



NUSPLIGER CONSULTING

Die Aufsicht des Kantons über die Gemeinden

Rechtsgutachten
von Prof. Dr. Kurt Nuspliger

zuhanden des
Staatsrats des Kantons Wallis
Place de la Planta
Postfach 478
1951 Sion

31. Mai 2019

Inhalt	2
I Auftrag	6
1. Auftrag vom 28. März 2018	6
2. Modifikation des Auftrags vom 29. Oktober 2018	6
II Vorgehen	7
1. Analyse von Dokumenten und Interviews	7
2. Gespräch mit Fachleuten der Verwaltung	8
III Gemeindeautonomie	8
1. Die Stellung der Gemeinden	8
1.1 Die Gemeinden als Körperschaften der Kantone	8
1.2 Schutz der Gemeindeautonomie	9
1.3 Umfang der Gemeindeautonomie	10
1.4 Dimensionen der Gemeindeautonomie	11
1.5 Gemeindeautonomie und Variabilität	12
1.6 Interkommunale Zusammenarbeit	12
2. Gemeindeautonomie im Kanton Wallis	12
IV Die Aufsicht der Kantone über die Gemeinden	14
1. Allgemeines	14
1.1 Grundsätze	14
1.2 Rechtslage in den Kantonen	14
1.3 Grundsätze der Aufsicht über die Gemeinden in der Westschweiz	16
1.4 Kanton Wallis	17
2. Wegleitende Prinzipien	18
2.1 Dienstaufsicht	18
2.2 Organisations- oder Verbandsaufsicht	18
2.3 Objekte der Aufsicht	19
2.4 Präventive oder repressive Aufsicht	19
2.5 Aufsichtsmittel	19
3. Genehmigung kommunaler Erlasse	20
3.1 Grundsätze	20
3.2 Praxis im Kanton Wallis	21
3.3 Vorprüfung	22
3.4 Genehmigungspflicht für bestimmte Erlasse	22

3.5 Wirkung der Genehmigung	22
4. Aufsicht nach Bundesrecht	23
5. Oberaufsicht und Aufsicht	24
5.1 Oberaufsicht des Parlaments	24
5.2 Oberaufsicht des Parlaments im Kanton Wallis	25
5.3 Oberaufsicht des Staatsrats	25
6. Aufsicht in einem sich wandelnden Kontext	26
V Die Regelung der Aufsicht in ausgewählten Kantonen	27
1.Kanton Zürich	27
1.1 Allgemeines	27
1.2 Der Bezirksrat	28
1.3 Der Regierungsrat	28
1.4 Stufenordnung	29
1.5 Aufsicht und Rechtsmittelverfahren	29
1.6 Maßnahmen	30
1.7 Allgemeine Aufsicht und Fachaufsicht	31
2. Kanton Bern	31
2.1 Allgemeines	31
2.2 Organisation der Aufsicht	32
2.3 Information	33
2.4 Aufsichtsrechtliche Untersuchung	33
2.5 Maßnahmen	34
2.6 Hinweise zur Aufsichtspraxis	34
3. Kanton Freiburg	36
3.1 Allgemeines	36
3.2 Rolle des Oberamtmanns	36
4. Kanton Luzern	37
4.1 Allgemeines	37
4.2 Intensität der Aufsicht	37
4.3 Finanzaufsicht	38
5. Kanton Graubünden	39
5.1 Allgemeines	39
5.2 Mitwirkungspflicht der Gemeinden	39
5.3 Aufgaben der Regierung	39
5.4 Aufgaben der Departemente, Fachaufsicht	40
5.5 Aufsichtsrechtliche Abklärungen	41
5.6 Aufsichtsrechtliche Maßnahmen	41
5.7 Koordination und Information	41
6.Weitere Kantone	42
6.1Kanton Thurgau	42
6.2Kanton St. Gallen	42
6.3Kanton Aargau	43
6.4Kanton Basel-Landschaft	44

6.5	Kanton Solothurn	45
6.6	Kanton Schwyz	45
6.7	Kanton Glarus	46
VI	Aufsicht über die Gemeindefinanzen	47
1.	Allgemeines	47
2.	Modelle in der Westschweiz und in der Deutschschweiz	47
3.	Kantonale Aufsichtsstellen über die Gemeindefinanzen	48
4.	Finanzaufsicht im Kanton Wallis	48
VII	Amtsenthebung oder Amtseinstellung eines Behördenmitglieds	49
1.	Allgemeines	49
2.	Gesetzliche Grundlage	50
3.	Rechtsgrundlagen in einzelnen Kantonen	50
3.1	Kanton Zürich	50
3.2	Kanton Bern	50
3.3	Kanton Luzern	51
3.4	Kanton Freiburg	52
3.5	Kanton Graubünden	52
3.6	Kanton Waadt	53
3.7	Kanton Genf	53
3.8	Verzicht auf eine Regelung im Kanton Zug	54
4.	Kanton Wallis	54
VIII	Grundlegende Prinzipien	55
1.	Allgemeines	55
2.	Gesetzmäßigkeit	55
3.	Verhältnismäßigkeit	57
4.	Subsidiarität	58
5.	Effizienz	58
IX	Der Kanton Wallis im interkantonalen Vergleich	59
1.	Allgemeines	59
2.	Pflichten der Gemeinden	59
3.	Informativische Aufsicht	60
4.	Genehmigung von Erlassen	61
5.	Finanzaufsicht	61
6.	Aufsichtsrechtliche Untersuchung	63
7.	Repressive Massnahmen	63

X	Elemente eines Konzepts für die Aufsicht über die Gemeinden	65
	1. Eigenverantwortung	66
	2. Information	66
	3. Organe der Staatsaufsicht	67
	4. Präventive und repressive Aufsicht	68
	5. Genehmigung von kommunalen Akten	68
	6. Finanzaufsicht	69
	7. Aufsichtsbeschwerden und Hinweise	70
	8. Risikobasierte Aufsicht	70
	9. Normale und intensive Aufsicht	71
	10. Gesetzgeberischer Handlungsbedarf	72
XI	Beantwortung der Fragen	73
	Anhang I: Materialien, Berichte und Literatur	76
	Anhang II: Erlasse	79
	Anhang III: Inventaire des tâches de surveillance et de haute surveillance exercées par le canton sur les communes. Stellungnahme des Experten. Separates Dokument.	

I Auftrag

1. Auftrag vom 28 März 2018

Am 28. März 2018 erteilte der Staatsrat des Kantons Wallis dem Experten den Auftrag, ein Inventar vom 28. Februar 2018 betreffend die präventive und repressive Aufsicht und die Oberaufsicht des Kantons über die Gemeinden zu analysieren und gestützt auf diese Analyse bis Ende Dezember 2019 einen Bericht zu erstatten. Dieser Bericht soll sich insbesondere zu den folgenden Fragen äussern:

- a. Gibt es bei der Aufsicht und der Oberaufsicht des Kantons über die Gemeinden im interkantonalen Vergleich wichtige Bereiche, die gegenwärtig nicht beachtet werden, insbesondere bei der Anwendung des übergeordneten Rechts?
- b. In welchen Bereichen müssten die Aufsicht oder die Oberaufsicht über die Gemeinden verstärkt werden, wenn die Risiken und Konsequenzen der Nichtberücksichtigung gesetzlicher Vorschriften bedacht werden?
- c. In welchen Bereichen müsste bei der Aufsicht und der Oberaufsicht über die Gemeinden die Koordination unter den Departementen und Dienststellen verstärkt werden?

Die Vorschläge zur Beantwortung dieser Fragen sollen auf den folgenden Prinzipien beruhen:

- a. Berücksichtigung der umfassenden Autonomie der Gemeinden (Subsidiaritätsprinzip).
- b. Priorisierung der Aufsicht und der Oberaufsicht in Bereichen, die besondere Risiken aufweisen (Verhältnismässigkeitsprinzip).
- c. Verbesserung und Optimierung des Bestehenden anstelle der Schaffung neuer Strukturen (Effizienzprinzip).

Die bestehende Arbeitsgruppe "Autorisation de construire commune de Bagnes" wurde beauftragt, bei der Finalisierung der Modalitäten des Mandats mitzuwirken und den Experten bei seinen Abklärungen zu unterstützen.

2. Modifikation des Auftrags vom 29. Oktober 2019

Am 29. Oktober 2018 unterbereitete der Staatskanzler dem Experten zwei Anliegen der Präsidentin des Staatsrats: Es ging einerseits um einen früheren Termin für die Ablieferung des Gutachtens und andererseits um zusätzliche Abklärungen zur Frage, welcher Handlungsbedarf für den Kanton besteht, wenn ein Mitglied des Gemeinderates für strafrechtliche Handlungen verurteilt wird, die es in Ausübung seiner amtlichen Funktionen begangen hat.

Gestützt auf weitere Abklärungen bestätigte der Experte dem Staatskanzler am 29. November 2018, dass er in Aussicht nehme, das Gutachten bis Ende Mai 2019 abzuliefern. Er hielt allerdings bereits am 1. November 2018 fest, dass die verkürzte Frist dazu führen werde, dass in einzelnen Bereichen auf vertiefte Abklärungen bei den Kantonen verzichtet werden müsse (keine *umfassende* Übersicht über *alle* Bereiche). Die zentralen Fragen würden trotzdem beantwortet werden können. Der Experte stellte zudem Aussicht, sich im Gutachten auch zur Frage zu äussern, welcher Handlungsbedarf für den Kanton besteht, wenn ein Mitglied des Gemeinderates seine Amtspflichten wiederholt und in schwerwiegender Weise verletzt hat, wenn es also beispielsweise für strafrechtliche Handlungen verurteilt wird, die es in Ausübung seiner amtlichen Funktionen begangen hat.

II Vorgehen

1. Analyse von Dokumenten und Interviews

Für die Ausarbeitung der Expertise wurden zahlreiche Dokumente beigezogen. Das von der Verwaltung des Kantons Wallis bereitgestellte „Inventaire des tâches de surveillance et de haute surveillance exercées par le canton sur les communes: tableau complété par les services concernées“ vom 28. Februar 2018 wurde analysiert und kommentiert. Das Inventar umfasst 124 Erlasse. Eine wichtige Grundlage bildeten die rechtlichen Abklärungen betreffend die Aufsicht des Kantons Wallis im Fall Verbier vom 20. März 2017. Darüber hinaus wurden grundlegende Werke der Fachliteratur beigezogen, neben den Standardwerken in diesem Bereich auch das von Giovanni Biaggini, Isabelle Häner, Urs Saxer und Markus Schott im Jahr 2015 herausgegebene Fachhandbuch Verwaltungsrecht. Von besonderer Bedeutung waren neuere Kodifikationen des Gemeinderechts. Die gemeindebezogene Literatur wurde berücksichtigt. Sehr nützlich war der neue Kommentar zum Zürcher Gemeindegesetz; auch der bereits ältere Kommentar zum Berner Gemeindegesetz erweist sich immer noch als bedeutende Informationsquelle. Aufschlussreich ist zudem der neue aufsichtsrechtliche Ansatz im Kanton Luzern.

Als wichtige Informationsquelle erwies sich das Institut für Föderalismus des Kantons Freiburg. Es stellte dem Experten auf Anfrage eine Studie von Dr. Nicolas Schmitt vom 27. April 2010 zur Verfügung. Diese Studie wurde für den Kanton Genf durchgeführt und bietet eine ausgezeichnete Übersicht über die Regelungen betreffend die Organisation der Aufsicht der Kantone über die Gemeinden in der Schweiz. Die Studie enthält zudem gestützt auf eine Analyse der kantonalen Gesetzgebungen eine detaillierte vergleichende Übersicht über die präventiven und repressiven Aufsichtsinstrumente. Die Analyse ist in den entscheidenden Punkten immer noch aktuell, so dass sich keine weitere ähnliche Studie aufdrängt. In diesem Kontext ist auch der Aufsatz von Daniel Peregrina "La surveillance des communes" zu erwähnen, der eine sehr gute Übersicht über die Situation in der Westschweiz gibt. Von besonderer Bedeutung sind die neuen gemeinderechtlichen Kodifikationen der Kantone Zürich und Graubünden. Auch der Kanton Schwyz verfügt über ein neues Gemeindegesetz. Die für die Aufsicht über die Gemeinden zuständigen Stellen des Kantons Bern stellten dem Experten das "Handbuch Kontrollbesuche" und einen Fragebogen für die Selbstdeklaration der Gemeinden zur Verfügung. Zwei Vertreter des Kantons Bern standen auch für Interviews zur Verfügung: Herr Fürsprecher Christoph

Miesch, Generalsekretär der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion und Herr Fürsprecher Martin Künzi, Regierungsstatthalter des Verwaltungskreises Interlaken-Oberhasli. Die Vertreter zahlreicher weiterer Kantone gaben dem Experten schriftliche Hinweise zu den Grundlagen und zur Praxis der Aufsichtstätigkeit ihres Kantons über die Gemeinden. Dazu gehören die Herren Vittorio Jenni (ZH), Thomas Kollegger (GR), Beat Fallegger (LU), Walter Schönholzer (TG) und Alexander Gulde (SG).

2. Gespräch mit Fachleuten der Verwaltung

Am 24. April 2019 fand eine Aussprache des Experten mit Vertreterinnen und Vertretern der Verwaltung des Kantons Wallis statt. An der Aussprache nahmen die folgenden Personen teil: Maurice Chevrier, Chef du SAIC, Martin Zurwerra, Chef du SJAE, Adrian Zumstein, Chef du SAJMTE, Jacques De Lavallaz, Chef du SPM, Claude Berthouzo, Juriste au SCC, Sergio Biondo, Chef du SRF, Damian Jerjen, Chef du SAS, Christine Genolet-Leubin, Adjointe du Chef du SEN. An der Aussprache wurde dargelegt, wie andere Kantone die Aufsicht über die Gemeinden handhaben. Gestützt auf diesen Vergleich wurden mögliche Elemente eines Konzepts für die Aufsicht über die Gemeinden im Kanton Wallis erörtert. Zudem fand eine Diskussion zum kommentierten «Inventaire des tâches de surveillance et de haute surveillance exercées par le canton sur les communes» statt.

III Gemeindeautonomie¹

1. Die Stellung der Gemeinden

1.1. Gemeinden als Körperschaften der Kantone

Die Gemeinden bilden nach der Eidgenossenschaft und den Kantonen die dritte staatsrechtliche Ebene im Bundesstaat. Die Bundesverfassung setzt die Existenz von Gemeinden voraus, ohne sie vorzuschreiben. Die Gemeinden sind, anders als die Kantone, nicht konstituierende Elemente der Eidgenossenschaft. Es handelt sich vielmehr um Körperschaften des kantonalen Rechts. Die Kantone verfügen über Organisationsautonomie. Sie entscheiden über die Existenz und die rechtlichen Rahmenbedingungen, die für die Gemeinden gelten. Die Bundesverfassung erwähnt die Gemeinden etwa im Zusammenhang mit dem Bürgerrecht und der Finanzordnung. Es gibt auch Bundesgesetze, die sich direkt an die Gemeinde wenden.

Die Gemeinden werden als öffentlich-rechtliche Körperschaften durch staatlichen Hoheitsakt errichtet, sind rechtlich selbständig, mitgliedschaftlich verfasst und mit Autonomie versehen. Sie erfüllen eigene und übertragene Aufgaben.

Art. 50 BV regelt das Verhältnis des Bundes zu den Gemeinden wie folgt:

– Soweit die Kantone den Gemeinden das Recht zur Selbstverwaltung einräumen, steht die entsprechende Autonomie unter dem Schutz des Bundes.

¹ Dieses Kapitel basiert auf dem Gutachten Nuspliger vom 20.3.2017. Der Text wurde ergänzt und es wurden die neue Rechtsprechung und Literatur eingebaut.

- Der Bund beachtet die möglichen Auswirkungen seines Handelns auf die Gemeinden.
- Der Bund wird verpflichtet, die besondere Situation der Städte, der Agglomerationen sowie der Berggebiete zu berücksichtigen.

Die Rücksichtnahme ersetzt die vom Verfassungsgeber verworfene Forderung nach Bindung des Bundes an die Gemeindeautonomie. Bei dem Gebot zur Rücksichtnahme handelt es sich ursprünglich um eine föderalistische Pflicht zwischen dem Bund und den Kantonen, die nun auch auf die Gemeinden ausgedehnt wird². Mit Art. 50 Abs. 1 BV wird die Existenz und die Bedeutung autonomer Gemeinden im dreistufigen Bundesstaat ausdrücklich anerkannt³.

Anfangs 2019 gab es in der Schweiz 2212 Gemeinden mit allgemeinen Kompetenzen. Hinzu kommen zahlreiche Spezialgemeinden wie Schul- und Kirchgemeinden. Beinahe die Hälfte aller Gemeinden weist eine Bevölkerungszahl von weniger als 1000 Personen auf. Viele Gemeinden gelangen an ihre Leistungsgrenzen und haben Mühe, geeignete Personen für die Bestellung der Exekutive zu finden. Vor diesem Hintergrund ist es nicht erstaunlich, dass die Zahl der Gemeindefusionen zugenommen hat. Besonders beachtet wurde die von der Glarner Landsgemeinde 2006 und 2007 beschlossene und bis 2010 umgesetzte Gemeindereform im Kanton Glarus. Aus 68 politischen Gemeinden und Spezialgemeinden wurden drei Einheitsgemeinden geschaffen⁴. Im Kanton Wallis gibt es im 126 Einwohnergemeinden (Stand 2017). Daneben gibt es zahlreiche Burgergemeinden, Pfarrgemeinden und Kirchgemeinden.

1.2 Schutz der Gemeindeautonomie

Mit der Gemeindeautonomie ist die Befugnis der Gemeinden angesprochen, ihre Angelegenheiten selbständig zu besorgen. Die Gemeindeautonomie ist eine Figur des kantonalen Rechts. Immerhin enthält die Bundesverfassung ein - allerdings zurückhaltendes - Grundbekenntnis zur Gemeindeautonomie⁵. Man kann von einem "bundesrechtlichen Kern" der Gemeindeautonomie sprechen⁶.

Der Schutz der Gemeindeautonomie bildet auch Gegenstand der Europäischen Charta der kommunalen Selbstverwaltung, welche in der Schweiz seit 2005 in Kraft ist⁷. Diese Charta verpflichtet die Mitgliedstaaten, das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden zu beachten. Die von der Schweiz übernommenen Charta-Verpflichtungen wurden als Ausdruck bereits bestehender innerstaatlicher Standards verstanden⁸. Die Charta verlangt, dass der

² Kägi-Diener, St. Galler Kommentar zu Art. 50 BV, N 18.

³ Rhinow/Schefer/Uebersax, N 644.

⁴ Häfelin/Haller/Keller/Turnherr, N 979a.

⁵ Kägi-Diener, St. Galler Kommentar zu Art. 50 BV, N 9. Tschentscher/Lienhard, N 31.

⁶ Kägi-Diener, St. Galler Kommentar zu Art. 50 BV, N 9; Aubert/Mahon, Kommentar zu Art. 50 BV, N 6; Meyer, 285 ff.

⁷ SR 0.102; Rhinow/Schefer/Uebersax, N 646.

⁸ Biaggini, Rechtsgutachten, 48; zur Tragweite der Charta vgl. Bundesrat, Botschaft zur europäischen Charta der kommunalen Selbstverwaltung vom 19. Dezember 2003, BBl 2004 79ff., insb. 83ff.

Grundsatz der kommunalen Selbstverwaltung im Prinzip in der Verfassung verankert ist. Art. 50 Abs. BV genügt dieser Anforderung⁹.

1.3 Umfang der Gemeindeautonomie

Nach einer von Peter Liver im Jahr 1949 geprägten und später vom Bundesgericht übernommenen Formel liegt Gemeindeautonomie dann vor, wenn den Gemeinden in einem bestimmten Sachbereich eine "relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit" zukommt¹⁰. Dies setzt voraus, dass das übergeordnete Recht den betreffenden Fachbereich nicht abschließend ordnet. Dieser Bereich muss vielmehr ausdrücklich oder sinngemäß "ganz oder teilweise der Gemeinde zur Regelung" überlassen werden¹¹.

Das Bundesgericht umschreibt die Gemeindeautonomie mit der folgenden Formel: "Nach der Rechtsprechung sind Gemeinden in einem Sachbereich autonom, wenn das kantonale Recht diesen nicht abschließend ordnet, sondern ihn ganz oder teilweise der Gemeinde zu Regelung überlässt und ihr dabei eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit einräumt. Der geschützte Autonomiebereich kann sich auf die Befugnis zum Erlass oder Vollzug eigener kommunaler Vorschriften beziehen oder einen entsprechenden Spielraum bei der Anwendung kantonalen oder eidgenössischen Rechts betreffen. Der Schutz der Gemeindeautonomie setzt eine solche nicht in einem ganzen Aufgabengebiet, sondern lediglich im streitigen Bereich voraus. Im Einzelnen ergibt sich der Umfang der kommunalen Autonomie aus dem für den entsprechenden Bereich anwendbaren kantonalen Verfassungs- oder Gesetzesrecht¹²." Die Gemeindeautonomie greift also dort, wo das kantonale Recht einen Sachverhalt ganz oder teilweise den Gemeinden zur Regelung überlässt und ihnen dabei eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit belässt¹³. In den neueren Entscheiden "verankert das Bundesgericht die Gemeindeautonomie in der BV, zieht anschließend die kantonalen Garantien zusätzlich heran und stellt klar, dass sich der Umfang der Autonomie aus dem kantonalen Recht ergibt¹⁴". Das Bundesgericht schützt die Gemeindeautonomie in dem von Kantonen umrissenen Umfang¹⁵. Die Gemeindeautonomie ist "das Recht und die tatsächliche Fähigkeit der Gemeinden, im Rahmen des kantonalen Rechts einen wesentlichen Teil der öffentlichen Angelegenheiten in eigener Verantwortung zu regeln und zu gestalten¹⁶". Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann die Gemeindeautonomie auch im Bereich der kantonalen Ermessenskontrolle überall dort bestehen, "wo das kantonale Recht einen Gegenstand mehr oder weniger eingehend ordnet, den Gemeinden aber

⁹ Meyer, 234ff.

¹⁰ Liver, Gemeinderecht, 40ff.

¹¹ BGE 141 I 36, E. 5.3; 139 I 169, E. 6.1. Reich, in: Komm. zum Zürcher Gemeindegesetz, §2, N 4.

¹² BGE 136 I 265 E. 2.1. S. 269, Politische Gemeinde Lindau; vgl. auch Nuspliger/Mäder, 94f.

¹³ Biaggini, Rechtsgutachten, 42; BGE 141 I 36 E. 5.3, S. 42; Dubey/Zufferey, N 62ff.

¹⁴ Meyer, BSK, Art. 50 N 12; BGE 140 I 285 E. 4. Dubey/Zufferey, N 62.

¹⁵ Mosimann/Völger Winsky/Plüss, N 11.6; BGer 2C_756/2015 vom 3.4.2017.

¹⁶ Meyer, BSK, Art. 50 N 13.

doch eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit lässt. Damit hat das Bundesgericht den Bereich und den Schutz der Gemeindeautonomie entscheidend ausgeweitet, insbesondere als sie auch bei der immer häufiger vorkommenden Verzahnung von Normen des Bundesrechts, des kantonalen Rechts und des Gemeinderechts zum Greifen kommt¹⁷."

Zahlreiche Kantonsverfassungen gewährleiten die Gemeindeautonomie explizit. Wie weit die Gemeinden autonom sind, ergibt sich jedoch weniger aus der allgemeinen Garantie als aus den konkreten Regelungen in den einzelnen Gesetzen. Typische Sachbereiche mit Gemeindeautonomie sind die Ortsplanung (Bau- und Zonenordnung), wichtige Bereiche der Gemeindeorganisation sowie die Pflege der lokalen Kultur¹⁸.

Im gesamtschweizerischen Vergleich ist allerdings darauf hinzuweisen, dass "die Gemeinden in den Bereichen des Bauwesens, der Raumplanung und des Umweltschutzes in den letzten Jahren an Selbständigkeit verloren haben¹⁹".

1.4 Dimensionen der Gemeindeautonomie

Die Gemeindeautonomie weist mehrere Dimensionen auf. In einem weiteren Sinn können eine programmatische und eine justiziable Dimension der Gemeindeautonomie unterschieden werden. In programmatischer Sicht ist zu fordern, dass die Gemeinden einen wesentlichen Teil der öffentlichen Aufgaben eigenverantwortlich erfüllen können. Der Bund und die Kantone sollten sich „gemeindefreundlich“ verhalten²⁰. Den Gemeinden sollte ein möglichst großer Handlungsspielraum gewährt werden²¹.

Im engeren – justiziablen - Sinn können zwei Dimensionen der Gemeindeautonomie unterschieden werden. Autonomie kann in jenen Sachbereichen vorliegen, für welche die Gemeinden selbst zuständig sind, da weder der Bund noch der Kanton eine Regelung getroffen haben (ursprünglicher Wirkungskreis). Das kantonale Recht kann den Gemeinden jedoch auch dann eine Entscheidungsfreiheit einräumen, wenn der Kanton oder der Bund den Gemeinden bestimmte Aufgaben überträgt und den Gemeinden bei der Erfüllung dieser Aufgaben eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit belässt (übertragener oder delegierter Wirkungskreis)²².

Wenn nach der jeweiligen Staatstätigkeit unterschieden wird, können die Gemeinden sowohl in der Rechtsetzung wie auch im Vollzug über Autonomie verfügen.

Relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit kann für die Gemeinden selbst dann bestehen, wenn die kantonalen Aufsichtsbehörden nicht nur berechtigt sind, kommunale Maßnahmen auf ihre Rechtmäßigkeit, sondern auch auf ihre Zweckmäßigkeit hin zu überprüfen²³.

Die Gemeindeautonomie wird gelegentlich fast zur „heiligen Kuh“ gemacht²⁴.

¹⁷ Auer, Staatsrecht, N 415; Auer/Malinverni/Hottelier, N 273.

¹⁸ Jaag/Rüssli, 147, N 38.

¹⁹ Vatter, 452.

²⁰ Meyer, BSK, Art. 50, N 14.

²¹ Vgl. dazu Art. 109 Abs. 2 KV/BE.

²² Reich, Komm. zum Zürcher Gemeindegesetz, §2, N 6.

²³ Reich, Komm. zum Zürcher Gemeindegesetz, § 2, N 6; Auer, Staatsrecht, N 415.

²⁴ Meyer, BSK, Art. 50, N 31.

Ihr kommt jedoch kein Vorrang gegenüber anderen Normen der Verfassung zu. In Konfliktfällen ist praktische Konkordanz herzustellen²⁵. So sind die Gemeinden auch im geschützten Autonomiebereich an die Grundrechte gebunden²⁶.

1.5 Gemeindeautonomie und Variabilität

Die Verfassung des Kantons Basel-Landschaft kennt eine neue Bestimmung über die Zuordnung der Aufgaben zwischen dem Kanton und den Gemeinden²⁷. Nach dem Subsidiaritätsprinzip sollen Aufgaben vorrangig den Gemeinden zugewiesen werden. Die Erlassgeber sollen den Gemeinden größtmögliche Regelungs- und Vollzugsfreiheit gewähren. Sie können für die Gemeinden "unterschiedliche Regelungen" vorsehen (Variabilität). Bei der Festlegung des Umfangs der Gemeindeautonomie müssen demzufolge nicht im ganzen Kanton einheitliche Kriterien zur Anwendung kommen.

1.6 Interkommunale Zusammenarbeit

In den letzten Jahrzehnten hat die Bedeutung der interkommunalen Zusammenarbeit zugenommen. Diese umfasst weite Bereiche der Gemeindeaufgaben wie die Wasserversorgung, die Abfallbeseitigung, die medizinische Versorgung, die Betreuung älterer Personen und Schulfragen²⁸. Es stehen je nach Kanton verschiedene Formen der Zusammenarbeit zur Verfügung: Gemeindeverband, Vertragsverhältnis, öffentlich-rechtliches Unternehmen, juristische Person des Privatrechts²⁹. Es wird geschätzt, dass die Schweizer Gemeinden bei rund einem Drittel der Gemeindeaufgaben zusammenarbeiten. Die interkommunale Kooperation ist allerdings häufig auch mit Einschränkungen bei der direktdemokratischen Beteiligung verbunden³⁰.

2. Gemeindeautonomie im Kanton Wallis

Im Kanton Wallis sind die Gemeinden autonom³¹. Nach Artikel 69 der Verfassung des Kantons Wallis ordnen die Gemeinden ihre Angelegenheiten innerhalb der Schranken der Verfassung und der Gesetze selbständig. Sie sind für die Aufgaben zuständig, die örtlicher Natur sind, und jene, die sie allein oder zusammen mit anderen Gemeinden lösen können. Nach Art. 2 Abs. 1 des Gemeindegesetzes des Kantons Wallis sind die öffentlich-rechtlichen Körperschaften in allen ihren Aufgaben, die sie von sich aus im öffentlichen

²⁵ BGE 139 I 16 E. 4.2.2; Meyer, BSK, Art. 50, N 31.

²⁶ BGE 135 I 265 E. 4.2.

²⁷ Art. 47a KV BL (SR 131.222.2), angenommen in der Volksabstimmung vom 21. Mai 2017. Diese Verfassungsbestimmung geht zurück auf ein Grundsatzpapier zur Aufgabenteilung zwischen dem Kanton und den Gemeinden (Charta von Muttenz).

²⁸ Auer, Staatsrecht, N 453.

²⁹ Vgl. bspw. Art. 7 GG/BE.

³⁰ Rühli, *avenir suisse*, 108-120.

³¹ Art. 26 Abs. 2 und Art. 69ff. KV/VS; Art. 2 und 3 GG/VS. BGE 131 I 91ff., 93 E. 1. Zwangsfusionen sind zulässig

Interesse wahrnehmen, selbständig³². Sie sind überdies innerhalb der gesetzlichen Schranken für alle übertragenen Aufgaben selbständig. Auch der Bericht von Claude Rouiller unterstreicht die große Bedeutung der Gemeindeautonomie im Kanton Wallis³³. Das Bundesgericht hat sich wiederholt mit der Tragweite der Gemeindeautonomie im Kanton Wallis befasst³⁴. Im Kanton Wallis sind die Gemeinden ohne Zweifel autonom³⁵, insbesondere im Submissionsverfahren³⁶, in der Nutzungsplanung³⁷ und bei der Erhebung von Wasseranschluss- und Kanalisationsanschlussbeiträgen³⁸.

Das Bundesgericht hob im Entscheid Leukerbad³⁹ Folgendes hervor:

"Es sind also die Kantone, die in ihrer Gesetzgebung die Gemeinden und deren Organisation und Zuständigkeiten regeln. Soweit den Gemeinden aber Autonomie gewährt wird, können die kantonalen Behörden bzw. der Kanton grundsätzlich nicht ohne weiteres für die Verwaltung der Gemeinden und für die widerrechtlichen Handlungen der Gemeinden verantwortlich sein. Eine solche Verantwortlichkeit kommt nur in Frage, wenn die kantonalen Organe ihnen selbst obliegende gesetzlich verankerte Amtspflichten verletzt haben. Immerhin setzt die Gemeindeautonomie auch eine gewisse Aufsicht der Kantone über die Gemeinden voraus. Wie weit diese geht, ist Sache des kantonalen Rechts, welches auch bestimmt, ob der Kanton in jedem Fall von Amtes wegen einzuschreiten hat oder nur dann, wenn in erkennbarer Weise eine bestimmte Schwere der Rechtsverletzung erreicht ist, oder allenfalls sogar nur dann, wenn er in einem dafür vorgesehenen Verfahren angerufen wird⁴⁰."

Das Bundesgericht stellte unter Bezugnahme auf das damalige Gesetz vom 13. November 1980 über die Gemeindeordnung Folgendes fest:

"Die gesetzliche Regelung und die entsprechenden Möglichkeiten der Gemeindeaufsicht im Kanton Wallis sind vom Wortlaut her eher knapp ausgestaltet. Eingriffsmöglichkeiten bestehen lediglich dann, wenn eine vom Gesetz zwingend vorgeschriebene Aufgabe oder Handlung versäumt wird oder wenn eine Gemeinde ihren Verpflichtungen beharrlich nicht nachkommt oder ihr finanzielles Gleichgewicht oder Vermögen erheblich gefährdet. Wie der Beklagte - unter Einreichung der entsprechenden Ratsprotokolle - belegt, wurde bei Erlass der gesetzlichen Regelung Großes Gewicht auf die Gemeindeautonomie gelegt, was auch der Zeuge Franz König mit Nachdruck bestätigte. Die Walliser Gemeinden sollen demnach über einen weit reichenden Gestaltungsspielraum verfügen, was bedingt, dass sich der Kanton bei seinen Eingriffen möglichst zurückhält. Namentlich in finanzieller Hinsicht kommt den Gemeinden eine weit gehende Autonomie zu⁴¹."

