



Erlacherhof, Junkerngasse 47  
Postfach 3000 Bern 8

Telefon 031 321 62 16  
Fax 031 321 60 10  
stadtkanzlei@bern.ch  
www.bern.ch

Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion  
des Kantons Bern  
Münstergasse 2  
3011 Bern

Bern, 11. November 2010

### **Optimierung der Förderung von Gemeindefusionen (Änderung Kantonsverfassung und Gemeindegesetz); Vernehmlassung**

Sehr geehrter Herr Regierungsrat  
Sehr geehrte Damen und Herren

Der Gemeinderat der Stadt Bern bedankt sich für die Möglichkeit, im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens in erwähnter Angelegenheit Stellung nehmen zu können. Der Gemeinderat äussert sich dazu wie folgt:

#### **1. Grundsätzliches**

Der Gemeinderat begrüsst, dass der Kanton die Voraussetzungen für Gemeindezusammenschlüsse verbessern will. Er teilt die Auffassung, dass mit den bisherigen Massnahmen zwar der richtige Weg eingeschlagen wurde, dass die eher bescheidenen erreichten Resultate aufgrund der nach wie vor bestehenden innovations- und entwicklungshemmenden Mechanismen jedoch nicht zu befriedigen vermögen.

Der Gemeinderat ist deshalb insbesondere einverstanden mit der expliziten Lockerung der Bestandesgarantie der Gemeinden und der Einführung der Möglichkeit, Gemeinden auch gegen deren Willen zu fusionieren.

Der Gemeinderat unterstützt den vorgelegten Entwurf in seinem Gehalt vollständig. Soweit der Gemeinderat Bemerkungen hat, sind diese insbesondere rechtstechnischer und vortragsredaktioneller Natur. Die Bereinigung der im Folgenden dazu aufgeworfenen Fragen scheint dem Gemeinderat indessen zentral, soll die Vorlage nicht an formalen Kriterien oder Missverständnissen scheitern.

## 2. Verfassungsrechtliche Bestimmungen

### *Artikel 79*

Der Vortragsentwurf zu Artikel 79 erscheint äusserst problematisch. Er führt aus: „Bestrittene Fälle von Seiten der betroffenen Gemeinden sind (nur) bei Gebietsveränderungen denkbar bzw. faktisch möglich: Zum einen kann die Bildung einer Gemeinde von dieser nicht bestritten werden, weil sie ja noch gar nicht existiert. Zum anderen bedarf die Aufhebung von Gemeinden (ausserhalb eines Zusammenschlusses) stets ihrer Zustimmung, so dass es ohne diese Zustimmung gar nie zur Aufhebung kommen kann.“

Dieser Passus wirft verschiedene für die gesamte Vorlage elementare Fragen auf. Richtig ist zwar, dass eine zu bildende Gemeinde noch gar nicht existiert und sie sich deshalb auch nicht gegen ihre zukünftige Existenz zur Wehr setzen kann. Bildungen von Gemeinden ohne die Aufhebung anderer Gemeinden sind jedoch nur in (praktisch bedeutungslosen) Ausnahmefällen denkbar. Im Normalfall bedingt jede Bildung die Aufhebung mindestens einer (bei Absorptionsfusionen) bzw. zweier (bei Kombinationsfusionen) Gemeinden. Dies gilt nicht nur für Gebietskörperschaften, sondern auch für Personalkörperschaften. Neubildungen unabhängig von Zusammenschlüssen dürften in der Praxis klarerweise und auf lange Sicht hinaus Ausnahmecharakter haben. Wenn aber richtig sein soll, was der Vortragsentwurf ausführt, dass nämlich die Aufhebung einer Gemeinde stets ihrer Zustimmung bedarf (was auch dem gemäss Vorlage nicht anzupassenden Artikel 108 Absatz 3 KV entspricht), so kann der Grosse Rat praktisch nie über von Gemeindeseite bestrittene Bildungen und Aufhebungen von Gemeinden beschliessen. Gerade das wäre ja aber offenbar das - vom Gemeinderat der Stadt Bern unbestrittene - Ziel der Vorlage. Zwar enthält der zitierte Vortragsentwurfpassus die Klammerbemerkung, dass die Aufhebung nur ausserhalb eines Zusammenschlusses von der Zustimmung der betroffenen Gemeinde abhängig sein soll. Diese Klammerbemerkung findet jedoch keine verfassungsrechtliche Grundlage - jedenfalls dann nicht, wenn Artikel 108 Absatz 3 KV nicht angepasst wird (vgl. dazu die Bemerkungen unten zu dieser Bestimmung).

### *Artikel 90*

Buchstabe h befasst sich mit Bildung, Aufhebung und Gebietsveränderungen von Gemeinden, Buchstabe i mit Gemeindezusammenschlüssen. Zusammenschlüsse sind immer mit Aufhebungen, bei Kombinationsfusionen auch mit Bildungen von Gemeinden verbunden. Die Trennung der verschiedenen Vorgänge - insbesondere hinsichtlich deren Folgen - erscheint deshalb teilweise künstlich, insbesondere aber rechtlich problematisch. In den Erläuterungen zu Artikel 90 wird ausgeführt: „Die Aufhebung von Gemeinden ist bei fehlender Zustimmung der betroffenen Gemeinden gescheitert (...). Gemeindezusammenschlüsse, denen die betroffenen Gemeinden nicht zustimmen, kann der Grosse Rat allenfalls (...) autoritativ anordnen.“ Falls diese Ansicht tatsächlich vertreten werden sollte, sind Zusammenschlüsse gegen den Willen der betroffenen Gemeinden nie zulässig. Offensichtlich soll jedoch gerade diese Möglichkeit mit der Lockerung der Bestandesgarantie eröffnet werden. Will man in Artikel 90 Buchstabe h und i an der Trennung von Aufhebung, Bildung und Gebietsveränderung einerseits sowie Zusammenschlüssen andererseits festhalten, so wäre mindestens im Vortrag richtigzustellen, welches die Folgen sind. Angepasst werden müsste auch Artikel 108 KV (dazu sogleich).

