

# Von der Pflicht zur Beaufsichtigung der Gemeinwesen bzw. vom Nutzen der Erlassgenehmigung

Lic. iur. André Blank, Rechtsanwalt, Luzern<sup>[1]</sup>

## I. Einleitung

Immer wieder stellt sich bei einzelnen Obwaldner Gemeinden die Frage, welche Erlasse dem Regierungsrat als Aufsichtsbehörde über die Gemeinden zur Genehmigung vorgelegt werden müssen und weshalb. Teilweise wird der ganze Prozess der Erlassgenehmigung als übermässiger kantonaler Eingriff in die Gemeindeautonomie gewertet. Gefordert wird auch die Überprüfung der Aufsichtsbereiche auf Notwendigkeit, teilweise wird die Verringerung der Gemeindeaufsicht gewünscht, indem nicht mehr alle Erlasse zur Genehmigung vorgelegt werden müssen resp. eine Beschränkung der Gemeindeaufsicht auf den Beschwerdefall.

Die Ansicht der Gemeinden ist aus ihrer Optik teilweise nachvollziehbar, scheint es doch oft so, als würde der Kanton durchdachte Reglemente wegen Nichtigkeiten zur Überarbeitung zurückweisen. Die Erlassgenehmigung ist jedoch alles andere als ein Eingriff in die Gemeindeautonomie, sondern im Gegenteil, sie gewährleistet die Rechtssicherheit für alle Beteiligten. Dies soll nachfolgend dargelegt werden.<sup>[2]</sup>

Davor wird kurz die historische Bedeutung der Gemeinden und ihre rechtliche Position im heutigen Bundesstaat, wie sie sich in Lehre und Rechtsprechung darstellt, erläutert, bevor auf die Aufsichtspflicht des Kantons im Allgemeinen und das Kontrollmittel der Erlassgenehmigung im Besonderen eingegangen wird.<sup>[3]</sup>

## II. Die Gemeinde und ihre Rechtsstellung im Bundesstaat

Historisch gesehen sind die Gemeinden die ältesten Körperschaften in vielen Teilen Europas und in der heutigen Schweiz. Es gab sie lange vor dem Bundesstaat und auch lange vor den Kantonen. Als solche sind sie tief und solide in die politische Tradition und Kultur eingewachsen und spielen damals wie heute eine gewichtige Rolle.<sup>[4]</sup>

Der staatliche Aufbau der Schweiz ist dreistufig: Er beruht auf dem Bund, den Kantonen und den Gemeinden. Die Dreistufigkeit wird aber in der Bundesverfassung nur angetönt. Grundsätzlich normiert die Bundesverfassung lediglich den Bund und die Stellung der Kantone in der Eidgenossenschaft, nicht aber die Stellung der Gemeinden. Deren Existenz, Bedeutung und Autonomie ergeben sich ausschliesslich aus dem kantonalen Recht (Art. 50 BV<sup>[5]</sup>). In diesem Sinne ist die Bundesverfassung – und zwar bewusst – unvollständig, was sie auch in Bezug auf die Autonomie und Staatlichkeit der Kantone ist. Die Kantone sind bundesrechtlich nicht verpflichtet, Gemeinden einzurichten und/oder zu erhalten.<sup>[6]</sup>

Die schweizerischen Gemeinden sind öffentlich-rechtliche Körperschaften des kantonalen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit (Art. 52 Abs. 2 ZGB<sup>[7]</sup>), die lokale, öffentliche Aufgaben wahrnehmen. Als Herrschaftsverbände üben sie in ihrem Gebiet und über ihre Einwohner sowie im Bereich ihrer Autonomie hoheitliche Befugnisse aus.<sup>[8]</sup>

Die Gemeinden nehmen alle öffentlichen Aufgaben wahr, für die weder Bund noch Kanton zuständig sind. Zudem haben sie jene Aufgaben zu erfüllen, die das kantonale Recht oder das Bundesrecht ihnen überträgt. Gemeinden sind untergeordnete Körperschaften, denn sie entspringen und finden ihre rechtliche Grundlage allein in der kantonalen Rechtsordnung, ohne ihrerseits eine eigene Rechtsordnung zu begründen. Als Folge davon sind sie der kantonalen Aufsicht unterstellt. Trotz Unterordnung und Abhängigkeit steht ihnen aber eine gewisse Autonomie zu, die von der Bundesverfassung allerdings – wie erwähnt – lediglich "nach Massgabe des kantonalen Rechts" gewährleistet ist (Art. 50 Abs. 1 BV).<sup>[9]</sup>

Gemeinden sind demnach Institutionen des kantonalen Rechts und als solche der kantonalen Rechtsordnung unterstellt und von ihr abhängig. Auch wenn alle Kantone Gemeinden haben, sind ihre Organisation, ihre Zuständigkeiten, ihre Autonomie und ihre Aufsicht unterschiedlich ausgestaltet. Diese Ausgestaltung ist von den Kantonsverfassungen im Allgemeinen nur in den Grundzügen festgelegt. Hauptquelle der Gemeindeorganisation, der Gemeindeaufgaben und der Gemeindeautonomie ist die kantonale Gesetzgebung.<sup>[10]</sup>

Seit 1967 umschreibt das Bundesgericht den autonomen Tätigkeitsbereich der Gemeinden in konstanter Praxis folgendermassen: Eine Gemeinde ist "in einem Sachbereich autonom, wenn das kantonale Recht diesen Bereich nicht abschliessend ordnet, sondern ihn ganz oder teilweise der Gemeinde zur Regelung überlässt und ihr dabei eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit einräumt".<sup>[11]</sup> Ob und wieweit eine Gemeinde in einem bestimmten Bereich autonom ist, bestimmt sich also nach dem kantonalen Verfassungs- und Gesetzesrecht.<sup>[12]</sup>

Die Setzung von kommunalem Recht – namentlich der Erlass einer Gemeindeordnung – stellt den Kernbereich der Gemeindeautonomie dar. Der kommunalen Rechtsetzung kommt grosse praktische Bedeutung zu: Sie regelt wichtige Fragen des öffentlichen Lebens. Greift der Kanton in den Bereich ein, den er der Gemeinde zur selbständigen Regelung überlassen hat, so kann sich die Gemeinde dagegen zur Wehr setzen.<sup>[13]</sup> Genehmigungsvorbehalte für kommunale Erlasse und Ermessenskontrolle durch den Kanton bedeuten aber keinen Widerspruch zur Gemeindeautonomie und dürfen im kantonalen Recht vorgesehen werden.<sup>[14]</sup>

