

ISBN 978-3-902622-10-5

© Vorarlberger Landesarchiv, Bregenz 2009

Grafische Gestaltung: Martin Caldonazzi | Atelier für Grafik Design, www.caldonazzi.at

Druck: VVA Vorarlberger Verlagsanstalt, Dornbirn

Vorarlberger Landesarchiv

Kirchstraße 28, 6900 Bregenz, Österreich

www.landesarchiv.at

200 Jahre Gemeindeorganisation

Almanach zum Vorarlberger Gemeindejahr 2008

herausgegeben von
Ulrich Nachbaur und Alois Niederstätter

im Auftrag der Vorarlberger Landesregierung

Bregenz 2009

Die verfassungsrechtliche Position der Gemeinden in Vorarlberg

Bestandsaufnahme und Ausblick
Karl Weber

I. Die verfassungsrechtliche Positionierung der Vorarlberger Gemeinden

Das Thema des Symposiums „Der Vorarlberger Landtag und die Gemeinden“ deutet zunächst auf die landesverfassungsrechtliche Positionierung der Vorarlberger Gemeinden hin. Tatsächlich bleibt dem Landesverfassungsgesetzgeber nur wenig Spielraum für eine eigenständige landesverfassungsrechtliche Positionierung der Gemeinden im Lande. Die Gemeinden sind vielmehr durch die Bundesverfassung formell und materiell stark determiniert. Gleichwohl sind die Beziehungen der Gemeinden zum Landtag sehr intensiv. Allerdings ist die rechtliche Beziehung zwischen Gemeinden und Landtag stärker auf einfachgesetzlicher Ebene angesiedelt als im Bereich des Landesverfassungsrechts. Wesentliche Kernaufgaben der Gemeinden werden landesgesetzlich geregelt. Das gesamte Gemeindeorganisationsrecht als Ausführungsrecht bundesverfassungsgesetzlicher Vorgaben, das Dienstrecht, Baurecht, Raumordnungsrecht, der große Bereich der Sozial- und Kulturverwaltung, das kommunale Umweltrecht und viele andere kommunale Aufgaben werden vom Landesgesetzgeber, also vom Landtag geregelt. Dabei kommen Landtag und Gemeinden vor allem im Vorfeld der Gesetzeswerdung immer wieder zusammen. Es wäre ein reizvolles Thema eines eigenen Referats, die Wechselbeziehungen zwischen Landtag und Kommunen und ihre gegenseitige Beeinflussung darzustellen. Das mir gestellte Thema befasst sich aber mit verfassungsrechtlichen Fragen, wobei hier der Bundesverfassung verstärktes Augenmerk zu schenken ist.

II. Die Gemeinden in der Bundesverfassung und in der Landesverfassung

Mit der Gemeindeverfassungsnovelle 1962 wurden jene bundesverfassungsrechtlichen Grundlagen der Gemeindeorganisation und der Gemeindeaufgaben geschaffen, die bis heute gültig sind. Bis zu dieser Verfassungsnovelle 1962

galt ein verfassungsrechtliches Provisorium, das die Grundsätze des monarchischen Gemeinderechts in die Bundesverfassung inkorporierte und bis weit hinauf in die Zweite Republik prolongierte.

Die Organisation und die Aufgaben der Gemeinden sind in Österreich bundesverfassungsrechtlich detailliert geregelt. Dies stellt an sich eine bundesstaatliche Anomalie dar, die nur historisch erklärbar ist. Ein Blick in die Verfassungen unserer bundesstaatlichen Nachbarn zeigt, dass das Gemeinderecht in weitem Umfang dem gliedstaatlichen Gesetzgeber übertragen ist. Daher findet sich in den bundesstaatlichen Verfassungen unserer Nachbarstaaten im Wesentlichen lediglich die kommunale Bestandsgarantie, die Bundesverfassungen enthalten sich jedoch detaillierter Aussagen über Funktion und Organisation der Gemeinden. Aus den Materialien zur B-VG-Novelle 1962 ergibt sich deutlich, dass die österreichischen Gemeinden diesen bundesstaatstypischen Weg nicht gehen wollten. Der Österreichische Gemeindebund und der Österreichische Städtebund, die die Gemeindeverfassungsnovelle 1962 inhaltlich weitgehend vorbereitet hatten, wollten die Gemeinden in der Bundesverfassung und nicht in den Landesverfassungen verankert wissen, da sie nicht allein den Ländern „ausgeliefert“ sein wollten. Eine bundesverfassungsrechtliche Regelung des Gemeinderechts sollte zum einen erhöhten Bestandsschutz der Gemeinden bewirken, zugleich aber auch eine bundesweite Homogenität des Gemeinderechts sicherstellen. Daher findet sich in den Art. 115 ff Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) auch eine beinahe kasuistische Determinierung des Organisations- und Funktionenrechts der Gemeinden. Dies hat freilich zur Folge, dass die Landesverfassungen im Bereich des Gemeinderechts de facto den Charakter von Ausführungsgesetzen zum Bundesverfassungsrecht haben, weil ihnen diesbezüglich nur wenig Spielraum im Rahmen der Verfassungsautonomie der Länder bleibt. Wenn also im Folgenden von der verfassungsrechtlichen Stellung der Gemeinden in Vorarlberg die Rede ist, so bezieht sich dies in erster Linie auf die Bundesverfassung. Das Vorarlberger Landesverfassungsrecht

unterscheidet sich hinsichtlich der Gemeinden nur wenig von den übrigen landesverfassungsrechtlichen Bestimmungen in Österreich. Diese landesverfassungsrechtlichen Bestimmungen haben weitgehend nur rezitativen Charakter und geben in großem Umfang narrativ den Bestand des Bundesverfassungsrechts wieder.