*Artikel 108*

Artikel 108 Absatz 3 KV hält in seiner bisherigen Fassung unter dem Randtitel „Bestand, Gebiet und Vermögen“ fest, dass die Aufhebung einer Gemeinde deren Zustimmung bedarf. An dieser Bestimmung soll offenbar nichts geändert werden. Der Vortragsentwurf zu Artikel 108 führt denn auch aus: „Die verfassungsrechtliche Bestandesgarantie (...) wird mit der vorliegenden Vorlage nicht in Frage gestellt.“ Diese Aussage steht in diametralem Gegensatz zum vorgeschlagenen Artikel 108a Absatz 3, zum entsprechenden Vortragsentwurf (und wohl auch zur tatsächlichen Absicht der gesamten Vorlage). Der Vortragsentwurf zu Artikel 108 Absatz 3 ist eindeutig: „Mit dieser Bestimmung erfolgt die eigentliche Lockerung der verfassungsrechtlichen Bestandesgarantie.“ Dieser Widerspruch zur Erläuterung von Artikel 108 sollte ausgeräumt, aber auch rechtssetzungstechnisch bereinigt werden: Bleibt Artikel 108 Absatz 3 KV unverändert, so wird mit der Einführung von Artikel 108a Absatz 3 ein - jedenfalls grammatikalischer - Widerspruch geschaffen, der dann auf dem Auslegungsweg aufgelöst werden müsste, was wenig elegant erscheint, da der Widerspruch bereits absehbar ist. Eine zwangsfusionierte Gemeinde wird gestützt auf den Wortlaut argumentieren können, der Zusammenschluss gegen ihren Willen sei zwar verfassungsrechtlich vorgesehen, aber trotzdem unzulässig, da der Zusammenschluss ihre Aufhebung voraussetze, was aber nicht durchsetzbar sei, da ihr Bestand ebenfalls durch die Verfassung nach wie vor garantiert sei. Es erscheint den Gemeinden gegenüber nicht sehr transparent zu sein, wenn ihnen die Verfassung einerseits explizit den Bestand garantiert, diese Garantie dann aber in etwas verklausulierter Form über den Zusammenschluss gleich wieder eingeschränkt wird. Die Verfassung sollte klar sein. Im Minimum müsste wohl Artikel 108 Absatz 3 mit einem Zusatz in der Art ergänzt werden: „...ihrer Zustimmung. Vorbehalten bleibt Artikel 108a Absatz 3.“

**3. Weitere Bemerkungen***Zu Artikel 4d Absatz 3 GG*

Der Vortragsentwurf hält fest, das verfassungsmässige Recht auf freie und unverfälschte Willenskundgabe gebiete es, dass die Stimmberechtigten über den Fusionsvertrag und das Reglement „gleichzeitig, aber gesondert beschliessen und somit zwei Beschlüsse fällen“ müssten. Es bestehen erhebliche Zweifel, ob diese Auffassung richtig ist. Grosse Vorhaben sind regelmässig mit teilweise sehr unterschiedlichen Fragen verbunden. Müsste jedes Vorhaben im Rahmen der demokratischen Entscheidungsfindung immer in seine einzelnen Teilentscheide gesplittet und diese separat dem zuständigen Organ vorgelegt werden, wären Abstimmungen beispielsweise über Neuschaffungen oder Totalrevisionen von Verfassungen oder einen grossen Sachbereich abdeckenden Gesetze gar nicht mehr zulässig. Die Praxis namentlich auch des Bundesgerichts ist jedoch eine andere. Es kann in der Praxis durchaus sinnvoll sein, über Fusionsvertrag und (Organisations-)Reglement gesondert abzustimmen. Mit der verfassungsmässigen Stimmfreiheit eine gleichzeitige, aber gesonderte Abstimmung gleich als zwingend zu erklären, scheint hingegen aus rechtlicher Sicht kaum tragfähig zu sein. Solche Begründungsversuche sind auch nicht nötig, sofern die praktische Relevanz ausgewiesen ist. Und ist sie es nicht (wofür im Einzelfall ebenfalls einiges sprechen kann), so soll den Gemeinden je nach Umständen auch offen stehen, die beiden Punkte in einer Abstimmung zusammenzufassen oder diese auch zeitlich zu staffeln, zumal die Erfahrung zeigt, dass gleichzeitige, separate Abstimmungen über Gegenstände, die sich gegenseitig bedingen, zu Ergebnissen führen können, die eine freie und unverfälschte Wil-

lenskundgabe oder die sachgerechte Interpretation eines (widersprüchlichen) Abstimmungsresultats unter Umständen erschweren können.

Schliesslich ist auch zu beachten, dass der Hinweis im Vortragsentwurf, wonach „die Folgen von allfälligen divergierenden Beschlüssen (...) im Fusionsvertrag zu regeln“ seien, aus rechtlichen Gründen nicht tragfähig ist: Wird der Vertrag abgelehnt, so kann die darin entworfene Regelung über die Folgen der divergierenden Beschlüsse eben gerade keine Folgen zeitigen, da der Vertrag dann mangels Zustimmung nicht wirksam geworden ist.

Der Gemeinderat dankt Ihnen für die Berücksichtigung seiner Hinweise bestens.

Mit freundlichen Grüssen



Alexander Tschäppät  
Stadtpräsident



Dr. Jürg Wichtermann  
Stadtschreiber