemein kann höchstens gesagt werden, daß die Aufhebung der Gemeindeversammlung und die Übertragung ihrer Befugnisse an ein Gemeindeparlament unter Vorbehalt des obligatorischen oder fakultativen Referendums (Ziffer 218) in der Regel für größere Gemeinden möglich ist. – Die Bezeichnungen sind verschieden und lauten etwa Großer Gemeinderat, Gemeinderat (Stadt Zürich), Stadtrat (Stadt Bern), Großer Landrat (Davos), consiglio comunale (Tessin), conseil général<sup>14</sup> (Freiburg, Wallis, Neuenburg) oder conseil municipal (Genf).

221. Die Spitze der *kommunalen Verwaltung* ist in der Regel wie die Exekutive in Bund und Kantonen als Kollegialorgan ausgestaltet und umfaßt je nach Kanton und Größe der Gemeinde drei bis neun Mitglieder. Einzig Genf<sup>15</sup> kennt für Gemeinden mit höchstens 3000 Einwohnern eine monistische Verwaltungsspitze mit einem maire, der allein, wenn auch nach Konsultation seiner zwei adjoints entscheidet. Die interne Organisation ist wiederum ähnlich wie jene der schweizerischen Regierungen nach dem Departementsystem gestaltet, nur daß der Vorsitz meist nicht periodisch wechselt, der Präsident vielmehr vom Wahlkörper direkt ernannt wird. Die Bezeichnungen sind auch hier uneinheitlich. Im deutschsprachigen Raum überwiegt der Ausdruck (Kleiner) Gemeinderat oder Stadtrat (in der Stadt Zürich), in der französischen Schweiz der Begriff conseil communal (neben conseil municipal und conseil administratif); im Tessin ist die Gemeindeexekutive der municipio. Der Vorsitzende ist Gemeindepräsident, Stadtpräsident, Stadt- oder Gemeindeammann, maire, syndic, président de commune, sindaco. Der Ausdruck Bürgermeister ist in der Schweiz mit dem ancien régime verschwunden<sup>16</sup>.

222. Als interessante Neuerung ist durch die Gemeindeordnung der Stadt Zürich vom 26. April 1970 die Funktion des Beauftragten in Beschwerdesachen geschaffen worden. Dabei handelt es sich nicht

<sup>14</sup> In VD findet diese Bezeichnung Verwendung für die Gemeindeversammlung.

<sup>15</sup> Art. 146 KV GE; Loi sur l'administration des communes du 3 juillet 1954, Art. 29ff., insbes. Art. 36. Die Anlehnung an Frankreich ist offensichtlich (Ziff. 97 mit Anm. 11).

<sup>16</sup> Sein Nachfolger wäre auch eher der Regierungspräsident als der Stadtpräsident des Hauptortes.

um einen Einzelrichter mit verwaltungsgerichtlichen Kompetenzen, sondern eher um einen «Ombudsman» nach skandinavischem Vorbild.

### III. Das Verfahren

223. Das *Verfahren der Rechtsetzung* ist – besonders in Gemeinden mit einem Parlament – nicht einheitlich gestaltet. Wie die Eidgenossenschaft und die Kantone kennen auch die Gemeinden verschiedene Rechtsetzungsstufen. Auf der obersten steht der Grunderlaß, der indessen keine Gewährleistungen zugunsten der Individuen enthält, sondern ausschließlich organisatorische Vorschriften und daher die Bezeichnung Gemeindeordnung trägt, ausnahmsweise allerdings Gemeindeverfassung<sup>17</sup> genannt wird. Er unterliegt meist obligatorisch der Volksabstimmung, nämlich der Annahme durch die Gemeindeversammlung oder in der Urnenabstimmung. Formell auf der gleichen Stufe stehen in gewissen Kantonen weitere rechtsetzende Akte, für welche die Bezeichnung Gesetz allerdings nur in gewissen Bündner Gemeinden Verwendung findet. Vom Gemeindeparlament erlassene Reglemente, Ordnungen oder Verordnungen unterliegen obligatorisch oder fakultativ dem Referendum. In zürcherischen Gemeinden mit Großem Gemeinderat hat das kantonale Recht die direkte Demokratie dabei erstaunlicherweise weniger stark ausgebildet als auf kantonaler Stufe, indem außer der Gemeindeordnung die rechtsetzenden Erlasse des Parlaments nur dem fakultativen Referendum unterstehen, während kantonale Gesetze stets der Volksabstimmung unterbreitet werden müssen<sup>18</sup>. Gewisse Reglemente können vom Großen Gemeinderat ohne Referendum oder auch von der Exekutive beschlossen werden. Je nach Gemeindeorganisation existieren somit formell zwei oder mehr Stufen von Rechtsetzungsakten, die sich funktionell ähnlich gliedern lassen wie generell-abstrakte Anordnungen der Kantone und des Bundes.

<sup>17</sup> So besonders in einigen Bündner Gemeinden.

<sup>18</sup> In den Gemeindeordnungen kann der Anwendungsbereich des obligatorischen Referendums allerdings ausgedehnt werden. Zur Rechtsetzung in Gemeinden mit Großem Gemeinderat: Gemeindegesetz (zit. Anm. 8), §§ 91 ff. Zum obligatorischen Gesetzesreferendum: Art. 30 Abs. 2 Ziff. 1 KV ZH.

224. Die *Planfestsetzung* erfolgt im Verfahren der Rechtsetzung oder der Verwaltung. In gewissen Kantonen werden sogar bestimmte, vom kantonalen Baugesetz vorgesehene Pläne in den einzelnen Gemeinden nicht im gleichen Verfahren erlassen. Das Gemeindebudget dagegen wird stets von der Gemeindeversammlung oder vom Großen Gemeinderat aufgestellt und unterliegt in diesem Fall in einem Teil der Kantone der Volksabstimmung.

225. *Ausgabenbeschlüsse* werden von der Gemeindeversammlung oder vom Gemeindeparlament unter Vorbehalt des obligatorischen oder fakultativen Referendums gefaßt. Durch die Mitwirkung bei der Erteilung von Krediten können die Stimmberechtigten unmittelbar Anteil nehmen an der Gemeindeverwaltung. Im übrigen ist die *Rechtsanwendung* allerdings zur Hauptsache der Exekutive vorbehalten.

226. Die Verfahrensordnungen schweizerischer Gemeinden bilden ein derart reichhaltiges Mosaik, daß eine umfassende Darstellung nicht in Betracht gezogen werden konnte. Schon eine beispielhafte Nennung einzelner Regelungen hätte zu viel Platz in Anspruch genommen, so daß nur einige Hinweise gegeben werden konnten.

## *B. Die Gemeindeaufsicht*

### **I. Das Ziel der Gemeindeaufsicht und die Zuständigkeit**

227. Aus ihrer Doppelstellung als innerkantonale aber doch autonome Gebietskörperschaften folgt, daß die Gemeinden zwar ein Eigenleben führen, aber doch in die übergeordneten Verbände integriert sind. Die Eingliederung in den Kanton wird durch die Gemeindeaufsicht sichergestellt. Diese hat zu gewährleisten, daß das eidgenössische und kantonale Recht von den Gemeinden beachtet wird und daß diese ihre Aufgaben wahrnehmen, im besondern die von ihnen zu erlassenden Rechtssätze aufstellen und ihre Funktionen im Bereiche der Verwaltung ganz und richtig erfüllen. In gewissem Maße sorgt der Kanton auch für den guten Gang der Gemeindetätigkeit. Demgemäß übt er eine Rechtskontrolle und in bestimmtem Umfange auch eine Zweckmäßigkeitskontrolle aus. Der Umfang seiner Überwachung richtet sich dabei nach dem positiven Recht, das die Entscheidungsfreiheit der Gemeinden um-

grenzt<sup>19</sup>. Das Überschreiten der Aufsichtsrechte oder deren willkürliche Handhabung bilden ja die wichtigsten Fälle unzulässiger Eingriffe in die Gemeindeautonomie<sup>20</sup>.

228. Zuständig zur Gemeindeaufsicht sind in vielen Kantonen in gewissem Umfang die Bezirksbehörden. In zweiter Instanz oder für schwerwiegende Maßnahmen sind kantonale Stellen kompetent, wobei man gelegentlich einer Abstufung begegnet, bei der je nach der zu treffenden Anordnung die Entscheidung bei einem Departement (einer Direktion), beim Regierungs- oder Staatsrat oder beim kantonalen Parlament liegt<sup>21</sup>. Wo die Bezirksorganisation wenig ausgeprägt ist oder fehlt, wird die Gemeindeaufsicht ganz zentralisiert durchgeführt. Maßgebenden Anteil an der Aufsicht haben somit Verwaltungsbehörden, welche auch die rechtsetzende Tätigkeit der Gemeinden überwachen. Darin kommt die Eingliederung dieser Gebietskörperschaften in die Kantone besonders deutlich zum Ausdruck.

229. Die Aufsicht umfaßt verschiedene Stadien. Sie beginnt mit der Überwachung der Gemeindetätigkeit, setzt sich fort in der Erteilung von Weisungen oder in Genehmigungs- oder Rechtsmittelentscheiden, schließt nötigenfalls die zwangsweise Durchsetzung ein und kann zur Ergreifung von Sanktionen gegen Fehlbare führen. Die Materie ist von gewissen Kantonen einläßlich, von andern nur summarisch geregelt worden<sup>22</sup>.

## II. Die Aufsichtsmittel

230. *Ausgelöst* wird die Aufsicht von Amtes wegen, wobei die zuständigen Behörden von sich aus oder auf Anzeige handeln, ferner auf Begehren eines Betroffenen, der ein Rechtsmittel gegen einen Gemeindebeschluß oder -entscheid ergreift oder durch die Gemeinde selbst, indem diese einen Erlaß oder Plan der Genehmigungsinstanz unterbreitet.

<sup>19</sup> Ziff. 184/185.

<sup>20</sup> Ziff. 192 ff.

<sup>21</sup> Für ZH: Gemeindegesetz (zit. Anm. 8), §§ 141 ff.

<sup>22</sup> Als neuere Darstellungen seien erwähnt GRISEL, S. 140/141 und METTLER, S. 362 ff.

231. Die *Überwachung* bezieht sich auf die Gemeindetätigkeit (besonders das Finanzgebaren) schlechthin oder auf einzelne Anordnungen der Gemeinden. Mittel der generellen Überwachung sind die Visitation mit Aktenkontrolle<sup>23</sup>, die Teilnahme an Sitzungen der Gemeindebehörden<sup>24</sup> und die Durchführung besonderer Untersuchungen. Die Überprüfung von Voranschlag und Rechnung betreffen zwar Einzelakte, sind aber ihrer Tragweite wegen doch recht allgemeiner Natur. Das Genehmigungs- und das Rechtsmittelverfahren bezwecken die Kontrolle von rechtsetzenden Erlassen, von Plänen und von Verwaltungsakten.

232. Der *Verwirklichung der rechtmäßigen* und allenfalls auch der zweckmäßigen *Ordnung* dienen Weisungen, die den Gemeindebehörden von den Aufsichtsinstanzen erteilt werden. Solche Anordnungen sind in den kantonalen Gemeindegesetzen, soweit sich diese nicht auf eine sehr summarische Regelung des Gegenstandes beschränken, allgemein oder wenigstens bezüglich der Finanzverwaltung vorgesehen.

233. In allen Kantonen unterliegen gewisse rechtsetzende Erlasse, Pläne und Verwaltungsakte der Gemeinden der Genehmigung einer kantonalen Behörde. Zweck dieses Verfahrens ist die präventive Kontrolle der zu treffenden Anordnung. Der Umfang der Kontrolle ist verschieden, und zwar von Kanton zu Kanton und bezüglich der einzelnen Sachfragen. Immerhin kann gesagt werden, daß sich kein Kanton nur die Rechtmäßigkeitskontrolle vorbehält; überall erstreckt sich die Überwachung wenigstens bezüglich einzelner Gegenstände auch auf die Zweckmäßigkeit<sup>25</sup>. – Die Fragen betreffend die Genehmigung des Voranschlages und der Rechnung sind schon erörtert worden<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> ZH: Gemeindegesetz (zit. Anm. 8), §143.

<sup>24</sup> BE: Gesetz über das Gemeindewesen vom 9. Dezember 1917, Art. 59.

<sup>25</sup> Das gilt auch für GR, wo von den rechtsetzenden Erlassen der Gemeinden jedenfalls diejenigen über die Feuerpolizei und das Feuerwehrwesen der Zweckmäßigkeitskontrolle durch den Kanton unterliegen (Verordnung [des Großen Rates] über die Feuerpolizei und das Feuerwehrwesen im Kanton Graubünden vom 30. September 1970, Art. 3 Abs. 1).

<sup>26</sup> Ziff. 136.

234. Kommunale Erlasse und Verfügungen unterliegen dem Rekurs oder der Beschwerde. Obwohl dieses Rechtsmittel an die Aufsichtsbehörde, mithin eine Verwaltungsinstanz gerichtet ist, läßt es sich nicht ohne weiteres dem streitigen Verwaltungsverfahren zu rechnen, da auf diesem Wege auch rechtsetzende Erlasse weitergezogen werden können. Die Überprüfung erstreckt sich wiederum entweder bloß auf die Rechtmäßigkeit oder auch auf die Zweckmäßigkeit. Wie schwer allgemeine Aussagen dazu sind, mag daraus ersehen werden, daß in einzelnen Kantonen gewisse kommunale Anordnungen, die im Genehmigungsverfahren der Zweckmäßigkeitskontrolle unterliegen, mit dem Rekurs nur wegen Rechtswidrigkeit angefochten werden können oder umgekehrt. Das Rechtsmittel ist an gewissen Orten in Ansätzen als Popularchbeschwerde ausgestaltet, was allerdings damit zusammenhängt, daß angesichts des Anfechtungsobjektes, das nicht nur reine Verwaltungsakte, sondern auch Rechtssätze, Pläne und Ausgabenbeschlüsse umfaßt, der Kreis der Betroffenen weiter ist als bei Steuerveranlagungen, Baubewilligungen und andern Verfügungen<sup>27</sup>. Der Rekurs hat in einigen Kantonen auch den Charakter einer Behördenbeschwerde<sup>28</sup>.

235. Der eigentlichen Erzwingung einer kommunalen Anordnung oder Leistung dienen die *Durchsetzungsmaßnahmen*. Geldschulden der Gemeinden können auf dem Wege der Betreibung auf Pfändung oder auf Pfandverwertung durchgesetzt werden, wobei aber naturgemäß nur das Finanzvermögen pfändbar ist<sup>29</sup>. Die sich zahlungs-

<sup>27</sup> So können in ZH (Gemeindegesezt, zit. Anm.8, §151) Beschlüsse der Gemeinde oder des Großen Gemeinderates von jedem Stimmberechtigten angefochten werden, u. a. wenn sie offenbar über die Zwecke der Gemeinde hinausgehen; dazu METTLER, S. 385/386.

<sup>28</sup> Die in Anm. 27 genannten Erlasse können in ZH auch von den Gemeindebehörden (also der Exekutive) angefochten werden.

<sup>29</sup> Das Verfahren ist geregelt im Bundesgesetz über die Schuldbetreibung gegen Gemeinden und andere Körperschaften des kantonalen öffentlichen Rechts vom 4. Dezember 1947. Die Einteilung der Vermögensobjekte weicht leicht von der allgemein üblichen ab (Ziff. 134).

unfähig erklärenden Gemeinden stehen unter bundesrechtlich geordneter Beiratschaft<sup>30</sup>.