### **III. Die kantonale Aufsicht über die Gemeinden**

#### **1. Grundlage**

Das Gegenstück zur Gemeindeautonomie bildet die Gemeindeaufsicht durch den Kanton. Die Bundesverfassung schreibt sie zwar nicht ausdrücklich vor, trotzdem kennen alle Kantone solche Aufsichtsmechanismen.<sup>[15]</sup> Gemäss dem Bundesgericht setzt die Gemeindeautonomie eine Aufsicht der Kantone über die Gemeinden voraus.<sup>[16]</sup>

## 2. Zweck

Wie Bund und Kantone sind auch die Gemeinden bei der Erfüllung ihrer Aufgaben an Verfassung und Gesetzgebung gebunden. Der Kanton hat die Aufgabe zu prüfen, ob die Gemeindetätigkeit mit dem kantonalen Recht, aber auch mit dem Recht des Bundes und dem Gemeinderecht übereinstimmt. Der Kanton muss sich ferner davon überzeugen, dass die Gemeinden den ihnen vom kantonalen oder vom Bundesrecht übertragenen Aufgaben nachkommen. Er hat für den richtigen Vollzug zu sorgen und eine gewisse Koordination zwischen den einzelnen Gemeinden anzustreben.<sup>[17]</sup>

## 3. Die Aufsichtsmittel

Das kantonale Recht regelt sodann auch die Voraussetzungen eines Einschreitens des Kantons und die möglichen Massnahmen. In Frage kommen namentlich Mittel der Information wie Berichterstattungspflichten und Inspektionen, Präventivmittel wie die Beratung, Repressionsmassnahmen wie Weisungen oder Ersatzmassnahmen, Genehmigungsvorbehalte für bestimmte Hoheitsakte sowie schliesslich die Gemeindebevormundung bzw. Zwangsverwaltung.<sup>[18]</sup> Im Einzelnen:

### a) Rechts- und Ermessenskontrolle

Die Kontrolle kann sich – als Rechtsaufsicht – auf die Überprüfung der Vereinbarkeit eines Gemeindeaktes mit dem Bundesrecht, dem kantonalen Recht oder dem Gemeinderecht beschränken. Sie kann sich aber auch – im Sinne einer Zweckmässigkeitskontrolle – auf Ermessensentscheide der Gemeinde erstrecken. Der Umfang der Kontrolle, der sich aus dem kantonalen Verfassungs- und Gesetzesrecht ergibt, ist für jeden Fall gesondert abzuklären.<sup>[19]</sup>

### b) Informatorische Aufsichtsmittel

Gewisse Instrumente dienen der kantonalen Aufsichtsbehörde dazu, sich über die Gemeindetätigkeit zu informieren. Zu ihnen gehören:

- periodische oder unangekündigte Inspektionen der Gemeindeverwaltung (sog. Visitationen);
- Berichterstattungspflicht der Gemeindebehörde;
- Vorlegungspflicht für gewisse Geschäfte (zur Information und ohne dass die Genehmigung ein Erfordernis wäre);
  - Teilnahme von Kantonsvertretern an bestimmten Sitzungen der Gemeindebehörde.

### c) Genehmigungspflicht

Im Allgemeinen bestimmt sich nach kantonalem Recht, für welche Geschäfte eine Genehmigung durch den Kanton erforderlich ist. In manchen Fällen wird dies direkt vom Bundesrecht vorgeschrieben, wie z. B. eine kantonale Genehmigung für kommunale Nutzungspläne (Art. 26 RPG<sup>[20]</sup>,<sup>[21]</sup>). In einigen Kantonen besteht eine generelle Genehmigungspflicht, in anderen erstreckt sich die Genehmigungspflicht nur auf bestimmte Gemeindeerlasse und -beschlüsse. In der Regel hat die Genehmigung konstitutiven Charakter, d.h. sie ist ein Gültigkeitserfordernis für den Erlass.<sup>[22]</sup>

In vielen Kantonen bedürfen folgende Gemeindeakte der Genehmigung durch die kantonale Aufsichtsbehörde:

- Gemeindeerlasse, vor allem solche, die Rechte und Pflichten Privater begründen;
- Grundstücksgeschäfte;
- Aufnahme von Anleihen oder die Ausgabe grösserer Beträge.<sup>[23]</sup>

## IV. Die Erlassgenehmigung im Kanton Obwalden

Im Kanton Obwalden nimmt der Regierungsrat die Rechtsaufsicht grundsätzlich über drei institutionalisierte Mittel wahr,<sup>[24]</sup> nämlich über die Erlassgenehmigung (Art. 89 Abs. 3 KV<sup>[25]</sup>), über die ordentlichen Rechtsmittel<sup>[26]</sup> und über die Aufsichtsbeschwerde nach Art. 23 VwVV<sup>[27]</sup>. In der Praxis ist die Erlassgenehmigung das wichtigste Aufsichtsinstrument.<sup>[28]</sup> Nachfolgend werden Grundlagen, Inhalt und Funktionsweise unter verschiedenen Gesichtspunkten erläutert.

