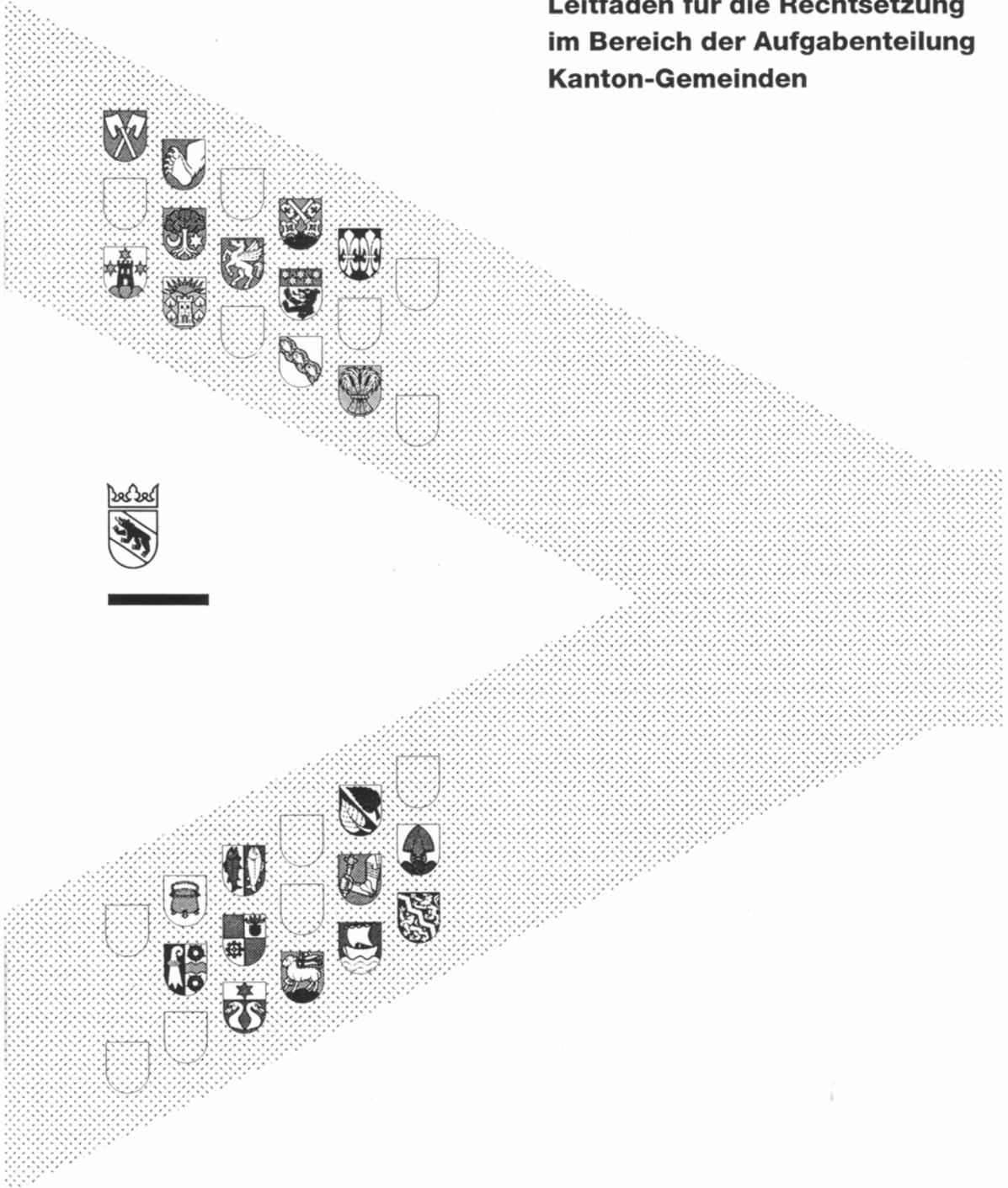


**Leitfaden für die Rechtsetzung
im Bereich der Aufgabenteilung
Kanton-Gemeinden**



Koordinationsstelle für Gesetzgebung
des Kantons Bern 1997

Hinweise zum Gebrauch

Einleitung

Die Einleitung beschreibt kurz das Entstehen dieses Leitfadens und enthält die sieben Grundsätze für die Gesetzgebung des Gesamtprojektausschusses Aufgabenteilung Kanton-Gemeinden im Wortlaut.

Methodischer Teil

Der methodische Teil orientiert sich am zeitlichen Ablauf des Rechtsetzungsverfahrens und enthält eine praktische Anleitung für die Umsetzung der Grundsätze bei der Rechtsetzung.

Rechtsetzungstechnischer Teil

Der rechtsetzungstechnische Teil enthält konkrete Lösungsvorschläge zu einzelnen methodischen Ansätzen. Er enthält Standardformulierungen für die Umsetzung der Aufgabenteilung zwischen Kanton und Gemeinden in Rechtserlassen.

Überprüfung der Erlassentwürfe (Checkliste)

Anhand der Checkliste kann geprüft werden, ob alle Grundsätze genügend beachtet worden sind.

Rückmeldungen

Wir bitten Sie, allfällige kritische Bemerkungen oder Anregungen zu diesem Leitfaden an die Koordinationsstelle für Gesetzgebung der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern zu richten (Tf. 031 633 76 11).

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Vorwort	3
Vom alten zum neuen Gemeindegesetz	5
1. Einleitung	7
1.1 Das Projekt Aufgabenteilung Kanton-Gemeinden	7
1.2 Das Teilprojekt 4 Gesetzgebung (TP4)	7
1.3 Rechtsvorschriften für die Rechtsetzung im Bereich Gemeinden	9
1.4 Zu diesem Leitfaden	10
2. Methodischer Teil	11
2.1 Grundsätzliche Bemerkungen	11
2.2 Auftragserteilung	11
2.3 Konzept	12
2.4 Redaktion des Vorentwurfs	13
2.5 Überprüfung des vorläufigen Ergebnisses	13
2.6 Konsultationsphase	14
2.7 Bereinigungsphase	15
2.8 Kontrolle	15
2.9 Entscheidungsphase	15
3. Rechtsetzungstechnischer Teil	17
3.1 Grundsätzliche Bemerkungen	17
3.2 Beispiele zu den Ziffern 5 und 6 der Grundsätze	17
3.3 Zuständigkeit Gemeinderat/andere Gemeindeorgane	22
3.4 Subsidiäre Vollzugszuständigkeit des Kantons	24
3.5 Vollzugskontrolle/Ersatzvornahme durch Kanton	25
3.6 Gegenseitige Information	28
4. Überprüfung der Erlassentwürfe (Checkliste)	29
4.1 Vorbemerkungen	29
4.2 Checkliste	29
Anhang	
Kriterien der Aufgabenteilung	33

Impressum

Der Entwurf zu diesem Leitfaden stammt von der Arbeitsgruppe des Teilprojektes 4 (TP 4) Gesetzgebung des Projektes Aufgabenteilung Kanton-Gemeinden. Die Arbeitsgruppe setzt sich wie folgt zusammen:

Urs BOLZ, Dr.iur., Projektleiter

Manuel BIETENHARD, Fürsprecher/Stadtschreiber, Thun

Paul HÄUSLER, Fürsprecher, Koordinationsstelle für Gesetzgebung

Beat HEGG, Fürsprecher/Generalsekretär, Polizei- und Militärdirektion

Daniel KETTIGER, Fürsprecher, Staatskanzlei

Markus MÜLLER, Dr.iur./stv. Generalsekretär, Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion

Beatrice TOBLER, Fürsprecherin, Amt für Gemeinden und Raumordnung

Hans URECH, Fürsprecher/Vizegemeindepräsident, Ins

Urs WINKLER, Fürsprecher/Gemeindepräsident, Spiez

Der Leitfaden wurde vom Gesamtprojektausschuss des Projektes Aufgabenteilung Kanton-Gemeinden am 14. März 1997 genehmigt.