236. Der Erzwingung anderer Leistungen dient hauptsächlich die Ersatzvornahme, die sich im Gegensatz zur gleichen Institution im reinen Verwaltungsverfahren unter Umständen auch auf den Erlaß generell-abstrakter Normen bezieht<sup>31</sup>. Auf diesem Wege lassen sich also Rechtsetzungsfunktionen durch Aufsichtsinstanzen, d. h. durch Verwaltungsbehörden wahrnehmen. Das aber ist nur gestützt auf eine verfassungsrechtliche oder gesetzliche Ermächtigung zugänglich<sup>32</sup>. Daher erscheint die Ersatzvornahme jedenfalls bei der Rechtsetzung nur zulässig, wo sie im kantonalen Recht ausdrücklich verankert ist. Andernfalls sollten Rechtsetzungspflichten der Gemeinden (auch konkretisierte) nicht auf diesem Wege durchgesetzt werden.

237. Für Fälle der Mißwirtschaft oder dauernder Nichterfüllung kommunaler Aufgaben sieht das kantonale Recht in der Regel die Übertragung der Gemeindeverwaltung an eine kantonale Behörde vor<sup>33</sup>.

238. Durchsetzungsmaßnahmen dieser Art sind von Vorkehren zu unterscheiden, die ein kantonales Organ trifft, um an Stelle hierzu unfähiger Gemeinden zu handeln. Auf solche Fälle ist noch hinzuweisen<sup>34</sup>. Die Differenzierung von Vollstreckungsmaßnahme und hilfsweiser Erfüllung von Gemeindefunktionen ist allerdings nicht immer leicht.

<sup>30</sup> Art. 28 ff. des in Anm. 29 zit. Gesetzes; RUDOLF DIGGELMANN, Die Beiratschaft über Gemeinden nach dem Bundesgesetz vom 4. Dezember 1947, Diss. Zürich, Affoltern a. A. 1952.

<sup>31</sup> Ziff. 153 mit Anm. 28.

<sup>32</sup> Andernfalls würde die kantonale Verwaltung gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung und gegen die Garantie der Autonomie verstoßen, letzteres weil sie die Verantwortlichkeit der Gemeinden über das gesetzlich festgelegte Maß hinaus beschränken würde.

<sup>33</sup> ZH: bei Ziff. 287 Anm. 14; BE: Gesetz über das Gemeindewesen vom 9. Dezember 1917, Art. 62 (Ernennung eines Kassiers oder einer außerordentlichen Verwaltung); LU: Gemeindegesetz vom 9. Oktober 1962, § 90 (Entzug der Selbständigkeit); VD: Loi sur les communes du 28 février 1956, Art. 150 ff. (mise sous régie ou sous contrôle).

<sup>34</sup> Ziff. 285–287.

239. Neben Durchsetzungsmaßnahmen können *Sanktionen gegen die Verantwortlichen* ergriffen werden. In Frage kommen Ordnungsstrafen, während eigentliche Disziplinarmaßnahmen – ausdrückliche gegenteilige Bestimmung vorbehalten – gegen Gemeindebeamte nur von den Gemeinden selbst verfügt werden können. Bei Vorliegen eines Deliktes ist Strafanzeige zu erstatten.

240. Die *Haftungsfrage* beurteilt sich bei Schädigung Dritter nach Bundesprivatrecht, wenn nicht-hoheitliches Handeln vorlag, und nach kantonalem Recht in den übrigen Fällen<sup>35</sup>. Dieses kann auch die externe Haftung der Gemeinden und ihrer Funktionäre für hoheitliche Maßnahmen ordnen. Fehlt es an einer solchen Regelung, findet das Bundesrecht subsidiär Anwendung<sup>36</sup>. Im Innenverhältnis beurteilt sich die Verantwortlichkeit der Funktionäre nach kantonalem Haftungsrecht oder kommunalem Dienstrecht<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> Art. 61 OR; zum Problemkreis: HANS RUDOLF SCHWARZENBACH, *Die Staats- und Beamtenhaftung in der Schweiz*, Zürich 1970, insbes. S. 85ff.

<sup>36</sup> Art. 61 Abs. 1 OR.

<sup>37</sup> Das zürcherische Gesetz über die Haftung des Staates und der Gemeinden sowie ihrer Behörden und Beamten (Haftungsgesetz) vom 14. September 1969 (§2) regelt auch bezüglich der Gemeinden die Haftung im Innen- wie im Außenverhältnis.



### III. Teil

## Gedanken zur künftigen Stellung der Gemeinden

### § 7. Die Rechtfertigung der Gemeinden

#### *A. Die ideelle Grundlage*

##### **I. Das schweizerische Konzept**

241. Die schweizerische Gemeinde gilt als die unterste Stufe im dreischichtigen Aufbau des Staates. Daß die Differenzierung in Wirklichkeit weiter reicht, wurde im 1. Teil (Ziffern 44 ff.) näher dargelegt. Wesentlich ist in diesem Zusammenhang jedoch, daß in der Staatsstruktur die Gemeinde kein mehr oder weniger isoliertes Gebilde darstellt, sondern eine der Ebenen der territorialen Gliederung. Der Föderalismus und die Gemeindeautonomie stehen sich in der Tat ideell und funktionell sehr nahe.

242. Tief verwurzelt ist in der Schweiz dabei die Vorstellung der Gemeinschaftsbildung «von unten nach oben». Der kleine Verband wird nicht als Ergebnis der Unterteilung der größeren Einheit empfunden, sondern als deren konstitutives Element. Die Begründung für diese Sicht der Staatsstruktur ist nicht ohne weiteres zu erkennen. Die historische Erfahrung kann nicht oder jedenfalls nicht allein ausschlaggebend sein<sup>1</sup>. Die Gemeindegeschichte wurde im vorliegenden Bericht nicht berücksichtigt, und auch an dieser Stelle muß ein solcher Versuch unterbleiben. Nur eines sei festgestellt: wenn sich auch überall lokale Gemeinschaften gebildet haben, sind doch (besonders im Mittelland) unsere Kantone als Gebietskörper-

<sup>1</sup> Auch soziologischer Betrachtung hält die These nicht stand, daß gesellschaftliche und staatliche Gebilde aus dem Zusammenschluß einzelner Gemeinden entstanden seien (KÖNIG, S.26).

schaften der nächsthöheren Stufe nicht durchwegs aus einem freien Zusammenschluß von Gemeinden oder ihren Vorläufern hervorgegangen. Vielmehr sind die Verbände beider Stufen (vielerorts jedenfalls) zwar nicht gleichzeitig, aber parallel zueinander entstanden. So mag der Werdegang der Schweiz im ganzen den Gedanken des Aufbaus vom kleinen zum großen Verband gefördert haben, für das Bild eines Zusammenschlusses in mehreren, jeweils eine neue Kategorie von Körperschaften erfassenden Etappen liefert er aber nur eine beschränkte Grundlage.

243. Historischer Erfahrung mag der Gedanke des Staatsaufbaus «von unten nach oben» dagegen in dem Sinne entspringen, daß der Rückblick die Bedeutung und die Funktionsfähigkeit des lokalen Verbandes veranschaulicht. Der Schweizer findet in den Erkenntnissen der Soziologie die Bestätigung seiner eigenen Erfahrung, «daß die Gemeinde jener Ort ist, an dem die Gesellschaft im ganzen als höchst komplexes Phänomen unmittelbar anschaulich wird, während ausnahmslos alle weiteren Erscheinungsformen der Gesellschaft sehr schnell abstrakt werden und niemals mehr so unmittelbar erlebt werden können wie in der Gemeinde»<sup>2</sup>. Auf die gesellschaftliche Funktion der kommunalen Gemeinschaft wird noch näher einzutreten sein (Ziffern 248–252).

244. Die Vorstellung, daß die Ordnung des Zusammenlebens im kleinen Verband ihren Ursprung finden sollte, ist jedenfalls durchaus lebendig und hat auch in neuerer Zeit wiederholt ihren Ausdruck gefunden. So trug der Versuch, das Frauenstimm- und -wahlrecht auf nationaler Grundlage zu verwirklichen, bevor es in einer größeren Zahl von Kantonen eingeführt war, der politischen Realität zu wenig Rechnung; vielmehr sollte die Neuerung zuerst auf den unteren Stufen erprobt werden. Ähnliche Erfahrungen konnten mit der Landesplanung gesammelt werden. Die Regionalplanung wurde anfänglich nicht als Wegleitung für die Ortsplanungen vorgestellt, sondern als Koordination der Bemühungen auf der lokalen Stufe, und erst viel später wurden Maßnahmen auf Bundesebene ergriffen. Natürlich lassen sich Gegenbeispiele nennen. So können wegweisende Entscheidungen über die Wirtschafts- und Sozialordnung

<sup>2</sup> KÖNIG, S.9.

nicht mehr auf der Stufe der Gemeinde getroffen werden. Hier beugt sich der Schweizer aber doch wohl eher den Erfordernissen der Zeit, als daß er den nationalen Ausgangspunkt für Neuerungen als ideal empfinden würde.

245. ZACCARIA GIACOMETTI spricht vom genossenschaftlichen Aufbau der Kantone durch Gemeinden<sup>3</sup> und bringt damit den vorgenannten Gedanken der Staatsbildung «von unten nach oben» zum Ausdruck. Die Genossenschaftsidee verwirklicht sich aber nach weit verbreiteter Anschauung besonders in der Gemeinde selbst<sup>4</sup>. Traf das früher für den ländlichen Raum zu, wo die Unterscheidung zwischen dem Dorf als Nutzungsverband und als politischem Verband erst im Spätmittelalter überhaupt faßbar wurde<sup>5</sup>, so kennzeichnet sich die moderne Gemeinde nur noch beschränkt als Selbsthilfeverband. Immerhin gehört das Fürsorgewesen zu den klassischen Aufgaben der lokalen Gemeinschaft. Die Parallele zwischen dieser und der Genossenschaft dürfte sich indessen in erster Linie auf die Annahme stützen, daß die Gemeinde unter den Gebietskörperschaften jene ist, in der verantwortungsbewußtes Handeln grundsätzlich gleichgestellter Individuen ihren deutlichsten Ausdruck findet.

## II. Die ideengeschichtliche Grundlage der modernen Gemeinde

246. Deutlicher als in der Schweiz läßt in andern Ländern die Bildung von Gemeinden im modernen Sinne den ideengeschichtlichen Hintergrund in Erscheinung treten. In Frankreich ist die territoriale Struktur des Staates aus der Revolution herausgewachsen<sup>6</sup>, und in Deutschland wurde der Grundstein im Jahre 1808 gelegt<sup>7</sup>. Diese Datierung zeigt, daß die Gemeindebildung im Zusammenhang mit der damaligen Erneuerungsbewegung gesehen werden muß. In der Überlassung hoheitlicher Funktionen an lokale Ver-

<sup>3</sup> Kantonales Staatsrecht, S. 70/71.

<sup>4</sup> LIVER, Von der Freiheit, S. 47ff.

<sup>5</sup> LIVER, Abhandlungen (Das Dorf), S. 126 unter Bezugnahme auf das Werk von KARL SIEGFRIED BADER, Dorfgenossenschaft und Dorfgemeinde, Weimar/Köln/Graz 1962.

<sup>6</sup> Ziff. 95 und 96.

<sup>7</sup> Ziff. 103.

bände kann eine der Antworten auf den monarchischen Absolutismus erblickt werden, die auf die Beschränkung und die Kontrolle der Staatsmacht hinzielten, der das Individuum unterstellt ist. Dem gleichen Zweck diente die Bindung der Träger staatlicher Macht an die Verfassung, die Gewaltenteilung mit der Zuweisung der öffentlichen Funktionen an verschiedene Organe, die interne Aufgliederung der Behörden (Zweikammersystem, Kollegialprinzip bei der Regierung), die Beteiligung der Bürger an der obersten Willensbildung im Staat und die Gewährleistung einer «staatsfreien» Sphäre durch die Garantie der Individualrechte<sup>8</sup>.

247. Es würde nun allerdings eine unzulässige Vereinfachung darstellen, wollte man die genannten Tendenzen als durchwegs gleichgerichtet bezeichnen. Sie standen denn auch vielfach im Gegensatz zueinander und wurden häufig nicht gleichzeitig in der verfassungsrechtlichen Ordnung verankert. Die Überlassung hoheitlicher Funktionen an die Glieder des Staatsverbandes lief jedenfalls nicht immer parallel mit der Garantie der Individualrechte und der Verwirklichung des demokratischen Gedankens<sup>9</sup>. Gemeinsam war diesen Prinzipien aber, daß sie auf die Beschränkung und die Kontrolle der Staatsmacht hinzielten. Wie weit sie im einzelnen verwirklicht wurden, hing von den maßgebenden Wertvorstellungen ab. Für das in der Schweiz entwickelte Gleichgewicht von Konzentration und Teilung der Staatsmacht ist unter anderem die besondere Bedeutung kennzeichnend, die der mehrstufigen Ausschichtung der hoheitlichen Gewalt unter Einbezug der Gemeinden zukommt.

### *B. Die Gemeinde als Gesellschaftsform*

248. Die Überlassung hoheitlicher Funktionen an die lokalen Verbände und der Beizug dieser Stufe zur Strukturierung des Staates stützen sich nicht auf ein beliebiges, künstlich geschaffenes Element, sondern auf eine der Grundformen der Gesellschaft. Die soziologi-

<sup>8</sup> Ähnlich IMBODEN, Politische Systeme, S.20ff. und Staatsformen, S.82ff. und 90/91.

<sup>9</sup> Zu diesem Problemkreis G.JELLINEK, S.625ff.; STIER-SOMLO, S.127ff. und 131; FORSTHOFF, S.438ff. sowie für die Schweiz im besondern LIVER, Von der Freiheit, S.47ff. und KÄGI, S.59ff.

sche Bedeutung der Gemeinde darzustellen, bleibt dem Juristen allerdings verwehrt. Ganz ohne den gesellschaftswissenschaftlichen Bezug kann jedoch die Stellung der Gemeinden nicht untersucht werden. Daher sei hier andeutungsweise kurz darauf eingetreten.

249. Soziologisch kennzeichnet sich die Gemeinde nach den Untersuchungen von RENÉ KÖNIG als globale Gesellschaft, «die eine unbestimmte Mannigfaltigkeit von Funktionskreisen, sozialen Gruppen und anderen sozialen Erscheinungen in sich einbegreift, welche zahllose Formen sozialer Interaktionen und gemeinsamer Bindungen sowie Wertvorstellungen bedingen»<sup>10</sup>. Sie ist von überragender Bedeutung, weil bei ihr ein Grundprinzip der Vergesellschaftung überhaupt in Erscheinung tritt und eine globale Gesellschaft schafft, nämlich die Nachbarschaft<sup>11</sup>. Mit diesem Begriff wird ein Interaktionssystem bezeichnet<sup>12</sup>, eine kleine, durch engen sozialen Verkehr ausgezeichnete Einheit<sup>13</sup>. Jede Gemeinde setzt sich aus einer Vielheit solcher Nachbarschaften zusammen<sup>14</sup>. Daraus entsteht eine eigene Mikrokultur mit eigenen Werten und eigenen Traditionen<sup>15</sup>. Der Aufbau aus dem Nachbarschaftszusammenhang kennzeichnet die Gemeinde als lokale Einheit und unterscheidet sie – soziologisch – von andern territorialen Verbänden<sup>16</sup>.