### 1. Erlassgenehmigung und Gemeindeautonomie

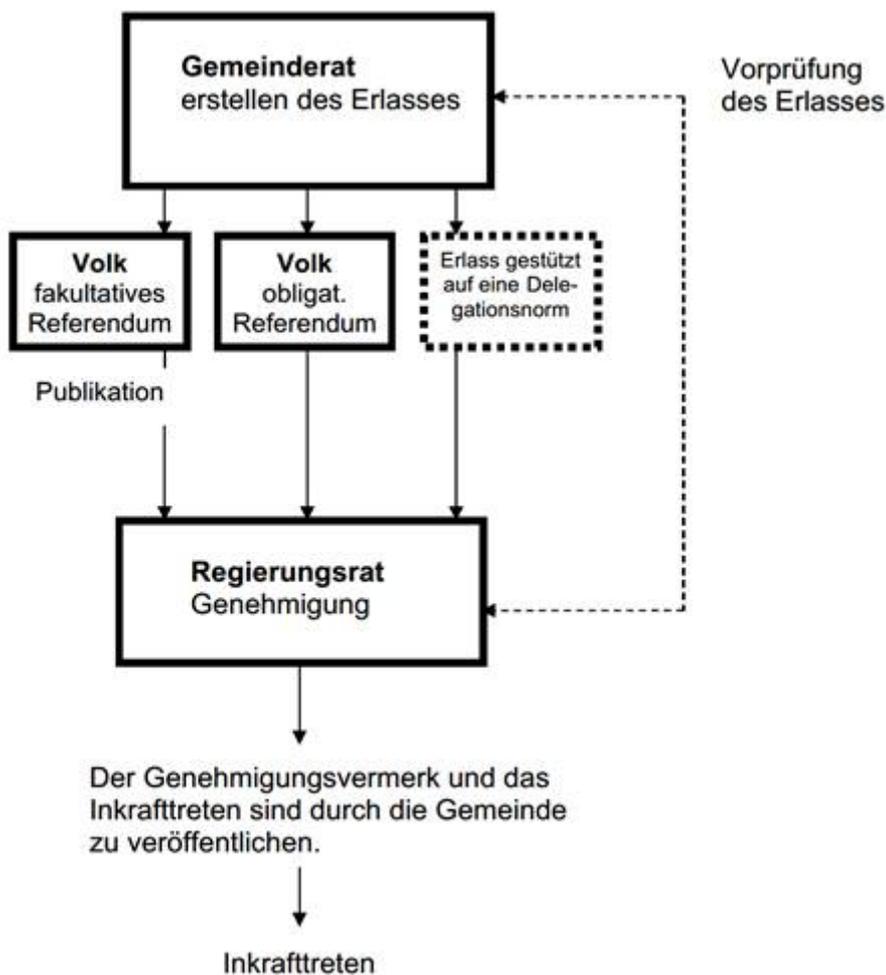
Die Gemeindeaufsicht bildet – wie erwähnt – das Gegengewicht zur Gemeindeautonomie.<sup>[29]</sup> Die Genehmigungspflicht stellt daher keinen Eingriff in die Gemeindeautonomie dar, sondern ist Ausfluss derselben.<sup>[30]</sup>

Die Gemeinden im Kanton Obwalden sind im gesamtschweizerischen Vergleich – soweit ersichtlich – mit hoher Autonomie ausgestattet.<sup>[31]</sup> Dem gegenüber fallen die Mittel der Rechtsaufsicht im Kanton Obwalden bescheiden aus. Einzig die Erlassgenehmigung ist von der "Offizialaufsicht" beherrscht und gewährleistet eine umfassende Rechtsaufsicht. Denn bei der Ergreifung eines Rechtsmittels oder einer Aufsichtsbeschwerde muss die Aufsichtstätigkeit durch privaten Anstoss in Gang gesetzt werden. Dabei ist vor allem bei den Rechtsmitteln das Kostenrisiko ein ausschlaggebendes Kriterium für die Ergreifung. Hinzu kommt, dass die

Rechtsmittel- oder Aufsichtsbehörde an einen konkreten Fall gebunden und die Überprüfungsbefugnis (Art. 69 StVG<sup>[32]</sup>) beschränkt ist. Gleichwohl aber können die Entscheide beträchtliche – sowohl korrigierende wie präventive – Auswirkungen auf die Rechtsanwendung der Gemeindebehörden haben.<sup>[33]</sup>

## 2. Erlassgenehmigung und kommunales Gesetzgebungsverfahren

Mit der Erlassgenehmigungspflicht wird sichergestellt, dass sich die kommunale Rechtssetzung und somit das Handeln der Gemeinden am Gesetzmässigkeitsprinzip orientiert. Unter dem Blickwinkel der Erlassgenehmigung soll am Beispiel eines Gemeindeerlasses das kommunale Gesetzgebungsverfahren veranschaulicht werden:



Die Gemeindeerlasse werden vom Gemeinderat vorbereitet und zuhanden des Referendums verabschiedet (Art. 94 Abs. 1 Ziff. 4 und 8 KV). Im Referendumsverfahren wirkt das Gemeindevolk als Gesetzgeber an der kommunalen Rechtsetzung mit (dazu unter Ziff. 3 ausführlicher). Danach sind die Erlasse dem Regierungsrat zur Genehmigung einzureichen.<sup>[34]</sup>

Um zu verhindern, dass sich im Genehmigungsverfahren noch Rechtsmängel ergeben, steht dem Gemeinderat das Vorprüfungsverfahren beim Amt für Justiz zur Verfügung.<sup>[35]</sup> Denn sind die Erlasse bereits der Volksmitwirkung unterstellt worden, gelten sie grundsätzlich als unveränderbar, d.h. sie können nicht mehr durch eine Behörde selbständig geändert werden. Im Falle von Rechtsmängeln bleibt dann dem Regierungsrat nichts anderes übrig, als den fehlerhaften Bestimmungen die Genehmigung und damit die Inkraftsetzung zu verweigern. Der Regierungsrat selbst nimmt an einem Erlass keine Änderungen vor. Dies ist dem kommunalen Gesetzgeber vorbehalten.<sup>[36]</sup>

Soweit der eingereichte Erlass vom Gemeinderat gut vorbereitet wurde und mit dem übergeordneten Recht in Einklang steht, erfolgen Vorprüfung und Genehmigung – für die Gemeinde wie auch für die Aufsichtsbehörde – ohne grösseren Aufwand.<sup>[37]</sup> Entscheidend ist die Zeitplanung des Gemeinderats. Als Faustregel gilt, dass für die Vorprüfung mindestens zwei Monate eingerechnet werden müssen (Basis ist die Prüfung eines total zu revidierenden Erlasses), andernfalls das Gesuch von der Aufsichtsinstanz eventuell nicht ausreichend geprüft werden kann. Wird beispielsweise ein Erlass sehr kurzfristig eingereicht und kann dieser dadurch erst nach dem statuierten Inkraftsetzungsdatum genehmigt werden, liegt eine rückwirkende Inkraftsetzung vor. Diese kann nur ganz ausnahmsweise und unter strengen Voraussetzungen zugelassen werden. In der Regel jedoch wird dem Erlass als Ganzes die Genehmigung versagt.<sup>[38]</sup> Vor der Inkraftsetzung hat jedenfalls die Publikation derselben mit dem Hinweis auf die Genehmigung des Regierungsrats (praxisgemäss) im Amtsblatt zu erfolgen. Der Gemeinderat hat auch diesen letzten Schritt in seine Zeitplanung einzubeziehen.