Übersetzung in die französische Sprache:

Anne Marit RIBI-OSTENSTAD/Gérard CAUSSIGNAC

Schlussredaktion:

Paul HÄUSLER/Daniel KETTIGER

Herstellung und Vertrieb:

Staatskanzlei des Kantons Bern, Postgasse 68, CH-3000 Bern 8, 031 633 75 60

Verkaufspreis:

Fr. 6.--

© 1997 by Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern. Jede Art der Vervielfältigung sowie die Weiterverbreitung auf elektronischen Datenträgern ist ohne Genehmigung des Kantons Bern verboten. Die auszugsweise Wiedergabe einzelner Textstellen ist unter Quellenangabe erlaubt.

Ce guide existe également en français.

Vorwort

Mit dem Projekt Aufgabenteilung Kanton-Gemeinden wird erstmals seit langem das Verhältnis Kanton-Gemeinden grundsätzlich und in grosser Breite untersucht. Aus dem Projekt resultieren für viele Bereiche Vorschläge zur Neugestaltung, die sich auch auf die Rechtsetzung des Kantons auswirken werden. Viele dieser Vorschläge zielen darauf hin, den Interessen der Gemeinden in der gesamten Gesetzgebung des Kantons besser Rechnung zu tragen. Insbesondere soll auf der Seite des Kantons das Bedürfnis der bernischen Gemeinden nach möglichst autonomer und effizienter Ausgestaltung ihrer Organisation und nach Handlungsfreiräumen bei der Umsetzung von kantonalem Recht besser wahrgenommen und beachtet werden. Damit stellt sich die Frage nach dem „Wie“. Im Teilprojekt 4, das sich mit den Fragen der Gesetzgebung befasst, wurde davon ausgegangen, dass vor allem bei den mit der Ausarbeitung der kantonalen Gesetzgebung beauftragten Stellen und Personen der Wunsch nach Anleitung oder Hilfestellung laut würde. Mit dem vorliegenden Leitfaden soll diesem Bedürfnis entsprochen werden.

Es besteht zwar die Absicht, die Richtlinien des Regierungsrates über Methode, Verfahren und Technik der Gesetzgebung aus dem Jahre 1986 zu überarbeiten und neu aufzulegen, und es liegt nahe, bei dieser Gelegenheit die Schnittstelle Kanton-Gemeinden besonders zu berücksichtigen. Es gibt aber Gründe, diesen Bereich heute schon zu thematisieren, in Vorwegnahme der geplanten Überarbeitung der allgemeinen Richtlinien zur Gesetzgebungstechnik: Die Ausarbeitung der neuen Gesetzgebungsrichtlinien wird einige Zeit beanspruchen, schon heute aber sollen die Erkenntnisse aus dem Projekt Aufgabenteilung für die Rechtsetzung nutzbar sein. Andererseits begeben wir uns ein Stück weit auf Neuland. Wir sind heute noch nicht in der Lage, die Grundsätze in der Form verbindlicher und unverrückbarer Vorgaben für die Rechtsetzung zu konkretisieren. Es muss zuerst ein Lernprozess in Gang kommen und wir müssen die Gelegenheit erhalten, die neuen Rechtsetzungsgrundsätze in die Praxis umzusetzen. Neue Einsichten werden wir zum Anlass nehmen müssen, bis anhin bewährte Rechtsetzungsmodelle etwas in den Hintergrund zu rücken und neue Mittel und Wege zu suchen oder uns an Lösungen anzulehnen, die sich in einem anderen Bereich bereits bewährt haben. Der Leitfaden kann somit als „Probelauf“ betrachtet werden, der es uns ermöglichen soll, Erfahrungen zu sammeln, welche anschliessend für die Optimierung der Rechtsetzung und die Bereitstellung verbesserter Anleitungen fruchtbar gemacht werden können. Die Ergebnisse werden voraussichtlich in geeigneter Form Eingang in die Neufassung der Gesetzgebungsrichtlinien des Regierungsrates finden.

Wenn es gelingt, mit diesem Leitfaden aufzuzeigen, wo die Probleme liegen, Ansätze zu deren Lösung zu skizzieren und eine gewisse Hilfe und Anleitung zu vermitteln, ist sein Ziel erreicht.

Es ist somit sehr zu wünschen, dass dieser Leitfaden in der Kantonsverwaltung und auch bei den Vernehmlassungspartnern in den Gemeinden zur Kenntnis genommen und dort ein Echo auslösen wird. Wer immer die Gelegenheit haben wird, den Leitfaden an den sich in einem konkreten Projekt stellenden Rechtsetzungsfragen zu messen, ist eingeladen, die eigenen Beurteilungen und Anregungen zur Verbesserung oder Ergänzung der Koordinationsstelle für Gesetzgebung mitzuteilen.

Paul Häusler, Koordinator für Gesetzgebung

Vom alten zum neuen Gemeindegesetz

Grundsätzliches

Zur Zeit der Drucklegung dieses Leitfadens ist eine Totalrevision des Gemeindegesetzes im Gang. Die Revisionsarbeiten orientieren sich an den vom Projekt Aufgabenteilung Kanton-Gemeinden entwickelten Grundsätzen. Die in dieser Broschüre enthaltenen Grundsätze, Vorschläge, Empfehlungen und Beispiele sind alle mit dem Konzept und dem Entwurf des neuen Gemeindegesetzes vereinbar.

Im Einzelfall muss allenfalls geprüft werden, ob das mit der neuen Methodik erarbeitete Resultat dem heutigen übergeordneten Recht entspricht.

Rechtsterminologie

Der Entwurf zum neuen Gemeindegesetz führt für Erlasse auf Gemeindestufe eine neue, klar gegliederte Terminologie ein:

- Gemeindeerlasse = sämtliche generell-abstrakten Regelungen auf Gemeindestufe
 - Organisationsreglement = von den Stimmberechtigten erlassene und vom Kanton genehmigte Grundordnung der Gemeinde
 - Gemeindereglement (Reglement) = Erlasse der Stimmberechtigten oder des Gemeindeparlamentes (formell gesetzlicher Charakter)
 - Gemeindeverordnung (Verordnung) = Erlasse des Gemeinderates und der ihm untergeordneten Organe

Wenn in den fiktiven Beispielen dieses Leitfadens der Begriff Reglement verwendet wird, so bedeutet dies, dass aufgrund des übergeordneten Rechts zwingend ein Erlass mit formell gesetzlichem Charakter notwendig ist.

Bei der Anwendung des Leitfadens auf Verordnungen des Regierungsrates, welche vor dem neuen Gemeindegesetz in Kraft treten, ist die herkömmliche Terminologie zu verwenden.