Seit dem Fall Leukerbad wurde die Finanzaufsicht des Kantons über die Gemeinden verstärkt. Dies ändert jedoch nichts am Grundsatz, dass der Gemeindeautonomie im Kanton Wallis eine sehr große Bedeutung zukommt.

³² Die Überschrift von Art. 2 des Gemeindegesetzes enthält den Begriff "Autonomie".

³³ Rapport Rouiller, N 21, 22.

³⁴ Entscheid des Bundesgerichts vom 8.3.2017, BGer 1_C471/2016, 1C_472/2016, E. 3.

³⁵ Auer, Staatsrecht, N 433; BGE 131 I 91, 93.

³⁶ BGE 129 I 313, 320.

³⁷ BGE 135 I 233.

³⁸ BGE 136 I 316.

³⁹ Entscheid des Bundesgerichts vom 3.7.2003, BGer 2C.4/2000.

⁴⁰ Entscheid des Bundesgerichts vom 3.7.2003, BGer 2.C4/2000, E. 6.1.1.

⁴¹ Entscheid des Bundesgerichts vom 3.7.2003, BGer 2C.4/2000, E. 6.3.1.3.

IV Die Aufsicht der Kantone über die Gemeinden

1. Allgemeines

1.1 Grundsätze

Zum Aufsichtsrecht gehören unterschiedliche Phänomene und Teilgebiete des Rechts. In Kern geht es darum, dass staatliche Behörden für die Einhaltung der einschlägigen rechtlichen Vorschriften in bestimmten Bereichen sorgen⁴². Der Umfang und die Aktivitäten der Aufsicht sind im Gesetz geregelt. Zwischen den staatlichen Behörden und beaufsichtigten Einheiten bestehen komplexe Beziehungen. Stichworte dazu sind die Information, das Gespräch, die Anleitung zu eigenverantwortlichem Handeln der beaufsichtigten Einheit, die Ermahnung und die autoritative Durchsetzung des Rechts, die mit repressiven Maßnahmen verbunden sein kann. Aufsicht bedeutet allgemein die Befugnis einer übergeordneten Stelle, Handlungen einer nachgeordneten Stelle zu kontrollieren, zu beanstanden und nötigenfalls Handlungen zu veranlassen⁴³. Die Aufsicht kann sich auf bestimmte Wirtschaftsbereiche, auf die Verwaltung und auf die Kontrolle ausgelagerter Verwaltungseinheiten beziehen. Besondere Regeln gelten für die Aufsicht des Bundes über die Kantone. Spezifische Grundsätze gelten auch für die Oberaufsicht des Parlaments über die Regierung, die Verwaltung und die Justiz. Nachfolgend wird das Augenmerk auf die Aufsicht der Kantone über die Gemeinden und über vergleichbare eigenständige Körperschaften gerichtet. Wie in anderen Bereichen gilt dabei der Grundsatz, dass das Aufsichtsrecht im Dienst der Verwirklichung des materiellen Rechts steht⁴⁴. Zugleich ist es Aufgabe des Aufsichtsrechts sicherzustellen, dass die Rechte der Beaufsichtigten gewahrt bleiben⁴⁵.

1.2 Rechtslage in den Kantonen

Die Gemeinden unterstehen als Gebietskörperschaften des öffentlichen Rechts in allen Kantonen der Aufsicht des Staates. Die Kantone haben dafür zu sorgen, dass sich die Gemeinden bei der Erfüllung ihrer Aufgaben an die Vorschriften des kantonalen Rechts, des Bundesrechts und des Völkerrechts halten und dass sie ihren öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen nachkommen. Die Kantone legen fest, welche Aufsichtsinstanzen und welche Aufsichtsinstrumente eingesetzt werden. Dies gehört zur kantonalen Verfassungsautonomie⁴⁶. Der Kanton hat auch zu prüfen, ob die Gemeindetätigkeit mit dem Gemeinderecht übereinstimmt⁴⁷. Die Grundprinzipien der Aufsicht des Staates über die Gemeinden hat Paul Schorr schon vor Jahrzehnten in einer Dissertation zutreffend

⁴² Biaggini, Fachhandbuch Verwaltungsrecht, 783, N 19.1. Dieses Kapitel basiert teilweise auf dem Gutachten Nuspliger vom 20.3.2017.

⁴³ Lienhard, Mächler/Zielniewicz, 359.

⁴⁴ Biaggini, Fachhandbuch Verwaltungsrecht, 784, N 19.4.

⁴⁵ Biaggini, Fachhandbuch Verwaltungsrecht, 784, N 19.4.

⁴⁶ Auer, Staatsrecht, N 448.

⁴⁷ Häfelin/Müller/Uhlmann, N 1947.

dargelegt: Die Aufsicht des Staates ist „kein rein politisches Instrument⁴⁸“. Der Kanton hat vielmehr darüber zu wachen, dass die Gemeinde „ohne Verletzung öffentlichen Rechts, und dies scheint das Wichtigste, ohne Überschreitung ihrer Zuständigkeit⁴⁹“ tätig wird. Paul Schorr führte weiter aus: "Das Bestehen und Eingreifen der Staatsaufsicht bestimmt sich demgemäß immer nach der jeweiligen Gesetzgebung. Aus Gründen der Rechtssicherheit und zum Schutz der Gemeinde muss der Umfang der Staatsaufsicht genau fixiert sein. Die Idee vom modernen Rechtsstaat will es, dass der Staat von den ihm untergeordneten Gemeinden nur soweit Pflichterfüllung zu fordern berechtigt ist, als es das gesetzte Recht zulässt, d.h. unter den gesetzlich normierten Voraussetzungen⁵⁰". Die Kantone üben ihre Aufsicht mit Rücksicht auf die Gemeindeautonomie mit einer gewissen Zurückhaltung aus. Im Sinne einer Selbstkontrolle und Selbstkorrektur sollen in erster Linie die Gemeinden selbst zum Rechten sehen⁵¹. Die Aufsichtskontrolle beschränkt sich im Allgemeinen auf die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Erlasse, Beschlüsse und Verfügungen der Gemeinden. Wo das Gesetz es vorschreibt, kann auch die Angemessenheit von Gemeindebeschlüssen überprüft werden⁵². Kommunale Erlasse unterliegen meistens der Genehmigung durch eine kantonale Behörde⁵³. Entscheide kommunaler Organe und Behörden können in der Regel bei einem kantonalen Organ angefochten werden⁵⁴.

Die Kantone sind verpflichtet, die Gemeinden bei der Ausübung der ihnen vom Gesetzgeber gewährten Autonomie zu beaufsichtigen und notfalls einzuschreiten, wenn eine Gemeinde nicht in der Lage ist, die ihr als Teil der Staatsverwaltung übertragenen oder die selbst gewählten Aufgaben ordnungsgemäß zu erfüllen. Die Aufsicht verfolgt einen doppelten Zweck: Sie dient dem Kanton einerseits dazu, seine Strukturen, zu denen auch die Gemeinden gehören, zu betreuen und zu überwachen. Zum andern dient die Aufsicht der Sicherung lebensfähiger Gemeinden. Diese sollen in der Ausgestaltung ihrer Freiräume unterstützt werden. Die Aufsicht wird zu einem unverzichtbaren Gegenstück der Autonomie. Bereits die Tatsache, dass eine kantonale Aufsicht existiert, müsste die Gemeindebehörden dazu bringen, ihre eigene Verantwortung in umfassender Weise wahrzunehmen. Die Gemeindebehörden sollen dabei ihre Spielräume nutzen und zu einem rechtmässigen und wirkungsvollen kommunalen Handeln beitragen. Dazu gehört auch, dass der Gemeinderat über wichtige Fragen als Kollegium entscheidet und bei sich abzeichnenden Fehlentwicklungen rechtzeitig eingreift. Die kantonale Aufsicht hat die Autonomie der Gemeinden zu respektieren; gleichzeitig definiert sie aber auch die Grenzen der Autonomie⁵⁵.

Das wichtigste Aufsichtsorgan über die Gemeinde ist in den meisten Kantonen der Regierungsrat⁵⁶. Häufig erfolgt eine Delegation gewisser Überwachungsbefugnisse an einzelne Departemente. Die allgemeine Aufsicht über die Gemeinden obliegt in der Regel

⁴⁸ Schorr, 37.

⁴⁹ Schorr, 37.

⁵⁰ Schorr, 40.

⁵¹ Friederich, in: Müller/Feller, 238, N 237.

⁵² Auer, Staatsrecht, N 450. Dubey/Zufferey, N 72.

⁵³ Vgl. Kapitel IV, Ziff. 3.

⁵⁴ Seiler, in: Verfassungsrecht der Schweiz, § 31, N 12.

⁵⁵ Wichtermann, Kommentar zu Art. 85 GG/BE, N 3.

⁵⁶ Buser, 233 N 616; Häfelin/Müller/Uhlmann, N 1431; Auer, Staatsrecht, N 449.

dem für Gemeindeangelegenheiten zuständigen Departement. In mehreren Kantonen wird die Aufsicht über die Gemeinden durch Organe der dezentralen kantonalen Verwaltung wahrgenommen. Im Kanton Bern kommt diese Aufgabe den Regierungsstatthaltern zu⁵⁷, im Kanton Zürich den Bezirksräten⁵⁸, im Kanton Waadt den Präfets⁵⁹. Es handelt sich jedoch dabei nicht um eine "Alleinzuständigkeit". Maßgebend ist die kantonale Gesetzgebung.

Im Kanton Bern regelt das Gesetz die Aufteilung der Aufsichtszuständigkeiten zwischen dem Regierungsrat, den Regierungsstatthaltern und den zuständigen Fachdirektionen⁶⁰.

1.3 Grundsätze der Aufsicht über die Gemeinden in der Westschweiz

Vor einigen Jahren befasste sich Daniel Peregrina mit der Aufsicht der Kantone über die Gemeinden. Er richtete dabei ein besonderes Augenmerk auf die Kantone der Westschweiz.

Seine Erkenntnisse sind grundsätzlich auch aus heutiger Sicht noch zutreffend. Er hielt Folgendes fest:

"Si on regarde, pour la Suisse romande, comment est organisée la surveillance des communes, on retrouve une structure assez similaire dans les divers cantons, en dépit du fait que les compétences des communes varient très largement d'un canton à l'autre. Ainsi, compte tenu du caractère délicat de cette surveillance, c'est en général au Conseil d'Etat de chaque canton, avec délégation pour certaines parties de ses tâches à l'administration, qu'il incombe de prendre les décisions les plus importantes dans ce domaine.

A Genève, la loi sur l'administration des communes du 13 avril 1984 (LAC/GE)⁶¹ désigne aussi comme autorité de surveillance le Conseil d'Etat qui exerce cette surveillance par le biais du Département de territoire⁶²..."

Dans le canton de Vaud, la loi sur les communes du 28 février 1956 (LC/VD)⁶³ accorde également la compétence d'exercer la surveillance des communes au Conseil d'Etat, qui exerce cette compétence par le biais du Département chargé des relations avec les communes (art. 138 LC/VD). Cependant, en raison de la structure administrative différente du canton de Vaud qui connaît notamment l'institution des districts et du Préfet, l'autorité de surveillance sur le terrain est le Préfet, dont c'est là une des tâches principales. Ainsi, selon l'article 141 LC/VD, les préfets surveillent régulièrement l'activité et la gestion des communes de leur district et font rapport au Département chargé des relations avec les communes⁶⁴".

⁵⁷ Wichtermann, Kommentar zu Art. 87 GG/BE, N 1.

⁵⁸ Jaag/Rüssli, 124 N 1605.

⁵⁹ Art. 141 des Gesetzes über die Gemeinden vom 28.2.1956, RS/VD 175.11.

⁶⁰ Wichtermann, Kommentar zu Art. 87 GG/BE, N 1.

⁶¹ RS/GE B 6 05.

⁶² Heute wird die Aufsicht über die Gemeinden durch das Département de la sécurité (DS) wahrgenommen.

⁶³ RS/VD 175.11.

⁶⁴ Peregrina, 162.

Der Kanton Freiburg⁶⁵ kennt eine ähnliche Struktur wie der Kanton Waadt. Demgegenüber wird die Aufsicht über die Gemeinden in den Kantonen Neuenburg⁶⁶, Jura⁶⁷ und Wallis grundsätzlich durch die Regierungen ausgeübt. Auch hier können die zuständigen Departemente und Dienststellen beigezogen werden.

1.4 Kanton Wallis

Im Kanton Wallis stehen die Gemeinden unter der Aufsicht des Staatsrats⁶⁸. Nach Art. 145 des Gemeindegesetzes wird die Aufsicht durch den Staatsrat selbst oder durch die von ihm oder durch das Gesetz bezeichneten Instanzen ausgeübt. Es gibt also nicht ein einziges Departement oder eine einzige kantonale Dienststelle, die allein für die Aufsicht über die Gemeinden zuständig ist⁶⁹. Die Information lässt sich der Spezialgesetzgebung entnehmen. In der Regel sind die für einen Politikbereich zuständigen Departemente in diesem Fachgebiet auch für die Aufsicht über die Gemeinden zuständig. Das Gemeindegesetz enthält allerdings allgemeine Regeln über die Ausübung der Aufsicht über die Gemeinden⁷⁰.

Nach der Verfassung des Kantons Wallis verfügt die Regierung in jedem Bezirk über einen Regierungsstatthalter und über einen Stellvertreter desselben. Die Befugnisse der Regierungsstatthalter werden durch das Gesetz bestimmt⁷¹. Die Regierungsstatthalter sollen unter anderem die Aufsicht über die Verwaltung der Gemeinden wahrnehmen⁷². In der Praxis scheint die Aufsicht über die Gemeinden jedoch bei den zentralen Instanzen des Kantons zu liegen. Bereits vor einigen Jahren wurde die Tatsache, dass die im Gesetz festgelegte Ordnung betreffend die Zuständigkeiten der Regierungsstatthalter nicht zur Anwendung kommt, im Großen Rat thematisiert⁷³. Im R 21-Bericht wurde vorgeschlagen, die Bezirke als räumliche Einheiten abzuschaffen. Dies hätte auch zum Verzicht auf das Amt des Präfekten geführt⁷⁴. Es ist zu empfehlen, die Rechtsgrundlagen in diesem Bereich erneut zu überprüfen - jedenfalls im Rahmen der Totalrevision der Verfassung.

⁶⁵ Art. 143 ss. LC/FR.

⁶⁶ Art. 6 LC/NE.

⁶⁷ Art. 43 ss. LC/JU.

⁶⁸ Art. 55 Ziff. 2 und Art. 75 Abs. 1 KV/VS; Art. 144f. GG/VS; Rapport Chevrier, 3.

⁶⁹ Rapport Chevrier, 3.

⁷⁰ Art. 145ff. GG; Rapport Chevrier, 3f. Gemäß dem Bericht von Maurice Chevrier hat die Aufsicht des Kantons über die Gemeinden seit dem Fall Leukerbad zu keinen größeren Diskussionen mehr geführt.

⁷¹ Art. 59 KV/VS.

⁷² Gesetz vom 24. Mai 1850 über die Amtsbefugnisse der Regierungsstatthalter, Art. 3 Bst. b., VS-SR 172.16.

⁷³ Geschäftsprüfungskommission des Großen Rates, Sonderbericht über die Dossiers Leukerbad und Casino de Saxon, 27.1.1999, Schlussbemerkungen, Ziffer 10, 50.

⁷⁴ R 21-Bericht, 31.

2. Wegleitende Prinzipien

Aufsicht meint die Befugnis einer übergeordneten Stelle, Handlungen untergeordneter Instanzen zu veranlassen, zu kontrollieren, zu beanstanden und eventuell auch zu korrigieren. In der Regel wird zwischen zwei Arten von Aufsichtsbefugnissen unterschieden. Es handelt sich um die Dienstaufsicht und die Organisations- oder Verbandsaufsicht.

2.1 Dienstaufsicht

Die Dienstaufsicht entfaltet sich grundsätzlich nur innerhalb eines einzelnen Verwaltungsträgers. Es gelten die folgenden Grundsätze:

Adressaten der Dienstaufsicht sind die hierarchisch untergeordneten Verwaltungseinheiten oder die in diesen Einheiten zuständigen Personen⁷⁵.

Die Dienstaufsicht betrifft den gesamten Aufgabenbereich der beaufsichtigten Einheiten und Personen. Dienstaufsicht ist Rechts- und Fachaufsicht. Es geht also um die Frage, ob das Handeln der beaufsichtigten Einheiten und Personen nicht nur rechtmäßig, sondern auch angemessen ist. Dienstaufsicht schließt die Befugnis ein, in die Erledigung von konkreten Geschäften einzugreifen und untergeordneten Verwaltungseinheiten oder Personen Weisungen zu erteilen. Die Dienstaufsicht soll die Leistungsfähigkeit der Verwaltung sicherstellen. Sie ist demnach ein Mittel der Verwaltungsführung.

In zahlreichen Gesetzen des Kantons ist festgelegt, dass dem Staatsrat die Oberaufsicht über einen bestimmten Bereich zukommt. Die Aufsicht wird durch das zuständige Department ausgeübt. Soweit der Staatsrat dem zuständigen Departement Weisungen erteilt, gelten die Grundsätze der Dienstaufsicht. Soweit sich der Staatsrat oder das zuständige Department bei Aufsichtsmaßnahmen an die Gemeinden richten, gelten die Grundsätze der Organisations- oder Verbandsaufsicht.

2.2 Organisations- oder Verbandsaufsicht

Die Organisations- oder Verbandsaufsicht ist Aufsicht über rechtlich selbständige Organisationen außerhalb des beaufsichtigenden Gemeinwesens⁷⁶. Dabei gelten die folgenden Grundsätze:

Adressat der Organisations- oder Verbandsaufsicht ist allein der dezentrale Verwaltungsträger. Es geht also nicht um Einheiten oder Personen innerhalb dieses Verwaltungsträgers. Organisationsaufsicht bezieht sich beispielsweise auf das Verhältnis des Kantons zu seinen öffentlich-rechtlichen Anstalten oder auf das Verhältnis des Kantons zu den Gemeinden.

Auch im Umfang geht die Organisations- oder Verbandsaufsicht weniger weit als die Dienstaufsicht. Fachliche Weisungen zu Materien, die nach der gesetzlichen Ordnung in den Autonomiebereich des beaufsichtigten Verwaltungsträgers gehören, sind zu

⁷⁵ Tschannen/Zimmerli/Müller, § 5, N 32; Meyer, Gutachten Finanzaufsicht, 12.

⁷⁶ Tschannen/Zimmerli/Müller, § 5, N 33.

vermeiden. Es besteht grundsätzlich Rechtsaufsicht. Immerhin kann das Gesetz besondere Steuerungsmechanismen vorsehen. Eine eigentliche Fachaufsicht - die umfassende Überprüfung der Angemessenheit des Handelns untergeordneter Einheiten - scheidet hingegen aus.

Die kantonale Aufsicht über die Gemeinden ist grundsätzlich Organisations- oder Verbandsaufsicht⁷⁷.

2.3. Objekte der Aufsicht

Die gesamte öffentliche Tätigkeit der Gemeinden unterliegt der kantonalen Aufsicht⁷⁸. Die Aufsicht befasst sich mit der Organisation, der Rechtsetzung und der Rechtsanwendung der Gemeinden. Der Finanzhaushalt, die kommunale Planungs- und Bautätigkeit und die kommunalen Dienstleistungen beispielsweise in den Bereichen Abfall und Abwasser unterliegen der Aufsicht des Kantons. Maßgebend ist die Gesetzgebung in den einzelnen Politikbereichen. Auch die interkommunale Zusammenarbeit und das Handeln der Gemeinden durch öffentlich-rechtliche Verträge unterliegen der Aufsicht des Kantons.

2.4 Präventive und repressive Aufsicht

Präventive Aufsicht dient der Vermeidung künftiger Rechtswidrigkeiten durch vorbeugende Maßnahmen. Dazu gehört beispielsweise die Genehmigung von kommunalen Reglementen durch den Kanton⁷⁹. Zur präventiven Aufsicht gehören auch Informations- und Beratungsangebote des Kantons für die Gemeinden. Repressive Aufsicht sanktioniert begangene Rechtswidrigkeiten. Der nachträgliche Entzug der Genehmigung eines Gemeindeerlasses ist ein Mittel repressiver Aufsicht⁸⁰. Auch die repressive Aufsicht zielt letztlich auf künftiges Handeln. Sie will eine gesetzeskonforme und ordnungsgemäße Verwaltung gewährleisten und damit gleichzeitig auch präventiv wirken.

2.5 Aufsichtsmittel

Das Gesetz stellt dem Kanton verschiedene Aufsichtsmittel über die Gemeinden zur Verfügung. Zu den direkten Aufsichtsmitteln gehören die informatorischen und die instruktiven Maßnahmen⁸¹. Nach Art. 114 Abs. 2 des Gemeindegesetzes des Kantons Wallis vermittelt der Staat den öffentlich-rechtlichen Körperschaften im Rahmen seiner Möglichkeiten "Auskünfte, Ratschläge, Rechtsgutachten, Kurse in wichtigen Verwaltungsbereichen und anderes." Es handelt sich dabei um die informellen Mittel der

⁷⁷ Friederich, in: Müller/Feller, 238, N 236.

⁷⁸ Fraefel, 102.

⁷⁹ Vgl. Kapitel II, Ziff. 2.3.

⁸⁰ Friederich, in: Müller/Feller, 238, N 238.

⁸¹ Fraefel, 103 f.

"Beratung, Ermahnung und Belehrung⁸²." Möglich sind auch "Kontrollbesuche". Dabei geht es in erster Linie darum, gegenseitiges Verständnis und Vertrauen zu schaffen und Informationen auszutauschen⁸³.

Für einzelne Aufgabenbereiche sieht die Gesetzgebung besondere Aufsichtsmittel der zuständigen Fachstellen vor. Ausgeprägt ist die kantonale Gemeindeaufsicht vor allem im Bereich des Finanzhaushalts⁸⁴.

In verschiedenen Kantonen können die zuständigen kantonalen Stellen auf aufsichtsrechtliche Anzeige hin oder von Amtes wegen Untersuchungen anordnen⁸⁵.

Werden in einer Gemeinde Unregelmäßigkeiten festgestellt, hat das zuständige Organ - in der Regel der Gemeinderat - die Angelegenheit abzuklären und die notwendigen Maßnahmen zu veranlassen. Führen diese Maßnahmen nicht zum Ziel, hat der Kanton einzuschreiten.

Zu den indirekten Aufsichtsmitteln gehört insbesondere die Aufsichtsbeschwerde. Die Aufsichtsbeschwerde ist ein Rechtsbehelf. Es besteht kein Erledigungsanspruch. Die Beschwerde bezweckt das Eingreifen der Aufsichtsbehörde. In der Regel ist sie darauf ausgerichtet, die Vornahme, Abänderung oder Aufhebung einer Verfügung oder eines Realakts zu erlangen⁸⁶. Im Kanton Wallis kann jeder Interessierte "bei der Aufsichtsbehörde gegen eine Verwaltung oder ein Organ einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft eine Aufsichtsbeschwerde einreichen". Der Beschwerdeführer hat Anspruch auf eine Antwort der Aufsichtsbehörde⁸⁷.

Andere indirekte Aufsichtsmittel können den finanziellen Bereich der Gemeinden betreffen. Diese erhalten bestimmte zweckgebundene oder nicht zweckgebundene Beiträge. Durch Ausrichtung, Beschränkung oder Entzug solcher Mittel können die Gemeinden im Rahmen der Gesetzgebung zu einem bestimmten Verhalten veranlasst werden⁸⁸.

3. Genehmigung kommunaler Erlasse

3.1 Grundsätze

Die Genehmigung ist ein Aufsichtsmittel, bei dem die Aufsichtsbehörde die Übereinstimmung des vorlegungspflichtigen Gemeindeaktes mit dem Aufsichtsmasstab feststellt und ihm Vollziehbarkeit verleiht⁸⁹. Solche kommunalen Akte werden in der Regel genehmigt, wenn sie rechtmäßig und widerspruchsfrei sind⁹⁰. Das Genehmigungsverfahren ist in der Sache ein Verfahren der abstrakten Normenkontrolle. In verschiedenen Kantonen ist die Genehmigung bestimmter kommunaler Erlasse und

⁸² Wichtermann, Kommentar zu Art. 87 GG/BE, N 8.

⁸³ Wichtermann, Kommentar zu Art. 87 GG/BE, N 9f.

⁸⁴ Friederich, in: Müller/Feller, 239, N 239.

⁸⁵ Vgl. im Kanton Bern Art. 88 GG/BE.

⁸⁶ Mosimann/Völger Winsky/Plüss, N 17.43.

⁸⁷ Art. 153 Abs. 2 GG/VS.

⁸⁸ Fraefel, 107f.

⁸⁹ Fraefel, 108.

⁹⁰ Wichtermann, Kommentar zu Art. 56 Abs. 2 GG/BE, N 7.

Pläne vorgeschrieben⁹¹. Der kantonale Genehmigungsvorbehalt für bestimmte kommunale Erlasse will die Entstehung von allenfalls rechtswidrigen Gemeindeakten verhindern⁹².

3.2 Praxis im Kanton Wallis

Im Kanton Wallis müssen dem Staatsrat alle Reglemente - mit Ausnahme jener von rein interner Tragweite - und die Verleihung oder die Übertragung von Wasserkraftkonzessionen zur Genehmigung unterbreitet werden⁹³. Unter Vorbehalt gegenteiliger Vorschriften beschränkt sich die Aufsichtsbehörde im Kantons Wallis darauf zu prüfen, ob das unterbreitete Recht gesetzeskonform ist⁹⁴.

Die Reglemente können auf Antrag der Gemeinden einem verwaltungsinternen Vorprüfungsverfahren unterzogen werden. Die Dienststelle für innere und kommunale Angelegenheiten führt ein Vorprüfungsverfahren durch, in dem alle relevanten Dienststellen zu deren Mitbericht eingeladen werden. Diese Mitberichte werden den Gemeinden anschließend übermittelt, damit das Reglement angepasst werden kann, bevor es der Urversammlung zur Annahme vorgelegt wird. Dieses Vorprüfungsverfahren ist jedoch zum heutigen Zeitpunkt fakultativ. Nach Annahme der Reglemente durch die Urversammlungen werden diese der Dienststelle für innere und kommunale Angelegenheiten zugestellt. Wenn die Dienststelle für innere und kommunale Angelegenheiten gestützt auf das verwaltungsinterne Konsultationsverfahren zum Schluss kommt, dass ein Reglement nicht genehmigungsfähig ist, gibt sie der Gemeinde Gelegenheit zur Stellungnahme. Diese kann den Entwurf noch anpassen oder an der ursprünglichen Formulierung festhalten. Wenn die Gemeinde am ursprünglichen Entwurf festhält, riskiert sie, dass die Dienststelle für innere und kommunale Angelegenheiten den Reglementsentwurf dem Staatsrat mit einem ablehnenden Antrag zum Entscheid vorlegt. Eine besondere Regelung besteht im Bereich der Raumplanung. Der Gemeinderat erarbeitet die Entwürfe zum Zonennutzungsplan und zum Bau- und Zonenreglement. Er unterbreitet diese Dokumente der Dienststelle für Raumentwicklung zur Vorprüfung⁹⁶. Bei einer Teilrevision des Zonennutzungsplans und des Bau- und Zonenreglements sowie für Sondernutzungspläne ist die Vorprüfung durch die Dienststelle fakultativ.

Die Genehmigung kommunaler Reglemente durch den Staatsrat hat im Kanton Wallis eine lange Tradition. Paul de Courten schrieb in seiner Dissertation im Jahre 1929 Folgendes: "La commune cependant ne peut édicter ses règlements que dans les limites de la Constitution et des lois; si elle dépasse ses limites, elle empiète sur l'activité de l'Etat. (...) Si un règlement apparaît défectueux à l'Etat, il sera renvoyé pour être mis au point; lorsque les dispositions en sont contraires à la loi, elles sont nulles. Même après avoir donné son approbation, l'Etat est autorisé à la retirer⁹⁷".

⁹¹ Jaag/Rüssli, 231 N 2813ff.; Wichtermann, Kommentar zu Art. 55 GG/BE, N 1ff.

⁹² Fraefel, 110.

⁹³ Art. 146 GG/VS.

⁹⁴ Art. 147 GG/VS.

⁹⁶ Art. 33 Abs. 2 kRPG, VS-SR 701.1.

⁹⁷ de Courten, 132.

3.3 Vorprüfung

Verschiedene Kantone sehen bereits eine Vorprüfung kommunaler Akte vor⁹⁸. Im Kanton Bern unterliegt das Organisationsreglement der Gemeinde der obligatorischen Vorprüfung durch die zuständige kantonale Behörde. Andere Erlasse, die nicht der Genehmigung unterliegen, können der zuständigen kantonalen Stelle freiwillig zur Vorprüfung unterbreitet werden⁹⁹.

3.4 Genehmigungspflicht für bestimmte Erlasse

Im Kanton Zürich unterliegen beispielsweise Gemeindeordnungen, Raumpläne, Bau- und Zonenordnungen sowie Gründungsverträge von Zweckverbänden und interkommunalen Anstalten der Genehmigung¹⁰⁰. Im Kanton Bern unterliegen nach dem Gemeindegesetz nur noch die Organisationsreglemente aller gemeinderechtlichen Körperschaften der obligatorischen Genehmigungspflicht. Andere Reglemente unterliegen der Genehmigung durch die zuständige kantonale Stelle, soweit besondere Bestimmungen dies vorsehen¹⁰¹. Beibehalten wurde die Genehmigungspflicht beispielsweise für kommunale Vorschriften im Bau- und Planungsbereich. Darunter sind einerseits die baurechtliche Grundordnung und andererseits die kommunalen Überbauungsordnungen zu verstehen. Diese Vorschriften und Pläne sind von derart weitreichender Tragweite, dass eine kantonale Genehmigung angezeigt ist¹⁰². Dies entspricht auch dem Bundesrecht, welches vorschreibt, dass die Nutzungspläne durch eine kantonale Behörde zu genehmigen sind¹⁰³.

3.5 Wirkung der Genehmigung

In der Regel hat die Genehmigung konstitutiven Charakter, d.h. sie ist Gültigkeitserfordernis¹⁰⁴. Die Genehmigung bedeutet lediglich, "dass im Zeitpunkt der Prüfung und Genehmigungserteilung keine Rechtswidrigkeit des vorgelegten Aktes festgestellt worden ist¹⁰⁵". Die Genehmigung heilt rechtliche Mängel nicht. Eine rechtswidrige Vorschrift bleibt demnach im Anwendungsfall auch nach erfolgter Genehmigung auf ihre Rechtmäßigkeit hin überprüfbar¹⁰⁶. Deshalb können ein

⁹⁸ Art. 55 GG/BE; Jaag/Rüssli, 232 N 2813a.

⁹⁹ Wichtermann, Kommentar zu Art. 55 GG/BE, N 1 und 10.

¹⁰⁰ Jaag/Rüssli 231 f. N 2813.

¹⁰¹ Wichtermann; Kommentar zu Art. 57 GG/BE, N 1.

¹⁰² Wichtermann, Kommentar zu Art. 57 GG/BE, N 1; Zaugg/Ludwig, Band II, Art. 61/61a BauG/BE N 1ff.

¹⁰³ Art. 26 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung, RPG, SR 700.

¹⁰⁴ Häfelin/Müller/Uhlmann, N 1954.

¹⁰⁵ Fraefel, 113.

¹⁰⁶ Wichtermann, Kommentar zu Art. 56 GG/BE, N 9.

genehmigter Erlass oder einzelne Bestimmungen des Erlasses in einem späteren Beschwerdeverfahren auf ihre Übereinstimmung mit zwingendem eidgenössischem oder kantonalem Recht überprüft werden¹⁰⁷.

Die einmal erteilte Genehmigung hat keine unabänderliche Wirkung. Sie kann später ganz oder teilweise zurückgenommen werden¹⁰⁸.

Entdeckt die Genehmigungsbehörde nachträglich, dass eine bestimmte Vorschrift nicht hätte genehmigt werden dürfen oder dass sie später in Widerspruch zu übergeordnetem Recht geraten ist, so kann sie dieser Bestimmung die Genehmigung wieder entziehen¹⁰⁹.

Der genehmigte Erlass bleibt ein solcher des kommunalen Rechts¹¹⁰. Im Verhältnis zwischen Kanton und Gemeinde ist in der Regel auf eine konstitutive Wirkung der Genehmigung zu schliessen¹¹¹.