Für das Genehmigungsverfahren gilt das kantonale Verwaltungsverfahrenrecht. Das Vorprüfungs- und Genehmigungsverfahren ist grundsätzlich gebührenfrei, da es ausschliesslich dem öffentlichen Interesse dient.<sup>[39]</sup>

### 3. Erlassgenehmigung und Referendumsrecht

Auf Gemeindeebene obliegt es dem Gemeindevolk, die notwendigen gesetzlichen Grundlagen zu schaffen. Anders als dem Regierungsrat, dem die Kantonsverfassung zwar eingeschränkte, aber originäre Rechtsetzungskompetenzen zuweist (Art. 75 KV), hat der Gemeinderat keine Rechtssetzungskompetenz. Rechtsetzende Erlasse, also Erlasse, welche Rechte und Pflichten der Bürger in allgemeiner Weise regeln, hat er dem Souverän entweder mit dem obligatorischen (Art. 93 Abs. 1 Ziff. 4 und 7 KV) oder dem fakultativen Referendum (Art. 94 Abs. 1 Ziff. 8 i.V.m. Art. 87 KV) zu unterbreiten.<sup>[40]</sup>

Soll der Gemeinderat die Kompetenz erhalten, untergeordnete Materien selbständig und ohne Mitwirkung des Volkes zu regeln, sollen also solche Erlasse mit anderen Worten nicht dem Referendum unterliegen, muss sich der Gemeinderat die notwendigen Rechtsetzungskompetenzen vom Souverän übertragen lassen. Dies hat mittels einer im übergeordneten Reglement verankerten Delegationsnorm zu

geschehen. Erst auf diese Weise erhalten solche vom Gemeinderat beschlossenen Erlasse die demokratische Legitimation.<sup>[41]</sup>

Die demokratische Legitimierung eines Erlasses ist von dessen Genehmigung zu unterscheiden. Der Genehmigungspflicht unterliegen alle rechtsetzenden Gemeindeerlasse. Dabei spielt es keine Rolle, auf welche Weise diese die demokratische Legitimation erhalten haben. Genehmigungspflichtig sind daher rechtsetzende Gemeindeerlasse, die dem Referendum unterstellt waren ebenso wie solche, die ihm nicht unterstellt waren.

Die Erlassgenehmigung hat die Übereinstimmung der kommunalen Erlasse mit dem übergeordneten Recht im Fokus. Das übergeordnete Recht schreibt die demokratische Legitimation der Gemeindeerlasse vor. Daher hat sich der Regierungsrat im Genehmigungsverfahren mit der Frage zu befassen, ob der Gemeindeerlass die demokratische Legitimation besitzt oder ob die übergeordnete Delegationsnorm ausreichend bestimmt ist nach Inhalt, Zweck und Ausmass bezüglich den delegierten Rechtssetzungskompetenzen.<sup>[42]</sup>

#### 4. Umfang und Inhalt der Genehmigung

Im Kanton Obwalden bedürfen – wie schon erwähnt – alle rechtsetzenden Gemeindeerlasse der formellen Genehmigung des Regierungsrats. Darunter fallen alle Erlasse, die Rechte und Pflichten der Bürger in allgemeiner Weise begründen. Dabei wird keine Unterscheidung nach dem Inhalt und dem Namen des Erlasses gemacht.<sup>[43]</sup> Die Genehmigung hat konstitutiven Charakter und ist daher ein Gültigkeitserfordernis.<sup>[44]</sup>

Die Kantonsverfassung enthält unter dem Abschnitt "kommunale Gewalten" (Art. 82 ff. KV) zahlreiche und zum Teil detaillierte Bestimmungen, welche die Gemeindeorganisation und deren Zuständigkeiten regeln. Soweit die Verfassung keine Regelung vorsieht, hat der Verfassungsgeber vorgesehen, dass die Organisation der Gemeinden über den "Gesetzesweg" festgelegt werden soll (Art. 60 KV). Dem kantonalen Gesetzgeber obliegt daher die Aufgabe, mit der jeweiligen Sachgesetzgebung über die entsprechende Organisation in den Gemeinden zu beschliessen.<sup>[45]</sup> Die Aufgabe beinhaltet vornehmlich die Festlegung von Zuständigkeiten und Verfahren.<sup>[46]</sup> Als genehmigungspflichtige rechtsetzende Regelungen gelten daher auch alle kommunalen Bestimmungen, welche die Organisation, die Zuständigkeit und die Aufgaben der Behörden oder das Verfahren regeln, soweit die Bürger davon betroffen sein können.<sup>[47]</sup>

In diesem Umfang besteht die Genehmigungspraxis bereits seit knapp 50 Jahren.<sup>[48]</sup>

Inhalt des Genehmigungsverfahrens ist die Überprüfung der Gemeindeerlasse auf ihre Übereinstimmung mit dem übergeordneten Bundes- oder Kantonsrecht.<sup>[49]</sup> Darin enthalten ist auch die Kontrolle, ob die Gemeinden den ihnen vom kantonalen

oder vom Bundesrecht übertragenen Aufgaben nachkommen. Die Genehmigung des Regierungsrats stellt aber lediglich eine vorläufige summarische Rechtskontrolle dar. Sie kann nicht verhindern, dass ein Gemeindeerlass in einem späteren Rechtsmittel- oder Aufsichtsverfahren vorfrageweise erneut überprüft wird. [\[50\]](#)

## 5. Nutzen der Genehmigung

Die Gemeindeaufsicht ist vielschichtig, komplex und betrifft zahlreiche Beteiligte. Die Nutzer der Erlassgenehmigung lassen sich in drei Gruppen einteilen: Den Kanton, die Privaten (Gemeindebürgerinnen und -bürger sowie Dritte) und die Gemeinde. Sie allesamt profitieren vom vorläufigen summarischen Rechtsschutz, der Widerspruchslosigkeit der verschiedenen Rechtsordnungen und der daraus resultierenden Rechtssicherheit. Dazu im Einzelnen:

### a) Der Kanton

Durch die Erlassgenehmigung kann der Kanton hauptsächlich seine Aufsichtspflicht über die Gemeinden und damit die Interessen des Kantons und des Gesamtstaates wahrnehmen und sicherstellen:

- Die Gesetzmässigkeit des Gemeindehandelns ergibt sich aus der Übereinstimmung der kommunalen Erlasse mit dem übergeordneten Recht. [\[51\]](#)
- Der Vollzug der übertragenen Aufgaben zeigt sich darin, dass der Gemeindegesetzgeber die notwendigen Vorschriften erlässt, so dass keine Regelungslücken entstehen.
- Die Information aus der Erlassgenehmigung gibt Aufschluss über die Tätigkeit und die Entwicklung in den Gemeinden, denn die Gemeindetätigkeit soll ja auch den Interessen des Gesamtstaates entsprechen [\[52\]](#).
- Das für den Rechtsunterworfenen verbindliche Gemeinderecht wird festgestellt und dokumentiert, so dass es als Grundlage für die Behandlung von Beschwerden im Rechtsmittel- oder Aufsichtsverfahren zur Verfügung steht. [\[53\]](#)