1. Einleitung

1.1 Das Projekt Aufgabenteilung Kanton-Gemeinden

Das Projekt Aufgabenteilung Kanton Gemeinden geht auf eine Motion zurück, welche der Grosse Rat am 19. Januar 1994 überwiesen hat (Motion 166/93 Joder). Darin wurde insbesondere verlangt, dass die bestehende gesetzliche Aufgabenteilung zwischen Kanton und Gemeinden "gesamthaft zu überprüfen und zu entflechten" sei. Im Rahmen des Projektes soll im Kanton Bern versucht werden, die Aufgabenverantwortungen zu entflechten, die Subventions- und Finanzausgleichsgesetzgebung zu entschlacken, den Handlungsspielraum der Gemeinden zu vergrössern und damit eine finanzielle Entlastung von Kanton und Gemeinden herbeizuführen. Die Arbeit erfolgt in einer zwischen den Gemeinden und dem Kanton paritätisch zusammengesetzten Projektorganisation.

Das Projekt Aufgabenteilung arbeitet auf vier verschiedenen Ebenen: Konkrete Projektarbeit (einzelne Problembereiche), Grundlagenarbeit (Finanzströme, Finanz- und Lastenausgleich, Subventionierung und Gesetzgebung), Stellungnahme zu laufenden kantonalen Vorhaben und Kooperation Kanton-Gemeinden. Der Grosse Rat hat am 28. Januar 1997 einen Zwischenbericht zur Kenntnis genommen. Der Regierungsrat hat mit Beschluss vom 15. April 1997 diverse Kriterien und Grundsätze verbindlich erklärt (Gesetzgebungsgrundsätze vgl. Ziff. 1.2.2; Kriterien zur Aufgabenteilung, vgl. Anhang).

1.2 Das Teilprojekt 4 Gesetzgebung (TP 4)

1.2.1 Auftrag und Arbeiten

Das Teilprojekt 4 durchleuchtet die Problematik der Aufgabenteilung aus einer rechtsetzungstechnischen Perspektive. Dem Projekt wurden folgende Teilaufträge erteilt:

- Systematische Durchsicht, Erfassung und Prüfung der Gesetzgebung bezüglich der Verteilung von Aufgaben und Kompetenzen, der Regelungsqualität und der Regelungsdichte.
- Entwicklung von Grundsätzen für die künftige Gesetzgebung (vgl. nachfolgend Ziff. 1.2.2).
- Unterstützung einzelner Teilprojekte und Massnahmen aus gesetzgeberischer Sicht.

Das TP 4 hat u.a. eine Methode zur Gesetzgebungsanalyse entwickelt und damit innerhalb eines Jahres 34 Haupterlasse (i.d.R. Gesetze) mit den zugehörigen Dekreten und Verordnungen analysiert.

1.2.2 Grundsätze für die künftige Gesetzgebung

Gestützt auf die Erfahrungen und Ergebnisse aus der systematischen Gesetzesanalyse wurden folgende Grundsätze für die künftige Gesetzgebung erarbeitet (vom Regierungsrat am 15. April 1997 verbindlich erklärt):

1. Der Aufgabenteilung zwischen Kanton und Gemeinden ist in jedem Rechtsetzungsverfahren besondere Aufmerksamkeit zu widmen; dies nicht nur in bezug auf Art und Inhalt der Regelung, sondern auch auf den späteren Vollzug.
2. Die Grundzüge der Aufgabenteilung zwischen Kanton und Gemeinden sind im Gesetz zu verankern (Art. 69 Abs. 4 KV). Dabei sind die Aufgabenbereiche von Kanton und Gemeinden sowie die Finanzierungsverantwortung möglichst klar zu umschreiben.
3. Das kantonale Recht hat den Gemeinden einen möglichst weiten Handlungsspielraum zu belassen (Art. 109 Abs. 2 KV; Art. 42 OrG).
4. Im Bereich des Organisationsrechts der Gemeinden hat sich der Kanton auf Grundzüge zu beschränken (Art. 111 Abs. 1 KV). Diese finden sich im wesentlichen bereits im Gemeindegesetz. Organisationsrechtliche Festlegungen in Spezialerlassen sollen nur in Ausnahmefällen vorgesehen werden; sie sind in jedem Fall zu begründen.
5. Werden in einem Rechtsetzungsverfahren kommunale Aufgaben verankert, so ist zu prüfen, ob jene Rechtsetzungsart gewählt wurde, welche den Bedürfnissen der Gemeinden nach Handlungsspielraum am meisten Rechnung trägt. Anstelle einer abschliessenden kantonalen Regelung können z.B. folgende Rechtsetzungsarten eingesetzt werden:
 - a Beschränkung auf Aufgabenzuweisung; Rechtsetzung erfolgt durch die Gemeinden
 - b Subsidiäre Gesetzgebung (gilt nur, falls kein kommunales Recht besteht)
 - c Beschränkung auf kantonale Rahmengesetzgebung
 - d Einräumung der Möglichkeit zu ergänzendem kommunalem Recht
 - e Möglichkeit der Abweichung von kantonalen Standards innerhalb bestimmter Schranken
 - f Einräumung von Ermessen
 - g Vorsehen von Vertragslösungen zwischen Kanton und Gemeinden.

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

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

Der Gesamtprojektausschuss Aufgabenteilung hat dem TP 4 den Auftrag erteilt, einen Rechtsetzungsleitfaden für den Bereich Aufgabenteilung zu erarbeiten.

1.3 Rechtsvorschriften für die Rechtsetzung im Bereich Gemeinden

Das heutige kantonale Recht kennt verschiedene Bestimmungen, die sich mit der Stellung der Gemeinden im Rechtsetzungsverfahren oder in der Gesetzgebung befassen:

- Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (KV; BSG 101.1)
 - Artikel 69 Absatz 4: Die Grundzüge der Aufgabenverteilung zwischen Kanton und Gemeinden sind in einem Gesetz zu verankern.
 - Artikel 109 Absatz 2: Das kantonale Recht gewährt den Gemeinden einen möglichst weiten Handlungsspielraum.
 - Artikel 111 Absatz 1: Der Kanton regelt nur die Grundzüge der Gemeindeorganisation.
- Gesetz vom 8. November 1988 über den Grossen Rat (GRG; BSG 151.21)
 - Artikel 65 Absatz 2 Buchstabe f: Der Vortrag des Regierungsrates zu Erlassen muss sich zu den Auswirkungen auf die Gemeinden äussern, namentlich bezüglich der Finanzen und der Gemeindeautonomie.
- Gesetz vom 20. Juni 1995 über die Organisation des Regierungsrates und der Verwaltung (Organisationsgesetz, OrG; BSG 152.01)
 - Artikel 42: Der Regierungsrat muss bei allen Rechtsetzungsgeschäften prüfen, ob die Gemeindeautonomie gewährleistet ist.

- Verordnung vom 26. Juni 1996 über das Vernehmlassungs- und Mitberichtsverfahren (VMV; BSG 152.025)
 - Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe d: Zu Erlassen, welche erhebliche Auswirkungen auf die Gemeinden haben, muss zwingend ein Vernehmlassungsverfahren durchgeführt werden.
 - Artikel 16 Absatz 1 Buchstaben h und i: Die Interessenverbände bernischer Gemeinden und die Gemeinden mit über 10 000 Einwohnern müssen in jedem Vernehmlassungsverfahren begrüsst werden.
- Gemeindegesetz vom 20. Mai 1973 (GG; BSG 170.11), *in Revision (vgl. S. 5)*
 - Artikel 2: Den Gemeinden steht in den Schranken der Vorschriften des Bundes und des Kantons das Recht zur Selbstgesetzgebung und Selbstverwaltung zu.