Bei der Genehmigung von kommunalen Erlassen handelt es sich um ein Verfahren der abstrakten Normenkontrolle. Über die Genehmigung wird ausserhalb eines konkreten Anwendungsfalles entschieden. In diesem Verfahren sind nicht sämtliche künftigen Konstellationen vorhersehbar. Wird später gestützt auf das genehmigte Reglement eine Verfügung erlassen, ist diese Verfügung im Rechtsmittelverfahren anfechtbar. Die Rechtsmittelinstanz kann dabei vorfrageweise (akzessorisch) prüfen, ob der hinter der Verfügung stehende Erlass mit dem übergeordneten Recht vereinbar ist. Kommt sie zum Schluss, dass dies nicht der Fall ist, ist dies die Konsequenz eines justizmässigen Verfahrens. Die kantonale Stelle, die den Erlass im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle genehmigt hat, kann dabei nicht zur Verantwortung gezogen werden.

4. Aufsicht nach Bundesrecht

Wichtige Gesichtspunkte zur Intensität der Aufsicht lassen sich auch dem Bundesrecht entnehmen.

Unter Bundesaufsicht ist die Gesamtheit der Vorkehrungen zu verstehen, mit denen der Bund sicherstellt, dass die Kantone bei der Erfüllung ihrer Aufgaben das Bundesrecht einhalten. Die Bundesaufsicht ist Verbandsaufsicht, nicht Dienstaufsicht¹¹². Soweit die Kantone sich im Bereich ihrer subsidiären Generalkompetenz bewegen und autonom bestimmte Aufgaben wahrnehmen, "soll die Bundesaufsicht sicherstellen, dass die Kantone die Schranken ihres Zuständigkeitsbereichs wahren¹¹³". Bundesaufsicht im delegierten Wirkungskreis soll gewährleisten, dass die Kantone die übertragenen Aufgaben richtig erfüllen¹¹⁴. Im autonomen Wirkungskreis der Kantone beschränkt sich die Bundesaufsicht auf eine Rechtskontrolle. Im delegierten Wirkungskreis muss sich eine allfällige Angemessenheitskontrolle "mit hinreichender Deutlichkeit" aus den

¹⁰⁷ Fraefel, 113.

¹⁰⁸ Fraefel, 113.

¹⁰⁹ Wichtermann, Kommentar zu Art. 56 GG/BE, N 10, mit einem Hinweis auf Art. 42 der bernischen Gemeindeverordnung.

¹¹⁰ Fraefel, 114.

¹¹¹ Fraefel, 114.

¹¹² Tschannen, Staatsrecht, § 26, N 1.

¹¹³ Tschannen, Staatsrecht, § 26, N 2.

¹¹⁴ Tschannen, Staatsrecht, § 26, N 2.

Bundeserlassen ergeben¹¹⁵. Auch bei der Bundesaufsicht gilt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Pierre Tschannen hält dazu Folgendes fest: "So ist es ein Gebot der staatspolitischen Vernunft, das symbolträchtige Instrumentarium der Bundesaufsicht nicht schon bei geringfügigen Verfehlungen der Kantone einzusetzen. Sind Aufsichtsmaßnahmen unabwendbar, so soll dem Kanton zunächst Gelegenheit zur Selbstberichtigung gegeben werden¹¹⁶".

Nach Art. 8 Abs. 3 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes¹¹⁷ übt der Bundesrat die "ständige und systematische Aufsicht über die Bundesverwaltung aus." Es handelt sich hier um eine Dienstaufsicht, an die höhere Anforderungen zu stellen ist an die Verbandsaufsicht, die im Verhältnis zwischen dem Kanton und den Gemeinden gilt. Trotzdem hält der Bundesrat richtigerweise Folgendes fest: "Der Bundesrat konzentriert seine verwaltungsleitende Aufsicht vor allem auf die obersten Verwaltungsmitglieder und auf bedeutende Situationen. Die eigentlichen Controlling-Instrumente müssen auf Departementsstufe geschaffen werden, und der Bundesrat muss sicherstellen, dass das Departementscontrolling funktioniert (...). Eine umfassende Kontrolle durch den Bundesrat als Kollegium wäre im Übrigen weder mit vertretbarem Aufwand institutionalisierbar, noch überhaupt wünschbar. Es darf auch nicht übersehen werden, dass übertriebene Kontrollen letztlich eine Organisation zu lähmen vermögen¹¹⁸". Kontrolle und Controlling sind nicht gleichbedeutend mit Aufsicht. Controlling ist ein Instrument der Führungsunterstützung. Es umfasst den gesamten Führungsprozess. Kontrolle hat einen internen und einen externen Aspekt. Sie meint einerseits interne Systemkontrolle – etwa die Kontrolle des Bundesrats über die Verwaltung. Eine externe Kontrolle erfolgt durch die Finanzkontrollbehörden und durch das Parlament¹¹⁹.

5. Oberaufsicht und Aufsicht

5.1 Oberaufsicht des Parlaments

Mit der Formulierung "Oberaufsicht...über den Bundesrat und die Bundesverwaltung" bezeichnet Art. 169 Abs. 1 BV die Gesamtheit jener Kompetenzen, welche eine politische Kontrolle des Parlaments über Regierung und Verwaltung ermöglichen. Oberaufsicht ist also nicht gleichzusetzen mit Einseitigkeit und Überordnung¹²⁰. Vielmehr ist sie eingebettet in den Kontext grundsätzlich gleichgeordneter Staatsorgane, die sich kraft ihrer je eigenen Stammfunktion mit gleichem Recht am politischen Prozess beteiligen und die daher auf lange Sicht miteinander auskommen müssen. Bei der Oberaufsicht des Parlaments ist eine "stufengerechte Zurückhaltung" angezeigt¹²¹. Die Oberaufsicht hat zwei Funktionen: Einerseits zwingt sie die Regierung zur öffentlich wahrnehmbaren

¹¹⁵ Tschannen, Staatsrecht, § 26, N 5.

¹¹⁶ Tschannen, Staatsrecht, § 26, N 13.

¹¹⁷ Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997, RVOG, SR 172.010.

¹¹⁸ BBl 1997 III 103; Sägesser, Kommentar zu Art. 8 RVOG, N 42.

¹¹⁹ Lienhard/Mächler/Zielniewicz, 359.

¹²⁰ Tschannen, Staatsrecht, § 35, N 8.

¹²¹ Müller/Vogel, 660; Meyer, Gutachten Finanzaufsicht, 9.

Rechenschaftsablage, andererseits soll sie das Vertrauen in die Regierung erhalten und stärken¹²². Die Oberaufsicht ist im Parlamentsgesetz geregelt. Nach Art. 26 Abs. 3 des Parlamentsgesetzes übt die Bundesversammlung die Oberaufsicht nach den Kriterien der Rechtmäßigkeit, Ordnungsmäßigkeit, Zweckmäßigkeit, Wirksamkeit und Wirtschaftlichkeit aus¹²³. Die Oberaufsicht umfasst nicht die Befugnis, Entscheide aufzuheben oder zu ändern¹²⁴. Die parlamentarische Rechtmässigkeitskontrolle unterliegt gewissen Zurückhaltungspflichten: Nicht Gegenstand der parlamentarischen Rechtmässigkeitskontrolle "sind eine systematische Überprüfung von Entscheiden der Regierung oder von Verwaltungsstellen oder die Auslegung von Rechtssätzen¹²⁵".

5.2 Oberaufsicht des Parlaments im Kantons Wallis

Nach der Verfassung des Kantons Wallis hat der Große Rat die Oberaufsicht über den Staatsrat¹²⁶. Er kann von der ausführenden Gewalt jederzeit "Rechenschaft über eine Handlung ihrer Verwaltung verlangen¹²⁷".

Nach Art. 25 des Organisationsgesetzes¹²⁸ ernennt der Große Rat zu Beginn jeder Legislaturperiode die ständigen Oberaufsichtskommissionen für die Justiz, die Geschäftsführung und die Finanzen. Art. 130 des Organisationsgesetzes regelt die Ausübung der Oberaufsicht durch die Geschäftsprüfungs- und durch die Finanzkommission. Art. 130 Abs. 3 des Organisationsgesetzes legt fest, dass die Verfügungen und Entscheide der Behörden oder Dienststellen weder durch den Großen Rat noch durch die Geschäftsprüfungskommission aufgehoben oder abgeändert werden können. Die Oberaufsicht des Parlaments über die Regierung und die Justiz ist demnach im Kanton Wallis nach denselben Grundsätzen organisiert, die auch im Bund und in anderen Kantonen gelten. Diese Oberaufsicht unterscheidet sich in wesentlichen Punkten von der "Oberaufsicht", die dem Staatsrat in verschiedenen Bereichen des Verwaltungsrechts gegenüber den Gemeinden zukommt.

5.3 Oberaufsicht des Staatsrats

Normalerweise wird in der Terminologie zwischen der Oberaufsicht des Parlaments und der Aufsicht des Staatsrats unterschieden. Verschiedene Kantone verwenden den Begriff „Oberaufsicht“ auch bei der Zuweisung der Verantwortung an verschiedene Instanzen im Bereich der Exekutive bei der Beaufsichtigung der Gemeinden. In diesem Rahmen wird von der „Oberaufsicht“ des Staatsrats gesprochen. Auch der Große Rat hat die Rechtsfigur der "Oberaufsicht des Staatsrats" in zahlreichen Gesetzen eingeführt, beispielsweise im

¹²² Tschannen, Staatsrecht, § 35, N 8; Kiener, in: Staatsrecht, § 18, N 41.

¹²³ Art. 26 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 13. Dezember 2002 über die Bundesversammlung, ParlG, SR 171.10. Zu den "contours de la haute surveillance": Moor/Flückiger/Martenet, 511f.

¹²⁴ Art. 26 Abs. 4 ParlG, SR 171.10; Sägesser, in: Parlamentsrecht, Art. 26, N 41ff.

¹²⁵ Sägesser, in: Parlamentsrecht, Art. 26, N 37.

¹²⁶ Art. 40 Abs. 1 KV/VS.

¹²⁷ Art. 40 Abs. 2 KV/VS.

¹²⁸ GORBG, VS-SR 171.1.

Strassengesetz, im kantonalen Gewässerschutzgesetz, im Gesetz über den Wald und die Naturgefahren, im Gesetz über den Wasserbau und im Baugesetz. Mit diesem Begriff wird zum Ausdruck gebracht, dass der Staatsrat seine Aufsichtsfunktion aus einer übergeordneten Perspektive wahrnimmt. Die operative Verantwortung liegt beim zuständigen Department, bei der für den entsprechenden Fachbereich verantwortlichen Dienststelle oder bei der Gemeinde. Der Staatsrat greift nur ein, wenn diese Instanzen ihre Aufgabe nicht in hinreichender Weise wahrnehmen oder wenn besonders einschneidende Aufsichtsmaßnahmen zu treffen sind. Mit dem Begriff „Oberaufsicht des Staatsrats“ ist im Kern seine Aufsicht über andere Aufsichtsinstanzen gemeint¹²⁹. Das Gesetz kann zudem vorsehen, dass besonders einschneidende Aufsichtsmaßnahmen dem Staatsrat vorbehalten sind.

Das Thema kann am Beispiel des Baugesetzes näher erläutert werden. Art. 54 Abs. 2 des Baugesetzes lautet wie folgt: "Der Staatsrat übt die Oberaufsicht über die Baupolizei aus. Er handelt durch das zuständige Departement." Das kantonale Recht enthält keine präzisierenden Hinweise zur Oberaufsicht oder gar eine Definition des Begriffs "Oberaufsicht des Staatsrats"¹³⁰. Es muss daher auf dem Weg der Auslegung ermittelt werden, welche Bedeutung dem Begriff zukommt. Bei der Auslegung handelt es sich um einen schöpferischen Argumentationsprozess, in dessen Rahmen das Programm einer Rechtsnorm konkretisiert, vervollständigt oder ergänzt wird. Bei der Auslegung geht es darum, unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente eine vernünftige, praktikable Problemlösung zu finden¹³¹. Das grammatikalische, das systematische und auch teleologische Auslegungselement führen zum Schluss, dass mit der "Oberaufsicht des Staatsrats" keine direkte Aufsicht, sondern eine Aufsicht über andere Aufsichtsträger gemeint ist. Das historische Element führt zu keinem anderen Schluss. Mit der Oberaufsicht wird dem Staatsrat im Baurecht im Verhältnis zu den Gemeinden eine Kontrollfunktion aus übergeordneter Perspektive zugewiesen. Mit dieser Formulierung soll zum Ausdruck gebracht werden, dass der Staatsrat die Aufsichtsinstanzen, nämlich das zuständige Departement und die Baubewilligungsbehörden, die für die baupolizeilichen Aufgaben zuständig sind, beaufsichtigen soll.

Die Baubewilligungsbehörden sind auch die Baupolizeibehörden. Das Baubewilligungsverfahren und die Baupolizei bezwecken die Durchsetzung des Baurechts und die Wahrung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit im Bauwesen¹³². Mit dem Begriff "Oberaufsicht" soll gezeigt werden, dass der Staatsrat die Ausführung der Bauvorhaben nicht unmittelbar beaufsichtigt. Er nimmt keine direkten baupolizeilichen Aufgaben wahr. Er schreitet nur ein, wenn die zuständigen Behörden ihre Pflichten verletzen (Art. 48 Abs. 1 BauV). Die Aufgaben der Baupolizei haben die Baubewilligungsbehörden zu übernehmen - die Gemeinden in ihrem Verantwortungsbereich und im Zuständigkeitsbereich der Kantonalen Baukommission das Bausekretariat¹³³. Nach Art. 22 Abs. 1 Buchstabe d der Bauverordnung erfüllt das kantonale Bausekretariat die Aufgaben der Baupolizei. Der Staatsrat hat eine gewisse

¹²⁹ Dazu ein Beispiel: Nach Art. 228 des Strassengesetzes vom 3. 9. 1965 sind auch die öffentlichen Verkehrswege der "Oberaufsicht" des Staatsrates unterstellt: VS-SR 725.1.

¹³⁰ Zufferey, 7.

¹³¹ Tschannen, Staatsrecht, §4, N 1, 17ff.

¹³² Art. 55 BauG/VS.

¹³³ Art. 54 BauG/VS.

Distanz zu den Baubewilligungsbehörden zu wahren: Die Gemeinden unterstehen auch im Baurecht nur der Verbandsaufsicht und auch die Kantonale Baukommission ist nicht eine "normale" Einheit innerhalb der Kantonsverwaltung. Sie hat vielmehr gesetzlich festgelegte eigene Kompetenzen - sie ist gemäß Art. 21 Abs. 2 der Bauverordnung ein "unabhängiges Organ" und hat in dieser Hinsicht keine Weisungen des Staatsrats entgegenzunehmen.

6. Aufsicht in einem sich wandelnden Kontext

Die hohe Gemeindeautonomie ist zusammen mit der direkten Demokratie ein wichtiger Grund für die Bürgernähe und die Bedarfsgerechtigkeit der staatlichen Leistungserbringung¹³⁴. Allerdings hat die zunehmende Komplexität der Verhältnisse zu Veränderungen geführt. Dies zeigt sich beispielsweise an stringenteren Umweltschutzbestimmungen, an erhöhten Anforderungen an die Koordination von Siedlung und Verkehr, an den grösseren Herausforderungen an die Kinderbetreuung, die Fürsorge, die Alterspflege und die Integration von ausländischen Personen¹³⁵. Es findet eine schleichende Zentralisierung der Staatsaufgaben statt. In den Bereichen Abwasserentsorgung, Kehrrichtentsorgung, Kindertagesstätten, Spitex und Altersheime gibt der Kanton den Takt vor und überlässt den Gemeinden die Umsetzung¹³⁶. Die Schwerpunkte der kommunalen Politik haben sich von den politisch kaum umstrittenen Grundversorgungsaufgaben (Elektrizität, Wasser, Abfall, Schulen) auf kontroverse Fragen in den Bereichen der Bau-, Verkehrs-, Energie-, Raumplanungs-, Jugend-, Ausländer- und Sozialpolitik verlagert¹³⁷. Es gibt Bereiche, in denen gerade kleinere Gemeinden an ihre Leistungsgrenzen kommen. Als Alternative zur Zentralisierung der Aufgaben bietet sich ein Ausbau der interkommunalen Zusammenarbeit an. Diese bietet in der Regel weniger Mitwirkungsmöglichkeiten für die Bürgerinnen und Bürger und ist mit erhöhten Anforderungen an die Aufsicht verbunden. Der Ausbau der interkommunalen Zusammenarbeit bietet erhebliche Vorteile, führt jedoch auch zu schwierigeren Steuerungsprozessen.

V Die Regelung der Aufsicht in ausgewählten Kantonen

1. Kanton Zürich

1.1. Allgemeines

Art. 85 der Verfassung des Kantons Zürich¹³⁸ räumt den Gemeinden das Recht ein, ihre Angelegenheiten selbstständig zuordnen. Bei den Aufgaben, welche die Gemeinden wahrnehmen, kann es sich um solche handeln, die ihnen durch den Bund oder durch den

¹³⁴ Rühli, avenir suisse, 8.

¹³⁵ Rühli, avenir suisse, 8.

¹³⁶ Rühli, avenir suisse, 76.

¹³⁷ Rühli, avenir suisse, 62f.

¹³⁸ SR 131.211.

Kanton übertragen wurden oder um Aufgaben, welche die Gemeinden freiwillig und in eigener Verantwortung wahrnehmen. Nach Art. 94 der Verfassung des Kantons Zürich¹³⁹ stehen die Gemeinden unter der Aufsicht des Kantons. Der Kanton Zürich verfügt über ein neues Gemeindegesetz aus dem Jahr 2015¹⁴⁰. Im zürcherischen Recht wird grundsätzlich zwischen Fachaufsicht und allgemeiner Aufsicht unterschieden. Der Regierungsrat und die Bezirksräte üben die allgemeine Aufsicht aus, während die Fachaufsicht sich nach spezialgesetzlichen Regelungen richtet¹⁴¹.

1.2. Der Bezirksrat

Der Bezirksrat ist die wichtigste Aufsichtsbehörde. Es handelt sich um eine Kollegialbehörde, die vom Statthalter oder von der Statthalterin präsiert wird und aus zwei weiteren Mitgliedern und zwei Ersatzleuten besteht¹⁴². Die Bezirke Zürich und Winterthur verfügen neben der Statthalterin oder dem Statthalter über je vier Mitglieder und Ersatzmitglieder. Die Aufsicht über die Gemeinden ist die primäre und wichtigste Aufgabe des Bezirkrates¹⁴³. Dieser hat einzuschreiten, sobald er in einer Gemeindeverwaltung Unordnung, Missbräuche, Gesetzes- oder Pflichtverletzungen feststellt. Die Aufsicht umfasst die politischen Gemeinden. Zur Aufsicht des Bezirkrates gehört auch die Aufsicht über die Organisation sowie Verfahrens- und Finanzfragen der Schulgemeinden. Die Fachaufsicht über die Schulgemeinden wird hingegen durch die Bildungsdirektion wahrgenommen. Besondere Regelungen gelten für die Kirchgemeinden. Der Bezirksrat ist auch erste Rekursinstanz gegenüber den Gemeinden. Für Rekurse im Bereich des Bau- und Planungsrechts ist allerdings nicht der Bezirksrat, sondern das Baurekursgericht zuständig. Der Kanton Zürich ist in zwölf Bezirke eingeteilt. Die einzelnen Bezirksräte beaufsichtigen zwischen zehn und 24 Gemeinden. Die Stärke der dezentralen Aufsicht über die Gemeinden besteht darin, dass den lokalen Verhältnissen Rechnung getragen werden kann. Die Schwäche dieser Regelung kann darin gesehen werden, dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass in den einzelnen Bezirken unterschiedliche aufsichtsrechtliche Maßstäbe angelegt werden.

1.3 Der Regierungsrat

Neben dem Bezirksrat wird die allgemeine Aufsicht über die Gemeinden auch durch den Regierungsrat wahrgenommen. Bereits aus dem Gemeindegesetz ergibt sich, dass der Bezirksrat die erste aufsichtsrechtliche Instanz ist, während dem Regierungsrat die Funktion der Oberaufsicht zukommt. In begründeten Fällen kann der Regierungsrat anstelle des Bezirkrates tätig werden¹⁴⁴. Der Regierungsrat hat die Möglichkeit, seine Aufsicht an eine Direktion zu delegieren¹⁴⁵. Der Regierungsrat hat diese Aufsicht an die Direktion der Justiz und des Innern delegiert. Die Bezirksräte und der Regierungsrat

¹³⁹ SR 131.211.

¹⁴⁰ Gemeindegesetz (GG) vom 20.4.2015, LS 131.1.

¹⁴¹ Morgenbesser/Marazzotta, Komm. zum Zürcher GG, § 164, N 3 ff.

¹⁴² Jaag/Rüssli, N 1602 ff.

¹⁴³ Jaag/Rüssli, N 1605.

¹⁴⁴ § 166 Abs. 3 GG/ZH.

¹⁴⁵ Morgenbesser/Marazzotta, Komm. zum Zürcher GG, § 164, N 6.

konnten sich nicht darüber einigen, ob die Direktion der Justiz und des Innern ein Weisungsrecht gegenüber den Bezirksräten hat. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hat nun festgelegt, dass die Direktion der Justiz und des Innern gegenüber den Bezirksräten weisungsbefugt ist¹⁴⁶.

1.4 Stufenordnung

Treten in einer beaufsichtigten Organisation Ordnungswidrigkeiten auf, sind sie vom zuständigen Organ dieser Organisation zu beheben. Es gilt die Pflicht zur internen Aufsicht. Die Gemeinden sind gehalten, selbst für Ordnung zu sorgen, wenn es in ihrem Zuständigkeitsbereich zu Ordnungswidrigkeiten kommt¹⁴⁷. Entsprechend dem Grundsatz der Subsidiarität intervenieren die kantonalen Aufsichtsbehörden nur dann, wenn die beaufsichtigte Organisation die Ordnungswidrigkeiten nicht selbst beheben kann. Die Pflicht zur Selbstkontrolle setzt voraus, dass die Gemeinden den Willen und die Mittel haben, die interne Aufsichtspflicht wahrzunehmen. Die kantonale Aufsichtsbehörde greift ein, wenn Hinweise auf klare Rechtsverletzungen bestehen oder die ordnungsgemäße Führungs- oder Verwaltungstätigkeit auf andere Weise gefährdet ist. Das Gesetz spricht von klaren Rechtsverletzungen. Die Aufsichtsbehörde soll nicht einschreiten, wenn sie eine Gesetzesauslegung oder eine Sachverhaltswürdigung der beaufsichtigten Organisation zwar nicht billigt, diese aber doch als mit guten Gründen für vertretbar halten kann¹⁴⁸.

Die repressive Aufsicht wird in erster Linie durch den Bezirksrat wahrgenommen. Für präventive Aufsichtsmaßnahmen gilt die Stufenordnung von § 166 GG/ZH nicht. Bei den präventiven Aufsichtsmaßnahmen besteht deshalb ein Nebeneinander der Aufsichtsbehörden¹⁴⁹. Aufgrund seiner Nähe zu den beaufsichtigten Aufgabenträgern führt der Bezirksrat insbesondere die informatorische Aufsicht durch. Beratung und Auskünfte erteilen sowohl der Bezirksrat wie das Departement der Justiz und des Innern, hier insbesondere das Gemeindeamt. Hingegen sind genehmigungspflichtige Akte in der Regel dem Regierungsrat zu unterbreiten. Dies erlaubt es dem Regierungsrat, für den ganzen Kanton eine einheitliche Praxis herzustellen¹⁵⁰. Weisungen und Kreisschreiben, die sich an alle Aufgabenträger richten, werden durch den Regierungsrat oder durch die Direktion für Justiz und Inneres erlassen.

Zur allgemeinen Aufsicht gehört auch die Finanzaufsicht über die Gemeinden. In diesem Aufsichtsbereich besteht eine überlappende Zuständigkeit zwischen der Direktion der Justiz und des Innern und dem Bezirksrat.

1.5 Aufsicht und Rechtsmittelverfahren

Rechtswidrigen Anordnungen oder Erlassen ist im Einzelfall grundsätzlich nicht mit aufsichtsrechtlichen Mitteln zu begegnen. Dazu stehen die ordentlichen Rechtsmittel zur Verfügung. Das aufsichtsrechtliche Verfahren soll kein Mittel sein, um eine rechtswidrige

¹⁴⁶ Urteil vom 19.9.2018, AN. 2018.00001.

¹⁴⁷ Morgenbesser/Marazzotta, Komm. zum Zürcher GG, § 166, N 3.

¹⁴⁸ Morgenbesser/Marazzotta, Komm. zum Zürcher GG, § 167, N 8.

¹⁴⁹ Morgenbesser/Marazzotta, Komm. zum Zürcher GG, § 164, N 9.

¹⁵⁰ Morgenbesser/Marazzotta, Komm. zum Zürcher GG, § 164, N 9.

Anordnung trotz verpasster Rechtsmittelfristen überprüfen zu lassen. Das Verhältnis zwischen Aufsichtskompetenz und Rechtsmittelverfahren ist in der Praxis allerdings ungeklärt. Namentlich die Frage, ob ein aufsichtsrechtliches Einschreiten trotz hängiger Rechtsmittelverfahren gerechtfertigt ist, lässt sich nur aufgrund der Umstände des Einzelfalls beurteilen¹⁵¹. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Anfechtungsobjekte von Rechtsmittelverfahren beschränkt sind, während das Aufsichtsverfahren unabhängig von der Handlungsform die gesamte Führungs- oder Verwaltungstätigkeit einer Gemeinde zum Gegenstand hat.

1.6 Maßnahmen

Nach § 168 des Zürcher Gemeindegesetzes kann die kantonale Aufsichtsbehörde verschiedene Maßnahmen treffen. Sie kann unter anderem Weisungen erlassen. Weisungen sind je nach konkreter Ausgestaltung und Gegenstand als präventive oder repressive Aufsichtsmaßnahmen zu qualifizieren. Tobias Jaag und Markus Rüssli halten fest, das Einschreiten der Aufsichtsbehörden mit repressiven Maßnahmen sei "nur dann gerechtfertigt, wenn die Gemeindebehörden nicht selbst willens und in der Lage sind, den rechtmäßigen Zustand herzustellen; aufsichtsrechtliches Einschreiten ist insofern subsidiär gegenüber Maßnahmen der Behörden der betroffenen Gemeinde¹⁵²". Alle Bereiche der Verwaltung der beaufsichtigten Organisationen können Gegenstand von Weisungen bilden. Es kann sich dabei um Verwaltungsverordnungen, um formelle Anordnungen im Einzelfall wie auch um Weisungen eher informeller Natur handeln¹⁵³. Als Verwaltungsverordnungen gelten generelle Dienstabweisungen übergeordneter Behörden an untergeordnete Stellen. Als formelle Anordnung gilt die Weisung an eine einzelne beaufsichtigte Organisation aufgrund eines bestimmten Sachverhalts. Es kann sich beispielsweise um die Weisungen an eine Gemeinde handeln, hängige Verfahren in einer bestimmten Sache fristgerecht zu erledigen. Bei Weisungen informeller Natur kann es sich um Hinweise und Ermahnungen im Hinblick auf die künftige Praxis handeln. Die Aufsichtsbehörde kann vorsorgliche Maßnahmen treffen, widerrechtliche Anordnungen, Beschlüsse und Erlasse aufheben sowie Ersatzanordnungen und Ersatzvornahmen treffen. Sie kann auch Ordnungsbussen aussprechen. Die Aufsichtsbehörde kann ein Behördenmitglied, das Amtspflichten wiederholt oder schwerwiegend verletzt, im Amt einstellen oder des Amtes entheben, wenn dies im öffentlichen Interesse liegt. Eine solche Maßnahme kommt nur als ultima ratio in Frage, bei schwerwiegenden Verfehlungen¹⁵⁴. Die Anordnung einer solchen Maßnahme muss aufgrund der konkreten Umstände als gerechtfertigt erscheinen. Dies kann der Fall sein bei strafrechtlichen Verfehlungen, wobei es sich nicht um Ereignisse handeln darf, die im Zeitpunkt der Wahl in ihrer vollen Tragweite bekannt waren.

Dem Regierungsrat bleibt es vorbehalten, einer beaufsichtigten Organisation das Recht auf Selbstverwaltung zu entziehen und ein leitendes Organ einzusetzen, sofern die

¹⁵¹ Morgenbesser/Marazzotta, Komm. zum Zürcher GG § 167, N 9.

¹⁵² Jaag/Rüssli, 232f., N 2818.

¹⁵³ Morgenbesser/Marazzotta, Komm. zum Zürcher GG, § 168, N 1

¹⁵⁴ Morgenbesser/Marazzotta, Komm. zum Zürcher GG, § 168, N 15.

ordnungsgemäße Erfüllung der Aufgaben nicht anders gewährleistet werden kann¹⁵⁵. Der Regierungsrat ist auch zuständig für die Festlegung des Steuerfußes, wenn eine Gemeinde diesen bis Ende März nicht festgesetzt hat¹⁵⁶.

1.7 Allgemeine Aufsicht und Fachaufsicht

Die allgemeine Aufsicht üben die Bezirksräte und der Regierungsrat aus. Die Fachaufsicht richtet sich nach spezialgesetzlichen Regelungen. Nach der Spezialgesetzgebung beaufsichtigt das Statthalteramt die Ortspolizei, das Straßenwesen und die Feuerwehr, die Baudirektion das Bau- und Planungswesen, die Bildungsdirektion die Volksschule¹⁵⁷. Die Fachdirektionen gehen nicht selten davon aus, dass sie nur dann konkret zur Aufsicht verpflichtet sind, wenn dies im Gesetz so geregelt ist. Fehlt eine klare gesetzliche Regelung, ist nach Mitteilung des Gemeindeamtes öfters umstritten, ob ein Departement in der aufsichtsrechtlichen Verantwortung steht oder ob der Bezirksrat eingeschaltet werden müsste. Sind für das aufsichtsrechtliche Tätigwerden Fachkenntnisse nötig, sollte die Fachdirektion zuständig sein¹⁵⁸. Dies lässt sich am folgenden Beispiel illustrieren: Wenn der Regierungsrat bei der Behandlung einer Aufsichtsbeschwerde festgestellt, dass die Taxen eines kommunalen Alterszentrums überhöht sind, kann er durch die Fachdirektion weitergehende Abklärungen veranlassen. Wenn die Gesundheitsdirektion anhand statistischer Daten feststellt, dass die Taxen auch in anderen Fällen zu hoch sind, sind die entsprechenden Maßnahmen zu treffen. Zu diesem Zweck muss sie bei den betroffenen Gemeinden und bei den Bezirksräten intervenieren¹⁵⁹. Dies soll sie auch ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage tun können.

Es gibt noch keine systematische Koordination zwischen den mit der Aufsicht über die Gemeinden beteiligten Instanzen. Bei der Genehmigung von Gemeindeerlassen ist die Koordination institutionalisiert (Mitberichtsverfahren). Bei der Ausübung der allgemeinen Aufsicht durch die Direktion für Justiz und Inneres und die Bezirksräte soll die Koordination im Rahmen einer Verwaltungsverordnung geregelt werden¹⁶⁰.

2. Kanton Bern

2.1 Allgemeines

Nach der Verfassung des Kantons Bern ist die Autonomie der Gemeinden gewährleistet¹⁶¹. Ihr Umfang wird durch das kantonale und das eidgenössische Recht bestimmt. Das kantonale Recht gewährt den Gemeinden einen möglichst weiten Handlungsspielraum. Mit Rücksicht auf diese Verfassungsbestimmung übt der Kanton die

¹⁵⁵ Morgenbesser/Marazzotta, Komm. zum Zürcher GG, § 168, N 18.

¹⁵⁶ Morgenbesser/Marazzotta, Komm. zum Zürcher GG, § 168, N 20.

¹⁵⁷ Morgenbesser/Marazzotta, Komm. zum Zürcher GG, § 164, N 12.

¹⁵⁸ Mitteilung von Vittorio Jenni, Kanton Zürich, vom 8.11.2018.

¹⁵⁹ Mitteilung von Vittorio Jenni, Kanton Zürich, vom 8.11.2018.

¹⁶⁰ Mitteilung von Vittorio Jenni, Kanton Zürich, vom 8.11.2018.

¹⁶¹ Art. 109 KV/BE, SR 131.212; Friederich, in: Müller/Feller, 238, N 237.

Aufsicht über die Gemeinden mit einer gewissen Zurückhaltung aus. Bei Fehlentwicklungen sollen im Sinne einer Selbstkontrolle und Selbstkorrektur in erster Linie die Gemeinden zum Rechten sehen.

2.2 Organisation der Aufsicht

Die Regierungsstatthalterin oder der Regierungsstatthalter nimmt die kantonale Aufsicht über die Gemeinden wahr, soweit besondere Vorschriften nicht eine andere kantonale Stelle damit beauftragen. Kantonale Fachstellen können beigezogen werden¹⁶².