Zum letzten Punkt ist Folgendes zu bemerken: Die Publikation von Erlassen ist Voraussetzung ihrer Verbindlichkeit für die Privaten. Das Publikationsgebot richtet sich also gegen "geheime" respektive schwer auffind- oder lesbare Erlasse. Die Mittel zur Publikation sind in der Regel chronologische oder systematische Rechtssammlungen [\[54\]](#). Ausgehend von der Prämisse, dass Rechtsnormen für jedermann erkennbar sein sollen, lassen sich drei Funktionen der Publikation unterscheiden: Zunächst muss der Wortlaut einer Rechtsvorschrift schriftlich, öffentlich und authentisch festgehalten werden (Dokumentationsfunktion). Sodann soll der Normadressat den Inhalt der Norm zur Kenntnis nehmen können (Informationsfunktion). Dadurch soll er schliesslich in der Lage sein, sich gegen die staatliche Willkür zu schützen, indem er staatliche Akte auf ihre Vereinbarkeit mit dem übergeordneten Recht kontrollieren kann (Überprüfung staatlicher Akte). [\[55\]](#)

Zurzeit bestehen in den Gemeinden keine geregelten Rechtsammlungen, welche die Funktionen der Publikation erfüllen würden.<sup>[56]</sup> Unter anderem daher führt das Amt für Justiz eine Erlasssammlung, welche – gespeist mit den Dokumenten aus der Erlassgenehmigung – die in Kraft stehenden (und ausser Kraft getretenen) rechtsetzenden Erlasse des kommunalen Rechts dokumentiert. Damit kann im Beschwerdefall die massgebende Norm in ihrer rechtsgültigen Fassung zweifelsfrei eruiert werden.

Als offenbare Rechtsverletzung wird die unzulässig – d.h. ohne demokratische Mitwirkung und ohne regierungsrätliche Genehmigung – erfolgte Veränderung des massgebenden Gesetzestexts durch die Exekutive betrachtet.<sup>[57]</sup>

#### b) Private (Gemeindebürgerinnen und -bürger sowie Dritte)

Der Private als Laie übersieht häufig fehlerhaftes kommunales Recht oder solches wird teils ohne seine Mitwirkung, teils aber auch ohne seine Kenntnis geschaffen. Vom Kräfteverhältnis her ist er dem Gemeinwesen unterlegen und bedarf daher eines Rechtsschutzes, wie ihn die Gemeindeorgane alleine nicht zu gewähren vermögen,<sup>[58]</sup> sondern nur durch die kantonale Aufsichtsbehörde sichergestellt werden kann.<sup>[59]</sup>

Die Erlassgenehmigung stellt daher für den Privaten unter anderem Folgendes sicher:

- Die demokratischen Mitwirkungsrechte der Gemeindebürgerinnen und -bürger wurden im kommunalen Gesetzgebungsverfahren eingehalten, sei es über das Referendum, sei es über demokratisch legitimierte Delegationsnormen.<sup>[60]</sup>
- Die Normierung von Rechten und Pflichten für den Privaten in einem kommunalen Erlass ist zulässig und rechtlich korrekt.
- Die Kenntnis des Privaten von der für ihn verbindlichen Gemeindegesetzgebung ist möglich.<sup>[61]</sup>
- Die Rechtssicherheit, nämlich die Voraussehbarkeit des Verwaltungshandelns der Gemeindebehörden aufgrund der Bindungswirkung an das Gemeinderecht,<sup>[62]</sup> ist gegeben (nicht nur Gemeindebürgerinnen und -bürger sondern auch Dritte wollen die sie betreffende Rechtssituation voraussehen können, wenn sie beispielsweise Zuzugsabsichten hegen oder mit der Gemeinde in ein Geschäftsverhältnis treten möchten, um entsprechende Dispositionen treffen zu können).

#### c) Die Gemeinde

Im Vorprüfungs- und Genehmigungsverfahren liegen regelmässig Gemeindeerlasse im Entwurf auf, die punktuell oder gesamthaft gegen das Gesetzmässigkeitsprinzip verstossen, in Widerspruch mit den verschiedenen Rechtsordnungen stehen oder in anderer Art und Weise Rechtsmängel aufweisen:<sup>[63]</sup>

	2010	2015	2016	2017
<b>Anzahl vorgeprüfte Erlasse</b>	27	13	24	16
<b>Gemeinde-Erlasse</b>	22	8	13	10
<b>Erlasse mit Mängeln</b> <sup>[64]</sup>	13	6	9	8
	59%	75%	69%	80%

Der Nutzen der Erlassgenehmigung besteht für die Gemeinden unter anderem in Folgendem:

- Existenzsicherung der Gemeinde (z.B. Prüfung der Finanzhaushaltsreglemente);
- Schutz der Gemeinde vor einem Schaden durch Missbrauch der Autonomie; <sup>[65]</sup>
  - "Rückspiegelung" der kommunalen Gesetzgebungsprozesse und der zulässigen rechtlichen Möglichkeiten;
- Koordination und Übereinstimmung mit dem übergeordneten Recht; <sup>[66]</sup>
  - Sichere Rechtsgrundlage bei der Gemeindetätigkeit (und vor allem genügende Rechtsgrundlage für die Verfügungen der Gemeindeorgane, welche beim Regierungsrat im Rahmen einer Beschwerde angefochten werden). <sup>[67]</sup>

## V. Schlussbetrachtung

Das Pendant der Gemeindeautonomie ist die Gemeindeaufsicht. Je höher die Autonomie der Gemeinden, desto stärker muss die Aufsicht ausfallen. Der Kanton kann auf seine Aufsichtspflicht nicht verzichten. Folgerichtig ist daher ohne Gemeindeaufsicht grundsätzlich auch keine Gemeindeautonomie zulässig. Die aufsichtsrechtlichen Instrumente stellen keine Einschränkung, sondern vielmehr Ausfluss der Gemeindeautonomie dar. Die Autonomie der Gemeinden des Kantons Obwalden ist – soweit ersichtlich – relativ hoch, soweit sie überhaupt messbar ist. Der Regierungsrat nimmt die Rechtsaufsicht vorwiegend über die Erlassgenehmigung sowie über die Beschwerdeprüfung im Rechtsmittel- und Aufsichtsverfahren wahr. Gemessen an der den Gemeinden zukommenden hohen Autonomie fällt die Rechtsaufsicht des Regierungsrats demgegenüber schlank aus.