250. Trotz sozialer Interaktionen und eigener Werte und Ziele ist die Gemeinde nicht notwendigerweise eine integrierte Gesamtheit. Die neuere Soziologie lehrt, daß der innere Zusammenhalt auch auf der kommunalen Stufe nicht selbstverständlich ist und an mancherlei Hinderungsgründen scheitern kann<sup>17</sup>. Die Vielzahl dieser Faktoren darzulegen, ist im Hinblick auf die fehlende fachliche Kompetenz des Berichterstatters nicht möglich. Hervorgehoben sei nur, daß die Integration kein Problem der Gemeindegröße bilden soll und dieser bedeutend weniger Gewicht zukommt als den Struktur-

<sup>10</sup> KÖNIG, S.25ff. insbes. S.28.

<sup>11</sup> KÖNIG, S.33.

<sup>12</sup> KÖNIG, S.46ff.

<sup>13</sup> KÖNIG, S.62ff. insbes. S.63.

<sup>14</sup> KÖNIG, S.45 und 55/56. Das gilt selbst für das relativ kleine Dorf (KÖNIG, S.47).

<sup>15</sup> KÖNIG, S.45.

<sup>16</sup> KÖNIG, S.39.

<sup>17</sup> KÖNIG, S.109ff. insbes. S.118–121.

fragen, im besonderen dem Unterschied zwischen ländlichen und städtischen Gemeinden<sup>18</sup>.

251. Auch vom Individuum her betrachtet ist die Gemeinde in soziologischer Sicht von eminenter Bedeutung. Wenn der erwachsene Mensch heute nicht nur in die kommunalen, sondern in zahlreiche viel weitere soziale und wirtschaftliche Strukturen eingeschlossen ist, begegnen doch dem Heranwachsenden sämtliche gesellschaftlichen Zusammenhänge von mehr oder von anderer als familiärer Natur ausnahmslos in ihrer gemeindlichen Form. So bestimmen neben der Familie die Nachbarschaft und die Gemeinde selbst in der modernen Industriegesellschaft die weitere Entwicklung der soziokulturellen Person des Menschen<sup>19</sup>. «Da die Gemeinde als globale Gesellschaft eine 'Totalität' sozialer Beziehungen in sich einbegreift, bleibt sie auch (. . . .) ein entscheidender Kreis der politischen Willensbildung.»<sup>20</sup>

252. Nun ist die Gemeinde kein isoliertes Gebilde, sondern Teil des Ganzen. In der Überlassung hoheitlicher Aufgaben an den lokalen Verband erblickt der Schweizer die Fortführung des Gliederungsprinzips, das seinen Ausdruck auf der übergeordneten Stufe in der bundesstaatlichen Struktur des Staates findet (Ziffer 241). MAX IMBODEN<sup>21</sup> hat dargelegt, daß der mehrstufige Staatsaufbau der von HENRI BERGSON getroffenen Unterscheidung von geschlossener und offener Gesellschaft Rechnung trägt und zur Synthese der nach innen gerichteten partikularistischen und ihrem Wesen nach statischen mit der nach außen orientierten universalistischen und dynamischen Gesellschaft führt. Die durch Zuerkennung hoheitlicher Funktionen an Gemeinden ergänzte bundesstaatliche Struktur der Schweiz ermöglicht eine dauernde gegenseitige Auseinandersetzung der die geschlossene und die offene Gesellschaft kennzeichnenden Kräfte. Daraus entsteht ein Gleichgewicht, wie es für die politisch-

<sup>18</sup> KÖNIG, S.8–11, 42/43 und 111/112. Wenn GIROD und RICQ (zit. unten Anm.25) S.76/77 auch der Größe der Gemeinde Bedeutung zumessen, stellen sie doch primär auf die ländliche oder die städtische Struktur der Gemeinde ab und gelangen zu signifikanten Ergebnissen (Ziff.254 Abs.2).

<sup>19</sup> KÖNIG, S.45/46 und 140.

<sup>20</sup> KÖNIG, S.26.

<sup>21</sup> Staatsformen, S.77.

soziale Lage in der Schweiz auch heute – nimmt man alles in allem – kennzeichnend ist.

### *C. Gemeinde und Demokratie*

253. Immer wieder wird die Gemeinde in enge Beziehung zur Demokratie gesetzt. Dabei handelt es sich selbstverständlich nicht um identische Institutionen, aber auch nicht um solche, die sich gegenseitig bedingen. Ausländische Beispiele zeigen, daß lokale Selbstverwaltung und Volksherrschaft keineswegs immer gleichzeitig verwirklicht wurden<sup>22</sup>. In der Schweiz erblickt man darin zwei grundlegende Elemente unserer Staatsstruktur, ohne damit der Gemeinde das Monopol demokratischer Organisation zusprechen zu wollen<sup>23</sup>. Die enge Verbindung von Demokratie und Gemeindeautonomie (im landläufigen, wenig bestimmten Sinn dieses Begriffs) versteht sich aus zwei Gründen. Zunächst entspricht die Mitwirkung der Gewaltunterworfenen an den hoheitlichen Entscheiden teilweise jedenfalls der gleichen Zielsetzung wie die Überlassung öffentlicher Aufgaben an den lokalen Verband (Ziffern 246 und 247). Bei der besonderen Bedeutung der Gemeinde als engste Form einer globalen Gesellschaft (Ziffern 248–252) fühlt sich sodann das Individuum von den hier getroffenen Entscheiden am unmittelbarsten betroffen, so daß die Mitwirkung auf dieser Stufe von großer politischer Tragweite ist. Andererseits ist der Gedanke der Volksherrschaft tendenziell begleitet von der Vorstellung des zentralistischen Staates, wo die Macht der Mehrheit ihren stärksten Ausdruck findet<sup>23a</sup>. Die volle Funktionsfähigkeit unserer Institutionen ist daher nur gewährleistet, wenn ein Gleichgewicht auch zwischen der Bindung an die Mehrheitsentscheidungen und der Mitwirkung der Bürger an der Willensbildung im kleinen, überblickbaren und vertrauten Verband besteht.

<sup>22</sup> STIER-SOMLO, S.127/128. Zum Spannungsverhältnis und zur Synthese von Demokratie und Aufteilung der Staatsgewalt (unter kritischer Bezugnahme auf ROUSSEAU's Contrat social): KÄGI, S.61/62 und 67/68.

<sup>23</sup> Vor solcher Sicht warnt auch GIACOMETTI, Kantonales Staatsrecht, S.70.

<sup>23a</sup> Zum Spannungsverhältnis von Bindung an den Mehrheitswillen und Föderalismus KÄGI, S.61 ff.

254. Die Feststellung, daß der einzelne die Gemeinschaft am unmittelbarsten im örtlichen Bereich erlebt, könnte zur Annahme führen, die Stimmbeteiligung sei in kommunalen Angelegenheiten am höchsten. Eine Untersuchung über die Mitwirkung an der Willensbildung in den Kantonen Tessin und Genf hat diese Annahme nur teilweise bestätigt<sup>24</sup>. Bei Sachvorlagen (auch bei solchen vergleichbarer Natur) zeichnete sich keine signifikante Differenz zwischen Abstimmungen über eidgenössische, kantonale und kommunale Vorlagen ab. Dagegen war ein solcher Unterschied bei Wahlen festzustellen. Das berücksichtigte Material war indessen beschränkt, so daß in dieser Aussage nicht mehr als eine vorläufige Hypothese erblickt werden darf.

Die Untersuchung von ROGER GIROD und CHARLES RICQ über die Stimmenthaltung im Kanton Genf zeigte insofern interessante Ergebnisse, als sich die Mitwirkungsquote (in eidgenössischen, kantonalen und kommunalen Angelegenheiten) eindeutig als Funktion des Charakters der Ortschaft erwies. In ländlichen Gemeinden ist die Stimmbeteiligung weit höher als in der Stadt<sup>25</sup>. Dagegen bestehen nur geringe Unterschiede zwischen den Quartieren innerhalb der Stadt, und zwar trotz bedeutenden Differenzen hinsichtlich der sozialen Schichtung<sup>26</sup>. Daran zeigt sich, daß die innere Struktur des Verbandes für die Funktionfähigkeit der Demokratie wichtiger ist als die Stufe, auf der er steht.

255. Die Bedeutung der Gemeinden für die Demokratie sollte ohnehin nicht überwertet werden. Mit der zunehmenden Verlagerung ordnungspolitischer Maßnahmen auf die nationale Stufe steigt die Bedeutung der politischen Rechte in eidgenössischen Angelegenheiten. An der Gestaltung der Zukunft seines Landes nimmt der Schweizer immer mehr durch Ausübung des Stimm- und Wahlrechts und durch Unterzeichnung von Initiativ- und Referendumsbegehren

<sup>24</sup> Diese Ausführungen stützen sich auf die Seminararbeit einer Genfer Studentengruppe, die auch unveröffentlichte Zahlen über die Stimmbeteiligung in Gemeinden berücksichtigt hat.

<sup>25</sup> ROGER GIROD/CHARLES RICQ, *Microsystèmes sociaux et abstentionnisme électoral à Genève*, in: Schweizerisches Jahrbuch für politische Wissenschaft, 10. Jahrgang, Lausanne 1970, S. 82.

<sup>26</sup> GIROD/RICQ (zit. Anm. 25), S. 83/84.

auf der Ebene des Bundes teil. Hier fallen auch die für den einzelnen wichtigen Entscheide wirtschafts- und sozialpolitischer Art, jene über den Schutz und die Gestaltung der Umwelt sowie über zahlreiche andere Fragen, die früher zum kantonalen oder zum kommunalen Aufgabenbereich gehörten.

256. Diese Feststellung darf andererseits nicht zur Geringschätzung der Willensbildung in der Gemeinde führen. Nach wie vor haben die lokalen Gemeinschaften rechtsetzende Aufgaben zu erfüllen, deren sachlicher Bereich allerdings von Kanton zu Kanton unterschiedlich weit reicht. Planerische Entscheide sind auf dieser Stufe nicht selten, und an der Ausübung der Verwaltungsfunktion kann der Bürger in der Gemeinde vielfach stärker Anteil nehmen als auf der kantonalen Stufe<sup>27</sup>. Im ganzen werden ihm hier konkretere Probleme präsentiert als in kantonalen und besonders in eidgenössischen Abstimmungen. Die Übersichtlichkeit der gesellschaftlichen Verhältnisse<sup>28</sup> ist so begleitet von einer anschaulichen Fragestellung, was die eigene Determination bei der Willensäußerung erleichtert.

#### *D. Die Gemeinde im modernen Staat*

257. Die schweizerischen Gemeinden verkörpern traditionelle Werte von hohem Rang. In die kommunale Struktur kann daher nur mit Zurückhaltung eingegriffen werden, wenn nicht die Grundvorstellungen über den Staatsaufbau tangiert werden sollen, wozu der vorliegende Bericht nicht anregen will. – Auch in theoretischer Sicht nehmen die Gemeinden in mehrfacher Hinsicht eine bedeutende Stellung ein, nicht zuletzt, weil sie an *verschiedenen Gleichgewichtssystemen* beteiligt sind. So führt das, was vergrößert als der dreischichtige Aufbau des Staates bezeichnet werden kann, zu einer Balance von Vereinigung und Teilung hoheitlicher Gewalt, wodurch einerseits die Konzentration der Kräfte zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben ermöglicht wird, andererseits aber die Staatsmacht zum Schutz der Freiheit des Individuums unter Kontrolle bleibt. Sodann kommt dem lokalen Verband als der kleinsten globalen

<sup>27</sup> Ziff. 215 und 225.

<sup>28</sup> Ziff. 243, 251 und 254 Abs. 2.

Gesellschaft unter soziologischen Aspekten und im Hinblick auf die politische Willensbildung große Bedeutung zu, wobei die Mehrstufigkeit auch zur dauernden Auseinandersetzung der universalistischen und dynamischen mit den partikularistischen und statischen Kräften in der Gesellschaft führt. Endlich besteht eine Wechselwirkung zwischen dem demokratischen Prinzip und der Überlassung hoheitlicher Funktionen an Gemeinden. Obwohl diese Elemente der Staatsordnung ihrer Zielsetzung nach gleichgerichtet sind, können sie in einem Spannungsverhältnis zueinander stehen. Auch hier hat sich indessen ein Gleichgewicht entwickelt, das dem einzelnen ermöglicht, an der Bildung des kollektiven Willens maßgebend und bis in den Bereich der Verwaltungsfunktion hinein Anteil zu nehmen.

258. Die meisten dieser Aspekte fallen dort ins Gewicht, wo der Staat durch Erlaß von Verhaltensnormen und von organisatorischen Vorschriften *das gesellschaftliche Zusammenleben ordnet* und von seiner hoheitlichen Gewalt primären Gebrauch macht. Indessen war dem Gemeinwesen seit jeher eine zweite Aufgabe gestellt, nämlich jene der *Daseinsvorsorge*, bei der die hoheitliche Gewalt nur als Hilfe zur Erfüllung des Auftrages dient. Die Gewichtsverteilung hat sich in den letzten Jahren verlagert. Die Gestaltung der Gemeinschaft stand vom ausgehenden 18. Jahrhundert an lange Zeit im Vordergrund des Interesses und hat in großen gesetzgeberischen Leistungen ihren Ausdruck gefunden. Gewiß hat der Staat nach wie vor das Verhalten der Individuen im Hinblick auf ihre Einordnung in die Gemeinschaft zu regeln und die Gesellschaft zu organisieren. Aber die wohlfahrtsstaatliche Komponente erlangte allmählich immer mehr Bedeutung, und heute nehmen diese Fragen auf den Traktandenlisten der Parlamente einen breiten Raum ein. Das Erziehungswesen, wirtschaftliche und sozialpolitische Maßnahmen vielfältiger Art, die Regelung der Nutzung des Raumes unter Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen des Menschen sowie die Bereitstellung der Infrastrukturen seien als Beispiele genannt.

259. Die Erfüllung dieser Funktionen setzt leistungsfähige Gemeinwesen voraus. Die Effizienz der Organisation wird damit zum entscheidenden Kriterium. Dabei erweist sich allerdings, daß

manche Maßnahme am zweckmäßigsten dezentralisiert ergriffen wird. Das gilt selbst in Staaten als anerkannt, die eher zum Zentralismus neigen. So bezweckt etwa der Regionalismus in Frankreich nicht die Machtgliederung, sondern die Verwirklichung eines Vorsorgekonzeptes, indem die *circonscriptions d'action régionale*<sup>29</sup> primär Entwicklungs- und Planungseinheiten darstellen. Die territoriale Gliederung des Staates dient somit auch diesem Ziel.