Unter den "besonderen Vorschriften" ist die ganze kantonale Gesetzgebung zu verstehen, einschliesslich der Verordnungen des Regierungsrates. Auch "andere kantonale Stellen" kommen sämtliche kantonalen Fachstellen, Ämter oder Direktionen in Frage¹⁶³.

Einige nicht unwesentliche Aufsichtszuweisungen nimmt bereits das Gemeindegesetz vor. Für die Vorprüfung und Genehmigung der Organisationsreglemente der Gemeinden ist das Amt für Gemeinden und Raumordnung zuständig¹⁶⁴. Dieses Amt ist ebenfalls zuständig für die kantonale Finanzaufsicht über die Gemeinden¹⁶⁵. Andere Reglemente unterliegen der Genehmigung durch die zuständige kantonale Stelle, soweit besondere Bestimmungen dies vorsehen¹⁶⁶.

Maßgebend ist, "dass eine kantonale Fachstelle für die Durchsetzung des materiellen Rechts, welches in ihrem Zuständigkeitsbereich liegt, grundsätzlich selbst befugt und verpflichtet ist. Insbesondere ist das Amt für Gemeinden und Raumordnung, wiewohl schwergewichtig für die Betreuung der Gemeinden zuständig, kein generelles Aufsichtsamt in dem Sinne, dass es für die (allenfalls autoritative) Durchsetzung sämtlicher Pflichten, welche der Kanton den Gemeinden aufgelegt, verantwortlich wäre. Vielmehr hat jene kantonale Stelle das kantonale Recht zu vollziehen und durchzusetzen, welche sich von ihrem Aufgabenbereich her mit der entsprechenden Materie befasst und welche entsprechend als Aufsichtsbehörde eingesetzt ist¹⁶⁷".

Die Regierungsstatthalterämter können die kantonalen Fachstellen für die Aufsichtstätigkeit beiziehen¹⁶⁸. Denkbar ist auch eine umgekehrte Inanspruchnahme. Darüber hinaus sind die beteiligten kantonalen Stellen verpflichtet, sich über wichtige Vorkommnisse bei der Wahrnehmung der Aufsicht über die Gemeinden zu informieren¹⁶⁹.

Zu den Aufsichtsinstrumenten gehören auch Kontrollbesuche. Die Regierungsstatthalterinnen und Regierungsstatthalter haben die Gemeinden ihres Kreises innerhalb von vier Jahren mindestens einmal zu kontrollieren¹⁷⁰.

Eine parallele Zuständigkeit besteht teilweise im Bereich der dienstleistenden, nicht interventionistischen Aufsicht, d.h. für freiwillig in Anspruch genommene Informations-,

¹⁶² Art. 87 GG/BE.

¹⁶³ Wichtermann, Kommentar zu Art. 87 GG/BE, N 2.

¹⁶⁴ Art. 56 Abs. 1 GG/BE.

¹⁶⁵ Art. 78 Abs. 1 GG/BE.

¹⁶⁶ Art. 57 GG/BE; Wichtermann, Kommentar zu Art. 87 GG/BE, N 3.

¹⁶⁷ Wichtermann, Kommentar zu Art. 87 GG/BE, N 4.

¹⁶⁸ Art. 87 Abs. 2 GG/BE.

¹⁶⁹ Wichtermann, Kommentar zu Art. 87 GG/BE, N 15f.

¹⁷⁰ Wichtermann, Kommentar zu Art. 87 GG/BE, N 10.

Beratungs- und Unterstützungsdienste. In diesem Bereich wenden sich die Gemeinde je nach ihren Bedürfnissen an das Regierungsstatthalteramt oder an die kantonale Fachstelle¹⁷¹.

2.3 Informationen für die Gemeinden

Im Kanton Bern wird großer Wert auf die systematische Information der Gemeinden hingelegt. Diese Informationen sollen es den Gemeinden ermöglichen, eigenverantwortlich zu handeln und selbst Korrekturmaßnahmen einzuleiten, wenn Fehlentwicklungen festgestellt werden sollten.

Die kantonale Verwaltung realisierte unter dem Namen Bernische systematische Information der Gemeinden ein umfassendes Informationssystem für die kommunale Ebene (BSIG)¹⁷². Einzelne Informationen wie Weisungen, Richtlinien, Merkblätter, Kommentare, Ansichtsäußerungen, oder Empfehlungen werden zentral gesammelt und den Gemeinden zur Verfügung gestellt. Diese Dokumente sind gerade auch für den Zweitwohnungsbereich hilfreich. Die Unterlagen werden laufend aktualisiert und können auch von Privaten und Verbänden abonniert werden. Die Dokumente werden in Loseblattform geliefert. Sie können auch in der BSIG-Datenbank gesucht und heruntergeladen werden.

2.4 Aufsichtsrechtliche Untersuchung

Die zuständige kantonale Stelle eröffnet auf aufsichtsrechtliche Anzeige hin oder von Amtes wegen einer Untersuchung, wenn der Verdacht besteht, dass die ordnungsgemäße Verwaltung durch rechtswidriges Handeln der Gemeindeorgane oder auf andere Weise ernsthaft gestört oder gefährdet wird. Voraussetzung dazu ist, dass die Gemeinde die Angelegenheit nicht selbst ordnet¹⁷³.

Nicht jeder noch so leichte Verdacht genügt für die Auslösung einer Untersuchung. Nötig ist ein begründeter Verdacht. Die Aufsichtsbehörde wird deshalb in einer ersten Phase das Umfeld ausleuchten. Der Verdacht muss sich auf eine ernsthafte Störung oder Gefährdung der ordnungsgemäßen Verwaltung der Gemeinde beziehen. Auch Unterlassungen können ein rechtswidriges Verhalten darstellen¹⁷⁴. Die kantonalen Aufsichtsstellen haben in der Regel eine verfahrensmäßig strukturierte aufsichtsrechtliche Untersuchung einzuleiten, bevor sie Maßnahmen verhängen. Die Eröffnung der aufsichtsrechtlichen Untersuchung bedarf keines formalisierten Aktes¹⁷⁵. Über die Eröffnung der aufsichtsrechtlichen Untersuchung entscheidet die zuständige kantonale Behörde allein. Sie tut dies entweder aufgrund eigener Wahrnehmung oder auf Anzeige hin. Die Aufsichtsanzeige ist kein Rechtsmittel, sondern ein Rechtsbehelf. Wer eine

¹⁷¹ Wichtermann, Kommentar zu Art. 87 GG/BE, N 4.

¹⁷² <www.jgk.be.ch>, Gemeinden >Bernische Systematische Information der Gemeinden, besucht am 21.3.2019.

¹⁷³ Art. 88 GG/BE.

¹⁷⁴ Wichtermann, Kommentar zu Art. 88 GG/BE, N 10.

¹⁷⁵ Wichtermann, Kommentar zu Art. 88 GG/BE, N 3.

Angelegenheit zur Anzeige bringt, hat keinen Anspruch darauf, dass die Aufsichtsbehörde tätig wird¹⁷⁶. Diese entscheidet nach pflichtgemäßem Ermessen. Die aufsichtsrechtliche Anzeige ist kein Weg, über den verpasste Rechtsmittelfristen korrigiert werden könnten.

2.5 Maßnahmen

Die zuständige kantonale Stelle kann vorsorgliche Maßnahmen treffen, der Gemeinde Weisungen zur Behebung rechtswidriger Zustände erteilen, widerrechtliche Beschlüsse oder Verfügungen von Gemeindeorganen aufheben oder anstelle säumiger Gemeindeorgane unerlässliche Anordnungen treffen. Sie kann dem Regierungsrat die Aufhebung widerrechtlicher Erlasse, weitergehende Maßnahmen oder die Einsetzung einer besonderen Verwaltung beantragen¹⁷⁷.

Dieser Maßnahmenkatalog steht der kantonalen Aufsichtsbehörde zur Verfügung, um ihre Erkenntnisse nach abgeschlossener Untersuchung eines Sachverhalts gegenüber der Gemeinde durchzusetzen. Die Maßnahmen bilden den Abschluss des Verfahrens. Sie können nicht verhängt werden, ohne dass der Gemeinde im Rahmen eines formalisierten Verfahrens Gelegenheit zur Stellungnahme geboten wurde¹⁷⁸. Die Maßnahmen sollen die Gemeinde wieder in die Lage versetzen, ihre Aufgaben ordnungsgemäß zu erfüllen. Die Maßnahmen sind so auszugestalten, dass der Eingriff möglichst schonend, aber dennoch wirkungsvoll ausfällt.

Besonders eingreifende Maßnahmen sind nach dem Gesetz dem Regierungsrat vorbehalten. Dieser kann widerrechtliche Erlasse der Gemeinde aufheben, für die Gemeinde eine besondere Verwaltung einsetzen, sofern die ordnungsgemäße Verwaltung Gemeinde nicht gewährleistet werden kann, oder weitere notwendige Maßnahmen treffen¹⁷⁹.

Ein Erlass darf nur aufgehoben werden, wenn er dem übergeordneten Recht widerspricht. Unzweckmäßigkeit genügt nicht für die aufsichtsrechtliche Aufhebung eines Erlasses. Der Regierungsrat kann für eine Gemeinde auch eine kommissarische Verwaltung einsetzen¹⁸⁰. Eine kommissarische Verwaltung wurde beispielsweise für eine Gemeinde eingesetzt, deren Gemeindeversammlung sich als unfähig erwiesen hatte, die dringende Sanierung der Gemeindefinanzen durchzusetzen.

Eine "weitere Maßnahme" im Sinne von Art. 90 Bst. c GG/BE kann die Verlängerung der Amtsdauer eines Gemeinderates oder die Festsetzung der Steueranlage einer Gemeinde sein¹⁸¹.

2.6 Hinweise zur Aufsichtspraxis

Gestützt auf die Befragung von Personen, die im Kanton Bern für die Aufsicht über die Gemeinden zuständig sind, ergeben sich die folgenden Hinweise:

¹⁷⁶ Wichtermann, Kommentar zu Art. 88 GG/BE, N 5.

¹⁷⁷ Art. 89 GG/BE.

¹⁷⁸ Wichtermann, Kommentar zu Art. 89 GG/BE; N 5.

¹⁷⁹ Art. 90 GG/BE.

¹⁸⁰ Wichtermann, Kommentar zu Art. 89 GG/BE; N 3.

¹⁸¹ Wichtermann, Kommentar zu Art. 90 GG/BE, N 10.

- a. Die Aufsicht über die Gemeinden basiert auch auf dem Prinzip der Selbstdeklaration. Zu diesem Zweck werden den Gemeinden Fragebogen zugestellt. Die Fragen beziehen sich auf die folgenden Bereiche: Gemeindeerlasse, Gemeindebetriebe, Zusammenarbeit mit anderen Gemeinden und mit übergeordneten Stellen, Führung und Führungsstrukturen, Archivierung, Personal, Einwohnerkontrolle, Abstimmungen und Wahlen, Datenschutz und Datensicherheit, Informatik, Bildung, Polizei, öffentliche Sicherheit, Finanzen und Steuern, Bauwesen, Raumplanung, soziale Sicherheit, Erbschaften, Bestattungswesen. Gestützt auf die Angaben der Gemeinden kann ermittelt werden, in welchen Bereichen aus aufsichtsrechtlicher Sicht besonderer Handlungsbedarf besteht.
- b. Ausgeprägt ist die Aufsicht über die Gemeinden vor allem im Bereich des Finanzhaushalts¹⁸². Aufsichtsmittel vorwiegend präventiver Natur sind das System zur Früherkennung von Fehlentwicklungen der kommunalen Finanzhaushalte, Informationspflichten der Gemeinden, etwa bei einem fehlenden Budget, und die Pflicht zur Vorlage des Finanzplans bei einem budgetiertem Bilanzfehlbetrag. Die Einführung von wirkungsorientierten Steuerungsmodellen ist genehmigungspflichtig. Die repressiven aufsichtsrechtlichen Maßnahmen bei einer Gefährdung des Haushaltsgleichgewichts oder bei fehlendem Budget gehen relativ weit. In früheren Jahren wurden in den folgenden Fällen aufsichtsrechtliche Untersuchungen durchgeführt: Grobe Miswirtschaft im kommunalen Finanzwesen, wirtschaftlich katastrophale Entwicklung des Finanzhaushaltes, Vernachlässigung der vermögensrechtlichen Interessen einer Gemeinde.
- c. Bei der finanziellen Aufsicht über die Gemeinden sind nicht nur die Ausgaben, sondern auch die Einnahmen zu beachten. In einem Bericht aus dem Jahr 2017 zur Gemeinde Frutigen wurde beispielsweise festgehalten, dass bei der Erhebung der Abwassergebühren und der Grundeigentümerbeiträge erhebliche Mängel bestehen. Die Gemeinde wurde aufgefordert, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen.
- d. Heikel ist der Bereich des Bauens. Aus früheren Jahren sind folgende Beispiele bekannt: Verdacht auf Vernachlässigung der kommunalen baupolizeilichen Aufgaben, ungenügende Organisation der Baupolizei, Zulassung von Bauten ohne Baubewilligung. Öffentlich bekannt ist der folgende Fall: Der zuständige Regierungsstatthalter übte in einem Bericht aus dem Jahr 2017 starke Kritik an der Gemeinde Grindelwald. Der Gemeinderat hatte in etlichen Bauverfahren teils gravierende Fehler begangen und Kompetenzen überschritten. Dem Gemeindepräsidenten wurde ein Verweis erteilt. Er hatte seine Funktionen als Behördenmitglied und Bauunternehmer nicht klar getrennt. Als Grund für die Probleme gab er starke Wechsel in der Bauverwaltung an. Zwei Frauen hatten den Fall mit einer Anzeige ins Rollen gebracht. Sie hatten beobachtet, dass gewisse Häuser zu groß gebaut worden waren.
- e. Die Aufsicht erfolgt differenziert. Große Gemeinden und Städte mit professionellen Strukturen werden anders beaufsichtigt als kleine Gemeinden. Die Aufsicht über die Gemeinden erfolgt nach Möglichkeit risikobasiert.
- f. Ein Praktiker mit langjähriger Erfahrung weist darauf hin, dass es nicht immer einfach ist, Fehlentwicklungen zu erkennen. Ein Grund dafür sind auch die beschränkten Ressourcen, die für die Aufsichtstätigkeit zur Verfügung stehen. Wichtig sind die Hinweise

¹⁸² Friederich, in: Müller/Feller, 239, N 239.

von Einzelpersonen. Der erwähnte Praktiker fasste dies wie folgt zusammen: "Was einem nicht zugetragen wird, das sieht man nicht¹⁸³".

3. Kanton Freiburg

3.1 Allgemeines

Im Kanton Freiburg stehen die Gemeinden und die Gemeindeverbände unter der Oberaufsicht des Staates, die durch den Staatsrat, durch die für die Gemeinden zuständige Direktion, durch die Oberamt männer, durch das Amt für Gemeinden und durch die in der Spezialgesetzgebung bezeichneten Behörden ausgeübt wird¹⁸⁴. Das Gemeindegesetz enthält detaillierte Regelungen. Die Gesetzesbestimmungen, welche die Maßnahmen bei Unregelmäßigkeiten betreffen, wurden im Jahre 2006 revidiert. Dabei wurden die Zuständigkeiten und das Verfahren präzisiert.

Der Staatsrat ist die oberste Aufsichtsbehörde¹⁸⁵. Er übt die ihm vom Gesetz übertragenen Befugnisse aus. Die für die Gemeinden zuständige Direktion erfüllt alle Aufgaben, die das Gesetz nicht ausdrücklich einer anderen Behörde zuweist. Das Amt für Gemeinden beaufsichtigt insbesondere die Finanzverwaltung der Gemeinden und der Gemeindeverbände, in dem es prüft, ob die Formerfordernisse ihrer Voranschläge und ihrer Jahresrechnungen erfüllt sind und ob ihr Finanzhaushalt im Gleichgewicht ist¹⁸⁶.

3.2 Rolle des Oberamtmanns

Der Oberamtmann ist für die allgemeine Aufsicht über die Gemeinden und Gemeindeverbände zuständig¹⁸⁷. Er wacht darüber, dass die Gemeinden und die Gemeindeverbände seines Bezirks gut verwaltet werden. Er unterstützt sie. Er inspiziert mindestens einmal während der Legislaturperiode die Verwaltung jeder Gemeinde seines Bezirks und er berichtet der für die Gemeinden zuständige Direktion über seine Feststellungen. Er hat die Befugnis, den Sitzungen der Organe seiner Gemeinden oder eines Gemeindeverbandes mit beratender Stimme beizuwohnen. Er wird von jeder Verfügung, die die kantonale Behörde gegenüber einer Gemeinde oder einem Gemeindeverband seines Bezirkes getroffen hat, in Kenntnis gesetzt. Wenn es zu Unregelmäßigkeiten kommt, stehen in erster Linie die Gemeindeorgane in der Pflicht, für ordnungsgemäße Zustände zu sorgen¹⁸⁸. Missachtet eine Gemeinde gesetzliche Vorschriften, beeinträchtigt sie überwiegende Interessen anderer Gemeinden oder des Kantons oder ist ihre ordnungsgemäße Verwaltung schwer gefährdet, so fordert

¹⁸³ Hinweis von Martin Künzi, Regierungsstatthalter des Verwaltungskreises Interlaken-Oberhasli.

¹⁸⁴ Art. 143 GG/FR, SGF 140.1

¹⁸⁵ Art. 144 GG/FR.

¹⁸⁶ Art. 145 GG/FR.

¹⁸⁷ Art. 146 GG/FR.

¹⁸⁸ Art. 150 GG/FR.

der Oberamtmann die Gemeinde so bald wie möglich, spätestens jedoch innert 30 Tagen nach Bekanntwerden des Zustandes auf, diesen Zustand zu beheben¹⁸⁹. Kommt die Gemeinde der Aufforderung nicht nach, so kann der Oberamtmann nach Anhören des Gemeinderates anstelle der Gemeinde handeln und in schwerwiegenden Fällen Gemeindebeschlüsse aufheben. Der Oberamtmann kann auf Anzeige hin oder von Amtes wegen eine Untersuchung gegen den Gemeinderat oder eines seiner Mitglieder eröffnen. In dringenden Fällen trifft der Oberamtmann vorsorgliche Maßnahmen. In seinem Zuständigkeitsbereich kann das Amt für Gemeinden die gleichen Maßnahmen treffen wie der Oberamtmann. Zusätzlich zu den Maßnahmen, die in den Zuständigkeitsbereich des Oberamtmanns fallen, kann der Staatsrat nach Abschluss der Untersuchung gegenüber einer Gemeinde weitere Maßnahmen, die im Gesetz vorgesehen sind, treffen¹⁹⁰.

4. Kanton Luzern

4.1. Allgemeines

Nach der Verfassung des Kantons Luzern¹⁹¹ ist die Autonomie der Gemeinden gewährleistet. § 73 der Luzerner Verfassung enthält die Grundsätze betreffend die Aufsicht des Kantons über die Gemeinden. Diese sorgen bei der Aufgabenerfüllung und bei der Festlegung ihrer Organisation für eine wirksame Kontrolle und Steuerung. Der Kanton bezeichnet die Behörden, welche die Gemeinden unter Beachtung ihres Gestaltungsspielraums beaufsichtigen. Das Gesetz regelt die aufsichtsrechtlichen Maßnahmen. Die Gemeindeerlasse sind dem Kanton zur Genehmigung zu unterbreiten, wenn das Gesetz dies vorsieht. Wenn das Gesetz nichts anderes bestimmt, beschränkt sich die Prüfung der Erlasse auf die Rechtmäßigkeit.

4.2 Intensität der Aufsicht

Im Zusammenhang mit der wirkungsorientierten Verwaltungsführung haben die Kantone zum Teil neue Wege beschritten. Im Kanton Luzern prüft das Aufsichtsorgan lediglich, ob die Gemeinden ein den Mindestanforderungen entsprechendes Controlling-System haben und ob sie dieses richtig anwenden¹⁹². Die Intensität der kantonalen Aufsicht hat sich nach den konkreten Verhältnissen zu richten. Bei Gemeinden von hinreichender Größe, die über eine professionelle Verwaltung und über gefestigte Controllingprozesse verfügen, sind keine flächendeckenden Aufsichtsmassnahmen erforderlich. Der Regierungsrat des Kantons Luzern hat sich im Jahr 2012 in der Botschaft zu Verfassungs- und Gesetzesentwürfen betreffend die Aufsicht über die Gemeinden wie folgt geäußert: "Als Ausgangslage für die Neuordnung der Aufsicht ist festzuhalten, dass die Gemeindeordnungen, die gestützt auf das Gemeindegesetz von 2004 erlassen wurden, eingeführt, die Gemeindeorganisationen gefestigt und die Controllingprozesse in den Einwohnergemeinden mehrheitlich entwickelt sind. Die Organisation der kantonalen

¹⁸⁹ Art. 151 GG/FR.

¹⁹⁰ Art. 151e GG/FR.

¹⁹¹ § 68 KV/LU, SR 131.213.

¹⁹² Auer, Staatsrecht, 450.

Aufsichtsbehörden hat dieser Entwicklung der letzten Jahre Rechnung zu tragen. Die allgemeine Aufsicht des Kantons soll auf demokratische und rechtsstaatliche korrekte Verfahren konzentriert sein. Diese Aufsicht soll grundsätzlich keine begleitende, rollende Aufsicht sein, sondern anlassbezogen. Sie soll schwergewichtig auf Eingaben oder Beschwerden hin zum Einsatz kommen¹⁹³. Die staatlichen Stellen unterstützen die Gemeinden bei der eigenverantwortlichen Qualitätssicherung¹⁹⁴.

4.3 Finanzaufsicht

Der Kanton Luzern bietet im interkantonalen Vergleich die umfangreichste, informativste und am besten aufbereitete Gemeindefinanzberichterstattung. Es gibt ein Dokument von mehr als 400 Seiten, indem zuerst die methodischen Grundlagen, die rechtlichen Rahmenbedingungen und der Finanzhaushalt der Gemeinden gesamthaft dargelegt werden. Es gibt eine mehrseitige Analyse der Finanzlage jeder einzelnen Gemeinde. Die Daten werden graphisch aufbereitet, analysiert und interpretiert. Eine jährliche Analyse erfolgt im statistischen Jahrbuch und im Newsletter „Iustat aktuell“¹⁹⁵.

Im Gegensatz zu vielen Kantonen legt die Finanzaufsicht im Kanton Luzern den Prüfungsschwerpunkt seit längerer Zeit nicht mehr nur auf die abgeschlossene Jahresrechnung, sondern vielmehr auf das Budget und auf den Finanzplan. Maßgebend ist die risikobasierte Prüfung. In Zukunft soll nicht mehr für jede Gemeinde jährlich ein Kontrollbericht zur Rechnung und zum Budget erarbeitet werden. Die Gemeinden haben jedoch die Schlüsseldokumente den zuständigen kantonalen Stellen jährlich in elektronischer Form zu übermitteln. Begutachtet werden nur noch Gemeinden mit speziellen Gegebenheiten - beispielsweise solche mit ungenügenden Finanzkennzahlen. Jede Gemeinde wird jedoch mindestens alle fünf Jahre einmal kontrolliert.

Viele Gemeinden arbeiten mit einer externen Revisionsstelle zusammen. Dies führt zu einer Verringerung von Risiken. Allerdings wurde die flächendeckende Einführung von externen Revisoren im Rahmen der Erarbeitung des neuen Gesetzes über den Finanzhaushalt der Gemeinden abgelehnt.

Es kann vorkommen, dass Gemeinden mit einer angespannten Finanzlage mit zu optimistischen Prognosen rechnen. Das Bevölkerungswachstum führt nicht automatisch zu mehr Steuereinnahmen. Probleme können auch dann entstehen, wenn die Stimmberechtigten das durch den Gemeinderat ausgearbeitete Budget mehrmals ablehnen. Im Jahr 2018 musste der Regierungsrat das Budget und den Steuerfuß für die Gemeinde Emmen festlegen - eine Gemeinde mit 30'000 Einwohnerinnen und Einwohner¹⁹⁶.

¹⁹³ Botschaft des Regierungsrates des Kantons Luzern an den Kantonsrat zu Entwürfen von Verfassungs- und Gesetzesänderungen betreffend die Aufsicht über die Gemeinden vom 4. Dezember 2012, 19.

¹⁹⁴ Art. 99 Abs. 2 des Gemeindegesetzes des Kantons Luzern vom 4.5.2004, SRL 150.

¹⁹⁵ Rühli, *avenir suisse*, 87.

¹⁹⁶ Mitteilung von Beat Fallegger, Kanton Luzern, vom 31.10.2018.

5. Kanton Graubünden

5.1 Allgemeines

Seit jeher wird den Gemeinden des Kantons Graubünden eine große Autonomie zugestanden. Die Gemeindeautonomie ist in der Verfassung des Kantons Graubünden verankert¹⁹⁷. Die Autonomie umfasst das Recht der Selbstgesetzgebung und der Selbstverwaltung. Das neue Gemeindegesetz des Kantons Graubünden vom 17. Oktober 2017¹⁹⁸ konkretisiert die in der Verfassung angelegte Gemeindeautonomie. Das Gesetz legt fest, dass die Gemeinde ihre Angelegenheiten im Rahmen des übergeordneten Rechts selbstständig regeln. Das kantonale Recht soll ihnen einen möglichst weiten Handlungsspielraum gewähren. Nach Artikel 67 der Kantonsverfassung übt die Regierung die Aufsicht über die Gemeinden und die Träger der interkommunalen Zusammenarbeit aus. Die Aufsicht beschränkt sich auf die Rechtskontrolle, soweit das Gesetz nicht etwas anderes bestimmt¹⁹⁹. Bei schwerwiegenden Missständen kann eine Gemeinde unter Kuratel gestellt werden²⁰⁰.

Die den Gemeinden eingeräumte Autonomie und die damit verbundene Handlungsfreiheit soll auch bei der Ausübung der Aufsicht über die Gemeinden beobachtet werden. Das aufsichtsrechtliche Konzept geht davon aus, dass die Gemeinden bei tatsächlichen oder vermuteten Unregelmäßigkeiten in erster Linie selbst tätig werden. Es gilt das Prinzip der Selbstreinigung²⁰¹.

5.2 Mitwirkungspflichten der Gemeinden

Das Gemeindegesetz des Kantons Graubünden legt fest, dass die Gemeinden zur Mitwirkung bei der kantonalen Aufsicht verpflichtet sind²⁰². Die Gemeinden sind selbst für das Funktionieren ihrer Verwaltung verantwortlich. Sie sind auch in erster Linie für die Behebung von Fehlern verantwortlich. Werden in einer Gemeinde Unregelmäßigkeiten festgestellt, so veranlasst das zuständige Gemeindeorgan die erforderlichen Abklärungen und trifft die notwendigen Maßnahmen²⁰³.

5.3. Aufgaben der Regierung

Die Aufsicht wird durch die Regierung und die Departemente ausgeübt. Die Fachaufsicht richtet sich nach den spezialgesetzlichen Regelungen²⁰⁴.

Einige Aufgabenzuweisungen nimmt das Gesetz selbst vor: Die Regierung hat die Verfassung der Gemeinden zu genehmigen²⁰⁵, sie kann eine Gemeinde unter besondere

¹⁹⁷ Art. 65 KV/GR, SR 131.226.

¹⁹⁸ GG/GR, BR 175.050; Botschaft GG/GR, 187ff.

¹⁹⁹ Botschaft GG/GR, 262.

²⁰⁰ Art. 85 GG/GR.

²⁰¹ Botschaft GG/GR, 262.

²⁰² Art. 75 GG/GR.

²⁰³ Art 76 GG/GR.

²⁰⁴ Art. 77 GG/GR.

²⁰⁵ Art. 80 GG/GR.

Finanzaufsicht stellen²⁰⁶ und sie kann die Handlungsfähigkeit einer Gemeinde ganz oder teilweise einschränken. Die Regierung kann einen Kommissär einsetzen²⁰⁷ oder eine Gemeinde unter Kuratel stellen²⁰⁸.

Gemäß langjähriger Praxis zur Aufsichtsbeschwerde schreitet die Regierung ein bei Vorliegen eines schwerwiegenden Aktes schlechter Gemeindeverwaltung. Die Regierung leistet einer Aufsichtsbeschwerde dann Folge, wenn eine Gemeindebehörde besonders krasse Rechts- oder Ordnungswidrigkeiten begeht²⁰⁹. Ein solches Verhalten muss mit einer erheblichen Schädigung des Gemeinwohls verbunden sein oder auf die Missachtung wichtiger, zentraler öffentlicher Interessen hinauslaufen. In den letzten 15 Jahren gab es nur wenige Fälle, in denen die Regierung einer Aufsichtsbeschwerde Folge leistete oder von sich aus tätig wurde. Es handelte sich um die Bereiche Zweitwohnungsgesetzgebung und Abwasser- beziehungsweise Abfallentsorgung. Eine Gemeinde wurde angewiesen, im Entsorgungsbereich Grundlagen zu kostendeckenden und verursachergerechten Gebühren zu erarbeiten. In einem anderen Fall verfügte die Regierung eine Ersatzregelung²¹⁰.

5.4 Aufgaben der Departemente, Fachaufsicht

Die Regierung überträgt dem Departement die Finanzaufsicht über die Gemeinden²¹¹. Es ist überdies Sache der kantonalen Gesetzgebung, die Aufsicht in den jeweiligen Fachbereichen sicherzustellen.

Die Regierung hielt dazu Folgendes fest: "Es gilt der Grundsatz, dass eine Fachstelle für die Durchsetzung des materiellen Rechts, welches in ihrem Zuständigkeitsbereich liegt, grundsätzlich selbst befugt und verpflichtet ist. Jene kantonale Stelle hat das kantonale Recht zu vollziehen und durchzusetzen, welche sich von ihrem *Aufgabenbereich* her mit der entsprechenden Materie befasst und welche entsprechend als Aufsichtsbehörde eingesetzt ist²¹²."

Nach Auskunft der zuständigen Stelle des Kantons Graubünden ist nicht immer klar, welchem Fachbereich aufsichtsrechtliche Aufgaben zukommen.

Dazu ein Beispiel: Auch wenn ordnungswidriges Verhalten letztlich zu einem finanziellen Schaden führen kann, ist nicht stets die mit der Finanzaufsicht betraute Dienststelle aufsichtsrechtlich verantwortlich²¹³.

Das Amt für Gemeinden nimmt die aufsichtsrechtlichen Aufgaben im institutionellen Gemeinderecht und bei der Finanzaufsicht der Gemeinden wahr.

²⁰⁶ Art. 83 GG/GR.

²⁰⁷ Art. 84 GG/GR.

²⁰⁸ Art. 85 GG/GR.

²⁰⁹ Mitteilung von Thomas Kollegger, Kanton Graubünden, vom 28.12.2018.

²¹⁰ Mitteilung von Thomas Kollegger, Kanton Graubünden, vom 28.12.2018.

²¹¹ Art. 81 GG/GR.

²¹² Botschaft GG/GR, 263.

²¹³ Mitteilung von Thomas Kollegger, Kanton Graubünden, vom 28.12.2018.

5.5 Aufsichtsrechtliche Abklärungen

In das neue Gemeindegesetz des Kantons Graubünden vom 17. Oktober 2017 wurde eine Regelung eingefügt, die aus dem bernischen Gemeindegesetz übernommen wurde. Es geht um nähere Abklärungen. Die zuständige kantonale Stelle nimmt auf aufsichtsrechtliche Anzeige hin oder von Amtes wegen nähere Abklärungen vor, wenn der begründete Verdacht besteht, dass die ordnungsgemäße Verwaltung durch rechtswidriges Handeln der Gemeindeorgane oder auf andere Weise ernsthaft gestört oder gefährdet wird. Voraussetzung ist, dass die Gemeinde diese Angelegenheit nicht selbst ordnet²¹⁴.

5.6 Aufsichtsrechtliche Maßnahmen

Neben den in der kantonalen Spezialgesetzgebung vorgesehenen Maßnahmen kann die zuständige Aufsichtsinstanz insbesondere Weisungen erteilen, widerrechtliche Beschlüsse von Gemeindeorganen aufheben oder Ersatzvornahmen treffen. Für solche Maßnahmen, die der Eingriffsverwaltung zuzuordnen sind, gilt das Legalitätsprinzip²¹⁵. Diese Maßnahmen werden in der Regel im Anschluss an aufsichtsrechtliche Abklärungen getroffen.

Bei schwerer Amtspflichtverletzung oder wiederholter Weigerung, Anordnungen von kantonalen Aufsichtsstellen zu befolgen, kann die Regierung Mitglieder von Gemeindebehörden ihres Amtes entheben²¹⁶. Bei krassen Missständen kann die Regierung die Kuratel verhängen²¹⁷.