Die Erlassgenehmigung im bisherigen Umfang ist ein wichtiges Aufsichtsinstrument des Regierungsrats, das sich rückblickend über die letzten fünfzig Jahre als umfassendes und rationelles Mittel der Gemeindeaufsicht bewährt hat. Die Nutzer der Erlassgenehmigung sind vor allem der Kanton, die Privaten und die Gemeinden. Sie allesamt profitieren vom Rechtsschutz, der Widerspruchslosigkeit der verschiedenen Rechtsordnungen und der daraus resultierenden Rechtssicherheit.

Die Erlassgenehmigung ist eines von verschiedenen möglichen Aufsichtsinstrumenten. Ein völliger Verzicht auf dieses Instrument scheint praktisch nicht möglich. <sup>[68]</sup> Eine Einschränkung der Genehmigungspflicht auf bestimmte

Erlasse wäre wohl vorstellbar.<sup>[69]</sup> Allerdings müssten im Gegenzug andere, aufwändigere Aufsichtsmittel aufgebaut werden, über die der Regierungsrat zum Wohle des Gesamtstaates eine flächendeckende Rechtsaufsicht wahrnehmen

könnte.<sup>[70]</sup> Denn die Regelungsautonomie der Gemeinden verpflichtet den Regierungsrat sicherzustellen, und zwar nicht nur einzelfallweise, dass die Gemeinden ihren Gesetzgebungsaufgaben nachkommen. Dabei hat der Regierungsrat zu gewährleisten, dass die kommunalen Normierungen weder unzulässige Rechte und Pflichten von Privaten statuieren noch mit dem übergeordneten Recht nicht vereinbare Organisationen aufstellen (denen die Privaten unterworfen sind). Andere Aufsichtsmittel, welche diese Aufsicht gewährleisten würden, wären etwa die Inspektion in Verbindung mit der Möglichkeit

der gesetzgeberischen Ersatzvornahme<sup>[71]</sup> durch den Regierungsrat, beispielsweise gegenüber einem säumigen kommunalen Gemeindegesetzgeber.

<sup>[72]</sup> Weiter wären die kommunalen Körperschaften gehalten, Rechtssammlungen, welche die Funktionen der Rechtsstaatlichkeit, insbesondere der Publikation, erfüllen, einzuführen. Im Rechtsmittel- und Aufsichtsverfahren muss der Regierungsrat ohne Zutun der Gemeinden auf das gesamthafte, korrekt erlassene und authentische Gemeinderecht zugreifen können. Andernfalls kann der Regierungsrat seine Aufgabe in diesen rechtsstaatlich vorgeschriebenen Verfahren nicht oder nicht mehr vollständig erfüllen.

Die Gemeindeaufsicht und damit auch die Erlassgenehmigung bezwecken das Wohl und die Einheit des Gesamtstaates zu erhalten. Diesem öffentlichen Interesse sind der Kanton wie auch alle Gemeinden verpflichtet. Gerade in einem überblickbaren Kanton wie Obwalden kann dieses Ziel ohne weiteres erreicht werden durch eine gemeinsame und konstruktive Zusammenarbeit, wobei in dieser Zusammenarbeit die Gemeindeaufsicht und die Erlassgenehmigung einen notwendigen Platz einnehmen.

- 
- [1] Der Autor ist Leiter des Amtes für Justiz, vertritt in diesem Beitrag aber seine persönlichen Auffassungen. Er dankt Dr. Notker Dillier, Rechtskonsulent des Regierungsrats, sowie Dr. Diel Schmid, stellvertretende Leiterin des Amtes für Justiz, für die Durchsicht des Manuskripts.
- [2] Josef Nigg, Die Rechtssetzung im Kanton Obwalden auf der Stufe Verfassung, Gesetz und Verordnung, Diss. 1971, erwähnte in seinem Vorwort (S. VII), der Rechtssetzung der Gemeinden käme eine nur sehr geringe praktische Bedeutung zu und die Frage der Gemeindeautonomie der obwaldnerischen Gemeinden und mithin auch deren Rechtsetzungsbefugnis müsse gelegentlich einer eingehenden Studie unterzogen werden.
- [3] Im vorliegenden Beitrag nicht abgehandelt wird die Aufsicht des Regierungsrats über andere öffentlich-rechtliche Körperschaften wie Flurgenosenschaften, Korporationen, Teilsamen und Alpgenosenschaften.
- [4] Andreas Auer, Staatsrecht der Schweizerischen Kantone, Bern 2016, Rz. 344.
- [5] Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).
- [6] Auer, Rz. 343.
- [7] Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 210).
- [8] Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016, N 1878 ff.; Auer, Rz. 346.
- [9] Auer, Rz. 347; Attilio Gadola, Das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren, Eine Darstellung unter Berücksichtigung der Verhältnisse im Kanton Obwalden, Diss. 1991, S. 354 ff.
- [10] Auer, Rz. 348.
- [11] Statt vieler: BGE 141 I 36.
- [12] Häfelin/Müller/Uhlmann, N 1910 f.
- [13] Statt vieler: BGE 136 I 265.
- [14] Häfelin/Müller/Uhlmann, N 1913.
- [15] Peter Uebersax, Erfahrungen und Lehren aus dem "Fall Leukerbad", Denkanstösse für das Schweizer Gemeinderecht, Basel 2005, S. 9.
- [16] BG-Urteil vom 3. Juli 2003 (2C.4/2000), Erw. 6.1.1.
- [17] Häfelin/Müller/Uhlmann, N 1947 f.; vgl. auch Walter Omlin, Die Inkorporation der Obwaldner Bürgergemeinden nach Art. 100 KV, S. 38 f.
- [18] Ausführlicher dazu Häfelin/Müller/Uhlmann, N 1953 ff.
- [19] Häfelin/Müller/Uhlmann, N 1950.
- [20] Bundesgesetz über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700).
- [21] Häfelin/Müller/Uhlmann, N 1956. Für die Genehmigung von Nutzungsplänen vgl. Notker Dillier, Der Rechtsschutz im Bau- und Planungsrecht, im allgemeinen und unter besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse im Kanton Obwalden, Diss. 1994, S. 166 ff.
- [22] Häfelin/Müller/Uhlmann, N 1954.
- [23] Häfelin/Müller/Uhlmann, N 1955.
- [24] Vgl. dazu auch Beat W. Hess, Zum formellen Bauordnungsrecht des Kantons Obwalden, Diss. 1980, S. 40. Wo besondere Grundlagen für Aufsichtsinstrumente fehlen, ist dem Regierungsrat deswegen das Eingreifen nicht verwehrt, vielmehr gilt der Grundsatz, dass ihm mit der Aufsichtsfunktion alle Mittel zur Verfügung gestellt sind, die zu deren Ausübung geeignet sind, vgl. H.R. Thalman, Kommentar zum Zürcher Gemeinderecht, Zürich 2002 (Nachdruck), Vorb. § 141-150 Ziff. 6.
- [25] Verfassung des Kantons Obwalden (Kantonsverfassung) vom 19. Mai 1968 (KV; GDB 101.0).
- [26] Die ordentlichen Rechtsmittel gegen Entscheide der Gemeindebehörden sind allgemein in Art. 88 KV und spezifische in den jeweiligen Sacherlassen geregelt (vgl. z.B. Art. 61 Abs. 3 des Baugesetzes vom 12. Juni 1994 [BauG; GDB 710.1]).
- [27] Art. 23 der Verordnung über das Verwaltungs- und Verwaltungsbeschwerdeverfahren (Verwaltungsverfahrensverordnung) vom 29. Januar 1998 (VwVV; GDB 133.21) spricht in der Überschrift von der "Aufsichtsbeschwerde", aus dem Verordnungstext geht aber klar hervor, dass es sich dabei lediglich