1.4 Zu diesem Leitfaden

1.4.1 Zielsetzung/Zielpublikum

Dieser Leitfaden soll aufzeigen, wie die vom Gesamtprojektausschuss verabschiedeten Grundsätze für die künftige Gesetzgebung (vgl. Ziff. 1.2.2) in der Praxis umgesetzt werden können. Er ist als Hilfsmittel für die mit der Rechtsetzung befassten Praktikerinnen und Praktiker gedacht. Ausgehend von diesem Gedanken wurde der Leitfaden in drei Kapitel geteilt, die je von einem anderen Bedürfnis ausgehen: Methodische Erläuterungen, welche dem zeitlichen Ablauf des Rechtsetzungsverfahrens folgen, rechtsetzungstechnische Hinweise in Form von Beispielen sowie eine Checkliste für die Kontrolle der Vollständigkeit der Arbeiten.

1.4.2 Rechtscharakter

Der vorliegende Leitfaden geht vom Gesamtprojektausschuss Aufgabenteilung aus und hat mithin formell für das Personal der kantonalen Verwaltung nicht den Charakter einer verbindlichen Weisung (Verwaltungsverordnung). Allerdings enthält er aus Gründen der Vollständigkeit verbindliche Grundsätze (Ziff. 1.2.2 und Anhang), die der Regierungsrat bereits beschlossen hat. Es empfiehlt sich seine Anwendung, da der Regierungsrat gemäss Artikel 42 des Organisationsgesetzes gehalten ist, sämtliche Erlasse daraufhin zu überprüfen, dass sie den Gemeinden einen möglichst weiten Handlungsspielraum lassen.

Die bestehenden Richtlinien des Regierungsrates über Methode, Verfahren und Technik der Gesetzgebung und die Richtlinien der Redaktionskommission über die sprachliche Gleichbehandlung der Geschlechter in der Gesetzessprache sind auch im Bereich der Aufgabenteilung weiterhin anwendbar. Es ist vorgesehen, dass dieser Leitfaden - soweit er sich bewährt - in geeigneter Form in die neuen Rechtsetzungsrichtlinien des Regierungsrates integriert wird.

2. Methodischer Teil

2.1 Grundsätzliche Bemerkungen

Der methodische Teil soll aufzeigen, wie bei der Vorbereitung der Rechtsetzung vorzugehen ist, damit die Grundsätze für die Gesetzgebung (Ziff.1.2.2) optimal berücksichtigt werden können. Er bietet keine systematische Gesamtdarstellung der Gesetzgebungsmethodik, deren Kenntnis wird nachfolgend vorausgesetzt¹.

Näher betrachtet werden unter den nachfolgenden Ziffern die Phasen eines Rechtsetzungsprojektes (Projektlaufphasen) in ihrer zeitlichen Abfolge.

2.2. Auftragserteilung

2.2.1 Projektorganisation

Der Auftrag kann bereits die Grobstruktur der Projektorganisation festlegen. In einem solchen Fall wird die Auftraggeberin oder der Auftraggeber (Regierungsrat, Direktionsvorsteherin oder Direktionsvorsteher) im Auftrag auch umschreiben, ob die Vorarbeiten der Rechtsetzung der Verwaltung oder einer Arbeitsgruppe oder Expertenkommission unter Beizug externer Personen übertragen werden sollen. Soll der Entwurf von einer Expertenkommission unter Mitwirkung von Sachverständigen der Gemeindeebene und weiteren Fachpersonen erarbeitet werden, ist dies bereits bei der Auftragsumschreibung zu berücksichtigen.

2.2.2 Zeitliche Rahmenbedingungen

Der Auftrag bestimmt nicht selten auch einen Termin, bis zu dem der Vorentwurf mit Bericht oder Vortragsentwurf der Auftraggeberin oder dem Auftraggeber vorzulegen ist. Bei der Festlegung des Termins ist bereits in Rechnung zu ziehen, ob und in welchem zeitlichen Rahmen in einer späteren Phase ein Vernehmlassungs- oder Konsultationsverfahren durchzuführen ist. Die ganze zeitliche Planung geht letztlich von einem Zurückrechnen vom beabsichtigten Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Erlasses aus.

¹ Eine kurze Übersicht über die allgemeine Gesetzgebungsmethodik findet sich unter Ziffer 1 der Richtlinien des Regierungsrates über Methode, Verfahren und Technik der Gesetzgebung, Ausgabe 1986, sehr ausführlich und aktueller ist ferner der Leitfaden für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes (Gesetzgebungsleitfaden), herausgegeben vom Bundesamt für Justiz, 1995.

2.3 Konzept

2.3.1 *Gegenstand*

Die Arbeit am Konzept beginnt mit einer Auftragsanalyse mit Projektskizze. Sie soll die Ziele des auszuarbeitenden Erlasses konkretisieren, die Risiken und Konsequenzen aufdecken, einen Vorschlag für die Organisation und für den Zeit- und Mittelbedarf enthalten (falls nicht bereits im Auftrag festgelegt), die gegenseitige Information zwischen Auftraggeber/in und Projektleitung festlegen und die Planung für die Auftragserledigung entwerfen. Im Konzeptbericht werden der Plan der Kommissionstätigkeit (Sitzungsplan) und weitere Verfahrenspunkte (Protokollführung, Verfassen von Diskussionspapieren, Erteilen von Aufträgen zu näherer Abklärung von Einzelfragen) festgelegt. Das Konzept enthält schliesslich als Hauptbestandteil einen Bericht, der die Grundlage für die Ausarbeitung des Vorentwurfes bilden soll.

Das Konzept wird der Auftraggeberin oder dem Auftraggeber mit Anträgen zur Kenntnisnahme und zum Entscheid über das weitere Vorgehen zugeleitet.

In inhaltlicher Hinsicht sind für die Schnittstelle Kanton/Gemeinden die folgenden Punkte von besonderer Bedeutung:

2.3.2 *Aufgabenteilung*

Das Konzept soll bereits die wesentlichen Festlegungen der Aufgabenteilung Kanton - Gemeinden enthalten, und zwar sowohl für die Ebene der Rechtsetzung wie auch für die Ebene des Vollzugs. Dazu gehören auch die Regelung der Finanzierungsverantwortung sowie die Ausgestaltung der Aufsicht des Kantons über den Vollzug durch die Gemeinden und die Vollzugskontrolle.

2.3.3 *Rechtsetzungsebene*

Die einzelnen Regelungsgegenstände sind bereits im Konzept der sachlich richtigen Rechtsetzungsebene (Gesetz, ev. Dekret, Verordnung) zuzuordnen, nach Massgabe der Verfassung.²

2.3.4 *Rechtlicher Rahmen*

Die rechtlichen Rahmenbedingungen sind zu beachten und im Bericht zur Darstellung zu bringen (übergeordnetes Recht, einschliesslich Bundesrecht).

² insbesondere Art.69 Abs.4, Art.88 Abs.2, Art.90 Bst.d, Art.95 Abs.2 KV

2.3.5 Inhaltliches

Die inhaltlichen Festlegungen des Konzeptes haben sich bei allen Rechtsetzungsgeschäften im Bereich Aufgabenteilung nach den Kriterien und Grundsätzen des Projektes Aufgabenteilung auszurichten (Ziff. 1.2.2; Anhang). Besonders zu beachten ist, dass

- künftig auf eine Abstufung der Staatsbeiträge nach Steuerkraft verzichtet werden soll (Zwischenbericht GPA, S. 21);
- Staatsbeiträge nur noch ausgerichtet werden sollen, wenn es sich um gemeinsame Aufgaben von Kanton und Gemeinden handelt.