5.7 Koordination und Information

Verschiedene Aufsichtsbereiche haben Anknüpfungspunkte zu unterschiedlichen kantonalen Stellen. Es besteht im Kanton Graubünden nach Auskunft des zuständigen Amtes grundsätzlich keine formalisierte Koordination zwischen den kantonalen Stellen²¹⁸. Entscheidend ist, dass die zuständigen Sachbearbeiterinnen und Sachbearbeiter von sich aus koordinierend tätig sind und Informationen weitergeben. Nach Art. 5 der Verordnung über die Finanzaufsicht über die Gemeinden²¹⁹ besteht seit 2016 eine gegenseitige Informationspflicht über wesentliche Vorkommnisse, soweit eine andere kantonale Stelle von der Angelegenheit betroffen ist.

²¹⁴ Art. 78 GG/GR.

²¹⁵ Botschaft GG/GR, 264.

²¹⁶ Art. 79 Abs. 2 GG.

²¹⁷ Art. 85 GG.

²¹⁸ Mitteilung von Thomas Kollegger, Kanton Graubünden, vom 28.12.2018.

²¹⁹ FiAV; BR 175.00.

6. Weitere Kantone

6.1. Kanton Thurgau

Im Kanton Thurgau verfügen die Gemeinden über eine in der Verfassung verankerte Gemeindeautonomie²²⁰. Zuständig für die Aufsicht über die Gemeinden ist das Departement, dessen Sachbereich betroffen ist. Die politischen Gemeinden werden in den Bereichen Organisation und politische Rechte vom Departement für Inneres und Volkswirtschaft (DIV) beaufsichtigt. Die Aufsicht beschränkte sich im Wesentlichen darauf sicherzustellen, dass bei der Gemeindeordnung, bei den Gemeindeversammlungen und bei den Urabstimmungen die Vorgaben des Bundes und des Kantons eingehalten werden. Die Schulgemeinden werden vom Departement für Erziehung und Kultur (DEK) beaufsichtigt. Herausfordernd ist das Spannungsfeld zwischen der Teilautonomie der Schulgemeinden – die weniger weit geht als bei den politischen Gemeinden – und dem Anspruch auf Chancengleichheit für die Kinder und Jugendlichen. Das Departement für Bau und Umwelt (DBU) hat die Aufsicht in den Bereichen Bau-, Planungs- und Umweltrecht. Für den Gesetzesvollzug sind primär die Gemeinden zuständig. Diesen fehlt in komplexen Fällen oft das Fachwissen, so dass das DBU die notwendigen Schritte teilweise aufsichtsrechtlich vorgegeben muss. Das Departement für Finanzen und Soziales (DFS) übt die Aufsicht im Bereich der Sozialhilfe aus. Es besteht die übliche Vorzugsvielfalt im föderalen System, die „durch immer komplexere Fälle und knappes Fachwissen in kleineren Gemeinden problematisch sein kann. Hier ist es Sache der Rechtsmittelinstanzen, den zentralen Vollzugsvorschriften einigermaßen einheitlich zum Durchbruch zu verhelfen²²¹“.

Eine Koordination besteht in dem Sinn, dass die Zuständigkeit in allgemeinen Angelegenheiten und in Zweifelsfällen dem Departement für Inneres und Volkswirtschaft (DIV) zugewiesen wird. Eine materielle Koordination im Sinne einer einheitlichen Aufsichtspraxis gibt es nicht.

6.2 Kanton St. Gallen

Im Kanton St. Gallen verfügen die Gemeinden über eine verfassungsrechtlich garantierte Autonomie²²². Sie stehen unter der Aufsicht des Kantons. Die Aufsicht beschränkt sich im Bereich der Gemeindeautonomie auf die Überprüfung der Rechtmäßigkeit des kommunalen Handelns. Sie umfasst außerhalb der Gemeindeautonomie die Überprüfung der Rechtmäßigkeit und der Angemessenheit kommunalen Handelns, soweit das Gesetz nichts anderes vorsieht²²³. Aufsichtsbehörden sind die Regierung, das zuständige Departement und weitere Behörden gemäß der Gesetzgebung. Dem Regierungsrat obliegt die Oberaufsicht²²⁴. Die Aufsicht wird durch das zuständige Departement

²²⁰ § 59 KV/TG, SR 131.228.

²²¹ Mitteilung von Herrn Regierungsrat Walter Schönholzer; Kanton Thurgau, vom 7.12.2018.

²²² Art. 89 KV/SG, SR 131.225.

²²³ Art. 100 KV/SG.

²²⁴ Art. 157 GG/SG.

ausgeübt²²⁵. Dieses trifft angemessene Maßnahmen zur Sicherung oder Wiederherstellung der gesetzlichen Ordnung²²⁶.

Nach Auskunft der zuständigen Stellen besteht die Herausforderung darin, die Aufsicht mit den zur Verfügung stehenden Ressourcen rechts- und zweckmäßig zu organisieren²²⁷. Die primäre Zuständigkeit liegt beim Amt für Gemeinden, das für die allgemeine Gemeindeaufsicht verantwortlich ist. Im Amt für Gemeinden ist auch das Grundbuchinspektorat angesiedelt. Dieses ist zuständig für die Fachaufsicht im Bereich der Grundbuchführung: „Bei seinen Inspektionen stellte es verbreitet Verstöße gegen das Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht (BGBB) und gegen das Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG) fest²²⁸“.

Bei der Ausübung der Aufsicht ist eine zeitgemäße Prüfmethode einzusetzen. Bei der Prüfung sind insbesondere der Nachvollziehbarkeit und der Dokumentation Beachtung zu schenken. Risiken bestehen im späten Entdecken von Missständen aufgrund zu langer Prüfintervalle bei den Gemeinden. Der Kanton führt bei den Gemeinden Prüfungen aufgrund eines risikobasierten Ansatzes durch. Die Prüfintervalle sind je nach Risiko 4-8 Jahre. Das Arbeitsprogramm dazu wird jährlich veröffentlicht. Bei den Prüfungen bestätigen die Gemeinden anhand einer Vollständigkeitserklärung das Vorhandensein der Unterlagen, der Protokolle und eines internen Kontrollsystems. Zudem haben sie allfällige Hinweise auf deliktische Handlungen offenzulegen.

Eine der zentralen Herausforderungen besteht in der Abgrenzung der allgemeinen Aufsicht von der Fachaufsicht der zuständigen Departemente. Grundsätzlich ist die Fachaufsicht im Gesetz zugewiesen, subsidiär greift die allgemeine Aufsicht. Wo Unklarheiten bestehen, wird die Zuständigkeit durch den Regierungsrat oder durch Vereinbarung zwischen der Fachaufsicht und der allgemeinen Aufsicht festgelegt. Je nach Vereinbarung können aber nach wie vor Unsicherheiten über die Weiterleitung von relevanten Informationen bestehen. Die Vereinbarungen müssen regelmäßig überprüft und gegebenenfalls aktualisiert werden. Es besteht kein standardisierter Ablauf zur Koordination der Aufsicht unter den Departementen²²⁹. Der Austausch findet periodisch nach Bedarf statt. Im Bereich der jährlichen Schwerpunktprüfungen findet ein reger Austausch mit den anderen betroffenen Fachstellen auf Projektbasis statt.

6.3 Kanton Aargau

Im Kanton Aargau sind die Gemeinden autonom. Sie sind befugt, sich selbst zu organisieren, ihre Behörden und Beamten zu wählen und ihre Aufgaben nach eigenem Ermessen zu erfüllen²³⁰. Die Gemeinden, die Gemeindeverbände und andere Körperschaften des öffentlichen Rechts ordnen und verwalten ihre Angelegenheiten selbstständig. Sie stehen im Rahmen der Verfassung und der Gesetze unter der Aufsicht des Staates²³¹. Aufsichtsbehörden sind der Regierungsrat und die Departemente. Die

²²⁵ Art. 158 GG/SG.

²²⁶ Art. 159 GG/SG.

²²⁷ Mitteilung von Alexander Gulde, Kanton St. Gallen, vom 27.11.2018.

²²⁸ Mitteilung von Alexander Gulde, Kanton St. Gallen, vom 27.11.2018.

²²⁹ Mitteilung von Alexander Gulde, Kanton St. Gallen, vom 27.11.2018.

²³⁰ § 106 KV/AG, SR 131.227.

²³¹ § 100 GG/AG.

Aufsichtsbehörden wachen darüber, dass die Verwaltung der unter Staatsaufsicht stehenden Körperschaften vorschriftsgemäß geführt wird. Werden vorschriftswidrige Zustände festgestellt, so hat das zuständige Department dem Regierungsrat davon Kenntnis zu geben. Der Regierungsrat lässt den Sachverhalt unter Anhörung der verantwortlichen Behörden untersuchen. Er setzt Frist an für die Behebung der Mängel. Im Unterlassungsfall ordnet der Regierungsrat die Ersatzvornahme an. In dringenden Fällen verfügt er vorläufige Maßnahmen²³². Der Regierungsrat kann Mitglieder von Behörden, die Aufforderungen von Aufsichtsbehörden missachten, bei schweren Pflichtverletzungen entlassen und bei Strafuntersuchungen wegen eines schweren Vergehens oder Verbrechens vorläufig im Amt einstellen²³³. Unter bestimmten Bedingungen kann der Regierungsrat einer Gemeinde die Selbstverwaltung entziehen und einen Sachwalter einsetzen²³⁴.

6.4 Kanton Basel-Landschaft

Im Kanton Basel-Landschaft sind die Gemeinden im Rahmen von Verfassung Gesetz befugt, sich selbst zu organisieren, ihre Behördenmitglieder sowie die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter zu wählen oder anzustellen, ihre eigenen Aufgaben nach freiem Ermessen zu erfüllen und ihre öffentlichen Sachen selbstständig zu verwalten. Die kantonalen Organe achten und schützen die Selbstständigkeit der Gemeinden. Der Gesetzgeber gewährt ihnen möglichst große Handlungsfreiheit. Für die Gemeinden können unterschiedliche Regelungen vorgesehen werden (Variabilität). Der Regierungsrat übt die Aufsicht über die Gemeinden aus²³⁵. Er kann seine Aufsichtsbefugnis mit Ausnahme der Beschränkung oder der Aufhebung der Selbstverwaltung und der Genehmigung der Gemeindeordnung im Rahmen der Delegationsbestimmungen des Organisationsgesetzes übertragen²³⁶. In Angelegenheiten des eigenen Wirkungskreises der Gemeinden beschränkt sich die Aufsicht des Kantons auf die Rechtskontrolle mit dem Zweck, Rechtsverletzungen, Rechtsverzögerungen und Willkürentscheide der Gemeindeorgane zu verhüten. Dem eigenen Wirkungskreis gleichgestellt ist derjenige Teil des übertragenen Wirkungskreises, in dem der Kanton den Gemeinden eine erhebliche Entscheidungsfreiheit einräumt²³⁷. Das Gesetz regelt die Rechtsetzungs- und die Finanzaufsicht des Kantons²³⁸. Gegenüber Gemeinden, die sich beharrlich weigern, den Anordnungen des Regierungsrates Folge zu leisten oder bei denen aus anderen Gründen, insbesondere wegen der Unmöglichkeit, die Behörden zu bestellen oder die finanziellen Verpflichtungen zu erfüllen, eine gesetzmäßige und geordnete Verwaltung nicht gewährleistet ist, kann der Regierungsrat auf Kosten der Gemeinden folgende Maßnahmen verfügen: Ersatzvornahme, teilweiser Entzug der Selbstverwaltung, gänzlicher Entzug der Selbstverwaltung für höchstens zwei Jahre²³⁹.

²³² § 102 GG/AG.

²³³ § 103 GG/AG.

²³⁴ § 104 GG/AG.

²³⁵ § 45 KV/BL, SR 131.222.2.

²³⁶ § 167 GG/BL.

²³⁷ § 3 GG/BL.

²³⁸ § 168f. GG/BL.

²³⁹ § 171 GG/BL.

6.5 Kanton Solothurn

Im Kanton Solothurn verfügen die Gemeinden über Autonomie. Das Recht der Gemeinden, ihre Angelegenheiten selbstständig zu regeln, ist im Rahmen von Verfassung und Gesetz gewährleistet. Sie bestimmen ihre Organisation, wählen ihre Behörden, Beamten und Angestellten und erfüllen ihre Aufgaben selbstständig²⁴⁰. Sie unterstehen der kantonalen Aufsicht. Aufsichtsorgane sind der Regierungsrat, der Kantonsrat und weitere in der Gesetzgebung vorgesehene Organe²⁴¹. Der Regierungsrat beaufsichtigt das Gemeindegewesen und stellt den Vollzug des Gemeindegesetzes sicher. Der Regierungsrat setzt das Departement, das Gemeindeamt oder das Oberamt ein, um die Gemeinden in rechtlichen und organisatorischen Fragen zu beraten, bei der Ausbildung der Behörden und der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Gemeinden mitzuwirken und um bei Missständen die Untersuchung zu führen²⁴². Der Regierungsrat kann ein aufsichtsrechtliches Verfahren einleiten. Bestätigt die Untersuchung Missstände, fordert der Regierungsrat die Gemeinde auf, diese zu beheben. Behebt die Gemeinde die Mängel nicht, so kann der Regierungsrat selbst die erforderlichen Anordnungen treffen oder die entsprechenden Maßnahmen durchführen. Wenn es eine Gemeinde pflichtwidrig unterlässt, gegen Behördenmitglieder oder Angestellte, die ihre Amtspflichten verletzen oder sich als unfähig erweisen, das erforderliche Verfahren durchzuführen, so führt der Regierungsrat dieses Verfahren anstelle und auf Kosten der Gemeinde durch²⁴³. Der Regierungsrat entzieht einer Gemeinde das Recht auf Selbstverwaltung ganz oder teilweise, wenn eine gesetzmäßige und geordnete Verwaltung auf längere Zeit nicht gewährleistet ist²⁴⁴.

6.6 Kanton Schwyz

Im Kanton Schwyz sind die Bezirke und Gemeinden selbständige Körperschaften des öffentlichen Rechts und im Rahmen des übergeordneten Rechts autonom²⁴⁵. Der Grundlagenbericht des Kantons Schwyz zu den Bezirken und Gemeinden aus dem Jahr 2016 hält Folgendes fest: „Die Aufsicht des Regierungsrates über die Bezirke und Gemeinden wirkt sowohl unterstützend und aufbauend (präventiv) als auch eingreifend (repressiv). Sie muss insbesondere gesetzlich geregelt werden, wenn die kantonalen Aufsichtsorgane zum Handeln verpflichtet werden und wenn die Bezirke und Gemeinden einen Eingriff erdulden müssen²⁴⁶.“ Nach dem Gemeindegesetz ist der Gemeinderat das primäre Aufsichtsorgan über die Gemeindeverwaltung und die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Dritte²⁴⁷. Der

²⁴⁰ Art. 45 KV/SO, SR 131.221.

²⁴¹ § 206 GG/SO.

²⁴² § 208 GG/SO.

²⁴³ § 212 GG/SO.

²⁴⁴ § 213 GG/SO.

²⁴⁵ § 69 KV/SZ, SR 131.215.

²⁴⁶ Grundlagenbericht Schwyz, 65.

²⁴⁷ § 83 GG/SZ.

Regierungsrat übt die Aufsicht über die Organisation und die Verwaltung der Gemeinden aus und wacht über die Erhaltung des Vermögens der Gemeinden²⁴⁸. Der Regierungsrat erlässt die ihm nötig scheinenden Weisungen an die Gemeinderäte über den richtigen Vollzug von Rechtssätzen des Bundes und des Kantons und sorgt für den Vollzug seiner Verfügungen²⁴⁹. Er genehmigt die Gemeindeordnung und die durch das kantonale Recht vorgeschriebenen Reglemente²⁵⁰. Er verweigert die Genehmigung rechtswidriger Bestimmungen. Eine Ermessensüberprüfung steht ihm nur zu, wo ein Rechtssatz ihm diese Befugnis ausdrücklich zuweist²⁵¹. Das Gesetz enthält auch eine Regelung über den „Kommunaluntersuch“: Der Regierungsrat kann von Amtes wegen oder auf Anzeige hin die Tätigkeit der Gemeindebehörden oder der Gemeindeverwaltung überprüfen. Er kann Prüfungen in einzelnen Gemeinden oder systematische Prüfungen in allen Gemeinden vornehmen. Er kann mit der Durchführung einzelne Departemente oder Amtsstellen beauftragen²⁵². Der Regierungsrat kann Weisung erteilen und vorsorgliche Maßnahmen anordnen, widerrechtliche Erlasse und Verfügungen aufheben, Ersatzvornahmen treffen, und „weitere notwendige Anordnungen treffen, die geeignet sind, einen festgestellten Missstand zu beheben“²⁵³.

6.7 Kanton Glarus

Der Kanton Glarus verfügt nur noch über drei Gemeinden. Die Gemeinden und die Zweckverbände von Gemeinden sind Körperschaften des öffentlichen Rechts. In den Schranken von Verfassung und Gesetz sind den Gemeinden und Zweckverbänden ihr Bestand und das Recht, ihre Angelegenheiten selbstständig zuordnen, gewährleistet²⁵⁴. Die Gemeinden unterstehen der Aufsicht des Regierungsrates. Dieser kann bestimmte Aufsichtsbefugnisse an das zuständige Departement delegieren. Soweit der Regierungsrat nichts anderes bestimmt, ist das mit dem Inneren befasste Departement das zuständige Department²⁵⁵. Der Aufsicht unterliegen die Beschlüsse der Stimmberechtigten und die gesamte Tätigkeit der Behörden und der Verwaltung der kommunalen Körperschaften, Anstalten und Betriebe²⁵⁶. Der Regierungsrat und die ihm unterstehenden kantonalen Behörden sind, soweit die Gesetzgebung nichts anderes bestimmt, zuständig für Kontrollen und Untersuchungen, Weisungen und Verfügungen, die Aufhebung strittiger Verfügungen und besondere Zwangsmaßnahmen²⁵⁷. Das Gesetz definiert, was unter Zwangsmaßnahmen zu verstehen ist. Der Regierungsrat kann anstelle eines Gemeindeorgans handeln oder Ersatzvornahmen anordnen. Er kann insbesondere allgemeinverbindliche Vorschriften erlassen, Verträge abschließen und Beschlüsse über die Rechnung, den Voranschlag und den Steuerfuß fassen. Er kann ein Mitglied einer

²⁴⁸ § 84 Abs. 1 GG/SZ.

²⁴⁹ § 84 Abs. 2 GG/SZ

²⁵⁰ § 86 GG/SZ.

²⁵¹ § 87 GG/SZ.

²⁵² § 90 GG/SZ.

²⁵³ § 92 GG/SZ.

²⁵⁴ Art. 115 KV/GL, SR 131.217.

²⁵⁵ Art. 138 Abs. 2 GG/GL.

²⁵⁶ Art. 139 GG/GL.

²⁵⁷ Art. 140 GG/GL.

kommunalen Behörde des Amtes entheben, wenn dazu schwerwiegende Gründe bestehen und das Verbleiben des betreffenden Behördenmitglieds im Amt den Interessen der Körperschaft schadet. Er kann eine Gemeinde oder einen Zweckverband unter Zwangsverwaltung stellen, wenn die Gemeinde oder der Zweckverband dauernd die rechtlichen Verpflichtungen verletzt, sich den Anordnungen des Regierungsrates beharrlich widersetzt oder durch das Finanzgebahren die Zahlungsfähigkeit der Gemeinde ernsthaft gefährdet. Der Regierungsrat kann für die Zwangsverwaltung einen oder mehrere Kommissare einsetzen und deren Befugnisse festlegen. Sobald es der Grund der Zwangsverwaltung erlaubt, werden Neuwahlen für die Behörden durchgeführt²⁵⁸.

VI Aufsicht über die Gemeindefinanzen

1. Allgemeines

Der Aufsicht der Kantone über die Finanzen der Gemeinden kommt eine besondere Bedeutung zu. Die Gemeinden werden in der Regel angehalten, die öffentlichen Gelder sorgfältig zu bewirtschaften und sparsam zu verwenden. Die Gemeinden sind primär selbst dafür verantwortlich, dass keine Misswirtschaft betrieben wird. In zahlreichen Kantonen sind die Gemeinden gehalten, ein internes Kontrollsystem aufzubauen. Es gibt zahlreiche Regelungen zur Rechnungslegung, zur Budgetierung und zur Finanzplanung. Zahlreiche Kantone sehen vor, dass die Jahresrechnungen nicht nur durch interne Instanzen, sondern auch durch verwaltungsunabhängige Revisorinnen und Revisoren, die zur Prüfung von Gemeinderechnungen berechtigt sind, kontrolliert werden.

2. Modelle in der West- und in der Deutschschweiz

Nach dem Bericht von *avenir suisse* aus dem Jahr 2012 bestehen in der Westschweiz und in der Deutschschweiz unterschiedliche Modelle. Im Westschweizer Modell, das auch im Kanton Tessin zur Anwendung kommt, muss die rein technische Kontrolle der Gemeinderechnungen obligatorisch durch eine externe Revisionsstelle erfolgen. Diese berichtet entweder zuhanden der kommunalen Finanzkommission oder direkt zuhanden der Gemeindeexekutive. Die Aufsichtskommissionen (Geschäftsprüfungs- oder Finanzkommission) sind ausschließlich für die politische Kontrolle zuständig. Im Deutschschweizer Modell obliegen sowohl die politische wie auch die technische Kontrolle der Geschäftsprüfungs- beziehungsweise der Rechnungsprüfungskommission (RPK). Diesen ist es erlaubt, zusätzliches Expertenwissen beizuziehen. Dazu sind sie allerdings nicht verpflichtet²⁵⁹.

²⁵⁸ Art. 142 GG/GL.

²⁵⁹ Rühli, *avenir suisse*, 89ff.

3. Kantonale Aufsichtsstellen über die Gemeindefinanzen

Die Konferenz der kantonalen Aufsichtsstellen über die Gemeindefinanzen befasste sich vor einigen Jahren eingehend mit der Tätigkeit der kantonalen Aufsichtsstellen²⁶⁰. Eine schriftliche Umfrage der Konferenz stellte schwerpunktmäßig Fragen zu den rechtlichen Grundlagen für Aufsicht über die Gemeindefinanzen und zu den rechtlichen Bestimmungen, welche für die gemeindeeigene Rechnungsprüfung gelten. Gefragt wurde auch, wer sich innerhalb des Kantons mit der Aufsicht befasst und welche Körperschaften dieser Aufsicht unterstellt sind. Weiter wurden Fragen zu den Prüfungshandlungen, zu aufsichtsrechtlichen Maßnahmen und zur Statistik über die Gemeindefinanzen gestellt. In jüngerer Zeit kam es teilweise zu einer Lockerung der Aufsicht. Die Eigenverantwortung der Gemeinden wurde gestärkt. In einzelnen Kantonen kam es zu längeren Kontrollintervallen. Die Konferenz der kantonalen Aufsichtsstellen über die Gemeindefinanzen führte deshalb im Jahre 2016 eine weitere Umfrage durch. Der Bericht vom 10. Juni 2016 gibt eine umfassende Übersicht über die Rechtsgrundlagen in den Kantonen und über die Prüfungsmodalitäten.

Die Auswertung dieser neuen Umfrage zeigt, dass grundsätzlich alle Kantone eine gesetzliche Grundlage für eine aufsichtsrechtliche Tätigkeit über die Gemeinden haben. Bei den meisten Kantonen ist die Finanzaufsicht über die Gemeinden vorwiegend zentral geregelt. Nur vier Kantone setzen für die Finanzaufsicht zusätzlich die dezentrale Verwaltung ein. Es zeigt sich, dass der Ansatz der Aufsicht in allen Kantonen sehr ähnlich ist. Im Vordergrund steht eine vergangenheitsorientierte Prüfung. Das Hauptaugenmerk wird auf die Verschuldung gelegt. Wird der Finanzhaushalt der Gemeinden nicht ordnungsgemäß geführt, verfügen alle Kantone über die Möglichkeit, die notwendigen Maßnahmen zu ergreifen.

In 22 Kantonen werden die Rechnungen der politischen Gemeinden materiell oder formell von einer Rechnungsprüfungskommission kontrolliert. Mehr als die Hälfte der Kantone schreibt den Gemeinden zusätzlich vor, ihre Jahresrechnungen durch eine externe Revisionsstelle prüfen zu lassen. Dies ist ein Zeichen für die zunehmende Komplexität der Prüfungstätigkeit.

4. Finanzaufsicht im Kanton Wallis

Das Gemeindegesetz des Kantons Wallis enthält klare Regeln zur Führung der Gemeindefinanzen. Diese müssen nach den Grundsätzen der Gesetzmäßigkeit, der wirtschaftlichen und zweckmäßigen Verwendung der öffentlichen Gelder, des Gleichgewichts des Finanzhaushalts sowie des Verursacherprinzips geführt werden²⁶¹. Die Rechnungen der öffentlichen Gemeinwesen sind auf der Grundlage des harmonisierten

²⁶⁰ Konferenz der kantonalen Aufsichtsstellen über die Gemeindefinanzen, Umfrage über Aufgaben und Zuständigkeiten der kantonalen Aufsichtsstellen über die Gemeindefinanzen, 10. Juni 2016, <www.kkag-cacsfc.ch>, besucht am 1.2.2019.

²⁶¹ Art. 74 Abs. 1 GG/VS; Art. 5ff. der Verordnung betreffend die Führung des Finanzhaushalts der Gemeinden, VS-SR 611.102.

Rechnungsmodells (HRM) zu erstellen²⁶². Seit den Vorfällen in Leukerbad wird der Aufsicht über die Gemeindefinanzen eine besondere Bedeutung beigemessen. Eine wichtige Rolle kommt dem Finanzinspektorat zu²⁶³. Die Gemeinden unterliegen einer umfassenden Berichterstattungspflicht gegenüber der DIKA. Es besteht eine Checkliste mit zahlreichen Positionen, die detailliert zu beantworten sind. Das Departement für Finanzen und Institutionen veröffentlicht jährlich einen umfassenden Bericht über die Gemeindefinanzen, der wichtige Finanzkennzahlen aller Gemeinden darstellt und analysiert.

VII Amtsenthebung oder Amtseinstellung eines Behördenmitglieds

1. Allgemeines

Die Expertise soll sich gemäß dem Zusatzauftrag vom 29.10.2018 auch mit der Amtsenthebung oder der Amtseinstellung von Behördenmitgliedern befassen, insbesondere bei Fällen, in denen strafbare Handlungen vorliegen. Mitglieder von Behörden erhalten durch die Volkswahl eine hohe demokratische Legitimation. Für die Einstellungen im Amt braucht es deshalb triftige Gründe. Solche Gründe können schwerwiegende Verletzungen der Amtspflichten oder rechtskräftige Verurteilungen wegen schwerwiegenden Straftaten bilden. Die Einstellung im Amt oder die Amtsenthebung muss im öffentlichen Interesse liegen. Zahlreiche - aber nicht alle - Kantone verfügen über Rechtsgrundlagen für das Ergreifen disziplinarischer Maßnahmen gegenüber Mitgliedern von Gemeindebehörden²⁶⁴.

Die hier erwähnte Amtsenthebung von Mitgliedern kommunaler Behörden ist von der Abberufung von Behörden aus politischen Gründen zu unterscheiden. Das Abberufungsrecht beruht auf der Vorstellung, dass das Parlament und die Regierung in den wesentlichen Fragen die Anschauungen der Mehrheit des Volkes teilen sollen. Ist diese Übereinstimmung nicht mehr gegeben, soll das Volk die Behörde abberufen und durch eine neue Behörde ersetzen können²⁶⁵. In sechs Kantonen kann eine gewisse Anzahl von Stimmberechtigten die Abberufung der gesamten Regierung verlangen²⁶⁶. Die Abberufung einzelner Regierungsmitglieder durch den Landrat aus disziplinarischen Gründen ist im Kanton Nidwalden möglich²⁶⁷. Im Kanton Neuenburg kann das Parlament auf Antrag der Regierung ein Regierungsmitglied durch einen Beschluss von drei Vierteln seiner Mitglieder abberufen, wenn dafür ein „juste motif“ vorliegt. Dies ist der Fall, wenn ein Regierungsmitglied „dauerhaft nicht mehr in der Lage ist, sein Amt auszuüben, in

²⁶² Art. 75 Abs. 3 GG/VS.

²⁶³ Art. 44ff. des Gesetzes über die Geschäftsführung und den Finanzhaushalt des Kantons und deren Kontrolle vom 24. Juni 1980, VS-SR 611.1; Rapport Chevrier, 4.

²⁶⁴ Schmitt, 85 ss.

²⁶⁵ Hangartner/Kley, N 1589.

²⁶⁶ Auer, Staatsrecht, N 201.

²⁶⁷ Auer, Staatsrecht, N 202, Art. 46 KV/NW, SR 131.216.2.

schwerwiegender Weise seine Pflichten verletzt oder wegen einer Straftat verurteilt wurde, deren Schwere mit der Ausübung seines Mandats unvereinbar ist²⁶⁸“.

2. Gesetzliche Grundlage

Das Legalitätsprinzip verlangt, dass für schwerwiegende Eingriffe in die Stellung der Gemeinden und ihrer Behördenmitglieder eine gesetzliche Grundlage besteht. Diese gesetzliche Grundlage muss genügend bestimmt sein, damit die beaufsichtigte Organisation weiß, mit welchen Eingriffen der Aufsichtsbehörde zu rechnen ist, wenn sie ihren Pflichten nicht nachkommt. Bei repressiven Maßnahmen sind strenge Anforderungen an die gesetzliche Grundlage zu stellen. Aufgrund ihrer Eingriffsintensität und Verbindlichkeit ist für disziplinarische Maßnahmen im personalrechtlichen Bereich eine genügend bestimmte gesetzliche Grundlage zu fordern²⁶⁹.

3. Rechtsgrundlagen in einzelnen Kantonen

3.1 Kanton Zürich

Im Kanton Zürich kann ein Behördenmitglied, das Amtspflichten wiederholt oder schwerwiegend verletzt, vorübergehend im Amt eingestellt oder des Amtes enthoben werden, wenn dies im öffentlichen Interesse liegt²⁷⁰. Im Gesetzesentwurf des Regierungsrates war noch vorgesehen, dass diese gravierende Maßnahme dem Regierungsrat vorbehalten bleiben müsste. Gegenüber demokratisch gewählten Behördenmitgliedern sollte bei so schwerwiegenden Maßnahmen größte Zurückhaltung bestehen. Der Kantonsrat kam jedoch zum Schluss, dass der Bezirksrat durchaus geeignet sei, nötigenfalls solche Eingriffe vorzunehmen, da er die Verhältnisse vor Ort am besten kenne²⁷¹. Die Anordnung einer solchen Maßnahme erfordert umfassende Abklärungen und eine sorgfältige Interessenabwägung im Einzelfall. Eine Amtsenthebung kann sich allenfalls auch bei strafrechtlichen Verfehlungen rechtfertigen²⁷². Ebenfalls größte Zurückhaltung ist in Fällen von Amtsunfähigkeit geboten.

3.2 Kanton Bern

Die Gemeinden können ihre Organe so wie das übrige Personal der disziplinarischen Verantwortlichkeit unterstellen²⁷³. Wenn das Disziplinarrecht der Gemeinde keine Zuständigkeitsvorschriften enthält, ist der Gemeinderat die Disziplinarbehörde für das Gemeindepersonal. Die Regierungsstatthalterin oder der Regierungsstatthalter ist die Disziplinarbehörde für die Mitglieder von Gemeindeorganen, soweit nicht der

²⁶⁸ Auer, Staatsrecht, N 202, Loi d'organisation du Grand Conseil du 30 octobre 2012, OGC/NE, 151.10., art. 326a – 326g.

²⁶⁹ Schulthess/Wiederkehr, 198.

²⁷⁰ § 168 Abs. 1 Bst. f. GG/ZH.

²⁷¹ Marazzotta/Morgenbesser, Kommentar zu § 168 GG/ZH, N 14.

²⁷² Marazzotta/Morgenbesser, Kommentar zu § 168 GG/ZH, N 15.

²⁷³ Art. 81 Abs. 1 GG/BE.

Gemeinderat zuständig ist²⁷⁴. Das Gesetz enthält verschiedene Sanktionen (Busse, Verweis, Einstellung im Amt mit Kürzung oder Entzug der Besoldung)²⁷⁵. Die Disziplinarbehörden können bei der zuständigen kantonalen Behörde die Abberufung von Behördenmitgliedern oder Personen im Amtsverhältnis mit bestimmter Amtsdauer beantragen, wenn Unfähigkeit, dauerhaft ungenügende Leistungen, schwere oder wiederholte Dienstpflichtverletzung oder ein anderer wichtiger Grund die Fortsetzung der Amtsführung unzumutbar machen²⁷⁶. Steht die Abberufung von Behördenmitgliedern zur Diskussion, verfügt die Regierungsstatthalterin oder der Regierungsstatthalter über das entsprechende Antragsrecht. Zuständig für die Abberufung von Behördenmitgliedern ist die Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion²⁷⁷.