um eine Aufsichtsanzeige handelt, bei welcher die anzeigestellende Person vorbehaltlich anderer Vorschriften keine Parteirechte hat.

- [28] Ivo Lorenzo Corvini, Kommunale Rechtsetzung unter Berücksichtigung der Verhältnisse im Kanton Basel-Landschaft, Diss. 1998, S. 154.
- [29] Corvini, S. 145; Andreas Baumann, Aargauisches Gemeinderecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf, 2017, S. 33.
- [30] Häfelin/Müller/Uhlmann, N 1913.
- [31] Auer, Rz 429 und 436 f.; für Auer liegt es auf der Hand, dass der sich nach dem Inhalt der kantonalen Gesetzgebung richtende Ansatz zur Bemessung des Autonomiegrades der Gemeinden in diesem Rahmen nicht zum Ziel führen kann. Seiner Meinung nach müsste man nämlich systematisch die gesamte kantonale Rechtsordnung durchforsten und versuchen, in jedem einzelnen Bereich aufgrund der Gesetze und Verordnungen den konkreten Autonomiegrad der Gemeinden zu bestimmen, ihn sodann mit jenem der anderen Kantone im selben Bereich zu vergleichen, um schliesslich "irgendwie", mittels Abwägung der bereichsspezifischen und kantonalen Unterschiede, zu einem Gesamtbild zu kommen. Die systematische Bemessung der Gemeindeautonomie und ihr Vergleich nach Bereichen und Kantonen scheint sich daher für den Autor weitgehend der wissenschaftlichen Analyse zu entziehen. Hinweise für eine hohe Gemeindeautonomie im Kanton Obwalden lassen sich auch den Ausführungen folgender Autoren entnehmen: Dillier, S. 245, Omlin, S. 34 f., und Hess, S. 39 (betreffend kantonales Baugesetz vom 4. Juni 1972); vgl. auch VVGE 1971 bis 1975 Nr. 91, 1976 und 1977 Nr. 30.
- [32] Staatsverwaltungsgesetz vom 8. Juni 1997 (StVG; GDB 130.1).
- [33] Thalman, Vorb. § 141-150 Ziff. 8 und 9.
- [34] Die Genehmigung oder Nichtgenehmigung einer kommunalen Satzung ist im Grunde ein Akt der Mitwirkung am kommunalen Gesetzgebungsverfahren, vgl. Gadola, S. 320, mit weiteren Hinweisen.
- [35] Friedrich Huwyler, Gemeindeorganisation des Kantons Schwyz, S. 162.
- [36] VVGE 1987 und 1988 Nr. 1, 2005 und 2006 Nr. 3; vgl. auch Dillier, S. 168 f. und Corvini, S. 158. Die Statistik der Vorprüfungs- und Genehmigungsverfahren zeigt, dass praktisch alle Erlasse, welche das Vorprüfungsverfahren durchlaufen und den Vorprüfungsbericht umgesetzt haben, in der Folge vom Regierungsrat genehmigt wurden (diese Erhebung wurde hinten nicht abgebildet).
- [37] Vgl. dazu auch Corvini, S. 158.
- [38] VVGE 2011 bis 2013 Nr. 3.
- [39] Vgl. dazu BGE 92 I 162 Erw. 5; siehe auch Daniela Wyss, Kausalabgaben (Begriff/Bemessung/Gesetz-mässigkeit), Basel 2009, S. 11 und Thomas Sägesser, Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG), Art. 46a N 51 ff; vgl. aber zu Aufsichtsabgaben auch BVG-Urteil vom 17. Dezember 2013 (C-1697/2012), Erw. 3.4.4.
- [40] Ob die Gemeindeerlasse dem fakultativen oder dem obligatorischen Referendum unterstehen, entscheidet sich in der Regel nach Verfassung und Gesetz (vgl. z.B. Art. 7 Abs. 4 BauG). Die Gemeindeordnungen werden praxisgemäss von der Gemeindeversammlung beschlossen und geändert.
- [41] VVGE 1976 und 1977 Nr. 18, 2005 und 2006 Nr. 11, 2007 und 2008 Nr. 5, 2009 und 2010 Nr. 18, 2011 bis 2013 Nr. 1.
- [42] VVGE 2005 und 2006 Nr. 11, 2007 und 2008 Nr. 5. Bei allfälligen Beschwerdeverfahren soll dem kommunale Erlass die Anwendung nicht versagt werden wegen mangelhafter demokratischer Legitimation (ungenügende gesetzliche Grundlage).
- [43] VVGE 2005 und 2006 Nr. 11, 2009 und 2010 Nr. 18; RRB (Nr. 65) vom 20. Mai 1997 und (Nr. 338) vom 7. März 2017, Erw. 2.37. Die Kantonsverfassung verwendet in Art. 85 Abs. 4, 87 Abs. 1, 89 Abs. 3 und 94 Ziff. 8 KV für rechtsetzende Erlasse verschiedene Begriffe (Gemeindeordnungen, Verordnungen, allgemeinverbindliche Reglemente). Reglemente unterliegen ebenso der Genehmigungspflicht wie Ausführungsbestimmungen, Tarif oder Verordnungen. Keiner Genehmigung unterliegen in der Regel jene Normen, die keine Rechtswirkungen auf die Bürger haben. Sogenannte Verwaltungsverordnungen enthalten keine an die Bürgerschaft gerichtete Rechtssätze, sondern bloss verwaltungsinterne Anordnungen, d.h. Instruktionen an die Verwaltungsorgane und Beamten. Sie müssen nicht publiziert werden und sind nicht anfechtbar (VVGE 1971 bis 75 Nr. 36, 2007 und 2008 Nr. 2; vgl. aber VVGE 1985 und 1986 Nr. 4). In der Praxis wurden beispielsweise folgende Bereichen von der Genehmigungspflicht ausgenommen: Organisation des Geschäftsablaufes des Gemeinderates (Vorprüfungsbericht AJ vom 5. Februar 2004), Abschluss von öffentlich-rechtlichen Verträgen durch eine Gemeinde, soweit damit kein Eingriff in die staatliche Ordnung des Kantons erfolgt (Leistungseinkauf; Vorprüfungsbericht AJ vom 22. März 2012), Bestimmungen, die Inhalt von internen Weisungen oder Personalhandbüchern bilden (Vorprüfungsbericht AJ vom 24. September 2014), Erlassanhänge, die lediglich deklaratorische Funktion haben (Vorprüfungsbericht AJ vom 28. April