260. Damit haben die Gemeinden im modernen Staat einerseits jene Rolle zu spielen, die ihnen im Hinblick auf die Ordnung des gesellschaftlichen Zusammenlebens zgedacht ist, andererseits wirken sie als Einheiten für die Daseinsvorsorge. Die Anforderungen an Struktur und Ausdehnung der lokalen Verbände werden nicht unter beiden Gesichtspunkten dieselben sein. Ausländische Beispiele zeigen, daß vielfach eine möglichst zweckmäßige Neugliederung des Gebietes gesucht und diese auf die Erfüllung der Vorsorgefunktion ausgerichtet wird<sup>30</sup>. In der Schweiz müssen die Akzente anders gesetzt werden. Die Gemeinden wirken hier mit bei der Festlegung von Verhaltensregeln und bei der Organisation der Gemeinschaft und sind nicht bloße Träger von Dienstleistungen. Sollen die Wertmaßstäbe nicht erschüttert werden, so kann die Einteilung des Territoriums nicht einseitig auf die Leistungsfähigkeit der lokalen Verbände ausgerichtet werden. Vor solchen Tendenzen warnen auch in andern Staaten gewichtige Stimmen<sup>31</sup>. Die enge Gemeinschaft in der Gemeinde hat ihre theoretische und praktische Bedeutung bewahrt und muß als solche erhalten werden. Allerdings darf auch nicht verkannt werden, daß die Daseinsvorsorge leistungsfähigen Trägern veränderter oder neuer öffentlicher Aufgaben ruft. Eine Lösung zu finden, die beiden Anforderungen gerecht wird, bleibt der Staatskunst vorbehalten. Der Berichterstatter maßt sich nicht an, mehr als Elemente für die zu treffenden Entscheide zu liefern.

<sup>29</sup> Ziff. 95 Abs. 2.

<sup>30</sup> Ziff. 99 und 100 für Frankreich, Ziff. 105 für die Bundesrepublik Deutschland.

<sup>31</sup> ULRICH SCHEUNER, Die Verwaltungsreform und die bürgerschaftliche Mitwirkung in der Selbstverwaltung, in: Die Gemeinde, Zeitschrift für die schleswig-holsteinische Selbstverwaltung, März 1966, S. 65 ff., insbes. S. 67 ff.

## § 8. Mängel der heutigen Situation

261. Viele Gemeinden vermögen heute ihren Aufgaben nicht mehr voll gerecht zu werden. Das Ungenügen betrifft vor allem die Wahrnehmung der Vorsorgefunktion. Aber auch bei der ihnen überlassenen Ordnung des gesellschaftlichen Zusammenlebens begegnen die kommunalen Behörden erheblichen Schwierigkeiten. Die wichtigsten Gründe seien an dieser Stelle geprüft und in Kategorien gruppiert.

### *A. Die unzureichende Leistungsfähigkeit der Gemeinden*

262. In den beiden vorgenannten Funktionsbereichen werden die Gemeinden heute mit neuen, nicht leicht zu bewältigenden Problemen konfrontiert. Selbst die Lösung der traditionellen Gemeindeaufgaben wird erschwert, weil sie weiterreichende Maßnahmen bedingt als früher oder komplexere Fragen aufwirft. Das läßt sich am Beispiel der Versorgungsbetriebe (mit Einschluß der Abwasser- und Abraumbeseitigung) zeigen. Da müssen zunächst die technischen und wirtschaftlichen Probleme gelöst werden. Der stark gestiegene Wasserverbrauch kann häufig nicht mehr durch Quellfassungen gedeckt werden, sondern es müssen kostspielige Gewinnungs-, Aufbereitungs- und Verteilanlagen erstellt werden. Daß die Energieversorgung in Konflikt mit dem Umweltschutz gelangt, ist bekannt. Dasselbe gilt für die Abwasser- und die Abraumbeseitigung, wo ebenfalls neue Wege beschritten werden müssen. All das ist technisch komplex und teuer. Den Gemeinden sind in diesem Zusammenhang aber auch anspruchsvolle juristische Aufgaben gestellt. In gewissen Kantonen bleibt es ihnen überlassen, das Rechtsverhältnis zu den Bezüglern zu regeln, die Erhebung von Mehrwertbeiträgen für Erschließungsmaßnahmen rechtlich zu ordnen und die interkommunale Zusammenarbeit zu vereinbaren.

263. Manche Gemeinde ist dabei wirtschaftlich überfordert. Sie ist zur selbständigen Erfüllung der ihr gestellten Aufgaben außerstande, weil die Steuerhoheit der Aufgabenverteilung nicht angepaßt ist<sup>1</sup>. Auch finanzstarke Gemeinden beziehen ja für gewisse

<sup>1</sup> Ziff. 93.

Infrastrukturaufwendungen durchaus lokalen Charakters Beiträge des Kantons und des Bundes<sup>2</sup>. Die Finanzkraft zahlreicher Gemeinden (besonders in Berggebieten) würde indessen auch bei einer andern Regelung der Besteuerung den Anforderungen nicht genügen.

264. Viele Gemeinden sind außerdem personell überfordert<sup>2a</sup>. Wie sollen Gebietskörperschaften mit weniger als hundert Einwohnern aus eigener Kraft eine Bauordnung aufstellen und darin etwa Durchsetzungsmaßnahmen für den Fall vorsehen, daß ein Grundeigentümer durch nachträgliche Änderung des Gebäudes die Bauvorschriften umgeht und als dann seine Liegenschaft verkauft? Wie sollen in einem solchen Verband auf Vorschlag des Gemeinderates an der Gemeindeversammlung ein Reglement über die Erhebung von Mehrwertbeiträgen für Erschließungsmaßnahmen und eine Verordnung über die Landumlegung beschlossen werden? Natürlich können Fachleute in beratender Funktion beigezogen werden. Wenn aber die Gemeinde nicht über Mitglieder verfügt, die sich gründlich und kompetent in solche Probleme einarbeiten können, wird die demokratische Willensbildung faktisch bald durch monokratische Entscheide von Experten ersetzt. Diese Gefahr besteht in der heutigen Demokratie im allgemeinen, sie akzentuiert sich aber in der kleinen Gemeinde ganz besonders. Damit ist auch erwähnt, daß das Fehlen ausreichender personeller Ressourcen ein Problem der Gemeindegröße ist.

### *B. Die ungenügende Größe der Gemeinden und andere Probleme der Gebietsgliederung*

265. Schweizerische Gemeinden sind sehr verschieden groß sowohl hinsichtlich der Bevölkerung<sup>3</sup> als auch in bezug auf die terri-

<sup>2</sup> Die Bundesbeiträge an die Kosten der Abwasser- und der Abfallbeseitigungsanlagen beispielsweise werden zwar u. a. nach der Finanzkraft der Empfänger abgestuft, betragen aber doch mindestens 15% und höchstens 50% bzw. 40% (Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer gegen Verunreinigung [Gewässerschutzgesetz] vom 8. Oktober 1971, Art. 33 Abs. 3).

<sup>2a</sup> Weitere Beispiele bei LIVER, Gemeinderecht, S. 49/50.

<sup>3</sup> Ziff. 89.

toriale Ausdehnung<sup>4</sup>. Sie sind zudem ungleich strukturiert, indem sie eine oder mehrere relativ selbständige Siedlungen umfassen oder umgekehrt mit andern Gemeinden zusammen eine Agglomeration bilden<sup>5</sup>. Die Größe mag vom soziologischen Standpunkt aus von untergeordneter Bedeutung sein<sup>6</sup>, auf die Wahrnehmung der dem Verband zugedachten Aufgaben wirkt sie sich aber stark aus. Dabei zeigt sich, daß viele Gemeinden einfach zu klein sind, um ihren Auftrag richtig erfüllen zu können.

266. Daß sich das Fehlen ausreichender personeller und materielle (finanzieller) Grundlagen negativ auf die Leistungsfähigkeit auswirken muß, ist in Ziffern 263 und 264 schon gesagt worden. Die geringe Bevölkerungszahl hat weiter zur Folge, daß sich der Arbeitsaufwand für gewisse Maßnahmen kaum lohnt. Gewiß ist es gerade im Zeitalter der Konsumgesellschaft von größtem erzieherischem Wert, wenn sich möglichst viele Personen mit der öffentlichen Sache befassen. Ist es aber wirklich sinnvoll, daß recht komplexe Materien (wie die schon erwähnten Mehrwertbeiträge und die Landumlegung) Gegenstand besonderer Rechtssätze in jeder Kleingemeinde bilden? Von gewissen Realakten kann dasselbe gesagt werden. Der enge personelle Rahmen weist schließlich ausgesprochen negative Seiten auf, weil sich bei der Rechtsetzung, bei der Aufstellung von Plänen, bei der Rechtsanwendung (bei Baubewilligungen etwa) und bei rechtsgeschäftlichem Handeln (der Vergebung von Arbeiten zum Beispiel) Interessenkollisionen ergeben müssen, indem Behördenmitglieder von den Anordnungen und Entscheiden persönlich betroffen sind. Dann wirkt sich die Gemeinde nicht mehr als Faktor der Machtteilung, sondern der Interessenkonfusion aus, und sie verliert einen Teil ihrer theoretischen Rechtfertigung<sup>7</sup>.

267. Auch die beschränkte territoriale Ausdehnung der Gemeinde kann sich ungünstig auf die Erfüllung kommunaler Aufgaben auswirken. Infrastrukturen etwa sollten nicht auf zu kleine Bereiche zugeschnitten sein, und eine Planung für ein Gebiet von 0,3 km<sup>2</sup> ist

<sup>4</sup> Ziff. 90.

<sup>5</sup> Ziff. 91; zum Begriff der Agglomeration Ziff. 91 Abs. 2.

<sup>6</sup> Ziff. 250 in fine.

<sup>7</sup> Zu dieser Funktion der Gemeinden Ziff. 246 und 247.

kaum mehr als Ortsplanung anzusehen, obwohl zugegeben werden muß, daß auch Gemeinden mit bescheidener Fläche baulich ein durchaus geschlossenes Bild präsentieren können<sup>8</sup>.

268. Wenn auch dem personellen und territorialen Umfang sowie dem Steueraufkommen große Bedeutung zukommt, so übersteigt doch nicht nur in kleinen Gemeinden die Erfüllung gleichsam klassischer Gemeindeaufgaben die Leistungsfähigkeit des lokalen Verbandes. Der örtliche Rahmen wird beispielsweise zu eng für die Führung gewisser Schulen<sup>9</sup>, für die Errichtung und den Betrieb von Krankenhäusern und für die Versorgung mit Wasser und Energie sowie die Abwasser- und Abraumbeseitigung. Hier werden also nicht nur die Anforderungen höher und die auftretenden Probleme komplexer<sup>10</sup>, der räumliche Wirkungsbereich muß erweitert werden. Das ist vielfach auf dem Wege interkommunaler Zusammenarbeit geschehen.

269. Der mehrschichtige Aufbau unseres Staates bietet in der Regel ausreichende Differenzierungsmöglichkeiten an für die Zuweisung einer Aufgabe oder – bei mehrstufig zu lösenden Funktionen – einer Teilaufgabe an den dazu besonders geeigneten Verband. Dennoch fehlt es nicht an Problemen, für deren Lösung nach der Hauptgliederung in Bund, Kanton und Gemeinde kein geeigneter Träger zur Verfügung steht. Da können die Zwischenstufen eingeschaltet werden, bei denen es sich allerdings meist nicht um Gebietskörperschaften, sondern um rechtlich nicht verselbständigte Verbände handelt<sup>11</sup>, die häufig auch gar nicht für die Wahrnehmung solcher Aufgaben konzipiert sind<sup>12</sup>. In andern Fällen ist die Stufe, auf die sich die Tätigkeit des Gemeinwesens beziehen sollte, über-

<sup>8</sup> Das gilt z. B. für Kaiserstuhl (0,32 km<sup>2</sup>) und für Gottlieben (0,324 km<sup>2</sup>).

<sup>9</sup> So hat der Zürcher Kantonsrat vor kurzem eine Motion angenommen, wonach die Berufsschulen auf den Kanton übertragen werden sollen.

<sup>10</sup> Ziff. 262.

<sup>11</sup> Für die Stufen zwischen Kanton und Gemeinde Ziff. 47 ff., für die Unterteilung der Gemeinden Ziff. 55 ff.

<sup>12</sup> Über Bau und Korrektion von Straßen II. Klasse beschließen im Kanton Zürich die politischen Gemeinden unter Vorbehalt der auf Grund eines bezirksrätlichen Gutachtens durch den Regierungsrat zu erteilenden Genehmigung (Gesetz betreffend das Straßenwesen vom 20. August 1893, §6 lit. b). Die

haupt nicht organisiert. Der Rahmen der Gemeinde ist dafür zu eng, jener des Bezirks territorial und organisatorisch ungeeignet und derjenige des Kantons zu weit. Diese regionalen Aufgaben auf dem Gebiete der Planung und der Infrastruktur (also vorab der öffentlichen Dienste) gewinnen an Bedeutung und müssen auf einer suprakommunalen Stufe gelöst werden.

### *C. Strukturelle Mängel*

270. Die Ergebnisse der Volkszählung von 1970 zeigen, daß die Wohnbevölkerung zahlreicher Gemeinden in den letzten zehn Jahren abgenommen hat. Wenn extreme Ausschläge auch auf besondere Umstände (Abschluß der Arbeiten auf Großbaustellen zum Beispiel) zurückzuführen sind, zeigen sich doch vielerorts Rückgänge, die zum Aufsehen mahnen. Sie illustrieren das Problem der unterschiedlichen wirtschaftlichen Entwicklung, die schließlich die Lebensfähigkeit ganzer Gemeinden tangieren kann. Indessen handelt es sich dabei nicht um eine Frage, die auf kommunaler oder kantonaler Basis abschließend gelöst werden kann. Die Entwicklungsunterschiede betreffen ja nicht einzelne Ortschaften, sondern Landesgegenden. Wenn initiative Gemeindebehörden auch viel zur Bewältigung dieser Situation beitragen können, muß der Ausgleich doch hauptsächlich auf den übergeordneten Stufen gesucht werden.

271. Strukturprobleme stellen sich indessen nicht allein in den sich entvölkernden Alpentälern, sondern auch in den Zentren der wirtschaftlichen Entwicklung. Die verstärkte Agglomerationsbildung<sup>13</sup> hat zur Folge, daß sich in der Kerngemeinde die Arbeitsplätze zu lasten der Wohnungen mehren. Die Außengemeinden werden vielfach als bloße «Schlafgemeinden» bezeichnet, was insofern unzutreffend ist, als sich ein erheblicher Teil des sozialen Lebens am Wohnort abspielt, wo die Kinder die Schule besuchen und so die ersten Kontakte außerhalb der Familie und der engsten Nachbar-

Einschaltung des Bezirksrates scheint hier nicht ganz mit den übrigen Kompetenzen dieser vor allem als Rekurs- und Aufsichtsinstanz konzipierten Behörde zu harmonieren.

<sup>13</sup> Ziff. 91.

schaft finden. Dagegen ist nicht zu leugnen, daß die Zentren der Ballungsräume ihren Charakter ändern und sich unter Verlust eines Teiles der Wohnbevölkerung<sup>14</sup> zu Orten der Arbeit und der Dienstleistungen wandeln. Unter diesen Umständen ist es verständlich und begrüßenswert, daß die Behörden nach Wegen suchen, eine harmonischere Entwicklung der betroffenen Region zu finden<sup>15</sup>.

272. Bei der Anpassung des Gemeinderechts an die veränderte gesellschaftliche Lage wird man sich nicht auf die Lösung der vorgeannten äußeren Probleme beschränken können, sondern sich auch den inneren Strukturfragen zuwenden müssen, die sich in der sozialen, der beruflichen und der altersmäßigen Schichtung der Bevölkerung ausdrücken. Dabei gilt es zu beachten, daß die Gemeinde nicht notwendigerweise einen integrierten Verband darstellt und daß bei sprunghafter Entwicklung (besonders in den Außenbereichen von Agglomerationen) verhältnismäßig rasch neue soziale Probleme auftreten. Welche rechtlichen Maßnahmen sich dabei aufdrängen, wird wohl erst schlüssig entschieden werden können, wenn die Kenntnisse über die gesellschaftlichen Probleme vertieft worden sind.