Nur eine qualifizierte Amtspflichtverletzung rechtfertigt die Abberufung aus dem Amt. Die Pflichtverletzung muss an sich schwer oder wiederholt begangen worden sein, so dass sie gesamthaft als schwer zu beurteilen ist. Andererseits muss das pflichtwidrige Verhalten dazu geführt haben, dass ein Verbleiben der Person im Amt für die betroffene Gemeinde unzumutbar wird, dass also nur eine Entfernung dieser Person eine Rückkehr zu geordneten Verhältnissen ermöglicht. Die Anforderungen an eine Abberufung sind deshalb hoch. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip verlangt, dass erst dann zum einschneidenden Disziplinarinstrument der Entfernung aus dem Amt gegriffen wird, wenn alle zur Verfügung stehenden mildereren Maßnahmen nicht zu einer für die Gemeinde einigermaßen befriedigenden Lösung führen²⁷⁸.

Es kann sein, dass die betroffenen Mitglieder einer kommunalen Behörde selbst handeln und dadurch dem Ergreifen von Disziplinarmaßnahmen zuvorkommen. In einer bernischen Gemeinde haben Behördenmitglieder, die unrechtmäßig über kantonale Gelder für die Spitex abgerechnet hatten, freiwillig auf eine Wiederwahl verzichtet.

3.3 Kanton Luzern

Das Gemeindegesetz des Kantons Luzern legt fest, unter welchen Voraussetzungen ein Amtsenthebungsverfahren stattfinden kann. Hat eine von den Stimmberechtigten auf Amtsdauer gewählte Person schwere oder wiederholte strafbare Handlungen oder Amtspflichtverletzung begangen, sodass ihr Verbleiben im Amt mit den öffentlichen Interessen unvereinbar ist, kann sie der Regierungsrat vorläufig im Amt einstellen oder ihres Amtes entheben²⁷⁹. Die Hürden für eine Amtsenthebung sind hoch. Der Kommunikationsbeauftragte des Justiz- und Sicherheitsdepartements des Kantons Luzern äußerte sich in einem Fall, der die Gemeinde Mauensee betraf, wie folgt: Was eine schwere Amtspflichtverletzung sei, müsse im konkreten Fall beurteilt werden. Bei wiederholten oder im Einzelfall gravierenden Verbrechen oder Vergehen - zum Beispiel Veruntreuung, Betrug, Amtsmissbrauch, Vorteilsnahme - dürfte wohl von einer schweren Amtspflichtverletzung ausgegangen werden. Einmalige Bagatelldelikte seien kein

²⁷⁴ Art. 81 Abs. 2 GG/BE.

²⁷⁵ Art. 81 Abs. 3 GG/BE.

²⁷⁶ Art. 81 Abs. 4 GG/BE.

²⁷⁷ Art. 82 Abs. 3 GG/BE.

²⁷⁸ Wichter mann, Kommentar zu Art. 81 GG/BE, N 27.

²⁷⁹ § 108 GG/LU.

ausreichender Anlass für eine Amtsenthebung oder eine vorläufige Einstellung im Amt. Es handle sich eben um Personen, die vom Volk auf Amtsdauer gewählt sind. Im Kanton Luzern sei bisher noch nie ein Amtsenthebungsverfahren eingeleitet worden²⁸⁰.

3.4 Kanton Freiburg

Das Gemeindegesetz des Kantons Freiburg enthält ein umfangreiches Instrumentarium, das zu Anwendung gelangt, wenn in einer Gemeinde Unregelmäßigkeiten vorkommen²⁸¹. Die milderen Maßnahmen liegen in der Kompetenz des für die betroffene Gemeinde zuständigen Oberamtmanns. Zusätzlich zu den Maßnahmen, die in den Zuständigkeitsbereich des Oberamtmanns fallen, kann der Staatsrat nach Abschluss der Untersuchung gegenüber einer Gemeinde oder einem Gemeindeverband weitere im Gesetz vorgesehene Maßnahmen treffen. Er kann ein Mitglied des Gemeinderates oder des Vorstands des Amtes entheben, wenn wiederholte Pflichtverletzungen oder schwere oder wiederholte Mängel in der Führung der ihm übertragenen Geschäfte festgestellt werden²⁸². Er kann die Führung der Gemeindegeschäfte einer Verwaltungskommission übertragen, wenn das betreffende Gemeinwesen sich weigert oder unfähig ist, den Anordnungen des Oberamtmanns Folge zu leisten oder nicht mehr in der Lage ist, seine Aufgaben zu erfüllen²⁸³.

Aus der Praxis sind wenige Fälle bekannt. Im Jahre 2005 hatte sich der Staatsrat des Kantons Freiburg gegen die Amtsenthebung eines Mitglieds des Gemeinderates entschieden²⁸⁴. Er sprach jedoch eine letzte formelle Verwarnung aus und wies das betreffende Mitglied des Gemeinderates an, sich strikt an die Grundpflichten der Behördenmitglieder zu halten. Das betroffene Mitglied des Gemeinderates hatte gegen gewisse Grundprinzipien verstoßen (Kollegialitätsprinzip, Beratungsgeheimnis, Einhaltung der Ausstands- und Sorgfaltsregeln). Zudem war es zu Spannungen persönlicher Natur zwischen verschiedenen Mitgliedern des Gemeinderates gekommen. Diese Gründe genügten jedoch nicht für eine Amtsenthebung. Es konnte nicht nachgewiesen werden, dass ein Verbleiben des betreffenden Ratsmitglieds sich für die Gemeinde als schädlich erweisen könnte. Die gegen dieses Gemeinderatsmitglied eröffneten Strafverfahren hatten noch in keinem Fall zu einer Verurteilung geführt. Dieses Beispiel zeigt, dass die Hürden für eine Amtsenthebung hoch anzusetzen sind.

3.5 Kanton Graubünden

Im Kanton Graubünden kann in die zuständige Aufsichtsinstanz den Gemeinden Weisungen erteilen, widerrechtliche Beschlüsse von Gemeindeorganen aufheben, sofern

²⁸⁰ Luzerner Zeitung vom 9.7.2018: Mauenseer Gemeinderat ignoriert Rücktrittsforderungen.

²⁸¹ Art. 150ff. GG/FR.

²⁸² Art. 151e GG/FR.

²⁸³ Art. 151e GG/FR.

²⁸⁴ Medienmitteilung der Direktion der Institutionen und der Land- und Forstwirtschaft des Kantons Freiburg vom 4.10.2005 betreffend Herrn R.M., Gemeinde Vuisternens-Ogoz.

dies unerlässlich ist, oder Ersatzvornahmen treffen. Eine besonders einschneidende Maßnahme ist ausdrücklich der Regierung vorbehalten. Diese kann Mitglieder von Gemeindebehörden ihres Amtes entheben, wenn diese schwere Amtspflichtverletzungen begangen haben oder sich wiederholt geweigert haben, Anordnungen der kantonalen Aufsichtsstellen zu befolgen. Die Regierung kann ihre Anordnung an Gemeindebehörden unter Hinweis auf die Strafdrohung von Art. 292 des Schweizerischen Strafgesetzbuches erlassen²⁸⁵.

3.6. Kanton Waadt

Das Gemeindegesetz des Kantons Waadt legt Folgendes fest: „En présence de motifs graves, le Conseil d'Etat soumet la question de la révocation d'un ou de plusieurs membres de la municipalité au corps électoral de la commune concernée. La loi sur l'exercice des droits politiques règle la procédure²⁸⁶“. Diese Regel überträgt die Verantwortung für die Einleitung des Verfahrens dem Staatsrat, bezieht jedoch die Bevölkerung der betroffenen Gemeinde ein, wenn es um die Beantwortung der Frage geht, ob eine Sanktion erfolgen soll. Damit wird auch der «politischen Dimension» einer Amtsenthebung Rechnung getragen. Allerdings ist zu bedenken, dass Volksentscheide, welche eine letztlich eine juristische Sanktion betreffen, heikel sind.

In der Gemeinde Montreux wurde ein Mitglied der kommunalen Exekutive im Jahr 2007 verdächtigt, Schmiergelder entgegengenommen zu haben. Das Exekutivmitglied wurde von seiner Partei ausgeschlossen und im Amt suspendiert. Auf Veranlassung des Kantons setzte die Gemeinde eine Abstimmung über die Amtsenthebung an. Das Kantonsgericht annullierte die Abstimmung unter Verweis auf die Unschuldsvermutung. Nach zwei Jahren Absenz kehrte das kommunale Regierungsmitglied in sein Exekutivamt zurück. Es wurde im Jahr 2010 strafrechtlich verurteilt und trat «zum Wohl der Gemeinde» zurück²⁸⁷.

3.7 Kanton Genf

Ein sehr weitgehendes disziplinarrechtliches Instrumentarium des Staatsrats gegenüber den Mitgliedern kommunaler Behörden enthält das Gemeindegesetz des Kantons Genf. Daniel Peregrina fasst die Bestimmungen wie folgt zusammen: " Les sanctions disciplinaires prévues vont généralement du blâme à l'avertissement, à l'amende et, voire dans les cas graves, à la révocation. A titre d'exemple, l'article 84 LAC/GE prévoit la possibilité d'une révocation pour refus d'obéir aux ordres adressées par le Conseil d'Etat dans les limites constitutionnelles et légales, pour malversation constatée, pour refus de remplir ses fonctions, pour négligence grave dans l'exercice des fonctions, pour une absence injustifiée au-delà de trois mois, ainsi que pour une infraction grave aux lois et règlements²⁸⁸."

²⁸⁵ Art. 79 Abs. 2 und 3 GG/GR.

²⁸⁶ Art. 139b LC/VD.

²⁸⁷ NZZ vom 5.9.2018.

²⁸⁸ Peregrina, 168. Die zitierten Sanktionen sind neu in Art. 99 des Gesetzes geregelt.

3.8 Verzicht auf eine Regelung im Kanton Zug

Am 29. Januar 2015 beauftragte der Kantonsrat des Kantons Zug den Regierungsrat, dem Parlament die notwendigen Rechtsgrundlagen zur Einführung eines Amtsenthebungsverfahrens für bestimmte Trägerinnen und Träger öffentlicher Funktionen vorzulegen. Der Regierungsrat unterbreitete dem Kantonsrat am 11. Juli 2017 Grundlagen für eine Teilrevision der Kantonsverfassung sowie des Verantwortlichkeitsgesetzes betreffend die Einführung eines Amtsenthebungsverfahrens. Der Regierungsrat führte dazu folgendes aus: "Amtsträgerinnen und Amtsträger erhalten durch ihre Wahl eine hohe demokratische Legitimation. Für eine Amtsenthebung braucht es darum triftige Gründe. Sie soll nur im Falle, dass eine Amtsträgerin oder ein Amtsträger sich durch vorsätzliche oder grobfahrlässige schwere Verletzung der Amtspflicht als amtsunwürdig erweist, beim Verlust der Fähigkeit zur Amtsausübung oder bei rechtskräftigen Verurteilungen wegen eines Verbrechens und in gewissen Fällen auch eines Vergehens in Frage kommen. Für die Amtsenthebung von Mitgliedern des Regierungsrates und der richterlichen Behörden ist der Kantonsrat zuständig, wobei für die Einleitung und die Instruktionen des Verfahrens eine neue ständige kantonsrätliche Kommission eingesetzt wird. Für die Amtsenthebung von Mitgliedern der Behörden der Einwohner-, der Bürger-, der Kirch- sowie Korporationsgemeinden ist der Regierungsrat zuständig. Die betroffenen Personen können sich mit einer Beschwerde ans Gericht dagegen wehren²⁸⁹".

Die vorbereitende Kommission stellte dem Kantonsrat am 7. Juni 2018 den Antrag, auf die Vorlage sei nicht einzutreten. Die Kommission hatte bei ihren Beratungen festgestellt, dass die vorgeschlagenen Rechtsgrundlagen in den letzten 20 Jahren kaum zur Anwendung gelangt wären. Zudem sei der komplizierte Mechanismus, der erforderlich sei, um den rechtsstaatlichen Ansprüchen zu genügen, zu aufwändig. Es sei ferner nicht auszuschließen, dass es auch zu missbräuchlichen Anzeigen komme. In der Praxis genüge es, wenn das Volk fehlbare Amtsträger bei den Wahlen sanktionieren könne. Nach einer eingehenden Debatte beschloss der Rat mit 51 zu 22 Stimmen, nicht auf die Vorlage einzutreten.

4. Kanton Wallis

Das Gemeindegesetz des Kantons Wallis enthält unter dem fünften Titel "Staatsaufsicht und Rechtsschutz" keine Bestimmungen zu möglichen disziplinarischen Maßnahmen staatlicher Stellen gegenüber Mitgliedern von Gemeindebehörden. Nach Art. 87 des Gemeindegesetzes können das Reglement des Generalrats oder ein internes Reglement des Gemeinderates Sanktionen in Form von Bussen bis zu 1000 Fr. gegenüber Mitgliedern von Behörden einer öffentlichen Körperschaft und ihrer Kommissionen vorsehen, wenn diese Mitglieder trotz einer Ermahnung ihre Pflichten vernachlässigen.

Art. 89 Abs. 2 des Gemeindegesetzes hält weiter fest, dass die in Art. 87 erwähnten Organe zivil-, straf- und disziplinarrechtlich nach der Spezialgesetzgebung verantwortlich sind.

²⁸⁹ Bericht und Antrag des Regierungsrats des Kantons Zug vom 11. Juli 2017 zur Teilrevision mit der Kantonsverfassung sowie des Verantwortlichkeitsgesetzes betreffend Einführung eines Amtsenthebungsverfahrens, 2.

Diese Rechtsgrundlagen genügen nicht für die Amtsenthebung von Mitgliedern kommunaler Behörden. Je verbindlicher und verpflichtender die in Anspruch genommenen Aufsichtsmittel sich erweisen, desto eher ist hierfür eine besondere gesetzliche Grundlage nötig. Aufgrund ihrer Eingriffsintensität und Verbindlichkeit ist für disziplinarische Maßnahmen eine genügend bestimmte gesetzliche Grundlage zu fordern²⁹⁰. Dies zeigen auch die Beispiele aus anderen Kantonen.

Wenn der Kanton Wallis gegen Mitglieder kommunaler Behörden wegen schwerer Amtspflichtverletzungen ein Amtsenthebungsverfahren durchführen möchte, müsste er zuerst die entsprechenden gesetzlichen Grundlagen schaffen.

VIII Grundlegende Prinzipien

1. Allgemeines

Nach dem Auftrag des Staatsrates des Kantons Wallis vom 28. März 2018 soll die Expertise übergeordneten Prinzipien Rechnung tragen. Gemäß dem Subsidiaritätsprinzip soll den Gemeinden eine weitreichende Autonomie zugestanden werden. Bei der Ausübung der Oberaufsicht und der Aufsicht soll die Priorität bei den besonderen Risiken liegen. Dabei wird das Verhältnismäßigkeitsprinzip erwähnt. Ferner soll anstelle von neu zu schaffenden Strukturen Bestehendes verbessert und optimiert werden. In diesem Zusammenhang wird das Prinzip der Effizienz angerufen.

In den nachfolgenden Ausführungen werden diese übergeordneten Prinzipien dargestellt. Zusätzlich werden Ausführungen zum Legalitätsprinzip gemacht. Die Prinzipien der Gesetzmäßigkeit, der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit bilden auch Schranken für aufsichtsrechtliche Maßnahmen gegenüber den Gemeinden²⁹¹.

2. Gesetzmäßigkeit

Bei der Ausübung der Aufsicht gilt der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit²⁹². Eine gesetzliche Grundlage kann sowohl in einem Gesetz im formellen Sinn als auch in einem Gesetz im materiellen Sinn – etwa in einer Verordnung der Exekutive – enthalten sein. Allerdings kann sich aus dem übergeordneten Recht ergeben, dass ein Gesetz im formellen Sinn erforderlich ist²⁹³. Art. 164 Abs. 1 BV fordert für alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen die Form des Bundesgesetzes. Auch in den Kantonen schreiben die Verfassungen oft vor, dass bestimmte Anordnungen zwingend der Gesetzesform bedürfen²⁹⁴. Das von der Bundesverfassung gewährleistete Legalitätsprinzip kann auch den Kantonen in bestimmten Bereichen vorschreiben, in welcher Normstruktur und mit welcher Normdichte sie gesetzgeberisch tätig werden müssen. Die Bestimmung der

²⁹⁰ Schulthess/Wiederkehr, 198.

²⁹¹ Peregrina, 170 ss.

²⁹² Moor/Flückiger/Martenet, 651ss.

²⁹³ Epiney, BSK, Art. 5, N 42; Biaggini, Kommentar zu Art. 5 BV, N 9.

²⁹⁴ Auer, Staatsrecht, N 645.

Normstufe fällt in den Bereich der kantonalen Organisationsautonomie²⁹⁵. Dabei sind allerdings die Schranken der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu beachten. Wenn und soweit das staatliche Aufsichtshandeln in schwerwiegender Weise in die Grundrechte eingreift, müssen die Einschränkungen im Gesetz selbst vorgesehen sein²⁹⁶. Je verbindlicher und verpflichtender sich eine Aufsichtsmaßnahmen erweist, desto eher ist hierfür eine besondere gesetzliche Grundlage erforderlich²⁹⁷. Demgegenüber sind unverbindliche Beratungen, Informationen und Empfehlungen, also vor allem Maßnahmen der präventiven Aufsicht, auch ohne besondere gesetzliche Grundlage zulässig²⁹⁸. Das Legalitätsprinzip verlangt, dass gesetzliche Bestimmungen genügend bestimmt sein müssen, damit die beaufsichtigte Organisation weiß, mit welchen Eingriffen der Aufsichtsbehörde zu rechnen ist²⁹⁹. Entsprechend sind bei repressiven Maßnahmen strenge Anforderungen an die gesetzliche Grundlage zu stellen. Eine "nicht abschließende Regelung der repressiven Aufsichtsmaßnahmen ist rechtsstaatlich grundsätzlich fragwürdig"³⁰⁰.

Normalerweise werden kommunale Reglemente im Rahmen staatlicher Aufsichtsmassnahmen nur auf ihre Rechtmäßigkeit überprüft. Im Kanton Bern bestimmt das Gesetz, ob der Kanton kommunale Reglemente nur darauf hin überprüft, ob diese gesetzeskonform sind, oder ob sich die Aufsicht auch auf die Zweckmäßigkeit erstreckt³⁰¹. Das bernische Baugesetz schreibt vor, dass Richtpläne und Nutzungspläne auf ihre Rechtmäßigkeit und auf ihre Zweckmäßigkeit geprüft werden³⁰². Mit der Prüfung der Zweckmäßigkeit wird nach bernischer Praxis festgestellt, ob die Vorschriften und Pläne geeignet sind, die erwünschte Entwicklung herbeizuführen, und ob sie unter sich und mit den übrigen Planungen abgestimmt sind³⁰³. Die Beurteilung der Zweckmäßigkeit ist allerdings vorab Sache des planenden Gemeinwesens, nicht der Genehmigungsinstanz. Diese soll nicht "ohne Not" in die autonomen Befugnisse der Planungsbehörde eingreifen. In diesem Sinne bestimmt das Gesetz, dass die Gemeinden im Rahmen ihrer Autonomie entscheiden, welche von mehreren gesetzmäßigen und zweckmäßigen Lösungen zu wählen ist³⁰⁴. Nur wenn die zu genehmigende Planung sachlich nicht vertretbar ist oder wenn sie übergeordnete Interessen in einer nicht anzunehmenden Weise missachtet, hat die Genehmigungsbehörde korrigierend einzugreifen³⁰⁵. Die hier entwickelten Grundsätze sind auch Konkretisierungen des Verhältnismässigkeitsprinzips und des Subsidiaritätsprinzips.

²⁹⁵ Auer, Staatsrecht, N 654.

²⁹⁶ Art. 36 Abs. 1 BV. Biaggini, in: Fachhandbuch Verwaltungsrecht, N 19.22.

²⁹⁷ Schulthess/Wiederkehr, 195.

²⁹⁸ Schulthess/Wiederkehr, 195.

²⁹⁹ Biaggini, Kommentar zu Art. 5 BV, N 10.

³⁰⁰ Morgenbesser/Marazzotta, Kommentar zum Zürcher Gemeindegesetz, Vorbem. zu §§ 163-169, N 12.

³⁰¹ Art. 147 GG.

³⁰² Art. 61 Abs. 1 BauG/BE.

³⁰³ Zaugg/Ludwig, Band II, Kommentar zu Art. 61/61a BauG N 2.

³⁰⁴ Zaugg/Ludwig, Band II, Kommentar zu Art 61/61a BauG N 12.

³⁰⁵ BGE 116 Ia 227; Zaugg/Ludwig, Band II, Kommentar zu Art. 61/61a BauG, N 12.

3. Verhältnismäßigkeit

Das Gebot zu angemessenem, maßvollem Handeln ist eine anerkannte staatspolitische Maxime. Sie lässt sich bis in die Antike zurückverfolgen³⁰⁶. Aufgabe des Verhältnismässigkeitsprinzips ist es primär, den Einzelnen vor übermäßigen Eingriffen des Staates zu schützen. Es soll nicht mit Kanonen auf Spatzen geschossen werden. Der Staat soll nicht „über den Strang schlagen“; der im öffentlichen Interesse verfolgte Zweck soll mit adäquaten, möglichst milden Mitteln erreicht werden³⁰⁷. „La proportionnalité ne vise pas seulement le choix d’une décision dans une situation individuelle concrète; elle s’applique tout autant au contenu d’une norme: le législateur, l’auteur d’une ordonnance sont également tenus de la respecter³⁰⁸“. Eine staatliche Maßnahme muss geeignet sein, das angestrebte Ziel zu erreichen (Eignung), die Maßnahme darf nicht weiter gehen, als dies zur Erreichung des Ziels notwendig ist (Erforderlichkeit) und die Maßnahme muss in einem vernünftigen Verhältnis zum angestrebten Ziel stehen (Zumutbarkeit)³⁰⁹. Die Trias "Eignung, Erforderlichkeit, Zumutbarkeit" wurde für typische Konstellationen der Eingriffsverwaltung entwickelt³¹⁰. Die Kantone haben das Verhältnismässigkeitsprinzip allerdings auch dann zu beachten, wenn sie ihr Verhältnis zu öffentlich-rechtlichen Körperschaften regeln. Die Frage, welche gesetzgeberische Lösung den Verhältnissen angemessen ist, ist primär eine politische Wertungsfrage³¹¹. In erster Linie sind Regierung und Verwaltung dazu berufen, dem Verhältnismässigkeitsprinzip im Einzelfall konkreten Gehalt zu verleihen³¹². Das Verhältnismässigkeitsprinzip sollte nicht überdehnt werden. Das Bundesgericht hat festgehalten, dass das in Art. 5 Abs. 2 BV enthaltene Verhältnismässigkeitsprinzip bei der Anwendung kantonalen Rechts außerhalb des Schutzbereichs spezieller Grundrechte nur unter dem Gesichtswinkel des Willkürverbots angerufen werden kann³¹³. Bei der Aufsicht der Kantone über die Gemeinden ist eine Lösung angemessen, die den Aspekten der Gemeindeautonomie Rechnung trägt. Dabei verfügt die kantonale Regierung über einen erheblichen Ermessensspielraum bezüglich des Zeitpunkts und der Art der Intervention. Am Anfang wird die Beratung der Gemeinden durch kantonale Stellen stehen. In einer nächsten Phase kann ein formelles Schreiben des zuständigen Departements eingesetzt werden. Dabei ist zu beachten, dass der Gemeinde Gelegenheit gegeben werden soll, ihr Fehlverhalten selbst zu korrigieren. In einer nächsten Phase kann die kantonale Regierung den Gemeinderat der betroffenen Gemeinde zu einer Aussprache einladen. Bleibt diese Maßnahme erfolglos, wird eine formelle schriftliche Mahnung folgen. Das Gesetz kann weitere Sanktionen oder die Zwangsverwaltung vorsehen. Nach dem Gemeindegesetz des Kantons Wallis kann der Staatsrat auf Kosten der Gemeinde die nötigen Maßnahmen

³⁰⁶ Schindler, St. Galler Kommentar zu Art. 5 BV, N 47.

³⁰⁷ Rhinow/Schefer/Uebersax, N 1221.

³⁰⁸ Moor/Flückiger/Martenet, p. 809.

³⁰⁹ Schindler, St. Galler Kommentar zu Art. 5 BV, N 48; Meyer, Gutachten Finanzaufsicht, 11.

³¹⁰ Schindler, St. Galler Kommentar zu Art. 5 BV, N 50. Les trois maximes de la proportionnalité: Moor/Flückiger/Martenet, 814ff.

³¹¹ Schindler, St. Galler Kommentar zu Art. 5 BV, N 51.

³¹² Schindler, St. Galler Kommentar zu Art. 5 BV, N 51.

³¹³ Biaggini, Kommentar zu Art. 5 BV, N 21a; BGE 134 I 153, 156ff. E.4.

treffen, wenn eine Gemeinde die von einem Gesetz zwingend vorgeschriebene Handlung nach wenigstens einer Mahnung nicht vornimmt³¹⁴. Nach vorausgegangener Untersuchung und Verwarnung ist auch die Zwangsverwaltung einer Gemeinde möglich³¹⁵.

4. Subsidiarität

Bei der Zuweisung staatlicher Aufgaben haben Bund und Kantone den Grundsatz der Subsidiarität zu beachten³¹⁶. Art. 5a BV gilt als Leitsatz nach Wortlaut, Systematik und Finalität auch für die Gemeinden. Das Prinzip ist demnach grundsätzlich auch von den Kantonen zu beachten³¹⁷. Diese Auffassung ist allerdings nicht ganz unbestritten. Nach Giovanni Biaggini ist jedenfalls die verfassungsrechtlich garantierte Organisationsautonomie der Kantone zu berücksichtigen³¹⁸. Nach der Auffassung von Kilian Meyer verschafft das Subsidiaritätsprinzip der Gemeindeautonomie Nachachtung und gilt im Verhältnis zwischen den Kantonen und den Gemeinden als programmatische Handlungsmaxime. Aus Art. 5a BV und Art. 50 BV lassen sich demnach Postulate für die Zuweisung und die Ausübung der Kompetenzen gewinnen³¹⁹. Mit der Ausdehnung des Subsidiaritätsprinzips auf das Verhältnis der Kantone zu den Gemeinden wird dem Grundsatzbekenntnis von Art. 50 Abs. 1 BV zur Gemeindeautonomie Nachachtung verschafft. Ihr Umfang wird inhaltlich konkretisiert³²⁰. Der Grundsatz der Subsidiarität ist auch bei den Anforderungen, die an die Aufsicht der Kantone über die Gemeinden zu stellen sind, zu berücksichtigen. Die Gemeinden sind für die Erfüllung ihrer Aufgaben primär selbst verantwortlich. Allfällige Fehler sollen sie in erster Linie mit eigenen Maßnahmen beheben. Auch wenn die Gemeinden der Aufsicht des Kantons unterstehen, ist es ihre Pflicht, Unregelmäßigkeiten selbst anzugehen. Der Kanton darf erst eingreifen, wenn die Gemeinden dieser Pflicht nicht oder nur in ungenügender Weise nachkommen³²¹. Das Gebot der kommunalen Selbstkontrolle und Selbstkorrektur gilt in vielen Kantonen als Rechtspflicht. Sie bildet das Gegenstück zur Organisationshoheit der Gemeinden. Nehmen die Gemeinden ihre Aufsichtspflichten nicht wahr oder sorgen sie nicht für eine Organisation, die Unregelmäßigkeiten erkennen kann, verletzen sie ihre Amtspflichten³²². Aufsichtsmaßnahmen haben demzufolge subsidiären Charakter³²³.

5. Effizienz

Die Wirksamkeit und die Effizienz staatlicher Maßnahmen gehören zu den wichtigen Leitprinzipien im Bund und in den Kantonen. Schon der Zusatzbericht zur Reform der

³¹⁴ Art. 150 GG/VS.

³¹⁵ Art. 151 GG/VS.

³¹⁶ Schweizer/Müller, St. Galler Kommentar zu Art. 5a BV, N 18.

³¹⁷ Schweizer/Müller, St. Galler Kommentar zu Art. 5a BV, N 12.

³¹⁸ Biaggini, Kommentar zu Art. 5a BV, N 10.

³¹⁹ Meyer, BSK, Art. 50, N 30.

³²⁰ Schweizer/Müller, St. Galler Kommentar zu Art. 5a BV, N 13.

³²¹ Wichtermann, Kommentar zu Art. 86 GG/BE, N 1.

³²² Wichtermann, Kommentar zu Art. 86 GG/BE; N 1.

³²³ Fritzsche/Bösch/Wipf, 461.

Bundesverfassung enthält dazu wegleitende Überlegungen: "Die Frage nach der Effektivität, Wirksamkeit und Effizienz staatlicher Maßnahmen gewinnt vor dem Hintergrund der zunehmenden Komplexität der staatlichen Aufgaben bei gleichzeitig knapper werdenden Ressourcen immer mehr an Bedeutung. Haben die von den staatlichen Behörden getroffenen Maßnahmen überhaupt Wirkungen, zeigen sie die beabsichtigten Wirkungen, stehen sie in einem sinnvollen Kosten-Nutzen-Verhältnis³²⁴?" Wirksamkeit und Wirtschaftlichkeit sind heute zu staatstragenden Prinzipien geworden. Sie haben in vielen Bereichen auch Eingang in das Verwaltungsrecht gefunden. Sie gehören neben den Grundsätzen von Rechtsstaat und Demokratie ebenfalls zur Good Governance³²⁵.

Es ist grundsätzlich sinnvoll, bestehende Strukturen zu nutzen, wenn bei staatlichen Maßnahmen Effizienzgewinne erzielt werden sollen. In bestimmten Fällen kam es allerdings auch angezeigt seien, neue organisatorische Vorkehrungen zu treffen, wenn die Wirksamkeit staatlichen Handelns und die Nachhaltigkeit von Aufsichtsmaßnahmen gegenüber den Gemeinden sichergestellt werden sollen.

IX Der Kanton Wallis im interkantonalen Vergleich

1. Allgemeines

Im Kanton Wallis wird die Aufsicht über die Gemeinden durch den Staatsrat ausgeübt oder durch die Instanzen, die von ihm oder durch das Gesetz bestimmt sind. Obwohl ein altes Gesetz festlegt, dass auch die Regierungsstatthalter die Gemeinden beaufsichtigen, wird die Aufsicht faktisch durch die Zentralverwaltung ausgeübt. Dieses durch Zentralität gekennzeichnete Aufsichtsmodell führt dazu, dass die Kontrollspanne bei 126 Einwohnergemeinden (2017) und zahlreichen Burgergemeinden relativ gross ist. Andere Kantone – Zürich, Bern, Freiburg Waadt – setzen auch dezentrale Instanzen für die Aufsicht über die Gemeinden ein.

Im Vergleich zu neueren Gemeindegesetzen anderer Kantone enthält das Gemeindegesetz des Kantons Wallis eine eher knappe Regelung zur Aufsicht über die Gemeinden.

2. Pflichten der Gemeinden

Das Gemeindegesetz des Kantons Wallis legt fest, dass die Mitglieder der Behörden öffentlich-rechtlicher Körperschaften ihre Aufgaben und Pflichten gewissenhaft zu erfüllen haben³²⁶. Dies gilt auch für die Gemeindeexekutive. Daraus ergibt sich, dass die

³²⁴ Zusatzbericht vom 6. März 1997 der Staatspolitischen Kommissionen der eidgenössischen Räte zur Verfassungsreform betreffend Bundesversammlung. Organisationen, Verfahren, Verhältnis zum Bundesrat, BBl 1997 III 284.

³²⁵ Andreas Lienhard, Art. 5b BV, Grundsätze wirksamen und wirtschaftlichen Handelns, in: Weerts/ Rossat-Favre/Guy-Ecabert/ Benoit/Flückiger (Ed.), Révision imaginaire de la Constitution fédérale, Basel, 2018, 40.

³²⁶ Art. 87 Abs. 1 GG/VS.

Gemeinden selbst einzuschreiten haben, wenn sie in ihrem Verantwortungsbereich Unregelmässigkeiten feststellen. In allen Kantonen gilt das Prinzip der Selbstreinigung. Der Kanton Graubünden legt fest, dass die Gemeinden zur Mitwirkung bei der Aufsicht verpflichtet sind³²⁷. Diese Mitwirkungspflicht gilt auch ohne besondere gesetzliche Grundlage. Sie ist eine Folge der kantonalen Aufsicht über die Gemeinden. Die Gemeinden sind gehalten dem Kanton alle sachdienlichen Informationen zu liefern. Die Gemeinden sind überdies verpflichtet, den Kanton von sich aus über Unregelmässigkeiten von erheblicher Bedeutung zu informieren.