2016), das Durchführungsverfahren bei Flurgemeinschaften (dessen Ergebnis u.a. der „Kostenverteiler“ im Perimeter ist; VVGE 1978 bis 1980 Nr. 10, 2011 bis 2013 Nr. 18).

- [44] VVGE 2005 und 2006 Nr. 11; vgl. auch Häfelin/Müller/Uhlmann, N 1954.
- [45] Vgl. dazu auch Nigg, S. 58 f.
- [46] Inwiefern der kantonale Gesetzgeber den Gemeinden in den verschiedenen Bereichen Organisationsautonomie belässt, ist eine Frage der Abwägung und Gewichtung der für die Erreichung des Gesetzeszwecks massgebenden Aspekte. Vgl. zum Ganzen die Antwort des Regierungsrats zur Motion Mahler betreffend „Anpassung des Baugesetzes: Delegation von Baubewilligung“, in: RRB (Nr. 213) vom 5. Dezember 2017.
- [47] RRB (Nr. 338) vom 7. März 2017, Erw. 2.3, und (Nr. 501) vom 12. Juni 2018.
- [48] VVGE 1971 bis 1975 Nr. 36.
- [49] Wenn unklar ist, ob eine kommunale Norm gegen übergeordnetes Recht verstösst, hält sich der Regierungsrat praxismässig an den Grundsatz „im Zweifel für die Gesetzgebungsautonomie der Körperschaft“ und genehmigt die Bestimmung (RRB [Nr. 365] vom 19. März 2018).
- [50] VVGE 2005 und 2006 Nr. 5.
- [51] ZBI 2018 S. 481 ff.
- [52] Corvini, S. 146, Thalmann, § 141-150 Ziff. 5.
- [53] Jürg Wichter mann, Kommentar zum Gemeindegesetz des Kantons Bern, Bern 1999, Art. 57 N 7 f.
- [54] Georg Müller/Felix Uhlmann, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, N 165 f.
- [55] Marius Roth, Die Veröffentlichung von Rechtsnormen in der Schweiz, Diss. 2011, S. 19 f.
- [56] Die Gemeinden veröffentlichen ihre Erlasse zum grössten Teil auf der gemeindeeigenen Homepage im Internet.
- [57] RRB (Nr. 19) vom 5. Dezember 2017.
- [58] Baumann, S. 33.
- [59] Corvini, S. 146.
- [60] Die Gemeindeautonomie ermöglicht und schützt die demokratische Teilhabe der Menschen an den kommunalen öffentlichen Angelegenheiten (Kilian Meyer, Gemeindeautonomie im Wandel, Diss. 2010, S. 48). Wird diese Teilhabe in der Gesetzgebung nicht gewährt, stellt dies ein Missbrauch der kommunalen Regelungsautonomie durch die zuständigen Organe dar.
- [61] Vgl. oben FN 53.
- [62] Häfelin/Müller/Uhlmann, N 329.
- [63] Beispielsweise geben bei der Prüfung kommunaler Erlasse folgende Punkte regelmässig Anlass zu Bemerkungen im Vorprüfungsbericht: Rechtsetzende Erlasse wurden weder dem Regierungsrat zur Genehmigung noch dem Gemeindevolk zur Mitwirkung vorgelegt, eine subsidiäre Zuständigkeit (Notzuständigkeit) fehlt, Aufgaben, Kompetenzen und Verantwortung von (verfügenden) Behörden sind nicht oder nicht vollständig festgelegt, Delegationsnormen sind ungenügend oder pauschal abgefasst, Abgabebestimmungen genügen dem Legalitätsprinzip nicht (Normdichte), Verfassungsrechte werden in ihrem Kernbereich unzulässigerweise eingeschränkt (z.B. Niederlassungsfreiheit/Wohnsitzpflicht, Wirtschaftsfreiheit/Marktzulassungsbeschränkung), Haftungsbestimmungen korrespondieren nicht mit dem Staatshaftungsrecht oder dem bundesrechtlichen Haftpflichtsystem, Strafrechtsbestimmungen widersprechen dem kantonalen oder eidgenössischen Strafrecht, Rechtsmittel fehlen oder werden falsch geregelt, die Inkraftsetzung unzulässigerweise rückwirkend angeordnet, bisheriges "entgegenstehendes Recht" wird pauschal, anstatt konkret aufgehoben.
- [64] In der Statistik nicht eingerechnet sind Erlasse mit Mängeln in der Gesetzestechnik oder redaktionellen Mängeln, wie unklare Formulierungen, undefinierte Begriffe, Wiederholungen oder fehlerhafte Rechtschreibung.
- [65] Corvini, S. 146.
- [66] Die kantonale Rechtslandschaft ist durch eine starke Verzahnung zwischen kantonalem und kommunalem Recht geprägt (so auch Müller/Uhlmann, N 379, für das eidgenössische und kantonale Recht).
- [67] ZBI 2018 S. 481 ff.

- [68] Die Gemeindeordnungen als Kernstück der umgesetzten Gemeindeautonomie sollten wohl stets einer Genehmigung unterliegen.
- [69] Dies bedürfte einer Änderung von Art. 89 Abs. 3 KV.
- [70] Wichtermann, Art. 57 N 9; Corvini, S. 155 f.
- [71] Häfelin/Müller/Uhlmann, N 1915, vgl. auch August Mächler, Ersatzvornahme für die Rechtsetzung der Gemeinden, in: Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, Festschrift für Tobias Jaag, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 115 ff.
- [72] Baumann, S. 35 f., und LEGES 2004/1, S. 162, Vor- und Nachteile von kantonalen Musterreglementen.