In der Praxis hat es sich bewährt, im Konzept die Aufgaben- und Lastenverteilung wie folgt darzustellen:

<i>Aufgabe</i>	<i>Rechtsetzung durch</i>	<i>Vollzug durch</i>	<i>Finanzierung durch</i>	<i>Finanzströme</i>	<i>Bemerkungen</i>
Bau von Gemeindestrassen (Art. 38, 39 SBG)	K	G	G/K/B	K an G (94)	Braucht es abschliessende kantonale Rechtsetzung?
Unterhalt von Gemeindestrassen (Art. 44, 45 SBG)	K/G	G	G/K	K an G (94)	Subvention überprüfen!

B = Bund K = Kanton G = Gemeinde

2.4 Redaktion des Vorentwurfs

Vgl. den rechtsetzungstechnischen Teil unter Ziffer 3.

2.5 Überprüfung des vorläufigen Ergebnisses

Vor dem Versand an Dritte (Konsultations-, Vernehmlassungsverfahren) ist der Vorentwurf anhand der Checkliste (Ziff. 4) darauf hin zu überprüfen, ob er den Grundsätzen für die Ausgestaltung der Gesetzgebung in der Schnittstelle Kanton - Gemeinden (Ziff. 1.2.2) entspricht.

Einzelne Punkte der Checkliste sind in dieser Phase noch nicht überprüfbar. Die Kontrolle ist in einer späteren Phase erneut, nunmehr vollständig, durchzuführen (Ziff. 2.8).

2.6 Konsultationsphase

2.6.1 Konsultation

Eine (externe) Konsultation kann auch zu Erlassvorlagen durchgeführt werden, für welche die VMV ein Vernehmlassungsverfahren nicht vorschreibt, oder es kann, sofern sinnvoll, eine externe Konsultation vor dem Vernehmlassungsverfahren durchgeführt werden³. Bei der Erstellung der Liste der zu konsultierenden Gemeinwesen und Organisationen ist daran zu denken, die bernischen Gemeinden und ihre Interessenverbände nach Massgabe ihrer Betroffenheit einzubeziehen, sofern sie überhaupt von der Vorlage betroffen sind. Im Vordergrund steht dabei der Verband bernischer Gemeinden (VBG). Daneben fällt in Betracht der Einbezug einer oder mehrerer Gruppen von durch die Vorlage besonders betroffener Gemeinden (z.B. die grossen Stadtgemeinden, Kirchgemeinden, Bürgergemeinden, etc.) oder Fachorganisationen (Gemeindeschreiber, Finanzverwalter, Bauinspektoren, etc.).

2.6.2 Vernehmlassung

Artikel 5 VMV regelt, in welchen Fällen ein Vernehmlassungsverfahren durchgeführt werden muss (Abs.1 und 2) oder kann (Abs. 3). Nach Absatz 1 Buchstabe d ist zu Erlassen, welche erhebliche Auswirkungen auf die Gemeinden haben, ein Vernehmlassungsverfahren durchzuführen.

Bei der Ergänzung der von der Staatskanzlei geführten Liste der in jedem Vernehmlassungsverfahren anzuhörenden Adressaten⁴ sind die gleichen Überlegungen wie bei der Durchführung einer andern Form der externen Konsultation anzustellen (Ziff. 2.6.1).

2.6.3 Auswertung und Vortrag

In dem nach der Durchführung eines Vernehmlassungsverfahrens zu erstellenden *Auswertungsbericht*⁵ sollten die von den Gemeinden und ihren Interessenverbänden vertretenen Standpunkte leicht übersichtlich, wenn möglich zu einer Gruppe zusammengestellt, dargestellt werden.

Auch im *Vortrag* des Regierungsrates ist die Haltung der Gemeinden und ihrer Interessenverbände transparent aufzuzeigen, auf bestrittene Hauptpunkte ist besonders einzugehen⁶.

³ Art. 21 VMV

⁴ Art. 16 VMV

⁵ Art. 11 Abs. 1 VMV

⁶ Art. 11 Abs. 2 und Art. 21 Abs. 3 VMV

2.7 Bereinigungsphase

Bei der Vornahme von Änderungen am Entwurf in der Bereinigungsphase nach durchgeführter Konsultation gelangen die gleichen methodischen Grundsätze zur Anwendung wie bei der Ausarbeitung des Entwurfs.

2.8 Kontrolle

Die Vorlage steht vor der Einleitung der Entscheidungsphase. Eine vollständige Prüfung des Entwurfs anhand der Checkliste (Ziff. 4.2) ist in diesem Zeitpunkt von besonderer Wichtigkeit.

2.9 Entscheidungsphase

Das Mitberichtsverfahren vor der Antragstellung an den Regierungsrat, die anschließende Bereinigung, die Beschlussfassung im Regierungsrat und das bei Gesetzes- und Dekretsvorlagen anschließende parlamentarische Verfahren vor dem Grossen Rat weisen keine aufgabenteilungsspezifischen Gesichtspunkte auf.

3. Rechtsetzungstechnischer Teil

3.1 Grundsätzliche Bemerkungen

Der rechtsetzungstechnische Teil enthält konkrete Lösungsvorschläge zu einzelnen Grundsätzen und methodischen Ansätzen. Soweit mit vertretbarem Aufwand möglich, wurden die Formulierungsbeispiele der bestehenden Gesetzgebung entnommen; andernfalls wurden sie aufgrund der methodischen Ansätze und aufgrund der allgemeinen Rechtsetzungsregeln konstruiert. Es wird empfohlen, die in diesem Teil aufgezeigten Formulierungsmuster künftig standardmässig zu verwenden. Damit kann im Bereich der Aufgabenteilung bzw. Aufgabenübertragung eine einheitliche Rechts-terminologie herbeigeführt werden.

3.2 Beispiele zu den Ziffern 5 und 6 der Grundsätze

3.2.1 Beschränkung auf Aufgabenzuweisung (Ziff. 5 Bst. a)

Das kantonale Recht überträgt eine Aufgabe weitgehend den Gemeinden. Übertragen wird sowohl die Zuständigkeit zur Rechtsetzung wie auch die Vollzugszuständigkeit. Die neue Kantonsverfassung geht im Aufgabenkatalog in den meisten Fällen davon aus, dass Kanton und Gemeinden Aufgaben gemeinsam erledigen. Auch in der bestehenden Gesetzgebung finden sich keine Beispiele, bei denen der Kanton eine Aufgabe vollständig an die Gemeinden überträgt und sich auf die Ausübung von Aufsicht und Rechtspflege beschränkt; überall sind minimal kantonale Rahmengesetze vorhanden. Trotzdem sollte diese Rechtsetzungsart im Rahmen der Kantonsverfassung (Aufgabenkatalog) künftig in Betracht gezogen werden.

Formulierungsvorschlag:

... ist Sache der Gemeinden.