3. Informatorische Aufsicht

In einzelnen Kantonen können Vertreter des Kantons an den Sitzungen von Gemeindeorganen teilnehmen (FR, GE, NE, VD). Der generelle Einsatz dieses Aufsichtsinstruments drängt sich nicht auf. Dasselbe gilt für generelle Visitationen und Inspektionen in den Gemeinden (BE, FR, VD). Generelle Visitationen sind in Kantonen mit einem dezentralen Aufsichtsmodell verbreitet.

Verschiedene Kantone setzen bei der Erhebung der Informationen einen durch den Gemeinderat zu beantwortenden Fragebogen ein. Dieses Instrument erfüllt einen doppelten Zweck. Das Instrument führt dazu, dass der Gemeinderat als Behörde sich eine Übersicht über die aufsichtsrelevanten Tatbestände verschaffen kann. Die Verantwortung wird also nicht nur dem für ein bestimmtes Ressort zuständigen Mitglied des Gemeinderates überlassen. Der Fragebogen erleichtert es zudem dem Kanton, seine Aufsicht gestützt auf eine Gesamtübersicht wahrzunehmen.

Empfehlung 1:

Es wird empfohlen, dass der Kanton Wallis bei der Erhebung von Informationen bei den Gemeinden einen generellen Fragebogen einsetzt.

Zahlreiche Kantone unterstützen die Gemeinden bei der Erfüllung ihrer Aufgaben. Das Gemeindegesetz des Kantons Wallis legt fest, dass der Staat den öffentlich-rechtlichen Körperschaften im Rahmen der Möglichkeiten Auskünfte, Ratschläge, Rechtsgutachten, Kurse in wichtigen Verwaltungsbereichen und anderes vermittelt³²⁸. In vielen Bereichen wird den Gemeinden bereits heute eine gute Unterstützung geboten.

Einzelne Kantone - insbesondere der Kanton Bern - bieten den Gemeinden eine zentrale Sammlung von Weisungen, Richtlinien, Merkblättern und Ansichtsäusserungen an.

Empfehlung 2:

Es wird empfohlen, im Kanton Wallis ein systematisches Informationssystem für die Gemeinden zu entwickeln.

³²⁷ Art. 75 Abs. 2 GG/GR.

³²⁸ Art. 144 Abs. 2 GG/VS.

4. Genehmigung von Erlassen

In zahlreichen Kantonen (ZH, BE, FR, GR) müssen Gemeindeerlasse von einer kantonalen Instanz genehmigt werden. Im Kanton Bern müssen die Organisationsreglemente der Gemeinden durch den Kanton genehmigt werden. Andere Reglemente unterliegen nur dann der Genehmigung durch die zuständige kantonale Stelle, wenn besondere Bestimmungen dies vorsehen³²⁹.

Im Kanton Wallis müssen dem Staatsrat alle Reglemente - mit Ausnahme jener von rein interner Tragweite - und die Verleihung oder die Übertragung von Wasserkraftkonzessionen zur Genehmigung unterbreitet werden. Unter Vorbehalt gegenteiliger Vorschriften beschränkt sich die Aufsichtsbehörde im Kantons Wallis darauf zu prüfen, ob das unterbreitete Recht gesetzeskonform ist³³⁰.

Die Reglemente können auf Antrag der Gemeinden einem verwaltungsinternen Vorprüfungsverfahren unterzogen werden. Die Dienststelle für innere und kommunale Angelegenheiten führt ein Vorprüfungsverfahren durch, in dem alle relevanten Dienststellen zu deren Mitbericht eingeladen werden. Diese Mitberichte werden den Gemeinden anschließend übermittelt, damit das Reglement angepasst werden kann, bevor es der Urversammlung zur Annahme vorgelegt wird. Dieses Vorprüfungsverfahren ist jedoch zum heutigen Zeitpunkt fakultativ. Nach Annahme der Reglemente durch die Urversammlungen werden diese Dienststelle für innere und kommunale Angelegenheiten zugestellt. Wenn die Dienststelle für innere und kommunale Angelegenheiten gestützt auf das verwaltungsinterne Konsultationsverfahren zum Schluss kommt, dass ein Reglement nicht genehmigungsfähig ist, gibt sie der Gemeinde Gelegenheit zur Stellungnahme. Diese kann den Entwurf noch anpassen oder an der ursprünglichen Formulierung festhalten. Wenn die Gemeinde am ursprünglichen Entwurf festhält, riskiert sie, dass die Dienststelle für innere und kommunale Angelegenheiten (DIKA) den Reglementsentwurf dem Staatsrat mit einem ablehnenden Antrag zum Entscheid vorlegt.

Eine besondere Regelung besteht im Bereich der Raumplanung. Der Gemeinderat erarbeitet die Entwürfe zum Zonennutzungsplan und zum Bau- und Zonenreglement. Er unterbreitet diese Dokumente der Dienststelle für Raumentwicklung zur Vorprüfung. Bei einer Teilrevision des Zonennutzungsplans und des Bau- und Zonenreglements sowie für Sondernutzungspläne ist die Vorprüfung durch die Dienststelle fakultativ.

Die Regelung im Kanton Wallis erweist sich auch im interkantonalen Vergleich als zweckmäßig.

5. Finanzaufsicht

Der Aufsicht der Kantone über die Finanzen der Gemeinden kommt eine besondere Bedeutung zu. Die Gemeinden werden in der Regel angehalten, die öffentlichen Gelder sorgfältig zu bewirtschaften und sparsam zu verwenden. Die Gemeinden sind primär selbst dafür verantwortlich, dass keine Misswirtschaft betrieben wird. In zahlreichen

³²⁹ Art. 57 GG/BE.

³³⁰ Art. 146f. GG/VS.

Kantone sind die Gemeinden gehalten, ein internes Kontrollsystem aufzubauen. Es gibt zahlreiche Regelungen zur Rechnungslegung, zur Budgetierung und zur Finanzplanung. Zahlreiche Kantone sehen vor, dass die Jahresrechnungen nicht nur durch interne Instanzen, sondern auch durch verwaltungsunabhängige Revisorinnen und Revisoren, die zur Prüfung von Gemeinderechnungen berechtigt sind, kontrolliert werden.

Nach dem Bericht von avenir suisse aus dem Jahr 2012 bestehen in der Westschweiz und in der Deutschschweiz unterschiedliche Modelle. Im Westschweizer Modell, das auch im Kanton Tessin zur Anwendung kommt, muss die rein technische Kontrolle der Gemeinderechnungen obligatorisch durch eine externe Revisionsstelle erfolgen.

Die Konferenz der kantonalen Aufsichtsstellen über die Gemeindefinanzen befasste sich vor einigen Jahren eingehend mit der Tätigkeit der kantonalen Aufsichtsstellen. Eine schriftliche Umfrage der Konferenz stellte schwerpunktmäßig Fragen zu den rechtlichen Grundlagen für Aufsicht über die Gemeindefinanzen und zu den rechtlichen Bestimmungen, welche für die gemeindeeigene Rechnungsprüfung gelten³³¹.

Die Auswertung dieser Umfrage zeigt, dass grundsätzlich alle Kantone eine gesetzliche Grundlage für eine aufsichtsrechtliche Tätigkeit über die Gemeinden haben. Bei den meisten Kantonen ist die Finanzaufsicht über die Gemeinden zentral geregelt. Nur vier Kantone setzen für die Finanzaufsicht zusätzlich die dezentrale Verwaltung ein. Es zeigt sich, dass der Ansatz der Aufsicht in allen Kantonen sehr ähnlich ist. Im Vordergrund steht eine vergangenheitsorientierte Prüfung. Das Hauptaugenmerk wird auf die Verschuldung gelegt. Wird der Finanzhaushalt der Gemeinden nicht ordnungsgemäß geführt, verfügen alle Kantone über die Möglichkeit, die notwendigen Maßnahmen zu ergreifen.

In 22 Kantonen werden die Rechnungen der politischen Gemeinden materiell oder formell von einer Rechnungsprüfungskommission kontrolliert. Mehr als die Hälfte der Kantone schreibt den Gemeinden zusätzlich vor, ihre Jahresrechnungen durch eine externe Revisionsstelle prüfen zu lassen. Dies ist ein Zeichen für die zunehmende Komplexität der Prüfungstätigkeit.

Das Gemeindegesetz des Kantons Wallis enthält klare Regeln zur Führung der Gemeindefinanzen. Diese müssen nach den Grundsätzen der Gesetzmäßigkeit, der wirtschaftlichen und zweckmäßigen Verwendung der öffentlichen Gelder, des Gleichgewichts des Finanzhaushalts sowie des Verursacherprinzips geführt werden (Art. 74 Abs. 1 GG/VS). Die Rechnungen der öffentlichen Gemeinwesen sind auf der Grundlage des harmonisierten Rechnungsmodells (HRM) zu erstellen (Art. 75 Abs. 3 GG/VS). Seit den Vorfällen in Leukerbad wird der Aufsicht über die Gemeindefinanzen eine besondere Bedeutung beigemessen. Eine wichtige Rolle kommt dem Finanzinspektorat zu. Dieses ist das oberste kantonale Verwaltungsorgan für die Finanzaufsicht. Es führt auch die Kontrolle über die Gemeindefinanzen durch. Bei verschiedenen Gemeinden finden jährlich Inspektionen statt. Die Gemeinden unterliegen einer umfassenden Berichterstattungspflicht gegenüber der DIKA. Es besteht eine Checkliste mit zahlreichen Positionen, die detailliert zu beantworten sind. Das Departement für Finanzen und Energie veröffentlicht jährlich einen umfassenden Bericht über die Gemeindefinanzen, der wichtige Finanzkennzahlen aller Gemeinden darstellt und analysiert. Aus der Sicht des Experten bedarf das heute schon gut ausgebaute Aufsichtsinstrumentarium grundsätzlich keiner Ergänzung.

³³¹ <www.kkag-cacsfc.ch>, besucht am 8.4.2019.

Empfehlung 3:

Es wird empfohlen, auch die Einnahmenseite der Gemeindefinanzen gezielt zu überprüfen. Aus dem interkantonalen Vergleich ergibt sich der wichtige Hinweis, dass die Gebühren nicht immer nach den korrekten Ansätzen bezogen werden.

6. Aufsichtsrechtliche Untersuchung

Mehrere Kantone kennen das Instrument der aufsichtsrechtlichen Untersuchung oder Abklärung. Die zuständige kantonale Stelle nimmt auf aufsichtsrechtliche Anzeige hin oder von Amtes wegen eine Abklärung vor, wenn der begründete Verdacht besteht, dass die ordnungsgemäße Verwaltung durch rechtswidriges Handeln der Gemeindeorgane oder auf andere Weise ernsthaft gestört oder gefährdet wird. Die zuständige kantonale Stelle schreitet in solchen Fällen nur ein, wenn die Gemeinde die Angelegenheit nicht selbst ordnet. Beide Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Solche Gesetzesbestimmungen kennen unter anderem die Kantone Zürich, Bern, Freiburg Aargau und Graubünden. Eine solche Vorschrift hat den Vorteil, dass die beanstandete Angelegenheit in einem korrekten Verfahren untersucht wird, in welchem die Gemeinde die Möglichkeit hat, ihre Auffassung zu vertreten und darzulegen, welche Maßnahmen sie in eigener Verantwortung getroffen hat. Über die Eröffnung einer aufsichtsrechtlichen Untersuchung entscheidet die zuständige kantonale Stelle allein.

Der Gesetzgeber kann mit einer solchen Vorschrift zum Ausdruck bringen, dass der Kanton nur in die Autonomie der Gemeinden eingreifen darf, wenn hinreichende Verdachtsmomente bestehen. Dabei wird vorausgesetzt, dass klares Recht oder wesentliche öffentliche Interessen missachtet werden.

Empfehlung 4:

Es wird empfohlen, auch im Kanton Wallis eine Gesetzesbestimmung zu schaffen, welche die Durchführung einer aufsichtsrechtlichen Untersuchung ermöglicht. Es existiert bereits ein entsprechender Gesetzesentwurf.

7. Repressive Massnahmen

In zahlreichen Kantonen - etwa in den Kantonen Zürich, Bern, Graubünden, Genf - kann die zuständige kantonale Stelle vorsorgliche Massnahmen treffen, der Gemeinde Weisungen zur Behebung rechtswidriger Zustände erteilen, widerrechtliche Beschlüsse oder Verfügungen von Gemeindeorganen aufheben und anstelle säumiger Gemeindeorgane unerlässliche Anordnungen treffen.

Der Kanton Wallis kennt hier eine generelle Regel: Versäumt eine Behörde einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft die Erfüllung einer vom Gesetz zwingend vorgeschriebenen Aufgabe oder Handlung, kann der Staatsrat nach wenigstens einer Mahnung die notwendigen Massnahmen treffen oder einen Dritten an Stelle und auf

Kosten der säumigen Körperschaften mit den Ausführungen dieser Aufgabe beauftragen³³².

Im Kanton Graubünden kann in einer Gemeinde unter bestimmten Voraussetzungen ein Regierungskommissär eingesetzt werden³³³. Im Kanton Zürich kann der Regierungsrat einer beaufsichtigten Organisation das Recht zu Selbstverwaltung entziehen und ein leitendes Organ einsetzen, sofern die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung nicht anders gewährleistet werden kann³³⁴. Der Kanton Wallis kennt das Instrument der Zwangsverwaltung³³⁵.

Etwa die Hälfte der Kantone kennt ein Abberufungsrecht gegenüber kommunalen Behördenmitgliedern. Im Kanton Zürich kann ein Behördenmitglied, das Amtspflichten wiederholt oder schwerwiegend verletzt, vorübergehend im Amt eingestellt oder des Amtes enthoben werden, wenn dies im öffentlichen Interesse liegt³³⁶.

Im Kanton Bern ist die Regierungstatthalterin oder der Regierungstatthalter die Disziplinarbehörde für die Mitglieder von Gemeindeorganen, soweit nicht der Gemeinderat zuständig ist³³⁷. Die Disziplinarbehörden können bei der zuständigen kantonalen Behörde die Abberufung von Behördenmitgliedern oder Personen im Amtsverhältnis mit bestimmter Amtsdauer beantragen, wenn Unfähigkeit, dauerhaft ungenügende Leistungen, schwere oder wiederholte Dienstpflichtverletzung oder ein anderer wichtiger Grund die Fortsetzung der Amtsführung unzumutbar machen³³⁸. Steht die Abberufung von Behördenmitgliedern zur Diskussion, verfügt die Regierungstatthalterin oder der Regierungstatthalter über das entsprechende Antragsrecht. Zuständig für die Abberufung von Behördenmitgliedern ist die Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion³³⁹.

Nur eine qualifizierte Amtspflichtverletzung rechtfertigt die Abberufung aus dem Amt. Die Pflichtverletzung muss an sich schwer oder wiederholt begangen worden sein, so dass sie gesamthaft als schwer zu beurteilen ist. Andererseits muss das pflichtwidrige Verhalten dazu geführt haben, dass ein Verbleiben der Person im Amt für die betroffene Gemeinde unzumutbar wird, dass also nur eine Entfernung dieser Person eine Rückkehr zu geordneten Verhältnissen ermöglicht. Die Anforderungen an eine Abberufung sind deshalb hoch. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip verlangt, dass erst dann zum einschneidenden Disziplinarinstrument der Entfernung aus dem Amt gegriffen wird, wenn alle zur Verfügung stehenden mildereren Maßnahmen nicht zu einer für die Gemeinde einigermaßen befriedigenden Lösung führen

Im Kanton Graubünden kann die Regierung Mitglieder von Gemeindebehörden ihres Amtes entheben, wenn diese schwere Amtspflichtverletzungen begangen haben oder sich wiederholt geweigert haben, Anordnungen der kantonalen Aufsichtsstellen zu befolgen.

³³² Art. 150 GG/VS.

³³³ Art. 84 GG/GR.

³³⁴ § 68 Abs. 2 GG/ZH.

³³⁵ Art. 151 GG/VS.

³³⁶ § 168 Abs. 1 Bst. f. GG/ZH.

³³⁷ Art. 81 Abs. 2 GG/BE.

³³⁸ Art. 81 Abs. 4 GG/BE.

³³⁹ Art. 82 Abs. 3 GG/BE.

Die Regierung kann ihre Anordnung an Gemeindebehörden unter Hinweis auf die Strafdrohung von Art. 292 des Schweizerischen Strafgesetzbuches erlassen³⁴⁰.

Ein sehr weitgehendes disziplinarrechtliches Instrumentarium des Staatsrats gegenüber den Mitgliedern kommunaler Behörden enthält das Gemeindegesetz des Kantons Genf. Der Staatsrat kann Mitglieder von Gemeindebehörden abberufen „ a. pour refus d'obéir aux ordres adressées par le Conseil d'Etat dans les limites constitutionnelles et légales, b. pour malversation constatée, c. pour refus de remplir ses fonctions, d. pour négligence grave dans l'exercice des fonctions, e. pour une absence injustifiée au-delà de 3 mois, f. pour une infraction grave aux lois et règlements“³⁴¹.

Im Kanton Freiburg kann der Staatsrat ein Mitglied des Gemeinderates oder des Vorstands des Amtes entheben, wenn wiederholte Pflichtverletzungen oder schwere oder wiederholte Mängel in der Führung der ihm übertragenen Geschäfte festgestellt werden³⁴².

Das Gemeindegesetz des Kantons Luzern legt fest, unter welchen Voraussetzungen ein Amtsenthebungsverfahren stattfinden kann. Hat eine von den Stimmberechtigten auf Amtsdauer gewählte Person schwere oder wiederholte strafbare Handlungen oder Amtspflichtverletzung begangen, sodass ihr Verbleiben im Amt mit den öffentlichen Interessen unvereinbar ist, kann sie der Regierungsrat vorläufig im Amt einstellen oder ihres Amtes entheben³⁴³.

Der Kanton Zug hat im Jahr 2018 auf die Einführung eines Amtsenthebungsverfahrens gegenüber Mitgliedern von Gemeindebehörden verzichtet³⁴⁴.

Empfehlung 5:

Es wird empfohlen, die Einführung eines Amtsenthebungsverfahrens für Mitglieder kommunaler Exekutiven zu prüfen.

Wenn der Kanton Wallis gegen Mitglieder kommunaler Behörden wegen schwerer Amtspflichtverletzungen ein Amtsenthebungsverfahren durchführen möchte, müsste er zuerst die entsprechenden gesetzlichen Grundlagen schaffen.

X Elemente eines Konzepts für die Aufsicht über die Gemeinden

Nachfolgend werden die Elemente eines Konzepts für die Aufsicht über die Gemeinden im Kanton Wallis dargestellt. Diese Elemente beruhen auf einer Analyse der Gesetzgebung verschiedener Kantone und auch des Kantons Wallis. Berücksichtigt wurde ferner die Analyse des Inventars vom Februar 2018 zur Aufsichtstätigkeit, die im Kanton Wallis gestützt auf zahlreiche Erlasse ausgeübt wird. Berücksichtigt wurden zudem Informationen der zuständigen Personen und Fachstellen aus verschiedenen Kantonen. Das Konzept trägt den Grundprinzipien der Gesetzmäßigkeit, der Subsidiarität, der Verhältnismäßigkeit und der Effizienz Rechnung. Die Umsetzung eines solchen Konzepts könnte zur Verbesserung der Aufsicht des Kantons über die Gemeinden beitragen. Es wird

³⁴⁰ Art. 79 Abs. 2 und 3 GG/GR.

³⁴¹ Art. 99 LAC/GE.

³⁴² Art. 151 e GG/FR.

³⁴³ §108 GG/LU.

³⁴⁴ Zug, 2366 ff.

zu prüfen sein, in welchem Umfang bei der Umsetzung des Konzepts zusätzliche Ressourcen bereitgestellt werden müssten. Den zuständigen Stellen des Kantons Wallis wird empfohlen, dieses Konzept zu konkretisieren und umzusetzen.

1. Eigenverantwortung

Die Gemeinden stehen unter der Aufsicht des Staates³⁴⁵. Dies gilt auch für die Gemeindeverbände. Auch wenn die Gemeinden unter der Aufsicht des Staates stehen, ist es ihre Pflicht, die eigenen Angelegenheiten korrekt zu besorgen, das eigene und das übergeordnete Recht zu respektieren und allfälligen Unregelmäßigkeiten zu begegnen. Die Gemeinden müssen den Willen und die Mittel haben, ihre eigenen Aufsichtspflichten wahrzunehmen. Fehlen einer Gemeinde diese Mittel, so hat sie sich diese zu beschaffen. Dies kann auch in Zusammenarbeit mit anderen Gemeinden geschehen. Die Gemeinden beaufsichtigen "die Personen oder die Gebilde, denen sie die Erfüllung gewisser Aufgaben anvertraut haben. Sie sorgen dafür, dass diese ihnen die entsprechenden Informationen zukommen lassen, namentlich Informationen finanzieller Natur"³⁴⁶. Das Gebot der kommunalen Selbstkontrolle und Selbstkorrektur entspricht dem Grundsatz der Subsidiarität staatlichen Handelns. Es handelt sich bei dieser Maxime im Kontext der Aufsicht über die Gemeinden nicht nur um eine allgemeine Verhaltensregel, sondern um eine Rechtspflicht, die mit dem Gedanken der Gemeindeautonomie verknüpft ist. Nehmen die verantwortlichen Gemeindeorgane ihre internen Aufsichtspflichten nicht wahr oder sorgen sie nicht für eine Organisation, die Unregelmäßigkeiten erkennen kann, so verletzen sie ihre Amtspflichten. Wenn sie Probleme nicht alleine lösen können, haben sie sich von sich aus an den Kanton zu wenden. Der Kanton soll zur Stärkung der Eigenverantwortung den Gemeinden beitragen. Dies geschieht auch dadurch, dass er für einen geeigneten Informationsfluss sorgt. Für Fehlentwicklungen darf nicht leichthin der Kanton verantwortlich gemacht werden. Dieser hat zwar eine Aufsichtspflicht gegenüber den Gemeinden. Er soll jedoch erst eingreifen, wenn die Gemeinden ihren Aufgaben nicht oder nicht genügend nachkommen.

2. Information

Die Gemeinden haben die zuständigen Stellen des Kantons von sich aus zu informieren, wenn sie Probleme im organisatorischen, finanziellen oder personellen Bereich haben oder wenn Schwierigkeiten bei der Erfüllung der selbst gewählten oder übertragenen Aufgaben bestehen.

Die Informationspflicht der Gemeinden findet ihr Gegenstück in der Informationspflicht des Kantons. Der Kanton vermittelt den Gemeinden im Rahmen seiner Möglichkeiten Auskünfte, Ratschläge und Rechtsgutachten³⁴⁷. Er bietet auch Kurse in wichtigen Verantwortungsbereichen an.

Der Information der Gemeinden durch den Kanton kommt eine große Bedeutung zu. Der Staatsrat hat am 13. Juni 2018 bereits beschlossen, dass auf der Webseite des Kantons

³⁴⁵ Art. 144 GG/VS.

³⁴⁶ Art. 106 Abs. 2 GG/VS.

³⁴⁷ Art. 144 Abs. 2 GG/VS.

Wallis eine "porte d'entrée unique" einzurichten ist, die für wichtige Informationen an die Gemeinden zur Verfügung steht.

Die Gemeinden sollten dort auch über die für sie wichtigen Entscheide des Staatsrats, der kantonalen Verwaltung und der Gerichte systematisch informiert werden. Zu diesem Zweck könnte eine Datenbank erstellt werden.

Es wäre zu empfehlen, nach dem Beispiel des Kantons Bern ein systematisches Informationssystem für die kommunale Ebene zu entwickeln. In einem solchen System könnten einzelne Informationen wie Weisungen, Richtlinien, Merkblätter, Kommentare, Ansichtsäußerungen oder Empfehlungen zentral gesammelt und den Gemeinden zur Verfügung gestellt werden. Die Unterlagen müssten laufend aktualisiert werden. Sie sollten auch Privaten und Verbänden zur Verfügung stehen.

3. Organe der Staatsaufsicht

Nach Artikel 145 des Gemeindegesetzes wird die Aufsicht über die Gemeinden durch den Staatsrat selbst oder durch die Instanzen, die von ihm oder vom Gesetz benannt sind, ausgeübt. Beaufsichtigt werden auch die Gemeindeverbände. Es entspricht der Rechtslage und der Praxis auch in anderen Kantonen, dass der Staatsrat nur für einschneidende Aufsichtsmaßnahmen direkt zuständig ist. Verantwortlich für das normale Aufsichtshandeln sind primär die zuständigen Departemente mit ihren Fachstellen. Gegenüber den kantonalen Stellen verfügt der Staatsrat über die Dienstaufsicht, während ihm und den anderen kantonalen Stellen gegenüber den Gemeinden die Verbandsaufsicht zur Verfügung steht.

Eine besondere Rolle kommt der DIKA zu. Sie beaufsichtigt die Gemeinden in verschiedenen Bereichen. Dazu gehören auch Fragen der Führung des Finanzhaushalts. Vorbehalten bleibt die Gesetzgebung über die Finanzaufsicht. Die DIKA nimmt auch wichtige Aufgaben in den Bereichen der politischen Rechte, der Gemeindefusionen und der Expropriationen wahr. Mit Bezug auf die generelle Aufsicht über die Gemeinden hat sie insbesondere die folgenden Kompetenzen:

- a. Instruktion der Beschwerden an den Staatsrat gegen kommunale Akte.
- b. Instruktion der Genehmigung von kommunalen Reglementen durch den Staatsrat. Bei der Vorbereitung der Genehmigungsentscheide werden die zuständigen Stellen des Kantons konsultiert.
- c. Instruktion von Aufsichtsbeschwerden an den Staatsrat³⁴⁸.

Aus der besonderen Stellung der DIKA, die für die allgemeine Aufsicht über die Gemeinden zuständig ist, darf nicht der Schluss gezogen werden, dass diesem Amt die umfassende Verantwortung über die kantonale Gemeindeaufsicht zukommt. Es gilt der Grundsatz, dass jede kantonale Fachstelle für die Durchsetzung des materiellen Rechts, das in ihrem Zuständigkeitsbereich liegt, selbst befugt und verpflichtet ist. Jede kantonale Stelle hat das kantonale Recht, für das sie verantwortlich ist, zu vollziehen und durchzusetzen. In diesem Bereich hat sie auch Aufsichtspflichten gegenüber den Gemeinden. Wenn eine Dienststelle im Rahmen der Aufsichtstätigkeit auf einen Sachverhalt stößt, der auch andere kantonale Stellen betrifft, dann sollte sie diese Stellen

³⁴⁸ Art. 153 GG/VS.

direkt informieren. Wenn eine kantonale Dienststelle bei einer Gemeinde Unregelmäßigkeiten von erheblicher Bedeutung antrifft, sollte sie das zuständige Departement, die DIKA und weitere kantonale Fachstellen, die von der Angelegenheit betroffen sein könnten, über den Sachverhalt informieren. Es ist zu empfehlen, dass das DIKA in solchen Fällen die Koordination übernimmt, wenn das Schwergewicht des Problems nicht klar einem Departement zugeordnet werden kann. Damit kann die Kohärenz des Aufsichtshandelns sichergestellt werden.

4. Präventive und repressive Aufsicht

Bei der präventiven Aufsicht stehen die informatorischen Aufsichtsmittel im Vordergrund. Es wird empfohlen, bei der Aufsichtstätigkeit des Kantons über die Gemeinden einen standardisierten Fragebogen einzusetzen. Gestützt auf diesen Fragebogen könnten beispielsweise zu den folgenden Bereichen Informationen beschafft werden:

Gemeindeerlasse, Gemeindebetriebe, Zusammenarbeit mit anderen Gemeinden, Archivierung, Personal, Einwohnerkontrolle, Abstimmungen und Wahlen, Datenschutz und Datensicherheit, Informatik, Bildung, Polizei, öffentliche Sicherheit, Steuern, Bauwesen, Raumplanung, soziale Sicherheit. Der Fragebogen könnte ergänzt werden mit Bereichen, in denen es Gründe für eine intensive Aufsicht über die Gemeinden gibt. Die Auswertung des Fragebogens wird Hinweise darauf geben, in welchen Bereichen bei einzelnen oder mehreren Gemeinden aufsichtsrechtlicher Handlungsbedarf besteht. Ein solches Vorgehen trägt zur Professionalisierung der Aufsicht über die Gemeinden bei. Für die Aufsicht über die Gemeindefinanzen besteht bereits ein besonderes Instrumentarium. Ein wesentliches Element der präventiven Aufsicht bildet ferner die Beratung der Gemeinden und die Erteilung von Auskünften im Einzelfall. Zur präventiven Aufsicht gehören auch die Genehmigungspflichtigen (vgl. unten Ziffer 5).

Beim repressiven Aufsichtshandeln muss die Autonomie der Gemeinden gewahrt werden. Ein Eingreifen des Staates setzt voraus, dass die Gemeinden Unregelmäßigkeiten nicht selbst beheben konnten und dass klares Recht oder wesentliche öffentliche Interessen missachtet wurden. Für die Durchführung amtlicher Untersuchungen gegenüber den Gemeinden sollte eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden. Der Staatsrat hat einen diesbezüglichen Auftrag erteilt. Für repressives Aufsichtshandeln ist eine klare gesetzliche Grundlage erforderlich, wie sie beispielsweise in den Artikeln 150 und 151 des Gemeindegesetzes des Kantons Wallis besteht. Falls der Kanton Wallis die Möglichkeit eines Amtsenthebungsverfahrens für Mitglieder kommunaler Behörden einführen möchte, müsste dazu eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage geschaffen werden.

5. Genehmigung von kommunalen Akten

Dem Staatsrat müssen alle Reglemente mit Ausnahme jener von rein interner Tragweite zur Genehmigung unterbreitet werden³⁴⁹. Genehmigt werden muss auch die Verleihung oder die Übertragung von Wasserkraftkonzessionen.

Unter Vorbehalt gegenteiliger Vorschriften der Spezialgesetzgebung beschränkt sich die Aufsichtsbehörde darauf zu prüfen, ob das ihr unterbreitete Reglement gesetzeskonform

³⁴⁹ Art. 146 GG/VS.

ist³⁵⁰. In Fällen, in denen sich die Prüfung auf die Zweckmäßigkeit erstreckt, macht die Aufsichtsbehörde ihre Genehmigung von gewissen Bedingungen abhängig³⁵¹. Die Aufsichtsbehörde kann eine Bestimmung nur abändern, wenn die Gemeinde nicht selber innert angemessener Frist eine gesetzeskonforme oder zweckmäßige Bestimmung erlassen hat³⁵².

Im Kanton Wallis können die Reglemente auf Antrag der Gemeinden einem Vorprüfungsverfahren untergezogen werden, bevor sie dem Staatsrat zur Genehmigung unterbreitet werden. DIKA ist die Eingangspforte für die Gemeindereglemente. Sie prüft das Dossier auf seine Vollständigkeit und holt Stellungnahmen der betroffenen Dienststellen der Verwaltung ein. Es existiert eine Liste, die festlegt, welche Dienststellen zu welchen Reglementen zu konsultieren sind. Ein abweichendes Verfahren besteht beim Zonennutzungsplan und beim Bau- und Zonenreglement. Gestützt auf das Vorprüfungsverfahren wird nötigenfalls nochmals der Dialog mit der betroffenen Gemeinde gesucht, damit die Reglemente angepasst werden können, bevor sie der Urversammlung vorgelegt werden. Bei Gemeinden, die kein Vorprüfungsverfahren durchführen, muss das Reglement nach Annahme durch die Urversammlung an die übergeordnete Gesetzgebung angepasst werden, gegebenenfalls drängt sich ein weiterer Urversammlungsbeschluss auf. Um dies zu verhindern, wird den Gemeinden dringend geraten, ein Vorprüfungsverfahren durchzuführen. Am Schluss wird der bereinigte Reglementsentswurf dem Staatsrat zur Genehmigung vorgelegt. Das Verfahren hat sich grundsätzlich bewährt. In der Praxis gibt es noch Verbesserungsmöglichkeiten. Der Staatsrat hat in diesem Bereich schon einen Optimierungsauftrag erteilt. Die zuständigen Stellen könnten angehalten werden, sich im Konsultationsverfahren zu den Reglementen zu äußern. Über allfällige Differenzen zwischen den Fachstellen sollte der Staatsrat informiert werden.