<sup>14</sup> Im Jahrzehnt 1960–1970 hat die Wohnbevölkerung der Städte Basel (+3%), Lausanne (+8,8%), Winterthur (+15,4%) und St. Gallen (+6%) noch zugenommen, diejenige von Zürich (–4%), Genf (–1,5%) und Bern (–0,5%) jedoch abgenommen (Eidg. Volkszählung 1970, Band 1: Wohnbevölkerung der Gemeinden 1850–1970, Heft 467 der Statistischen Quellenwerke der Schweiz, herausgegeben vom Eidg. Statistischen Amt, Bern 1971). Zur Entwicklung der Stadt Zürich vgl. Ziff. 91 Abs. 1.

<sup>15</sup> Der Stadtrat von Zürich hat durch Beschluß vom 24. Februar 1972 eine Kommission eingesetzt und ihr folgenden Auftrag erteilt: «Bevölkerungsabnahme und Überalterung einerseits, wachsende Lasten im Rahmen metropolitaner Aufgaben andererseits, führen zu einer zunehmend ungünstigen Lage der Stadt. Eine bessere Stellung der Stadt und damit gleichzeitig der Region kann auf vielen Gebieten nur noch durch ein vertieftes Zusammenwirken mit den umliegenden Gemeinden erreicht werden. Die Kommission erhält den Auftrag, nach entsprechenden Lösungen zu suchen.» Als zu prüfende Modalitäten werden alsdann genannt: die Schaffung neuer staatsrechtlicher Formen für die gesamte Region, bilaterale und multilaterale Vereinbarungen unter Gemeinden, steuer- und finanzpolitische Maßnahmen.

## § 9. Lösungsvarianten

273. Sind die Gemeinden heute auch in weitgehendem Maße in der Lage, die ihnen zustehenden Aufgaben sinnvoll zu lösen, so zeigen sich doch Mängel. Diese beziehen sich auf die Leistungsfähigkeit der lokalen Gemeinschaften, auf die Ausdehnung der Gemeinden und die Gliederung des Gebietes überhaupt sowie auf Strukturfragen verschiedener Art. Bei der Anpassung der rechtlichen an die tatsächliche Lage wird es unerlässlich sein, Kleingemeinden mit andern zu vereinigen. Außerdem könnte sich eine gewisse Beschränkung der Kompetenzen kommunaler Organe aufdrängen. Das muß aber nicht zu einer Schwächung der Gemeinden führen, denn echte Verantwortung kann einer Gebietskörperschaft und ihren Behörden nur zukommen mit Bezug auf Aufgaben, welche die zuständigen Organe bewältigen können. Andernfalls läßt man den lokalen Verbänden statt der Verantwortung die Illusion der Verantwortung, oder man verzichtet einfach auf die Lösung der sich stellenden sachlichen Probleme. Ob eine der hier darzulegenden Varianten gewählt werden kann, ob eine Kombination der Lösungsvorschläge in Frage kommt oder ob noch andere Wege beschritten werden sollen, muß von den Behörden der Kantone und Gemeinden entschieden werden. Dabei gilt es zu beachten, daß selbständigen Gemeinden unter staatspolitischen Gesichtspunkten größte Bedeutung zukommt, wie im Paragraphen 7 zu zeigen versucht worden ist.

### *A. Die Unterstützung der Gemeinden*

274. Die bescheidenste Form der Intervention besteht in der Unterstützung der Gemeinden hauptsächlich durch den Kanton und seine Organe. Das mag gelegentlich genügen oder als flankierende Maßnahme in Betracht kommen. Allerdings wird so nur die Behebung eines Mangels der gegenwärtigen Lage anvisiert, indem auf diesem Wege einzig eine Steigerung der Leistungsfähigkeit der Gemeinden erreicht werden kann. Mit dem Hinweis auf die Beschränkung der Auswirkungen soll die Bedeutung dieses Mittels nicht herabgemindert werden, nur gilt es zu bedenken, daß sich mit Unter-

stützungsmaßnahmen allein die Mängel der heutigen Lage nicht beseitigen lassen.

### I. Die Beratung der Gemeinden durch kantonale Organe

275. Die Unterstützung der Gemeinden kann darin bestehen, daß die Organe übergeordneter Verbände den kommunalen Behörden beratend zur Seite stehen. Die Zwischenverbände weisen in der Regel nach heutiger Struktur keine Instanzen auf, die für eine solche Tätigkeit prädestiniert wären, so daß die Hilfe direkt vom Kanton kommen wird. Eine Unterstützung der Gemeinden durch Bezirksbehörden wäre allerdings nicht systemwidrig.

276. Die mögliche Hilfe wurde als Beratung bezeichnet. Das mag zu eng sein, weil verschiedene Formen des Beistandes in Frage kommen. Dieser kann sich auf die Gemeindetätigkeit im Rahmen der Rechtsetzung und der eigentlichen Rechtsanwendung beziehen und sich ferner auf tatsächliche Vorkehren (die Planung und Ausführung von Bauten, die Errichtung und den Betrieb öffentlicher Unternehmungen usw.) und das rechtsgeschäftliche Handeln erstrecken. In diesen Fällen wird die Sachkenntnis zentraler Stellen für kleinere Verbände fruchtbar gemacht. Wenn die Befugnisse der Gemeinden auf diesem Wege grundsätzlich auch unangetastet bleiben, muß doch anerkannt werden, daß auch beratendes Wirken kantonaler Instanzen die Entscheidungsfreiheit kommunaler Behörden einschränken kann, wie noch an Hand von Beispielen zu zeigen sein wird.

277. In Zürich und einigen andern Kantonen gelangt hauptsächlich das System der *Beratung im Einzelfall* zur Anwendung. Die Gemeinden legen ihre Entwürfe für genehmigungspflichtige Erlasse vielfach der betreffenden kantonalen Verwaltungsabteilung vor, die bei dieser Gelegenheit nicht nur eine Rechtskontrolle ausübt, sondern auch beratend mitwirkt. Obwohl diese Vorprüfung gesetzlich nicht geregelt ist und freiwillig erfolgt, kommt ihr große praktische Bedeutung zu. Die Gemeinden sind an sich frei, eine andere als die empfohlene Lösung zu wählen. Wo im Genehmigungsverfahren aber auch die Zweckmäßigkeit der kommunalen Anordnung überprüft wird, dürfte die Beachtung der Empfehlung doch gelegentlich fast den Charakter einer Genehmigungsbedingung erhalten. Das soll

keine Kritik sein an einem Verfahren, das sich äußerst positiv auswirkt und vielerorts noch ausbaufähig ist.

278. Am ausgeprägtesten scheint in Bern das System der kollektiven Beratung praktiziert zu werden. Zu einer großen Anzahl von Gemeindeerlassen sind durch kantonale Stellen *Musterreglemente* ausgearbeitet worden, die den Gemeinden als Unterlagen zur Verfügung gestellt werden. Das Vorgehen eignet sich besonders für die Rechtsetzung, während naturgemäß Mustervorlagen für Pläne und für Verwaltungsakte nicht mehr als formale Hilfen sein können.

279. Die Wirkung von Vorlagen dieser Art läßt sich dadurch verstärken, daß ihre Beachtung als Voraussetzung für die Ausrichtung von Beiträgen bezeichnet wird. Auf diesem Wege schränken nicht nur die Kantone, sondern auch der Bund wenn nicht rechtlich, so doch faktisch die Entscheidungsfreiheit der Gemeinden ein<sup>1</sup>. Gegen ein solches Vorgehen ist dann nichts einzuwenden, wenn es auf einer gesetzlichen Grundlage beruht. Man kann sich fragen, ob eine solche zur bloß faktischen Begrenzung der kommunalen Kompetenz erforderlich sei; sie ist dafür jedenfalls ausreichend, weil die Abgrenzung der Gemeindeaufgaben ohnehin durch den Gesetzgeber erfolgt<sup>2</sup>. Notwendig ist die gesetzliche Basis im übrigen im Hinblick auf das Legalitätsprinzip, das auch für Nebenbestimmungen von Verwaltungsakten gilt<sup>3</sup>.

280. Noch weiter reichen Normalreglemente, die als subsidiäres Recht in jenen Gemeinden Anwendung finden, die eine Materie nicht geregelt haben. Man begegnet ihnen etwa im Bauwesen<sup>4</sup>. Zum

<sup>1</sup> Gestützt auf das Bundesgesetz über Maßnahmen zur Förderung des Wohnungsbaues vom 19. März 1965 und die zugehörige Vollzugsverordnung I vom 22. Februar 1966 können Bundesbeiträge u. a. an die Kosten von Ortsplanungen gewährt werden. Voraussetzung für die Ausrichtung von Subventionen ist die Zweckmäßigkeit der getroffenen Ordnung, die sich grundsätzlich nach den dafür aufgestellten Richtlinien des Instituts für Orts-, Regional- und Landesplanung der ETH Zürich beurteilt.

<sup>2</sup> Ziff. 147–149.

<sup>3</sup> BGE 95 I 250/251; GRISEL, S. 198; IMBODEN, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 327 II und für Subventionen im besonderen Nr. 451 II.

<sup>4</sup> Das bernische Baugesetz vom 7. Juni 1970 sieht in Art. 16 das Institut des Normalbaureglements vor und legt in Abs. 3 fest: «Soweit den Gemeindebauvorschriften keine Regel entnommen werden kann, gelten die Bestimmun-

gleichen Resultat führen kantonale Erlasse, die durch die Gemeinden für ihr Gebiet abgeändert werden können.

## II. Die finanzielle Hilfe

281. Schon wiederholt ist erwähnt worden, daß die Einnahmen der Gemeinden in vielen Fällen nicht ausreichen, um die eigenen Aufgaben zu finanzieren<sup>5</sup>. Der Bund und die Kantone richten daher *Beihilfen* aus, indem sie bestimmte Aufgaben mittragen. Es kann sich dabei um Subventionen an die Errichtung und (seltener) den Betrieb öffentlicher Anlagen und Einrichtungen handeln oder um die Übernahme eines Bruchteils bestimmter Kosten (etwa der Lehrerbesoldungen). Die Ausgestaltung dieser Finanzhilfe ist recht unterschiedlich und bedarf hier keiner näheren Darstellung.

282. Die Abstufung solcher Beiträge nach der finanziellen Lage der Gemeinden bildet die erste Stufe des *Finanzausgleichs*, der allerdings in dieser Ausgestaltung noch eher den Charakter einer vertikalen als einer horizontalen Umverteilung der verfügbaren Mittel hat. Alle Kantone, welche auch nur in Ansätzen einen Finanzausgleich kennen, haben diesen Weg beschritten.

283. Eine ausgebaute Ordnung reicht indessen weiter und schließt allgemeine Leistungen an finanzschwache Gemeinden ein. Kantonale Beiträge werden dabei in verschiedener Form gewährt. Der Kanton Zürich beispielsweise richtet ordentliche Beiträge, Beiträge an die Deckung des Budgetdefizits und Sonderbeiträge an die Kosten großer Werke aus<sup>6</sup>. Die Abstufung erfolgt je nach Kanton nach Maßgabe der Steuerkraft der Gemeinde<sup>7</sup>, des Steuerfußes<sup>8</sup>,

gen des Normalbaureglementes». Dieses findet außerdem Anwendung in den Gemeinden, die ihrer geringen baulichen Entwicklung wegen einstweilen vom Erlaß von Bauvorschriften befreit sind.

<sup>5</sup> Ziff. 93 und 263.

<sup>6</sup> Gesetz über die Staatsbeiträge an die Gemeinden und über den Finanzausgleich vom 11. September 1966, §§ 14 ff.

<sup>7</sup> Als Steuerkraft wird der Ertrag der Gemeindesteuern bei Anwendung der Ansätze des kantonalen Grundtarifs (der einfachen Staatssteuer) (absolute Steuerkraft), allenfalls geteilt durch die Anzahl der Gemeindeeinwohner (relative Steuerkraft) bezeichnet.

<sup>8</sup> Mit Steuerfuß wird hier der Ansatz der Gemeindesteuern in Prozenten des Grundtarifs der kantonalen Steuer (der einfachen Staatssteuer) bezeichnet.

des Finanzbedarfs oder einer Kombination dieser Elemente. Finanziert werden die Beiträge aus allgemeinen Mitteln des Kantons, aus dem Ertrag einer kantonalen Steuer oder des speziellen Zuschlags zu einer solchen, aus dem kantonalen Anteil am Ertrag der direkten Bundessteuer oder aus der Beteiligung des Kantons am Gewinn der Kantonalbank. Diese Hinweise mögen die Vielfalt illustrieren, der man in diesem Zusammenhang begegnet.

284. Der Gedanke des horizontalen Ausgleichs kommt wohl am deutlichsten zum Ausdruck, wenn finanzstarke Gemeinden einen besonderen Beitrag zu entrichten haben. Der Kanton Zürich verpflichtet solche Gemeinden zu Leistungen an einen Fonds, aus dem Sonderbeiträge an die Kosten großer Werke finanzschwacher Gemeinden ausgerichtet werden<sup>9</sup>. Das Bundesgericht hat darin weder eine Verletzung der Bestandesgarantie noch eine solche der Autonomie der betroffenen Gemeinden erblickt<sup>10</sup>.

### III. Die Erfüllung hoheitlicher Gemeindefunktionen durch kantonale Behörden

285. Kantonale Behörden können aufgerufen sein, an Stelle der hierzu unfähigen Gemeinden für diese zu handeln. Das Vorgehen dient der Unterstützung der Gemeinden und nicht der Erzwingung einer kommunalen Maßnahme zur Durchsetzung des kantonalen Rechts. Insofern unterscheidet sich der hier zu erwähnende Sachverhalt von der Ersatzvornahme, die schon erörtert worden ist<sup>11</sup>.

286. Das Einschreiten der kantonalen Instanzen bezieht sich entweder auf einen einzelnen Akt oder auf die Erfüllung einer ganzen Funktionsgruppe (der Verwaltung im besondern). Der Kanton greift dabei in Befugnisse ein, die den Gemeinden zustehen, und würde so die Gemeindeautonomie verletzen, wenn das Vorgehen vom Gesetzgeber nicht vorgesehen wäre<sup>12</sup>.

287. Als Anwendungsfall stellvertretenden Handelns in einem einzelnen Fall sei die Festsetzung des Budgets und des Steuerfußes der Stadt Luzern für 1972 durch den Regierungsrat genannt, der diesen

<sup>9</sup> §§27 und 28 des in Anm. 6 zitierten Gesetzes.

<sup>10</sup> BGE 93 I 445–450.

<sup>11</sup> Ziff. 236–238. Zum Unterschied auch METTLER, S. 370 (am Beispiel Humlikon).

<sup>12</sup> Ziff. 192.