Beispiel (fiktiv):

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

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

3.2.2 Subsidiäre Gesetzgebung (Ziff. 5 Bst. b)

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

Beispiel (Art. 70 BauG):

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

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

Beispiel (fiktiv):

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

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

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

3.2.3 Beschränkung auf kantonale Rahmengesetzgebung (Ziff. 5 Bst. c)

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

- regelt die Grundzüge der materiellen Ordnung und der Aufgabenteilung (Art. 69 Abs. 4 KV);
- überträgt die Aufgabe den Gemeinden;
- ermächtigt die Gemeinden zum Erlass von Rechtsvorschriften im Rahmen der kantonalen Gesetzgebung;
- legt die Rahmenbedingungen für die Ausgestaltung des kommunalen Rechts fest (minimale Standards);
- beschränkt die Tätigkeit kantonaler Behörden im übertragenen Bereich auf Aufsicht und Rechtspflege.

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

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

Beispiel (fiktiv):

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

²Die Herausgabe ist Sache der Gemeinde.

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

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

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

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

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

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

³Die Gemeinde trägt die Kosten der Ersatzvornahme.

3.2.4 Möglichkeit zu ergänzendem kommunalem Recht (Ziff. 5 Bst. d)

Hier enthält die kantonale Gesetzgebung grundsätzlich eine vollständige minimale Regelung. Die Gemeinden erhalten das Recht, ergänzende Bestimmungen zu erlassen. Namentlich die Regelung der Organisation auf Gemeindeebene sollte vollständig den Gemeinden überlassen werden.

Formulierungsvorschlag:

Die Gemeinden können ergänzende Vorschriften erlassen.

oder

Die Gemeinden können im Rahmen der kantonalen Gesetzgebung den Vollzug und die Organisation in einem Gemeindeerlass regeln.

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

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

Formulierungsvorschlag:

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

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

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

3.2.6 Einräumen von Ermessen (Ziff. 5 Bst. f)

Zum Einräumen von Ermessen stehen grundsätzlich zwei Formen zur Verfügung:

- Das Gesetz kann Behörden ausdrücklich zum Handeln "nach Ermessen" ermächtigen.
- Das Ermessen kann durch sogenannte "kann-Vorschriften" eingeräumt werden.

Die Einräumung von Ermessen setzt voraus, dass dieses durch kantonale Ausführungsbestimmungen nicht indirekt wieder erheblich eingeschränkt wird.

*Beispiel (fiktiv):**"nach Ermessen" (Rechtsfolgeermessen):*

...Die Gemeinden richten nach Ermessen zusätzliche Beiträge aus.

"kann-Vorschrift" (Entscheidungsermessen):

...Die Gemeinde kann zusätzliche Beiträge ausrichten.

3.2.7 Vorsehen von Vertragslösungen (Ziff. 5 Bst. g)

Bei diesem Modell der Aufgabenteilung wird die Aufgabenteilung zwischen Kanton und Gemeinden vertraglich geregelt.

Formulierungsvorschlag:

Der Kanton kann diese Aufgabe teilweise oder vollständig an Gemeinden übertragen. Die Übertragung erfolgt durch öffentlichrechtlichen Vertrag mit der betreffenden Gemeinde. Dieser regelt namentlich Gegenstand und Umfang der Übertragung, die Zuständigkeiten, die Aufsicht und die finanziellen Folgen.

Es sollte in jedem Fall geprüft werden, ob das übergeordnete Recht eine vertragliche Regelung überhaupt zulässt.

3.2.8 Differenzierung nach Gemeindeart und -grösse (Ziff. 6 Bst. b)

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

- Artikel 33 des Baugesetzes vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721): Zuständigkeit für Baubewilligungen differenziert nach Gemeindegrösse bzw. Infrastruktur der Gemeinde,
- Artikel 16 Absatz 1 Buchstabe i der Verordnung vom 26. Juni 1996 über das Vernehmlassungs- und das Mitberichtsverfahren (VMV; BAG 96-49): Besondere Rechtsstellung für Gemeinden mit über 10 000 Einwohnerinnen und Einwohnern,
- Artikel 2 der Verordnung vom 19. Juli 1972 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (BSG 122.21): Städte Bern, Biel und Thun entscheiden selbständig über die Bewilligung von Aufenthalt und Niederlassung.

3.3 Zuständigkeit Gemeinderat/andere Gemeindeorgane

3.3.1 Grundsatz

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

3.3.2 Zuständigkeit zur Rechtsetzung

Den Gemeinden soll seitens des Kantons der Erlass generell-abstrakter Normen nur dann vorgeschrieben werden, wenn dies aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Legalitätsprinzip, der Vorgaben der Kantonsverfassung sowie allfälliger bundesrechtlicher Vorschriften unabdingbar ist. Entbehrlich sind in der Regel Bestimmungen betreffend Rechtsetzungsstufe.

Wo der kantonale Gesetzgeber den Gemeinden eine Aufgabe zur Regelung überträgt, soll sich die von den Gemeinden zu wählende Rechtsform ausschliesslich an den erwähnten Vorgaben orientieren. Im Gesetz könnte dies bei gegebenen Voraussetzungen wie folgt formuliert werden:

Formulierungsvorschlag:

Die Gemeinden ordnen durch Erlass

oder

Die Gemeinden legen ... durch Erlass fest.

oder

Die Gemeinden erlassen ergänzende Vorschriften.

oder

Die Gemeinden regeln im Rahmen der kantonalen Gesetzgebung den Vollzug und die Organisation in einem Gemeindeerlass.

3.3.3 *Zuständigkeit zum Vollzug*

Die kantonale Gesetzgebung sollte sich darauf beschränken, eine Aufgabe *den Gemeinden* zum Vollzug zuzuweisen. Es ist Sache der Gesetzgebung der Gemeinde, das zuständige Vollzugsorgan zu bezeichnen. Bei Fehlen einer ausdrücklichen Regelung der Vollzugszuständigkeit auf Gemeindeebene ist nach dem Gemeindegesetz der Gemeinderat zuständig.¹

Formulierungsvorschlag:

Der Vollzug ist Sache der Gemeinden.

¹ Art. 96 Abs. 2 Gemeindegesetz (BSG 170.11)

Es kann in Ausnahmefällen begründet sein, im Gesetz das für den Vollzug zuständige Gemeindeorgan festzulegen (Gemeinderat, Vormundschaftskommission, Schulkommission o.ä.). Den Gemeinden soll es in diesen Fällen *verwehrt* sein, die Zuständigkeit durch Reglement einer anderen Gemeindebehörde zu übertragen. Es ist dies eine einschneidende Beschränkung der Organisationsautonomie der Gemeinden. Es müssen dazu triftige Gründe vorliegen, und der Eingriff in die Organisationsautonomie der Gemeinden hat sich auf die Grundzüge der Gemeindeorganisation zu beschränken². Die Zurückhaltung des Gesetzgebers ist ganz besonders dort am Platz, wo es um die Schaffung einer besonderen Vollzugsbehörde geht (z.B. Vormundschaftskommission, Schulkommission).

3.4 Subsidiäre Vollzugszuständigkeit des Kantons

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

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

Beispiel 1 (Art. 12 Polizeigesetz, PolG):

Absatz 1 (subsidiärer Vollzug durch den Kanton im Einzelfall)

Können die Organe der Gemeindepolizei ihre Aufgaben nicht oder nicht rechtzeitig erfüllen, kann die Kantonspolizei beigezogen werden.