6. Finanzaufsicht

Das Gemeindegesetz enthält zahlreiche Bestimmungen zur Führung der Gemeindefinanzen. Diese müssen nach den Grundsätzen der Gesetzmäßigkeit, der wirtschaftlichen und zweckmäßigen Verwendung der öffentlichen Gelder, des Gleichgewichts des Finanzhaushalts sowie des Verursacherprinzips geführt werden. Die Rechnungen der öffentlichen Gemeinwesen sind auf der Grundlage des harmonisierten Rechnungsmodells (HRM) zu erstellen. Die Führung des Finanzhaushalts umfasst das Rechnungswesen, die finanzrechtlichen Zuständigkeiten, die Organisation des internen Kontrollsystems und die Rechnungsprüfung. Der Gemeinderat ist für die Führung des Finanzhaushalts verantwortlich. Er beschafft sich Führungsinstrumente, die der Situation angemessen sind. Die Rechnung ist jährlich durch Revisoren zu prüfen. Der Aufsicht über die Gemeindefinanzen wird besondere Bedeutung beigemessen. Die Gemeinden unterliegen einer umfassenden Berichterstattungspflicht gegenüber dem DIKA. Es besteht eine Checkliste mit zahlreichen Positionen, die detailliert zu beantworten sind. Eine besondere Rolle kommt dem Finanzinspektorat zu. Dieses ist das oberste kantonale Verwaltungsorgan für die Finanzaufsicht. Es führt auch die Kontrolle über die

³⁵⁰ Art. 147. Abs. 1 GG/VS.

³⁵¹ Art. 147 Abs. 2 GG/VS.

³⁵² Art.147 Abs. 3 GG/VS.

Gemeindefinanzen durch. Bei verschiedenen Gemeinden finden jährlich Inspektionen statt.

Aus dem interkantonalen Vergleich ergibt sich der wichtige Hinweis, dass nicht nur die Ausgabenseite, sondern auch die Einnahmenseite zu überprüfen ist. Es ist beispielsweise darauf zu achten, dass die Gebühren nach den korrekten Ansätzen bezogen werden.

Aus der Sicht des Experten bedarf das heute schon gut ausgebaute Aufsichtsinstrumentarium keiner Ergänzung.

7. Aufsichtsbeschwerden und Hinweise

Interessierte Personen können bei den Aufsichtsbehörden gegen eine Gemeinde eine Aufsichtsbeschwerde einreichen. Die Beschwerde muss begründet werden. Es besteht kein Anspruch auf eine Antwort der Aufsichtsbehörde³⁵³. Die Aufsichtsbeschwerde ist kein formelles Rechtsmittel, sondern ein formloser Rechtsbehelf. Der Person, die Anzeige erstattet, kommt keine Parteistellung zu. Die Aufsichtsbehörde entscheidet nach pflichtgemäßem Ermessen über die Behandlung und die Erledigung einer Aufsichtsbeschwerde. Aufsichtsbeschwerden sollten nicht auf die leichte Schulter genommen werden. Sie können ein Indiz dafür sein, dass in einem bestimmten Bereich über den Einzelfall hinaus systembedingte Fehler bestehen. Das kann auch der Fall sein bei Hinweisen, die der Verwaltung durch Private oder außenstehende Institutionen zugetragen werden.

Wenn die DIKA von solchen Fällen Kenntnis erhält, sollte sie für die Koordination besorgt sein und die zuständigen Stellen der Verwaltung informieren.

8. Risikobasierte Aufsicht

Aufsichtsmaßnahmen sind in der Regel nach einheitlichen Grundsätzen durchzuführen. Dies gilt etwa dann, wenn es um Maßnahmen der Finanzaufsicht oder um grundlegende Informationen für alle Gemeinden geht. Aus der Sicht des Experten ist die Finanzaufsicht zweckmäßig organisiert.

In bestimmten Bereichen bestehen besondere Risiken. Solche Risiken können mit ausgeprägten finanziellen Interessen zusammenhängen. Dies gilt etwa für die folgenden Bereiche: Bauwesen, Raumplanung, Zweitwohnungen, ausländerrechtliche Bewilligungen, besondere steuerliche Maßnahmen für Einzelpersonen. In diesen Bereichen sind gezielte Aufsichtsmaßnahmen angezeigt. Heikel können auch Fälle sein, in denen bestimmte Verantwortungsträger der Gemeinden die öffentlichen Interessen und die eigenen wirtschaftlichen Interessen auseinanderhalten müssen.

Bei der Aufsicht ist auch unterschiedlichen Voraussetzungen in den Gemeinden Rechnung zu tragen. Große Gemeinden mit einer professionellen Infrastruktur können in anderer Weise beaufsichtigt werden als kleine Gemeinden, die vielleicht nicht in allen Bereichen über fachlich geschultes Personal verfügen. In solchen Fällen können die Aufsichtsbehörden auch die Kooperation unter den Gemeinden anregen.

³⁵³ Art. 153 GG/VS.

9. Normale Aufsicht – intensive Aufsicht

Im Rahmen der vorliegenden Expertise wurde auftragsgemäß das „Inventaire des tâches de surveillance et de haute surveillance exercées par le canton sur les communes“ vom Februar 2018 analysiert. Die Ergebnisse der Abklärungen befinden sich im Anhang III zum Gutachten.

Dabei wurde auch abgeklärt, wo aus der Sicht des Gutachters ein besonderer Handlungsbedarf besteht. Zu diesem Zweck wurden die Kategorien „Normale Aufsicht“ und „Intensive Aufsicht“ geschaffen. Mit diesen Begriffen ist Folgendes gemeint:

Normale Aufsicht bedeutet, dass keine besonderen Risiken vorhanden sind. Die Aufsicht erfolgt nach den üblichen Regeln. Fehlentwicklungen haben in erster Linie die Gemeinden zu korrigieren. Es können präventive und repressive Aufsichtsmittel eingesetzt werden. Repressive Aufsichtsmittel bedürfen einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage.

Intensive Aufsicht bedeutet, dass besondere Risiken vorhanden sind. Diese können mit der finanziellen Bedeutung einer Angelegenheit, mit dem besonderen Gefährdungspotenzial, mit dem großen öffentlichen Interesse, mit möglichen Interessenkonflikten bestimmter Personengruppen, die in den Gemeinden Verantwortung tragen, oder mit anderen für den Kanton wichtigen Konstellationen verbunden sein. Fehlentwicklungen haben in erster Linie die Gemeinden zu korrigieren. Der Kanton muss die Aufsicht mit besonderer Sorgfalt wahrnehmen. Dies kann bspw. bedeuten, dass der Informationsfluss zwischen den Gemeinden und dem Kanton mit Bezug auf den Inhalt und die Periodizität präzise geregelt ist. Die Gemeinden sind dazu anzuhalten, dem Kanton von sich aus alle relevanten Informationen zu liefern. Es können präventive und repressive Aufsichtsmittel eingesetzt werden. Für den Einsatz repressiver Aufsichtsmittel ist eine besondere gesetzliche Grundlage erforderlich.

Die Gemeinden tragen vor allem im Infrastrukturbereich starke Lasten. Der Umweltschutz ist hauptsächlich bundesrechtlich geregelt, doch obliegt der Vollzug neben den Kantonen in erheblichem Ausmaß den Gemeinden³⁵⁴. Die Schwerpunkte der kommunalen Politik haben sich von politisch wenig umstrittenen Grundversorgungsaufgaben (Elektrizität, Wasser, Abfall, Schulen) auf kontroversere Fragen in den Bereichen der Bau-, Energie-, Verkehrs-, und Raumplanungspolitik verschoben³⁵⁵. Gerade kleinere Gemeinden können an ihre Belastungsgrenzen stoßen. Diese starke Belastung ist mit Risiken verbunden und sollte deshalb zu einer hinreichend intensiven Aufsicht des Kantons über die Gemeinden führen. Ein besonderes Augenmerk ist auf den Finanzhaushalt der Gemeinden zu richten. Eine intensive Aufsicht über die Gemeinden ist aus der Sicht des Gutachters in den folgenden Bereichen angezeigt: Baugesetz, Bauverordnung, Ausführungsdekret zum Bundesgesetz über Zweitwohnungen, Bewilligungsgesetz, Verordnung betreffend die Führung des Finanzhaushalts der Gemeinden, Energiegesetz, Verordnung betreffend die rationelle Energienutzung in Bauten und Anlagen, Ausführungsgesetz zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Gesetz über den Umweltschutz, Steuergesetz, Gesetz über die

³⁵⁴ Seiler, Verfassungsrecht der Schweiz, § 31, N 33.

³⁵⁵ Rühli, avenir suisse, 62f.; Geser/Höpflinger/Ladner/Meuli, 334; Seiler, Verfassungsrecht der Schweiz, § 31, N 33.

Eingliederung und die Sozialhilfe, Gesetz über die Einwohnerkontrolle. Nähere Ausführungen zu diesen Erlassen finden sich im Anhang III zum Gutachten.

Die im „Inventaire des tâches de surveillance et de haute surveillance exercées par le canton sur les communes“ vom Februar 2018 enthaltenen Erlasse decken die wichtigsten Bereiche der Aufsichtstätigkeit des Kantons ab. Nach den Angaben der zuständigen Departemente findet bei zahlreichen Erlassen keine oder nur eine minimale Aufsichtstätigkeit des Kantons statt. Hier besteht Handlungsbedarf. Im Inventar, das dem Experten zur Analyse vorgelegt wurde, ist das Gesetz betreffend den Beitritt des Kantons Wallis zur interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen noch nicht enthalten³⁵⁶. Dieses Gesetz findet auf alle öffentlichen Auftraggeber Anwendung. Auftraggeber können auch die Gemeinden, die Burgergemeinden und die Gemeindeverbände sein. Der Vollzug des Gesetzes wird durch den Staat überwacht. Er hat die nötigen Maßnahmen zu treffen. Er hat auch eine Beratungsaufgabe gegenüber den Gemeinden.

10. Gesetzgeberischer Handlungsbedarf

Es ist nicht erforderlich, zahlreiche neue Regeln zur Aufsicht des Kantons über die Gemeinden zu erlassen. Es ist vielmehr angezeigt, die im Gemeindegesetz und in den Spezialgesetzen vorhandenen Grundlagen richtig auszuschöpfen.

Neues Gesetzesrecht ist angezeigt für die Regelung des Vorverfahrens bei aufsichtsrechtlichen Maßnahmen. Das Gemeindegesetz könnte mit einer Bestimmung ergänzt werden, welche festhält, dass der Staatsrat die zuständige Stelle damit beauftragen kann, gegen eine Gemeinde eine aufsichtsrechtliche Untersuchung durchzuführen, wenn

- a. der Verdacht besteht, dass die ordnungsgemäße Verwaltung durch rechtswidriges Handeln der Gemeindeorgane oder auf andere Weise ernsthaft gestört oder gefährdet wird und
- b. die Gemeinde die Angelegenheit nicht selbst ordnet.

Beide Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Für die Eröffnung der Untersuchung genügt ein hinreichender Verdacht, der sich auf eine ernsthafte Störung oder Gefährdung der ordnungsgemäßen Verwaltung der Gemeinde beziehen muss. Neues Gesetzesrecht wäre auch dann zu schaffen, wenn ein Amtsenthebungsverfahren gegen Mitglieder kommunaler Behörden eingeführt werden soll. Das Gesetz müsste festlegen, dass ein kommunales Behördenmitglied, das seine Amtspflichten wiederholt oder schwerwiegend verletzt, durch den Staatsrat vorübergehend im Amt eingestellt oder des Amtes enthoben werden kann, wenn dies im öffentlichen Interesse liegt. Etwa die Hälfte der Kantone hat gesetzliche Grundlagen für ein Amtsenthebungsverfahren gegenüber Mitgliedern kommunaler Behörden geschaffen. Ob eine solche Gesetzesgrundlage geschaffen werden soll, ist eine Frage des politischen Ermessens. Nach einem Gesetz aus dem Jahr 1850 gehört es zu den Aufgaben der Regierungsstatthalter, die Gemeinden zu beaufsichtigen³⁵⁷. In der Praxis findet die

³⁵⁶ VS-SR 726.1.

³⁵⁷ VS-SR 172.16, Art. 3 Abs. 1 Bst. b.

Aufsicht heute durch die Zentralverwaltung statt. Die Totalrevision der Verfassung wird Gelegenheit bieten, die Rolle der Regierungstatthalter zu klären.

XI Beantwortung der Fragen

1. Gibt es bei der Aufsicht und der Oberaufsicht des Kantons über die Gemeinden im interkantonalen Vergleich wichtige Bereiche, die gegenwärtig nicht beachtet werden, insbesondere bei der Anwendung des übergeordneten Rechts?

Antwort:

Die Aufsicht des Kantons bezieht sich auf alle Bereiche kommunalen Handelns, unabhängig davon, ob es sich um den ursprünglichen oder den übertragenen Wirkungskreis handelt. Die im „Inventaire des tâches de surveillance et de haute surveillance exercées par le canton sur les communes“ vom Februar 2018 enthaltenen Erlasse decken die wichtigsten Bereiche der Aufsichtstätigkeit des Kantons ab. Nach der Auskunft der zuständigen Departemente findet bei zahlreichen Erlassen keine oder nur eine minimale Aufsichtstätigkeit des Kantons statt. Hier besteht Handlungsbedarf. Im Inventar, das dem Experten zur Analyse vorgelegt wurde, ist das Gesetz betreffend den Beitritt des Kantons Wallis zur interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen noch nicht enthalten. Auftraggeber im Sinne dieses Gesetzes können auch die Gemeinden, die Burgergemeinden und die Gemeindeverbände sein. Hier hat der Staat Aufsichtspflichten.

Die Aufgabenteilung zwischen dem Kanton und den Gemeinden ist nicht in allen Kantonen gleich geregelt. Die Aufsicht des Kantons über die Gemeinden ist ebenfalls nicht allen Kantonen gleich ausgestaltet, auch wenn in den wesentlichen Punkten ähnliche Grundsätze gelten. Im interkantonalen Vergleich sind keine wichtigen Bereiche erkennbar, die im Kanton Wallis nicht der kantonalen Aufsicht über die Gemeinden unterliegen.

2. In welchen Bereichen müssten die Aufsicht oder die Oberaufsicht über die Gemeinden verstärkt werden, wenn die Risiken und Konsequenzen der Nichtberücksichtigung gesetzlicher Vorschriften bedacht werden?

Antwort:

Das Gesetz verpflichtet den Kanton dazu, die Gemeinden zu beaufsichtigen. Diese Pflicht gilt in allen Bereichen. Die Aufsichtspflicht ist in Bereichen, in denen Risiken bestehen, von besonderer Bedeutung. Es kann sich um finanzielle Risiken oder um Risiken handeln, die mit anderen wichtigen öffentlichen Interessen zusammenhängen. Bei der Beurteilung der Risiken bestehen erhebliche politische Ermessensspielräume. Entscheidend ist, wie hoch die Risiken und Konsequenzen der Nichtberücksichtigung gesetzlicher Vorschriften eingeschätzt werden.

Eine intensive Aufsicht über die Gemeinden ist aus der Sicht des Gutachters in den folgenden Bereichen angezeigt: Baugesetz, Bauverordnung, Ausführungsdekret zum Bundesgesetz über Zweitwohnungen, Bewilligungsgesetz, Verordnung betreffend die Führung des Finanzhaushalts der Gemeinden, Energiegesetz, Verordnung betreffend die rationelle Energienutzung in Bauten und Anlagen, Ausführungsgesetz zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Gesetz über den Umweltschutz, Steuergesetz, Gesetz über die Eingliederung und die Sozialhilfe, Gesetz über die Einwohnerkontrolle.

3. In welchen Bereichen müsste bei der Aufsicht und der Oberaufsicht über die Gemeinden die Koordination unter den Departementen und Dienststellen verstärkt werden?

Antwort:

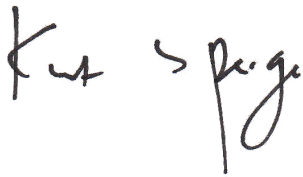
Aus der besonderen Stellung der DIKA, die für die allgemeine Aufsicht über die Gemeinden zuständig ist, darf nicht der Schluss gezogen werden, dass diesem Amt die umfassende Verantwortung über die kantonale Gemeindeaufsicht zukommt. Es gilt der Grundsatz, dass jede kantonale Fachstelle für die Durchsetzung des materiellen Rechts, das in ihrem Zuständigkeitsbereich liegt, selbst befugt und verpflichtet ist. Jede kantonale Stelle hat das Recht, für das sie verantwortlich ist, zu vollziehen und durchzusetzen. In diesem Bereich hat sie auch Aufsichtspflichten gegenüber den Gemeinden. Die Koordination der Aufsichtstätigkeit unter den Departementen ist in allen überprüften Kantonen mit größeren Herausforderungen verbunden. Bei der Koordination kommt es auf den Einsatz der richtigen Instrumente und Verfahren an. Wenn für die Aufsicht über die Gemeinden ein standardisierter Fragebogen eingesetzt wird, erleichtert dies auch die Koordination unter den Departementen. Wenn eine Dienststelle feststellt, dass auch andere Dienststellen von einem bei ihrer Aufsichtstätigkeit festgestellten Sachverhalt betroffen sind, sollte sie diese direkt informieren. Wenn eine kantonale Dienststelle bei einer Gemeinde Unregelmäßigkeiten von erheblicher Bedeutung antrifft, sollte sie das zuständige Departement, die DIKA und weitere kantonale Fachstellen, die von der Angelegenheit betroffen sein könnten, über den Sachverhalt informieren. Es ist zu empfehlen, dass die DIKA in solchen Fällen die Koordination übernimmt, wenn das Schwergewicht des Problems nicht klar einem Departement zugeordnet werden kann. Damit kann die Kohärenz des Aufsichtshandelns sichergestellt werden.

4. Welche Maßnahmen sind zu treffen, wenn ein Mitglied des Gemeinderats strafrechtlich verurteilt wird für Handlungen, die es in Ausübung seiner Funktion begangen hat?

Antwort:

Für eine direkte Sanktion des Staatsrats bedarf es einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage. Eine solche Gesetzesbestimmung fehlt im geltenden Recht. Eine neu zu schaffende Gesetzesbestimmung könnte festhalten, dass der Staatsrat ein kommunales Behördenmitglied, das seine Amtspflichten wiederholt oder schwerwiegend verletzt hat, vorübergehend im Amt einstellen oder des Amtes entheben kann, wenn dies im öffentlichen Interesse liegt. Bei der strafrechtlichen Verurteilung eines Gemeinderatsmitglieds für Handlungen, die es in Ausübung seiner Funktionen begangen hat, kann gestützt auf eine solche neue Gesetzesbestimmung eine Amtsenthebung gerechtfertigt sein.

Bern, 31. Mai 2019

Handwritten signature in black ink, appearing to read 'Kurt Nussli'.

Prof. Dr. Kurt Nuspliger

Anhang I: Materialien, Berichte und Literatur

Materialien und Berichte

Geser Hans/ Höpflinger François/Ladner Andreas/Meuli Urs, Die Schweizer Gemeinden im Kräftefeld des gesellschaftlichen und politisch-administrativen Wandels, Zürich 1996.

Schmitt Nicolas, Institut du Fédéralisme, Université de Fribourg, La surveillance des décisions prises par les exécutifs communaux en Suisse, 27 avril 2010 (zit. Schmitt, XX).

R 21-Bericht, Gebiet und Institutionen im 21. Jahrhundert im Wallis, Bericht der außerparlamentarischen Kommission vom 3.10.2012 (zit. R 21-Bericht).

Rühli Lukas, avenir suisse, Gemeindeautonomie zwischen Illusion und Realität, 2012, www.avenir-suisse.ch, (zit. Rühli, avenir suisse, XX).

Meyer Lorenz, Gutachten vom 29. Februar 2016 betreffend Finanzaufsicht im Kanton Basel-Stadt (zit. Meyer, Gutachten Finanzaufsicht, XX).

Konferenz der kantonalen Aufsichtsstellen über die Gemeindefinanzen, Umfrage über Aufgaben und Zuständigkeiten der kantonalen Aufsichtsstellen über die Gemeindefinanzen, Ergebnis der Umfrage, 10.6.2016, www.kkag-cacsfc.ch.

Biaggini Giovanni, Rechtsgutachten vom 31. Oktober 2016 zur Frage der Gültigkeit der kantonalen Volksinitiative "Keine Steuergelder für die Berner Reithalle (zit. Biaggini, Rechtsgutachten, XX).

Kanton Schwyz, Grundlagenbericht. Bezirke und Gemeinden: Organisation und politische Rechte. 12. April 2016 (zit. Grundlagenbericht Schwyz, XX).

Rapport du Service des affaires intérieures et communales du Département des finances et des institutions, du 30 août 2016 (zit. Rapport Chevrier, XX).

Rouiller Claude, Rapport établi à la demande du Conseil communal de Bagnes (Canton du Valais) sur certaines conséquences d'une pratique, jugée illégale, en matière de police de constructions (affaire dite des "constructions illicites de Verbier") mars-août 2016, (zit. Rouiller, N XX).

Veuthey Pierre-André/Bender Léonard, Commune de Bagnes, Expertise visant au contrôle de la conformité des procédures dans le secteur de la construction, du 12 février 2016, (zit. Veuthey/Bender, XX).

Nuspliger Kurt, Die Aufsicht des Kantons Wallis im Fall Verbier. Rechtliche Abklärungen zur Aufsicht des Kantons Wallis über die Gemeinden im Baubereich im weiteren Sinn, Gutachten zuhanden des Staatsrats des Kantons Wallis, 20. 3.2017 (zit. Gutachten Nuspliger vom 20.3.2017, XX).

Botschaft der Regierung des Kantons Graubünden vom 27.6.2017 an den Großen Rat zum Gemeindegesetz, Heft 3/2017-2018, 187ff. (zit. Botschaft GG/GR, XX).

Bericht und Antrag des Regierungsrates des Kantons Zug vom 11. Juli 2017 betreffend Teilrevision der Kantonsverfassung sowie des Verantwortlichkeitsgesetzes betreffend

Einführung eines Amtsenthebungsverfahrens, Vorlagen 2817.1-15655; Sitzung des Kantonsrates des Kantons Zug vom 7.6.2018, Protokoll, S. 2366ff. (zit. Zug, XX).

Literaturverzeichnis

Arn Daniel/Friederich Ueli/Friedli Peter/Müller Markus/Müller Stefan/Wichtermann Jürg, Kommentar zum Gemeindegesetz des Kantons Bern, Bern 1999 (zit. Autor, Kommentar zu Art. XX GG/BE, N YY).

Aubert Jean-François/ Mahon Pascal (Hrsg.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich 2003 (zit. Auer/Mahon, Kommentar zu Art. XX BV, N YY).

Auer Andreas, Staatsrecht der Schweizerischen Kantone, Bern 2016 (zit. Auer, Staatsrecht, N YY).

Auer Andreas/Malinverni Michel/Hottelier Michel, Droit constitutionnel suisse, Volume I, Troisième édition, Berne 2013 (zit. Auer/Malinverni/Hottelier, N XX):

Biaggini Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2017 (zit. Biaggini, Kommentar zu Art. XX BV, N YY).

Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2015 (zit. Autor, in: Staatsrecht, § XX N YY).

Biaggini Giovanni, Aufsichtsrecht, in: Giovanni Biaggini/Isabelle Häner/Urs Saxer/Markus Schott, Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich 2015 (zit. Biaggini, Aufsichtsrecht, N XX).

Buser Denise, Kantonales Staatsrecht, 2. Auflage, Basel 2011 (zit. Buser, XX).

de Courten, Paul, La commune politique valaisanne, Diss. Fribourg, Sion 1927 (zit. de Courten, XX).

Dubey Jacques/Zufferey Jean-Baptiste, Droit administratif général, Bâle 2014 (zit. Dubey/Zufferey, N XX).

Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 3. Auflage, Zürich/St. Gallen 2014 (zit. Autor, St. Galler Kommentar zu Art. XX BV, Rz. YY).

Fraefel Willy, Die Aufsicht des Kantons über die Gemeinden nach basellandschaftlichem Recht, Diss. Basel 1977 (zit. Fraefel, XX).

Fritzsche Christoph/Bösch Peter/Wipf Thomas, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. Auflage, Zürich 2011 (zit. Fritzsche/Bösch/Wipf, XX).

Graf Martin/Theiler Cornelia/von Wyss Moritz (Hrsg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, Basel 2014 (zit. Autor, in: Parlamentsrecht, Art. XX, N YY).

Häner Isabelle/Lienhard Andreas/Tschannen Pierre/Uhlmann Felix/Vogel Stefan, Ausgewählte Gebiete des Bundesverwaltungsrechts, 8. Aufl., Basel 2014 (zit. Autor, Bundesverwaltungsrecht, XX).

- Hangartner Yvo/Kley Andreas, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2000 (zit. Hangartner/Kley, N XX).
- Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen/Turnherr Daniela, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. Häfelin/Haller/Keller/Turnherr, N XX).
- Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016 (zit. Häfelin/Müller/Uhlmann, N XX).
- Jaag Tobias/Rüssli Markus, Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Zürich, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012 (zit. Jaag/Rüssli, N XX).
- Jaag Tobias/Rüssli Markus/Jenni Vittorio (Hrsg.), Kommentar zum Zürcher Gemeindegesetz, Zürich/Basel/Genf 2017 (zit. Autor, Komm. zum Zürcher GG, XX).
- Jaag Tobias, Die Gemeindeaufsicht im Kanton Zürich, in: ZBl 1993 (94), 529 (zit. Jaag, Gemeindeaufsicht, XX).
- Kölz Alfred/Häner Isabelle/Bertschi Martin, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Zürich/Basel/Genf 2013, N XX).
- Lienhard Andreas/Mächler August/Zielniewicz Agata, Öffentliches Finanzrecht, Bern 2017 (zit. Lienhard/Mächler/Zielniewicz, XX).
- Liver Peter, Gemeinderecht, in: ZBl 1949, 40ff. (zit. Liver, XX).
- Meyer Kilian, Gemeindeautonomie im Wandel, Diss. St. Gallen, Norderstedt 2011 (zit. Meyer, XX).
- Mosimann Hans-Jakob/Völger Winsky Marion/Plüss Kaspar, Öffentliches Recht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017 (zit. Mosimann/Völger Winsky/Plüss, N XX).
- Moor Pierre/Flückiger Alexandre/Martenet Vincent, Droit administratif, Volume I, Troisième édition, Berne 2012 (zit. Moor/Flückiger/Martenet, XX).
- Moor Pierre/Poltier Etienne, Droit administratif, Volume II, Troisième édition, Berne 2011 (zit. Moor/Poltier, XX).
- Müller Georg/Vogel Stefan, Oberaufsicht der Bundesversammlung über verselbständigte Träger von Bundesaufgaben, in: ZBl 2010/111 649ff. (zit. Müller/Vogel, XX).
- Müller Markus/Feller Reto, (Hrsg.), Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Auflage, Bern 2013 (zit. Autor, in: Müller/Feller, XX, N YY).
- Nuspliger Kurt/Mäder Jana, Bernisches Staatsrecht und Grundzüge des Verfassungsrechts der Kantone, 4. Aufl., Bern 2012 (zit. Nuspliger/Mäder, XX).
- Peregrina Daniel, La surveillance des communes, in: Tanquerel Thierry/ Bellanger François (Ed.), L'avenir juridique des communes, Zürich/Basel/Genf 2007 (zit. Peregrina, XX).
- Rhinow René/Schefer Markus/Uebersax Peter, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016 (zit. Rhinow/Schefer/Uebersax, N XX).
- Saladin Peter, Verantwortung als Staatsprinzip, Bern/Stuttgart 1984 (zit. Saladin, XX).
- Schorr Paul, Die Aufsicht des Staates über die Gemeinden, Diss. Basel 1945 (zit. Schorr, XX).

Schulthess Stefan/Wiederkehr René, Aufsicht und Legalitätsprinzip, in: ZBI 2009/110, 181ff. (zit. Schulthess/Wiederkehr, XX).

Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001 (zit. Autor, in: Verfassungsrecht der Schweiz, § XX, N YY).

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Auflage, Bern 2016 (zit. Tschannen, Staatsrecht, § XX, N YY).

Tschannen Pierre/Zimmerli Ulrich/Müller Markus, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Bern 2014 (zit. Tschannen/Zimmerli/Müller, § XX, N YY).

Tschentscher Axel/Lienhard Andreas, Öffentliches Recht, Zürich/St. Gallen 2011 (zit. Tschentscher/Lienhard, N XX).

Vatter Adrian, Das politische System der Schweiz, 2. Auflage, Baden-Baden 2016 (zit. Vatter, XX).

Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. Autor, BSK, Art. XX, N YY).

Zaugg Aldo/Ludwig Peter, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern vom 9. Juni 1985, Band I (Art. 1-52): 4. Auflage, Bern 2013; Band II (Art. 53-155): 3. Auflage, Bern 2010 (zit. Zaugg/Ludwig, Band I/II, Kommentar zu Art. XX BauG, N YY).

Zufferey Jean-Baptiste, Rapport d'expertise relatif au contrôle des constructions réalisées en Valais en dehors des zones à bâtir, Université de Fribourg, avril 2000 (zit. Zufferey, XX).

Anhang II: Erlasse

1. Bund

BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 28. April 1999, SR 101.
Raumplanungsgesetz	Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung, RPG, SR 700.

2. Kanton Wallis

KV/VS	Verfassung des Kantons Wallis vom 8.3.1907, SR 131.232.
Baugesetz (BauG)	Baugesetz vom 15.12.206 (VS-SR 705.1).
Bauverordnung (BauV)	Bauverordnung vom 22.3.2017 (VS-SR 705.100).
Gemeindegesezt (GG)	Gemeindegesezt vom 5.2. 2004 (VS-SR 175.1).
Gesezt Finanzhaushalt	Gesezt über die Geschäftsführung und den Finanzhaushalt des Kantons und deren Kontrolle vom 24.6. 1980 (VS-SR 611.1)
Verordnung Finanzhaushalt	Verordnung betreffend die Führung des Finanzhaushaltes der

Organisationsgesetz (GORBG)	Gemeinden vom 16. 6. 2004 (VS-SR 611.102). Gesetz über die Organisation der Räte und die Beziehungen zwischen den Gewalten vom 28.3. 1997 (VS-SR 171.1)
Verwaltungsrechtspflegegesetz (VVRG)	Gesetz über das Verwaltungsverfahren und die Verwaltungsrechtspflege vom 6.10. 1976 (VS-SR 172.6).

Weitere Erlasse des Kantons Wallis gemäß Anhang III zum Gutachten vom 31.5.2019: „Inventaire des tâches de surveillance et de haute surveillance exercées par le canton sur les communes, février 2018“.

3.Andere Kantone

Gemeindengesetz Zürich GG/ZH	Gemeindengesetz des Kantons Zürich vom 20.4.2015, GS 131.1.
Gemeindengesetz Bern GG/BE	Gemeindengesetz des Kantons Bern vom 16.3.1998, BSG 170.11.
Gemeindengesetz Luzern GG/LU	Gemeindengesetz vom 4.5.2004, SRL Nr. 150.
Gemeindengesetz Zug GG/ZG	Gemeindengesetz vom 4.9. 1980, BGS 171.1.
Gemeindengesetz Schwyz GG/SZ	Gemeindengesetz vom 25.10.2017, SRSZ 152.100.
Gemeindengesetz Glarus GG/GL	Gemeindengesetz vom 3.05.1992, GS II E/2.
Loi sur les communes Fribourg LC/FR.	Loi sur les communes du 25.09.1980, RSF/SGF 140.1.
Gemeindengesetz Solothurn GG/SO	Gemeindengesetz vom 16.2.1992, GS 131.1.
Gemeindengesetz Basel-Landschaft GG/BL	Gemeindengesetz vom 28.5.1970, SGS 180.
Gemeindengesetz Aargau GG/AG	Gemeindengesetz vom 19.12.1978, AGS 171.100.
Gemeindengesetz St. Gallen GG/SG	Gemeindengesetz vom 21.4.2009, SGS 151.2.
Gemeindengesetz Graubünden GG/GR	Gemeindengesetz vom 17.10.2017, GS 175.050.
Gemeindengesetz Thurgau GG/TG	Gemeindengesetz vom 5.5.1999, GS 131.1.
Loi sur les communes Vaud LC/VD	Loi sur les communes du 28.2.1956, RSV 175.11.
Loi sur les communes Neuchâtel LCo/NE	Loi sur les communes du 21.12.1964, RSN 171.1.
Loi sur l'administration des communes Genève LAC/GE	Loi sur l'administration des communes du 13.4.1984, RSG B 6 05.
Loi sur les communes Jura LC/JU	Loi sur les communes du 9.11.1978, RSJ 190.11.

Anhang III

Inventaire des tâches de surveillance et de haute surveillance exercées par le canton sur les communes. Stellungnahme des Experten. Separates Dokument.