Entscheid treffen mußte, nachdem die Stimmberechtigten der Stadt die ihnen unterbreitete Vorlage zweimal verworfen hatten<sup>13</sup>. Für die längerfristige Übernahme einer ganzen Funktionsgruppe kann auf das Beispiel der zürcherischen Gemeinde Humlikon verwiesen werden, für deren Verwaltung der Regierungsrat einen Beauftragten einsetzen mußte, als ein erheblicher Teil der erwachsenen Bevölkerung einem Flugzeugunglück zum Opfer gefallen war<sup>14</sup>. Die Unfähigkeit zur Wahrnehmung eigener Aufgaben kann sich auch bei extrem kleinen Verbänden ergeben. So werden vier Tessiner Gemeinden mit 53 und weniger Einwohnern vom Kanton betreut, der dabei stellvertretend für die Gemeindeverwaltung, nicht aber für die Gemeindeversammlung handelt<sup>15</sup>. Eine solche Anordnung weist allerdings auch Züge einer Durchsetzungsmaßnahme auf.

### *B. Die Änderung der Kompetenzordnung*

#### **I. Die Einschränkung des sachlichen Bereichs der Gemeindetätigkeit**

288. Manche Gemeinde ist heute ihren Aufgaben mangels zureichender personeller oder materieller Grundlagen nicht mehr gewachsen, und weitere Funktionen lassen sich für kleine Gemeinden nicht oder nicht mehr sinnvoll ausüben. Abhilfe könnte dadurch geschaffen werden, daß der sachliche Kompetenzbereich der kommunalen Organe eingeschränkt würde. Das mag in vielen Fällen durchaus angezeigt sein. Eine allgemein brauchbare Lösung läßt sich indessen nicht anbieten, weil die äußeren Gegebenheiten einerseits und die heutige Regelung der Zuständigkeiten andererseits eine

<sup>13</sup> Neue Zürcher Zeitung Nr.119 vom 10.März 1972, S.13. Als Grundlage diente das Gemeindegesetz vom 9.Oktober 1962, §72 Abs.2 in fine.

<sup>14</sup> Das zürcherische Gesetz über das Gemeindewesen vom 6.Juni 1926 regelt diesen Fall nicht ausdrücklich, sondern sieht als Durchsetzungsmaßnahme die Besorgung von Gemeindeangelegenheiten durch den Bezirksrat im Einzelfall (§142 Abs.3) oder durch einen vom Regierungsrat gestützt auf einen entsprechenden Entscheid des Kantonsrates bezeichneten Kommissär vor (§150). Bei der Ernennung des Beauftragten stützte sich der Regierungsrat offenbar auf sein allgemeines Aufsichtsrecht (§149 Abs.1). Zum Fragenkomplex METTLER, S.370, zum Vorgehen Amtsblatt des Kantons Zürich 1963, S.1298 und 1964, S.382–384.

<sup>15</sup> Legge organica comunale del 1º marzo 1950, Art.151.

große Vielfalt aufweisen, die in Änderungsvorschlägen berücksichtigt werden müßte. Anders verhält es sich mit den Problemen, die sich allgemein nicht mehr auf der kommunalen Ebene bewältigen lassen. Für diesen Bereich können generelle Erwägungen über die Neuverteilung der Kompetenzen angestellt werden.

289. Verlockend scheint der Gedanke, eine *Symmetrie zwischen den verfügbaren finanziellen Mitteln und den zu lösenden Aufgaben* anzustreben. Die Möglichkeit ist schon oft erwogen, nach genauer Prüfung aber verworfen worden. Der Anpassung auf der Einnahmenseite sind Grenzen gesetzt, die hier nicht näher erörtert werden können. Erwähnt sei nur ein Aspekt: eine Gewichtsverlagerung bei der Erhebung der direkten Steuern vom Kanton auf die Gemeinden wäre nur sinnvoll, wenn diese weiterhin den Steuerfuß festsetzen könnten; dadurch würden aber die bestehenden wirtschaftlichen und sozialen Unterschiede noch verstärkt. Die Begrenzung der Ausgaben durch Einschränkung der Tätigkeit der Gemeinden zugunsten derjenigen übergeordneter Verbände würde offenbar in erster Linie klassische Gemeindeaufgaben treffen, weil sich diese als besonders aufwendig erweisen<sup>16</sup>. Mit diesen wenigen Bemerkungen soll das Problem des Gleichgewichts zwischen den verfügbaren Mitteln und den gestellten Aufgaben nicht einfach als erledigt abgetan werden. Es ist zweifellos immer wieder der Überprüfung wert, nur läßt sich auf diesem Weg allein offenbar keine voll befriedigende Lösung finden.

290. In einer andern Richtung scheint jedoch eine Regelung möglich, die den in Frage stehenden Werten besser Rechnung trägt. Die Gemeinde ist der lokale Verband; *lokale Aufgaben* sind ihr eigentlicher Wirkungsbereich<sup>17</sup>. Auf Grund einer unvoreingenommenen Prüfung der Lage könnten echte Gemeindeaufgaben von jenen geschieden werden, die sich ohnehin nicht oder nicht mehr auf der kommunalen Ebene lösen lassen, sondern von einem übergeordneten Verband wahrgenommen werden müssen. Es kann doch nicht Sinn der mehrstufigen Gliederung des Staates sein, daß den lokalen Gemeinschaften Aufgaben zugewiesen werden, für deren Erfüllung

<sup>16</sup> Amtsblatt des Kantons Zürich 1965, S.1294ff.

<sup>17</sup> Ziff.175/176.

sich diese Verbände notwendigerweise mit andern zusammenschließen müssen. Die interkommunale Zusammenarbeit, auf die noch hinzuweisen sein wird, sei nicht gering geschätzt; dort aber, wo sie ganz allgemein unerlässlich ist, wird der echte Funktionsbereich der Gemeinden überschritten. Das kann für ganze Sachgebiete oder Teile von solchen zutreffen, wie an anderer Stelle schon ausgeführt worden ist<sup>18</sup>. Wenn größere Städte noch fähig sind, solche Aufgaben zu bewältigen, sind weitaus die meisten Gemeinden dazu nicht mehr in der Lage. Sie überlassen das großen Zweckverbänden, ohne daß die kommunalen Organe eine echte Mitgestaltungsmöglichkeit hätten. – Mit dem Postulat nach Rückführung der Gemeindefunktionen auf die Objekte des lokalen Bereichs ist die Frage nach dem Träger überörtlicher Aufgaben gestellt, auf die noch näher einzutreten sein wird.

## **II. Die Beschränkung der Befugnisse der Gemeinden auf die Verwaltung**

291. Bei der Darstellung der Mängel der heutigen Lage wurde darauf hingewiesen, daß viele Gemeinden personell überfordert sind (Ziffer 264) und daß sich gewisse Maßnahmen für einen zu kleinen Kreis kaum lohnen (Ziffer 266). Die dort angeführten Beispiele betrafen zur Hauptsache Akte der Rechtsetzung. Hier könnte der Ansatz zu einer Neuordnung liegen, die den Wirkungsbereich der Gemeinden auf die Rechtsanwendung durch Verwaltungsakte, auf tatsächliche Maßnahmen (Realakte) und auf rechtsgeschäftliches Handeln beschränken würde, während die Rechtsetzung dem Kanton vorbehalten wäre.

292. Nach Ansicht des Berichterstatters sollte dieser Weg aus drei Gründen nicht eingeschlagen werden. Erstens würde ein solches Vorgehen vielerorts in einem Maße mit der Tradition brechen, das kaum zu verkraften wäre. Die Stellung der bündnerischen Gemeinde beispielsweise würde dadurch von Grund auf verändert. Zweitens sähen sich die Gemeinden ihrer Gestaltungsmöglichkeiten weitgehend beraubt, wenn ihre Entscheidungsfreiheit auf den Ermessensbereich beschränkt bliebe. Was bedeutet die Kompetenz zur Erteilung oder Verweigerung von Baubewilligungen, wenn der Inhalt

<sup>18</sup> Ziff. 175/176, 268/269. Auf das Problem ist in Ziff. 313 nochmals hinzuweisen.

des anzuwendenden Rechts nicht mitbestimmt werden kann? Läge im Auftrag zur Errichtung und zum Betrieb einer Versorgungseinrichtung eine echte Befugnis, wenn sich die Beziehungen des Werks zu den Benützern ausschließlich nach kantonalem Recht richten würden? Die Gemeindebehörden hätten eine bedeutend schlechtere Stellung als die kantonale Verwaltung, die das Recht nicht nur anwendet, sondern durch Ausarbeitung von Änderungsanträgen auch Anteil an seiner Fortentwicklung nimmt. Funktionell würde sich die Gemeinde einer öffentlichen Anstalt nähern<sup>19</sup> und vermöchte ihre staatspolitische Rolle nicht mehr zu erfüllen. Drittens zeigt sich immer mehr, daß die Übergänge von Rechtsetzung und Rechtsanwendung fließend sind. Die Schwierigkeit der Zuordnung des Budgets und des Bebauungsplanes zu einer dieser beiden Kategorien illustriert ein Problem, das neben seinem theoretischen einen eminent praktischen Gehalt hat. Der Entzug des Budgetrechts und der ortsplannerischen Befugnisse wäre ein Eingriff von außerordentlicher Tragweite, dem keine gleichwertigen Vorteile gegenüberstehen würden.

### *C. Die Zusammenarbeit unter Gebietskörperschaften*

#### **I. Das Ziel und die Modalitäten der Zusammenarbeit**

293. Die Zusammenarbeit unter Gebietskörperschaften ist heute hauptsächlich, aber nicht ausschließlich als *Kooperation der Gemeinden* konzipiert. Sie ist nur in beschränktem Maße durch Verfassung und Gesetze geregelt und beruht damit zu einem wesentlichen Teil auf Vereinbarungen.

294. Ihre *Funktion* bestand ursprünglich darin, die gemeinschaftliche Lösung einer bestimmten Aufgabe zu ermöglichen, wo sich dies im Einzelfall im Hinblick auf den Grenzverlauf, die topographische Struktur, die Gliederung der Siedlungen oder aus andern Gründen aufdrängte. Immer mehr wird auf diesem Wege aber auch die Erfüllung überörtlicher Funktionen angestrebt, weil dafür nach der

<sup>19</sup> Selbstverständlich bleibt die Gemeinde nach juristischen Kategorien ein Verband; die Annäherung an die Anstalt ergibt sich nur unter funktionellen Gesichtspunkten (zur soziologischen Sicht des Problems KÖNIG, S. 39).

heutigen Staatsstruktur ein Träger auf der regionalen Stufe fehlt. Hier könnte sich, langfristig jedenfalls, die bloße Zusammenarbeit als unzureichend erweisen, so daß an den Übergang zu größeren Verbänden gedacht werden müßte.

295. Die Kooperation ist *ohne Verbandsbildung* möglich. Rechtlich relativ unproblematisch ist die Ausdehnung der nicht-hoheitlichen Tätigkeit öffentlicher Unternehmen über die Gemeindegrenzen hinaus<sup>20</sup> und die Leistung von Beiträgen an die Errichtung und den Betrieb von kulturellen Institutionen, Sportanlagen und andern Einrichtungen von Nachbargemeinden. Die Abtretung hoheitlicher Befugnisse dagegen ist nicht mehr Zusammenarbeit, sondern eigentliche Substitution, auf die noch hinzuweisen sein wird<sup>21</sup>.

296. Zur Erfüllung kommunaler Aufgaben können die Gemeinden unter sich, allenfalls mit Beteiligung Dritter, *Verbände* gründen. Dafür stehen die Rechtsformen des Privatrechts zur Verfügung, die dort gewählt werden müssen, wo auch private Körperschaften (Wasserversorgungsgenossenschaften zum Beispiel) mitwirken. Die gemeinschaftliche Errichtung einer Stiftung stellt zwar keine Verbandslösung dar, kommt aber zur Wahrnehmung gewisser regionaler Funktionen (etwa dem Betrieb von Spitälern oder Heimen) ebenfalls in Frage. Wo hoheitliches Handeln erforderlich ist, bedarf der Verband einer öffentlich-rechtlichen Struktur<sup>22</sup>. Das kantonale Recht stellt diese in der Gestalt des besonders zu erörternden Zweckverbandes zur Verfügung. Dieser kann jedoch, wie schon die Bezeichnung erkennen läßt, nicht zur Wahrnehmung einer unbestimmten Vielzahl von Aufgaben errichtet werden, so daß er sich, in heutiger Gestalt jedenfalls, nicht zur Erfüllung überörtlicher Funktionen schlechtweg eignet.

297. Mehr als ein Zweckverband ist der Verwaltungsverband, bei dem an sich selbständig bleibende Gemeinden ihre Funktionen durch gemeinschaftliche Organe besorgen lassen. Während dieses Institut

<sup>20</sup> Die Stadt Zürich hat mit einer großen Zahl von Gemeinden Verträge über Leistungen ihrer industriellen Betriebe abgeschlossen, und zwar in der Umgebung und (betreffend elektrische Energie) in GR.

<sup>21</sup> Ziff. 298.

<sup>22</sup> FELDMANN, S. 533; METTLER, S. 30.

im Ausland bekannt ist<sup>23</sup>, sieht bei uns nur das Recht weniger Kantone vor, daß politische Gemeinden unter sich<sup>23a</sup> oder daß Schul-, Kirch- und andere Spezialgemeinden mit den politischen Gemeinden zusammen gemeinschaftliche Organe bestellen<sup>24</sup>. Wollte man diese Lösung auf eine ganze Region ausdehnen und die Behörden der erfaßten Gemeinden in diesem Sinne integrieren, würde man zum mindesten faktisch zu einem größeren Verband übergehen, eine Modalität, die noch spezieller Erwähnung bedarf.

298. Noch weiter als die Verbandsbildung reicht die *Substitution*, nämlich die Abtretung hoheitlicher Befugnisse durch eine Gemeinde an eine andere. Darin liegt eine Änderung hinsichtlich der Begrenzung der territorialen Hoheit, die ohne Zustimmung der für Eingriffe in den Gemeindebestand kompetenten kantonalen Behörde nicht zulässig ist<sup>25</sup>. Sie ist an einzelnen Orten vorgesehen für die Fremdverwaltung abgelegener Gebietsteile<sup>26</sup>. In Erwägung gezogen wurde sie ferner im Sinne der Erfüllung von Funktionen im Bezirk durch eine geschäftsführende Gemeinde<sup>27</sup> oder durch Wahrnehmung von Aufgaben für die ganze Agglomeration durch die Kerngemeinde<sup>28</sup>. Jede dieser Maßnahmen entzieht den Angehörigen des unter Fremdverwaltung stehenden Verbandes das Mitwirkungsrecht an den sie betreffenden Entscheiden, sofern nicht die Willensbildung auf das ganze Gebiet mit Beteiligung aller stimmberechtigten Einwohner ausgedehnt wird, wodurch aber eine neue, überörtliche Struktur entsteht.

<sup>23</sup> Für die Bundesrepublik: Ziff. 106 in fine, GÖNNENWEIN, S. 369 ff.

<sup>23a</sup> FR: Loi sur les communes et paroisses du 19 mai 1894, Art. 231.

<sup>24</sup> Für ZH: Gesetz über das Gemeindewesen vom 6. Juni 1926, §16; dazu METTLER, S. 28/29.

<sup>25</sup> Ziff. 130 ff.

<sup>26</sup> Ziff. 130 mit Anm. 60.

<sup>27</sup> ANTON MOSER, Gemeindereform durch neue Aufgabenzuteilung, in Zbl 72, 1971, S. 81 ff.

<sup>28</sup> Bericht des Gemeinderates (von Bern) an den Stadtrat über den Stand und die Zukunft der interkommunalen Zusammenarbeit in der Region Bern vom 18. November 1970, S. 29 (Die erweiterte Stadtgemeinde).