Absatz 2 (dauernder subsidiärer Vollzug durch den Kanton)

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

² Art. 111 Abs. 1 KV

Absatz 3 (finanzielle Abgeltung bei Fehlen einer vertraglichen Regelung)

Gemeinden, die über keine genügende, den Erfordernissen entsprechende Polizeiorganisation verfügen und keinen Vertrag gemäss Absatz 2 abgeschlossen haben, werden durch den Regierungsrat zu einer Abgabe verpflichtet. Die Höhe der Abgabe richtet sich nach den durchschnittlichen Kosten einer genügenden Polizeiorganisation von Gemeinden mit vergleichbaren Verhältnissen.

Beispiel 2 (Art. 6 Abs. 2 Gesetz über See- und Flusssufer, SFG):

Die Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion kann, auf Antrag oder mit Zustimmung der Gemeinde, einzelne Massnahmen an ihrer Stelle verwirklichen.

3.5 Vollzugskontrolle/Ersatzvornahme durch den Kanton

3.5.1 Vollzugskontrolle durch den Kanton

Grundsatz

Die Gemeinden unterstehen der Aufsicht des Kantons, er hat die Aufsicht zu regeln³. Der kantonale Gesetzgeber bestimmt den Gegenstand und die Intensität der Aufsicht des Kantons über die Gemeinden. Die Verfassung verlangt nicht, dass die Aufsicht auf allen Gebieten in Umfang und Tiefe gleich ausgestaltet sein muss, im Gegenteil⁴. Die Ausgestaltung der Aufsicht sollte künftig in der Gesetzgebung des Kantons vermehrt nach der Wichtigkeit der Aufgabe für die Bevölkerung (z.B. Gefährdungspotential), nach dem Grad der mit der Aufgabenübertragung verbundenen Freiheit in der Ausgestaltung der Aufgabenerfüllung und nach der Finanzierungsverantwortung differenziert werden (Verwesentlichung der Aufsicht). Dabei sollte sich der Gesetzgeber leiten lassen vom Grundsatz „so wenig Aufsicht als möglich, so viel Aufsicht wie nötig“.

Der Kanton hat dafür zu sorgen, dass die nach diesem Grundsatz im Gesetz umschriebene Aufsicht durch die Aufsichtsbehörde auch tatsächlich ausgeübt wird. Nichts ist schädlicher als eine gesetzlich perfekt umschriebene Aufsicht, die nur auf dem Gesetzespapier steht und dabei fatalerweise den Anschein einer wohl durchdachten und effizient arbeitenden Aufsicht erweckt und damit ein falsches Gefühl von Sicherheit vermittelt.

³ Art. 111 Abs. 1 und Art. 93 Abs. 3 Bst. b KV

⁴ Art. 109 Abs. 2 KV

Bezeichnung der Aufsichtsbehörde

Nach Artikel 44 Absatz 1 des Gemeindegesetzes (GG)⁵ wird die (Ober-) Aufsicht des Kantons ausgeübt durch den Regierungsrat, die Direktionen und die Regierungsstatthalterinnen und -statthalter (der Vernehmlassungsentwurf für ein neues GG würde wohl auch die Bezeichnung eines Amtes der Zentralverwaltung als Aufsichtsbehörde zulassen).

Wo die Durchführung der kantonalen Aufsicht keine besonderen fachspezifischen Kenntnisse erfordert, ist im Gesetz die Regierungsstatthalterin oder der Regierungsstatthalter als Aufsichtsbehörde einzusetzen⁶, wo besondere Fachkenntnisse erforderlich sind, über welche diese Behörde nicht verfügt, ist die Fachdirektion dafür vorzusehen.

Gegenstand der Aufsicht

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

Beispiel (fiktiv):

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

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

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

⁵ BSG 170.11

⁶ Art. 93 Abs. 3 Bst. b KV

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

a eine Gemeinde über kein amtliches Publikationsorgan verfügt oder die Herausgabe des Publikationsorgans nicht mehr sichergestellt ist;

b die minimalen Anforderungen (Art. 18) nicht erfüllt werden.

³Die Gemeinde trägt die Kosten der Ersatzvornahme.

Aufsichtsmittel

Die repressiven Aufsichtsinstrumente sind in allgemeiner Form in den Artikeln 54 ff. GG umschrieben.

Die Umschreibung der präventiven Aufsicht ist Sache der Spezialgesetzgebung. Es ist im allgemeinen weder möglich noch sinnvoll, die präventiven Aufsichtsinstrumente im Gesetz abschliessend zu umschreiben. Wo aber ein bestimmtes Instrument als besonders wichtig und effizient erscheint, kann seine Verankerung im Gesetz sinnvoll sein (z.B. regelmässige, auf den Gegenstand der Aufsicht beschränkte Berichterstattung durch die Gemeinden, vgl. Ziff. 3.6).

3.5.2 Ersatzvornahme durch den Kanton

Der kantonale Gesetzgeber möchte Vorsorge treffen, dass das Gesetz lückenlos vollzogen wird, auch wenn die an sich zuständige Vollzugsbehörde der Gemeinde säumig bleibt. In diesen Fällen wird der ersatzweise Vollzug durch die zuständige kantonale Behörde vorgesehen, auf Kosten der säumigen Gemeinde.

Beispiel:

Art.19 Kantonales Gewässerschutzgesetz (KGSchG)

Absatz 2

Sie (die BVE) kann anstelle einer Gemeinde, die trotz Mahnung ihre Aufsichtspflichten oder Aufgaben auf dem Gebiet des Gewässerschutzes vernachlässigt, die erforderlichen Massnahmen verfügen, sofern wesentliche öffentliche Interessen gefährdet sind. Für die Kosten haftet die Gemeinde, die ihrerseits auf die pflichtige Person Rückgriff nehmen kann.

3.6 Gegenseitige Information

Im Vollzug kommt der gegenseitigen Information zwischen Kanton und Gemeinden eine wichtige Koordinationsfunktion zu. Gerade bei Aufgaben mit geteilter Vollzugsverantwortung ist die Gewährleistung eines permanenten und effizienten Informationsaustausches zwischen Kanton und Gemeinden unabdingbare Voraussetzung für das Erreichen der Vollzugsziele überhaupt.

In gewissen Fällen ist es deshalb sinnvoll, die wesentlichsten Gegenstände der gegenseitigen (oder einseitigen) Information in der Gesetzgebung, primär auf der Verordnungsebene, zu umschreiben. So können im Rahmen der Ausgestaltung der Aufsicht klar umschriebene, auf den Gegenstand der Aufsicht beschränkte Berichterstattungspflichten der Gemeinden festgelegt werden.

In den folgenden Fällen wäre eine Regelung auf der Verordnungsebene ebenfalls denkbar:

- Meldung wichtiger ausserordentlicher Vorkommnisse.
- Meldung wesentlicher neuer Verfahrensschritte (z.B. die Inangriffnahme einer wichtigen Überarbeitung der baurechtlichen Grundordnung an die interessierten Stellen des Kantons und an die von der Änderung betroffenen Nachbargemeinden).
- Gegenseitige Meldepflicht für wichtige Änderungen in der Ablauforganisation (z.B. neue Zuständigkeiten, neue Einreichestelle für Gesuche, neue Auskunfterteilungs- und Anlaufstelle).
- Bei vollständiger Übertragung einer Bundesaufgabe an die Gemeinden müsste sich der Kanton zu umfassender Weitergabe von Informationen über Neuerungen aus dem übergeordneten Bundesrecht an die Gemeinden verpflichten. In einem solchen Fall wäre auch denkbar, die Gemeinden bei der Ausarbeitung der Stellungnahme des Kantons in Vernehmlassungsverfahren des Bundes in geeigneter Form miteinzubeziehen, jedenfalls auf den Gebieten, die der Kanton vollumfänglich an die Gemeinden übertragen hat.