## II. Die öffentlich-rechtlichen Zweckverbände

299. Das Institut des öffentlich-rechtlichen Zweckverbandes<sup>29</sup> hat seine *juristische Basis* im kantonalen Recht. Es ist in verschiedenen Kantonen in der Verfassung, im Gemeindegesetz, in Erlassen über bestimmte Sachbereiche oder in einem entsprechenden Spezialgesetz verankert<sup>30</sup>. Dabei wird gelegentlich vorgesehen, daß die Gemeinden gezwungen werden können, einen solchen Verband zu bilden oder einem bestehenden Zweckverband beizutreten. Die auftretenden Probleme werden allerdings häufig nur summarisch geregelt, im zürcherischen Gemeindegesetz beispielsweise in einem einzigen Paragraphen<sup>31</sup>. – Die Bildung öffentlich-rechtlicher Zweckverbände über die Kantonsgrenzen hinaus begegnet der Schwierigkeit, daß eine bundesrechtliche Grundlage fehlt. Statt solche Verbände nach dem Recht des Kantons zu bilden, in welchem das Schwergewicht ihrer Aktivität liegt<sup>32</sup>, sollte durch interkantonale Übereinkunft die fehlende Rechtsgrundlage geschaffen werden<sup>33</sup>. Der Abschluß eines gesamtschweizerischen Konkordates über die Bildung und die Organisation der Zweckverbände wäre wohl wünschbar, dürfte sich aber als schwierig erweisen, weil zu große

<sup>29</sup> Zum Recht der Zweckverbände FELDMANN, S.497ff., 529ff. und 561ff.; METTLER (für ZH), S.32ff.; MÜLLER, S.20ff.; ferner THOMAS PFISTERER, Das Recht der Abwasserzweckverbände, Diss. Bern, Aarau 1969; RUDOLF PROBST, Zusammenarbeit unter Gemeinden, in Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen, 61, 1963, S.117ff. und 225ff., insbes. S.231ff.; EDUARD RÜBEL, Der kommunale Zweckverband nach zürcherischem Recht, Diss. Zürich, 1936; WENDOLIN STUTZ, Die kommunalen Zweckverbände im Kanton Aargau, Diss. Freiburg, Zürich 1964; für ZH: Bericht und Antrag des Regierungsrates zur Motion über den Erlaß eines Gesetzes über die Zweckverbände, Amtsblatt des Kantons Zürich 1969, S.1862ff.

<sup>30</sup> Für Gesetzestexte und Materialien: MAX FRENKEL, Die schweizerischen Zweckverbände, herausgegeben von der Stiftung für eidgenössische Zusammenarbeit, Solothurn 1969.

<sup>31</sup> Gemeindegesetz (zit. Anm.24) §7.

<sup>32</sup> Das soll der Praxis in BE entsprechen.

<sup>33</sup> Als Beispiel: Vertrag zwischen den Regierungen der Kantone Schaffhausen und Zürich über den Bau und Betrieb einer gemeinsamen Kläranlage durch die Einwohnergemeinden Schaffhausen und Neuhausen am Rheinfall und die politischen Gemeinden Feuerthalen und Flurlingen vom 23./31.Mai 1957.

Unterschiede bezüglich der Stellung der Gemeinden und der Aufsicht über diese bestehen.

300. *Mitglieder* der Zweckverbände sind heute die Gemeinden. Die Gemeindeangehörigen sind daran nur mittelbar beteiligt. Die Rechtspersönlichkeit wird ihnen gelegentlich, nicht aber immer durch kantonales Recht verliehen. Wo dies nicht zutrifft, ist die Zuerkennung der Rechtsfähigkeit im Gründungsvertrag recht problematisch, denn es ist nicht selbstverständlich, daß die Gemeinden für die Bildung neuer Kategorien juristischer Personen zuständig sind<sup>34</sup>. – Der Zweckverband ist heute ein Instrument horizontaler Zusammenarbeit unter Gemeinden. Die Beteiligung des Kantons als Mitglied ist nicht möglich<sup>35</sup>. Für die Zukunft wird zu prüfen sein, ob durch entsprechenden Ausbau daraus nicht auch ein Institut vertikaler Kooperation geschaffen werden sollte<sup>36</sup>. Das wird sich besonders dann aufdrängen, wenn neue Gebietskörperschaften auf der Stufe zwischen Kanton und Gemeinde gebildet werden sollten.

301. Errichtet werden die Zweckverbände für eine bestimmte oder einzelne, abschließend umschriebene *Aufgaben* und dienen nicht der umfassenden Zusammenarbeit unter den Gemeinden. Daher wird heute erwogen, öffentlich-rechtliche Gemeindeverbände mit allgemein umschriebenem oder «offenem» Zweck zu ermöglichen<sup>37</sup>. Im erstgenannten Fall würde die Aufgabenfestsetzung im einzelnen, im zweiten Fall die Aufgabenerweiterung den Verbandsorganen obliegen, ohne daß eine neue Vereinbarung mit Zustimmung aller Gemeinden erforderlich wäre. Damit würden aber die gemeinschaftlichen Behörden ein derartiges Gewicht erhalten, daß sie ähnlich denjenigen einer Gemeinde strukturiert werden müßten. Die Lösung

<sup>34</sup> Insbesondere stellt sich die Frage, ob das kantonale Zweckverbandsrecht in dieser Richtung ergänzt werden könne, dazu Ziff. 170 Abs. 1.

<sup>35</sup> Für ZH: METTLER, S. 37.

<sup>36</sup> Die Beteiligung von Gebietskörperschaften mehrerer Stufen ist möglich in der Bundesrepublik, vgl. Ziff. 107.

<sup>37</sup> Vgl. Bericht des Regierungsrates ZH (zit. Anm. 29), Amtsblatt des Kantons Zürich 1969, S. 1871/1872 mit negativer Stellungnahme; bernischer Bericht (zit. Anm. 28) S. 29/30 (Der Nachbarschaftsverband). Für Frankreich: Ziff. 99 Abs. 2; für die Bundesrepublik: WEBER, S. 39–41 (betr. den Nachbarschaftsverband).

würde sich stark jener mit neuen Gebietskörperschaften auf der Ebene zwischen Kanton und Gemeinde annähern.

302. Der klassische Wirkungsbereich der Zweckverbände ist der Betrieb öffentlicher Werke, nämlich die Wasserversorgung, die Abwasser- und Kehrrichtbeseitigung sowie – seltener – die Elektrizitätsversorgung. Ferner bestehen solche Organisationen für den Betrieb von Spitälern, für das Friedhofwesen und besonders auch für die Führung von Schulen. Mit dem Hauptzweck der Aufstellung und Durchsetzung der Rechtsordnung in einem bestimmten Teilbereich sind demgegenüber kaum Zweckverbände errichtet worden, auch wo dies an sich möglich gewesen wäre. So haben die Gemeinden zwar Regionalplanungsgruppen gebildet, diese aber im wesentlichen mit der Planungsvorbereitung und nicht mit dem Erlaß von Plänen und ihrer Durchsetzung im Baubewilligungsverfahren betraut. Das ist auf die organisatorische Struktur der Zweckverbände zurückzuführen, die sich für die Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben wenig eignen.

303. Die *Organisation* des Zweckverbandes ist entweder derjenigen einer Gemeinde oder aber jener eines privatrechtlichen Verbandes nachgebildet<sup>38</sup>. Die gemeindeähnliche Organisation mit der Überlassung von Kompetenzen an die Gesamtheit der stimmberechtigten Einwohner des Verbandsgebietes und einer von diesen gewählten Kommission entspricht vielleicht den Wertvorstellungen besonders gut, nicht aber der rechtlichen Struktur, sind doch nicht die Einwohner, sondern die Gemeinden Verbandsmitglieder. Diese bestellen daher häufig Delegierte, wobei entweder eine zweistufige Ordnung mit Delegiertenversammlung und Kommission oder aber eine einstufige bloß mit einer Kommission besteht. Der einzelne Einwohner hat so nur noch einen beschränkten Einfluß auf den Gang der Geschäfte; seine Mitwirkung erstreckt sich auf die Entschiede, welche von jeder einzelnen Gemeinde zu fassen sind, wie jene über die Gründung und die Auflösung des Verbandes sowie die Krediterteilung. Die fehlende demokratische Organisation liegt begründet in der Struktur des Verbandes als einer Gemeinschaft, an der die Einwohner nur mittelbar beteiligt sind. Daher hat der

<sup>38</sup> Für ZH: METTLER, S.40/41.

Berichterstatter Bedenken, das Institut als geeignet für die Lösung aller überörtlichen Aufgaben zu betrachten.

### III. Spezialregelungen

304. Auch bei Bildung neuer Gebietskörperschaften auf der Stufe zwischen Gemeinde und Kanton sind für die Zusammenarbeit zwischen Gemeinden und Regionen bestimmte Institutionen zu schaffen, an denen sich unter Umständen auch der Kanton sollte beteiligen können. Eine territoriale Gliederung, die den faktischen Anforderungen in allen Sachbereichen und dauernd gerecht wird, läßt sich wohl nicht finden. Der Zweckverband wird sich somit auch bei einer mehrstufigen Ordnung als unerläßlich erweisen. Indessen wird auch diese Rechtsform der Kooperation nicht überall zu befriedigen vermögen. Für die gemeinschaftliche Lösung von Problemen, die sich nicht nur mehreren Gemeinden, sondern einem erheblichen Teil des Kantons stellen, sollte sich der kantonale Gesetzgeber nicht scheuen, Sonderregelungen zu treffen, insbesondere dort, wo die Größe und die Bedeutung der Aufgabe dieses Vorgehen rechtfertigen.

305. Beispiel einer solchen Sonderstruktur bildet der regionale Verkehrsbetrieb nach neuem zürcherischem Recht<sup>39</sup>. Es handelt sich dabei um einen Verband, an dem Gemeinden und der Kanton sich beteiligen können, der über die Rechtspersönlichkeit verfügt und zur Aufgabe hat, gemeinsame öffentliche Verkehrsbedürfnisse zu befriedigen. Gemeinden in der vom Regierungsrat umgrenzten Region können dem Verband angeschlossen werden. Die Organisation läßt sich demokratisch gestalten, indem der Gründungsvertrag den Stimmberechtigten der beteiligten Gemeinden das Recht des Referendums und der Initiative bezüglich der Verbandsbeschlüsse einräumen kann, was insofern nicht ganz strukturkonform ist, als die Einwohner des erfaßten Gebietes nur mittelbar am Verband beteiligt sind. Das kantonale Recht ordnet gewisse Fragen der Betriebsgestaltung sowie die Aufsicht und den Rechtsschutz, während im übrigen die materiellen und die organisatorischen Vorschriften

<sup>39</sup> Art. 26 KV ZH; Gesetz über den regionalen öffentlichen Verkehr vom 4. Juni 1972.

in den Gründungsvertrag aufzunehmen sind, der einer kantonalen Genehmigung bedarf und in der Gesetzsammlung zu veröffentlichen ist. Gedacht wurde in erster Linie an den Rechtsträger der Verkehrsbetriebe der Region Zürich, die in Zukunft eine Untergrundbahnlinie auf dem Gebiete von fünf Gemeinden bauen und ein verzweigtes Netz von Buslinien in einer großen Zahl weiterer Gemeinden betreiben sollen.

#### *D. Der Übergang zu größeren Verbänden*

##### **I. Die Gemeindevereinigung**

306. Durch Vereinigung von Gemeinden<sup>40</sup> lassen sich größere Verbände bilden, die leistungsfähiger sind und lokale Aufgaben in zweckmäßiger Weise bewältigen können. Das Verfahren gelangt in andern Staaten denn auch konsequent zur Anwendung<sup>41</sup>. Vergleiche lassen sich allerdings nur mit Vorbehalten ziehen, weil die schweizerischen Gemeinden im Staatsaufbau eine besondere Stellung einnehmen. Speziell aus diesem Grund sei erneut vor ausschließlich funktionellen Erwägungen gewarnt. Auch gilt es zu bedenken, daß sich auf diesem Wege strukturelle Mängel<sup>42</sup> nur teilweise beseitigen lassen und Träger überörtlicher Aufgaben so nicht ohne weiteres geschaffen werden.

307. Die optimale territoriale und personelle Größe der Gemeinden läßt sich schon vom verwaltungstechnischen Standpunkt aus nicht leicht bestimmen, weil sie von zahlreichen Faktoren abhängig ist, zu denen in unserm räumlich stark gegliederten Land auch die Topographie gehört<sup>43</sup>. Würden die Gemeinden derart erweitert, daß sie mit der Wahrnehmung regionaler Funktionen betraut werden könnten, müßten sie unterteilt werden, da die lokale Stufe schon

<sup>40</sup> Zum Verfahren Ziff. 132.

<sup>41</sup> Für Frankreich Ziff. 100, für die Bundesrepublik Ziff. 105.

<sup>42</sup> Dazu Ziff. 270–272.

<sup>43</sup> Auf schweizerische Verhältnisse läßt sich die in deutschen Werken vertretene Auffassung, Gemeinden müßten 5000 bis 10000 Einwohner aufweisen (WOLFF, S. 183; PAGENKOPF, S. 125/126), nicht ohne weiteres anwenden. Das Maggiatal (TI) mit allen Nebentälern hat beispielsweise weniger als 5000 Einwohner, das Münstertal (GR) deren 1468.

aus funktionellen Gründen der Organisation bedarf. Sollen die mehrfachen Gleichgewichte nicht gestört werden, die bezüglich Konzentration und Teilung der hoheitlichen Gewalt<sup>44</sup>, dynamischem Zentralismus und statischem Partikularismus<sup>45</sup> sowie Volksherrschaft mit Bindung an den Mehrheitswillen und Eigenständigkeit der kleinen Einheiten<sup>46</sup> bestehen, müßten die Abteilungen solcher Großgemeinden stark sein. In der Schweiz wird man zur Annahme neigen, diesem Erfordernis werde nicht Genüge getan, wenn die Gemeindeteile als Verbände ohne Rechtspersönlichkeit organisiert seien<sup>47</sup>. Da gilt es allerdings zu bedenken, daß auch bei einer solchen Lösung das demokratische Prinzip in gewissem Maße dadurch gewahrt werden kann, daß die Stimmberechtigten der Gemeindeteile deren Organe selbst wählen<sup>48</sup>; auch eine gewisse Eigenverantwortlichkeit kann ihnen überlassen werden<sup>49</sup>, ja es ist denkbar, ihre Aufgaben generell zu umschreiben<sup>50</sup>. Bei umfassender Erfüllung dieser Postulate nähern sich die Gemeindeabteilungen indessen eigentlichen Gemeinden, besonders wenn ihnen auch noch Rechtsetzungsbefugnisse zuerkannt werden. Damit gelangt man zu einer Lösung, die jener mit Gebietskörperschaften sowohl auf der lokalen wie auf der regionalen Stufe sehr ähnlich ist.

308. Für Kleingemeinden ist der Weg der Vereinigung nicht nur gangbar, sondern auch zweckmäßig und staatspolitisch verantwortbar, ja erwünscht, denn nur so läßt sich die minimale Größe erreichen, die für eigenverantwortliches Handeln erforderlich ist<sup>51</sup>.

<sup>44</sup> Ziff. 241 ff., insbes. 247 und 257.

<sup>45</sup> Ziff. 252 und 257.

<sup>46</sup> Ziff. 253 ff. und 257.