4. Überprüfung der Erlassentwürfe

4.1 Vorbemerkung

Die Checkliste möchte eine Hilfe sein bei der Überprüfung des Erlassentwurfes auf seine Übereinstimmung mit den Grundsätzen für die Ausgestaltung der Gesetzgebung in der Schnittstelle Kanton - Gemeinden (Ziff. 1.2.2). Sie ist kein Instrument zur Kontrolle, ob der Entwurf den allgemeinen gesetzestechnischen Anforderungen einer guten Gesetzgebung genügt.

Nur wenn alle Fragen mit „ja“ beantwortet werden können, darf angenommen werden, der Erlassentwurf stimme mit den Grundsätzen überein.

4.2 Checkliste

Aufgaben und Finanzierung

- Sind die Aufgaben von Kanton und Gemeinden *im Gesetz* mindestens in den Grundzügen klar geregelt und zugeteilt?¹
- Stimmt die Aufgabenzuweisung überein mit der Aufteilung der Aufgabenverantwortung im Aufgabenkatalog der Kantonsverfassung?²
- Ist die Finanzierungsverantwortung von Kanton und Gemeinden klar umschrieben?
- Sind die Kriterien und Grundsätze zur Aufgabenteilung (Ziff. 1.2.2 und Anhang) eingehalten?
- Ist das Verhältnis der Aufgabenaufteilung Kanton - Gemeinden ausgewogen im Sinne einer möglichst deckungsgleichen Aufteilung von Aufgabenverantwortung, Finanzierung und Nutzen?

Organisation

- Beschränkt sich der Entwurf darauf, nur die *Grundzüge* der Gemeindeorganisation zu regeln?³

¹ Art. 69 Abs. 4 Bst. d KV

² Art. 31 bis 54, Art. 10 Abs. 3, Art. 18 Abs. 3, Art. 24 Abs. 3 KV

³ Art. 111 KV, Art. 42 OrG

- Falls der Entwurf organisatorische Festlegungen trifft, sind dafür triftige Gründe vorhanden?

Handlungsspielraum

- Belässt der Erlassentwurf den Gemeinden einen möglichst weiten Handlungsspielraum?⁴
- Wurde die Rechtsetzungsart gewählt, welche den Bedürfnissen der Gemeinden nach Handlungsspielraum am besten Rechnung trägt?
- Trägt die Regelung im Rahmen des übergeordneten Rechts der unterschiedlichen Art und Grösse der Gemeinden Rechnung?
- Erhalten die Gemeinden die Gelegenheit zu selbständiger oder ergänzender Rechtsetzung oder wurde die Einräumung solcher Befugnisse für jede der übertragenen Aufgaben wenigstens geprüft?

Vollzug

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

Aufsicht

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

Gemeindeautonomie

- Wird die durch die Gesetzgebung gewährleistete Gemeindeautonomie beachtet?⁵

⁴ Art. 109 Abs. 2 KV

⁵ Eine Verletzung läge z.B. vor, wenn eine Verordnung in einen durch Gesetz geschützten Autonomiebereich der Gemeinden eingreift

Mitwirkung

- Wurde den Gemeinden und ihren Interessenverbänden, sofern vom Erlass betroffen, die Gelegenheit zur Mitwirkung eingeräumt?
- Wurden bei der Durchführung eines Vernehmlassungsverfahrens die Gemeinden mit über 10'000 Einwohnerinnen und Einwohnern und die Interessenverbände der bernischen Gemeinden in die Adressatenliste aufgenommen?⁶
- Ist zu einem Erlass⁷ mit erheblichen Auswirkungen auf die Gemeinden ein Vernehmlassungsverfahren durchgeführt worden?⁸

Vortrag

- Zeigt der Vortrag die von den Gemeinden und ihren Interessenverbänden in der Konsultation vertretenen Standpunkte transparent auf, und wird auf die bestrittenen Hauptpunkte besonders eingegangen?
- Enthält der Vortrag Ausführungen zu den Auswirkungen auf die Gemeinden, namentlich bezüglich der Finanzen und der Gemeindeautonomie?⁹

Hinweis: Diese Checkliste ist auch als Separatdruck erhältlich.

⁶ Art. 16 Abs. 1 Bst. h und i VMV

⁷ gleich welcher Ebene: Gesetz, Dekret oder Verordnung

⁸ Art. 5 Abs. 1 Bst. d VMV

⁹ Art. 65 Abs. 2 Bst. f GRG

Anhang: Kriterien der Aufgabenteilung

- 1. Jedes Gemeinwesen nimmt diejenigen Aufgaben wahr, die es am besten erfüllen kann.**

Dabei sind staatspolitische, finanzpolitische, ökonomische und ökologische Kriterien zu berücksichtigen.

- 2. Die Distanz zwischen Volk und Verwaltung ist möglichst klein zu halten; eine Aufgabe ist erst auf einer oberen Ebene zu erfüllen, wenn die untere dazu nicht geeignet ist (Subsidiaritätsprinzip).**

Die örtliche, organisatorische und psychologische Distanz zur zuständigen Verwaltung hat wirtschaftlich, fachlich und staatsrechtlich vertretbar zu sein.

- 3. Der Kanton kann bei der Festlegung von Aufgaben ein Grundangebot von öffentlichen Gütern und Dienstleistungen bestimmen, das im ganzen Kanton zu gewährleisten ist.**

Er tut dies aufgrund des Bundesrechts, aus einem übergeordneten Interesse, aus Interesse an einem gleichmässigen und flächendeckenden Vollzug, aufgrund eines hohen Koordinationsbedarfs oder aus Wirtschaftlichkeitsüberlegungen.

- 4. Den Gemeinden ist durch kantonales Recht ein möglichst weiter Handlungsspielraum zu überlassen. Das "Wie" der Aufgabenerfüllung soll weitgehend durch die Gemeinden bestimmt werden können.**

Vgl. auch Art. 109 Abs. 2 KV.

- 5. Aufgabenverantwortung, Finanzierung und Nutzen sind soweit wie möglich zur Deckung zu bringen.**

Kantonale Aufgaben sind grundsätzlich durch den Kanton, kommunale Aufgaben grundsätzlich durch die Gemeinden zu finanzieren.

- 6. Das Grundangebot ist dem Nutzen entsprechend durch Kanton und/oder Gemeinden zu finanzieren.**

Mit einem angemessenen Finanzausgleich unter den Gemeinden ist die Finanzierung der entsprechenden Aufgabenerfüllung sicherzustellen. Die Verteilung der Lasten ist auszuweisen.

- 7. Aufgaben, welche über das Grundangebot hinausgehen, sind vom Besteller zu finanzieren.**

- 8. Der Kanton berücksichtigt bei der Zuweisung von Aufgaben und bei der Regelung der Finanzierung die unterschiedlichen Rahmenbedingungen der Gemeinden und Regionen.**
- 9. Der Kanton stellt sicher, dass das Recht in allen Gemeinden korrekt vollzogen wird.**
Erfolgskontrollen sind verhältnismässig und unbürokratisch durchzuführen.