<sup>47</sup> In soziologischer Sicht können solche Teilverbände nicht die Rolle von Gemeinden im lokalen Rahmen übernehmen (KÖNIG, S. 41).

<sup>48</sup> Ziff. 40; zur Realisierung in den Unterabteilungen von Gemeinden Ziff. 55 ff.

<sup>49</sup> Ziff. 41, wo auch auf die Grenzen der Eigenverantwortlichkeit solcher Verbände hingewiesen wird. Zu den Fraktionen in GR als Beispiel: Ziff. 61.

<sup>50</sup> Die umfassende sachliche Zuständigkeit würde solche Verbände noch nicht als Gebietskörperschaften kennzeichnen, da sie nach der hier verwendeten Definition dieses Begriffs dafür kein wesentliches Merkmal ist (Ziff. 34 Abs. 2).

<sup>51</sup> Zum Problem Ziff. 264. Wenn gelegentlich Gemeinden durch den Kanton verwaltet werden müssen, liegt der Grund dazu weniger im schlechten Willen

Dadurch werden verschiedene Siedlungen in einer Gebietskörperschaft vereinigt. Der lokale Rahmen kann dabei durchaus gewahrt werden, setzt sich doch jede mittlere oder größere Gemeinde aus einer Anzahl von Nachbarschaften zusammen<sup>52</sup>. Im übrigen ist die Zusammenfassung mehrerer Siedlungen zu einer Gemeinde im Alpenraum durchaus üblich. Gemeindevereinigungen betrafen in den letzten Jahren denn auch stets Verbände mit relativ geringer Einwohnerzahl<sup>53</sup>.

309. Für Agglomerationen stellt sich das Problem des Zusammenschlusses in veränderter Weise. Die Siedlung bildet dort äußerlich weitgehend eine Einheit, und auch funktionell bestehen enge Bindungen zwischen den zugehörigen Gemeinden<sup>54</sup>. Würde ein Ballungsraum als Einheitsgemeinde organisiert, wäre der lokale Charakter in gewissem Sinne erhalten. Der Verband hätte örtliche und überörtliche Funktionen zugleich zu erfüllen. Ohne die Gliederung in Gemeindeteile mit einem gewissen Eigenleben wäre die Gleichgewichtslage jedoch gestört. Auch bestände im Kanton keine Symmetrie mehr zwischen der Gemeinde im Ballungsraum, für die das kantonale Recht eine besondere Ordnung schaffen müßte, und den übrigen Gemeinden<sup>55</sup>. Im Ausland finden sich denn auch neben Beispielen der Agglomerationsstruktur mit einem örtliche und überörtliche Funktionen erfüllenden Einheitsverband<sup>56</sup> solche einer

der Einwohner oder in ihrem mangelnden Verantwortungsbewußtsein, als vielmehr in den fehlenden personellen Ressourcen (Beispiel Ziff. 287 in fine).

<sup>52</sup> Ziff. 259.

<sup>53</sup> So wurden zuletzt vereinigt (die Angaben in Klammern betreffen die Einwohnerzahl 1970): Neuhaus (28) und Plasselb (620) FR; Heiligkreuz (138), Hosenruck (211) und Wuppenau (551) TG; Vicosoprano (328) und Casaccia (59) GR; Au (275), Dussnang (547), Fischingen (588), Oberwangen (487) und Tannegg (351) TG; Biel (688) und Benken (605) BL.

<sup>54</sup> Zum Wesen der Agglomeration Ziff. 91.

<sup>55</sup> Sonderregelungen für die Städte finden sich allerdings schon heute in der kantonalen Gesetzgebung, so beispielsweise in ZH im Baugesetz und im Straßengesetz, in LU in der Baugesetzgebung (mit je einem kantonalen Gesetz für die Stadt und für die übrigen Gemeinden), in GE in der Loi sur l'administration des communes du 3 juillet 1954. Für BS: Ziff. 76.

<sup>56</sup> So die Stadt Paris, wobei die Agglomeration aber in besondere départements gegliedert ist (Ziff. 101), und die Stadt Hamburg (Ziff. 108).

zweistufigen Regelung mit den durch höhere Verbände überlagerten Gemeinden üblichen Zuschnitts<sup>57</sup>.

## II. Die Region als Gebietskörperschaft

310. Kleinere Kantone können überörtliche Aufgaben in der Regel zentralisiert lösen. Dagegen wird in Kantonen mit größerer Ausdehnung oder stark gegliedertem Gebiet eine gewisse Dezentralisation auch bei der Erfüllung solcher Funktionen angezeigt sein. Auf dieser *Stufe zwischen den Gemeinden und dem Kanton* begegnet man heute zwei organisatorischen Strukturen. Einerseits bestehen hier Bezirke<sup>58</sup>, die hauptsächlich zur Rechtsanwendung im Sinne der Verwaltung und der Rechtsprechung geschaffen wurden; andererseits entfalten auf dieser Ebene die Zweckverbände<sup>59</sup> ihre Wirksamkeit, indem sie öffentliche Unternehmen betreiben und vielfältige Dienste leisten. Es fehlt aber an einer für die Rechtsetzung und die Aufstellung von Plänen geeigneten Organisation. So stellt sich die Frage, ob nicht eine neue Kategorie von Verbänden zu schaffen wäre zur Wahrnehmung aller überörtlichen und damit regionalen Aufgaben<sup>60</sup>.

311. Auf diese Möglichkeit ist im vorliegenden Bericht wiederholt hingewiesen worden. Unter den für die Bewältigung der sich stellenden Probleme erwogenen Lösungen mündeten mehrere dahin aus, daß Unzulässigkeiten am ehesten auszuschalten wären, wenn die Regelung jener mit einer neuen Art von Gebietskörperschaften auf der Stufe zwischen Gemeinden und Kanton angeglichen würde. So sei diese Variante selbst noch kurz vorgestellt.

312. Gedacht wird an öffentlich-rechtliche, territorial begrenzte, mit Rechtspersönlichkeit und hoheitlicher Gewalt ausgestattete innerkantonale Verbände von Einzelpersonen, mithin an Gebietskörperschaften mit unmittelbarer Beteiligung der Einwohner. Die

<sup>57</sup> Das gilt für die districts und die communautés urbaines in Frankreich (Ziff.99 Abs.2) und für die Ämter oder Samtgemeinden in der Bundesrepublik, die allerdings keine spezifischen Agglomerationsstrukturen bilden (Ziff.106 Abs.3).

<sup>58</sup> Ziff.47 ff. und Ziff.269 mit Anm.12.

<sup>59</sup> Ziff.299 ff.

<sup>60</sup> Als Vorschlag: MÜLLER, S.40 ff.

Einteilung des Kantons wäre so zu treffen, daß die neu zu bildenden Regionen die ihnen zugedachten Aufgaben sinnvoll lösen könnten, die zweckmäßige personelle und territoriale Größe hätten, der sprachlichen und geographischen Gliederung folgen würden und innerhalb des Kantons im Gleichgewicht zueinander ständen.

313. Der Auftrag dieser Verbände wäre die Erfüllung regionaler Aufgaben, nämlich solcher, die sich allgemein nicht oder nicht mehr auf der lokalen Stufe bewältigen lassen. Sie beziehen sich auf verschiedene Bereiche der Daseinsvorsorge, also auf die Führung gewisser Schulen, die Betreuung sozialer Einrichtungen, den Betrieb von Spitälern und öffentlichen Unternehmungen sowie die Errichtung von Versorgungsanlagen. Daran und an die Raumplanung mag in erster Linie gedacht werden, wenn von neuen regionalen Strukturen die Rede ist. Dem Gemeinwesen obliegen auf dieser Stufe aber weitere wesentliche Funktionen, besonders im Hinblick auf die Ordnung des gesellschaftlichen Zusammenlebens. Dazu gehören insbesondere die Anordnung von Verwaltungsakten über verschiedene Gegenstände, das streitige Verwaltungsverfahren sowie die erstinstanzliche Zivil- und Strafrechtspflege. Funktionell würde sich die Tätigkeit der Regionen auf die Rechtsetzung, die sich hauptsächlich auf die Planung und Organisation der öffentlichen Betriebe zu beziehen hätte, auf die Verwaltung und auf die Rechtsprechung erstrecken.

314. Den Aufgaben entsprechend wäre eine Organisation mit umfassender *Behördenstruktur* zu schaffen. Soweit nicht eine Regionalversammlung in Betracht gezogen würde, wäre ein Parlament einzusetzen, wofür die Gemeinden Wahlkreise bilden könnten. Die Exekutive würde schweizerischen Gepflogenheiten folgend als Kollegialorgan konzipiert. Hinzu käme ein auf der kommunalen Ebene fehlendes Organ: das Gericht. Der Stufe entsprechend wäre der Anwendungsbereich der politischen Rechte der Bürger relativ stark auszubauen, und den Gemeinden könnten Mitwirkungsrechte<sup>61</sup> zuerkannt werden.

315. In dieser Weise gestaltete Regionen hätten einen eigenen Finanzhaushalt zu führen. Dazu müßte ihnen die Steuerhoheit zu-

<sup>61</sup> Ziff. 155–157.

erkannt werden<sup>62</sup>, sei es daß gewisse Objekte der Besteuerung durch sie vorbehalten wären, sei es daß die Regionalsteuern in Prozenten der Staatssteuer festgesetzt würden.

316. Die *Einordnung in das bestehende System* wirft Fragen der Beziehungen nach unten und nach oben auf. Gegenüber dem Kanton hätten die Regionen die Stellung innerkantonaler autonomer Gebietskörperschaften, hätten also die gleiche Doppelstellung, die den Gemeinden zukommt<sup>63</sup>. Diesen gegenüber könnten sie Aufsichtsfunktionen erfüllen, vielleicht in noch ausgeprägterem Maße als die Bezirke heute<sup>64</sup>.

317. Ein solches Konzept erweckt manche *Bedenken*. Vielen wird es künstlich erscheinen. Es ist jedenfalls nicht historisch gewachsen und paßt wohl vor allem aus diesem Grunde nicht ganz in unsere staatspolitischen Vorstellungen. Ins Gewicht fällt unter diesem Aspekt, daß bei Gliederung eines Kantons in Regionen die heutige Bezirkseinteilung nicht ohne weiteres übernommen werden könnte. Die Gebietsabgrenzung dürfte ohnehin Schwierigkeiten bereiten, da sie nicht für alle Aufgaben und eine beliebige Zeit in optimaler Weise getroffen werden kann<sup>65</sup>. Immerhin gilt es zu bedenken, daß primär ein Hoheitsträger und kein Wasserversorgungs-, Abwasser- und Spitalverband geschaffen werden soll, daß Korrekturen bezüglich des Einzugsgebietes bestimmter Werke durch interregionale und interkommunale Zusammenarbeit getroffen werden können und daß sich durch die Planung die äußere Einheit fördern läßt. Fragen kann man sich weiter, ob auf diesem Wege unser Staatsaufbau nicht komplizierter und damit schwerfälliger gestaltet würde. Dazu muß bedacht werden, daß heute eine Vielfalt von Strukturen zwischen

<sup>62</sup> Die Defizitdeckung durch Gemeinden, wie sie in bündnerischen Kreisen zur Anwendung gelangt (Ziff. 54 mit Anm. 29), wäre keine zureichende Lösung.

<sup>63</sup> Im Sinne von § 5.

<sup>64</sup> Denkbar wäre auch eine Nebenordnung, wie sie vom Autor in einer früheren Publikation erwogen wurde und heute in SZ für die Bezirke und in GR für die Kreise gilt, die funktionell und hierarchisch neben und nicht über den Gemeinden stehen (bei Ziff. 73 Anm. 69).

<sup>65</sup> Äußerer Gegebenheiten wegen kann sie häufig nicht die gleiche sein für Berufsschulen, für Verkehrsbetriebe und für Wasserversorgungsanlagen. Wenn sie absolut funktionsgerecht getroffen werden sollte, müßte sie periodisch der Entwicklung angepaßt werden.

Gemeinden und Kanton besteht und die Region diese bündeln würde. Ganz zu entkräften ist auch dieser Einwand allerdings nicht.

318. Wie in der vorangehenden Ziffer angedeutet, würden durch die Bildung von Regionen nicht alle Probleme der *Zusammenarbeit unter Gebietskörperschaften* gelöst. Dafür müßten weiterhin Institutionen zur Verfügung stehen, besonders auch jene des Zweckverbandes. Dieser würde aber wieder zum Mittel, mit dem sich im Einzelfall jene Probleme lösen lassen, die sich daraus ergeben, daß keine Gebietseinteilung für alle öffentlichen Dienste in gleicher Weise geeignet sein kann. Aus dem selben Grunde werden Sonderregelungen für die Bewältigung bestimmter Großaufgaben nicht zu vermeiden sein<sup>66</sup>.

319. Ob eine *Agglomeration* zur Region zusammenzufassen wäre<sup>67</sup>, hängt ab von ihrer Größe und von der Struktur des Kantons. Würde sie beispielsweise mehr als die Hälfte der Kantonsbevölkerung umfassen, bliebe trotz neuer Organisation das Ungleichgewicht erhalten. Denkbar wäre in einer solchen Lage, daß die Kerngemeinde die Stellung eines kommunalen und eines regionalen Verbandes zugleich hätte, während die übrigen zur Agglomeration gehörenden Gemeinden andern Regionen zugeschrieben würden. Das doppelte Spannungsverhältnis zwischen Kerngemeinde und Außengemeinden einerseits sowie Agglomerationsgemeinden und übrigen Kantonsgebiet andererseits würde zu einem solchen zwischen Regionen konzentriert und ließe sich so besser bewältigen. Nicht vergessen sei auch, daß der Umfang der Agglomeration mit der Entwicklung wechselt, während die politischen Strukturen stabil bleiben sollten.

320. Vorbehalte, die hier und bei allen andern Lösungsvarianten angebracht wurden, mögen nicht mißverstanden werden. Es soll nicht einfach alles beim Bestehenden bleiben und an diesem möglichst

<sup>66</sup> Das in Ziff. 305 erläuterte Organisationsmodell für die Verkehrsbetriebe der Region Zürich ist dafür ein Beispiel. Das Netz dieses Unternehmens wird sich über ein Gebiet ausdehnen, das bei einer Neugliederung des Kantons verschiedenen Regionen zugeordnet werden müßte.

<sup>67</sup> Dies wurde erwogen für die Region Bern, vgl. bernischer Bericht (zit. bei Ziff. 298 Anm. 28), S. 29 (Die Stadtregion). In der Bundesrepublik sind dafür verschiedene Modelle entwickelt worden, vgl. WEBER, S. 34ff.; zu den französischen Varianten Ziff. 99 Abs. 2 und 3.

wenig geändert werden. Die schweizerische Gemeindestruktur bedarf der Überprüfung und der Neugestaltung. In der Sicht des Berichterstatters läßt sich aber kein Modell anbieten, das nur Vorzüge aufweisen würde und sich ebenso für Appenzell I.Rh. und Zürich, Bern und Genf eignen würde. Der Entscheid über die zu wählende Lösung wird in jedem Kanton unter Berücksichtigung der tatsächlichen und politischen Gegebenheiten gesondert getroffen werden müssen. Wie immer er auch laute, sollte Platz für Gemeinden mit eigenen Kompetenzen und eigener Entscheidungsfreiheit bleiben, in denen die Bürger berufen sind, verantwortlich an der Gestaltung der Gemeinschaft mitzuwirken.