Zumindest aus gesamtösterreichischer Sicht lässt sich konstatieren, dass sich das Gemeinderecht, wie es durch die Gemeindeverfassungsnovelle 1962 und einige spätere Verfassungsreformen verwirklicht wurde, im Großen und Ganzen bewährt hat. Dieses Verfassungswerk bietet auch heute noch die Grundlage für ein demokratisches und effizientes Rechtsleben in den österreichischen Gemeinden. Gleichwohl haben die rasanten ökonomischen, sozialen, kulturellen und ökologischen Entwicklungen der letzten Jahre auch vor den Gemeindestuben nicht Halt gemacht. Die Europäisierung und Internationalisierung des Rechts stellt auch die Gemeinden vor große Herausforderungen. Viele Entwicklungen, die vom historischen Gemeindeverfassungsgesetzgeber nicht einmal erahnt werden konnten, durchdringen heute das kommunale Rechtsleben nachhaltig. Viele dieser strukturellen Änderungen im Gemeindeleben haben schon in der Vergangenheit rechtliche Adaptierungen erfordert. Dabei wurde das Meiste auf unterverfassungsrechtlicher Ebene realisiert. Dies erfolgte zum Teil auf einfachgesetzlicher Ebene, vieles ist auch im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung realisiert worden. E-Government, New Public Management, Public Private Partnership und andere moderne Schlagworte sind inzwischen aus dem kommunalen Leben nicht mehr wegzudenken. Auch die Weiterentwicklung der Gemeindeaufgaben, insbesondere auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge wurde zum Teil einfachgesetzlich aber viel häufiger im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung gemäß Art. 116 Abs. 1 B-VG weiter entwickelt.

Obwohl sich das Gemeinderecht der Österreichischen Bundesverfassung im Großen und Ganzen bewährt hat, hat es im Laufe der Jahrzehnte doch eine gewisse Patina

angelegt. So entstanden im Laufe der Jahre doch einige Forderungen an den Bundesverfassungsgesetzgeber, die, unter Beibehaltung der rechtlich verankerten Strukturen, moderne Entwicklungen ins Gemeinderecht einbeziehen sollten. Hier zeigt sich freilich eine Schattenseite der bundesverfassungsrechtlichen, also zentralistischen Struktur des österreichischen Gemeinderechts. Die Länder können für ihre Gemeinden entsprechende Reformen nur marginal vornehmen, sie müssen sich vielmehr auf gesamtösterreichischer Ebene einigen, um Forderungen nach einer Änderung der Bundesverfassung wirkungsvoll zu artikulieren. Änderungen des Gemeinderechts auf Bundesebene sind umso schwieriger zu realisieren, je knapper die Parlamentsmehrheit für eine bestimmte Regierungskonstellation ist. Hat eine Regierung nur mehr eine einfachgesetzliche Mehrheit, erweisen sich Verfassungsreformen – um solche handelt es sich bei Gemeinderechtsreformen – äußerst schwierig zu realisieren. Gleichwohl gelang es den österreichischen Gemeinden durch ihre inzwischen bundesverfassungsrechtlich verankerten Interessensvertretungen, sich im Österreich-Konvent gut zu positionieren. Wenn auch der Österreich-Konvent ohne konkretes Ergebnis blieb, so zeigte sich bei dessen Beratungen, dass die Anliegen der Gemeinden durchaus auf offene Ohren stießen. Im Entwurf der „Expertengruppe Staats- und Verwaltungsreform“ im Bundeskanzleramt vom 11. März 2008 finden sich auch eine Reihe der Forderungen des österreichischen Gemeinde- und Städtebundes legistisch aufbereitet. Darauf soll im Folgenden noch eingegangen werden.

III. Die Gemeinden im System des österreichischen Bundesstaates und des europäischen Mehrebenenstaates

Die Diskussion um den österreichischen Föderalismus war jahrzehntelang vom traditionellen staatsrechtlichen Verständnis des Verhältnisses von Bund und Ländern einerseits und von regionalistischen Phänomenen, die staatsrechtlich nur schwer erfassbar waren, anderer-

seits geprägt. Während die Gemeinden in der Regionalismusdebatte des europäischen Integrationsprozesses eine eher diffuse als klar definierte Rolle einnahmen, kamen sie in der Diskussion um den staatsrechtlichen Föderalismus in Österreich so gut wie nicht vor. Denn die staatsrechtliche Diskussion um den österreichischen Föderalismus war jahrzehntlang traditionell vom staatsrechtlichen Verständnis des Verhältnisses von Bund und Ländern geprägt. Die unterschiedlichen Spielarten, des Bund – Länder-Verhältnisses (Dezentralisationstheorie, Staatenstaatstheorie, Drei-Kreise-Theorie) reflektierten ausschließlich das verfassungsrechtliche Verhältnis von Bund und Länder. Dabei stand die Souveränitätsfrage im Zentrum der Diskussion. Diese Föderalismusdebatte wurde insbesondere zwischen der „Wiener Schule“ und Vertretern der „komplexen Bundesstaatstheorien“ geprägt. *Felix Ermacora, Peter Pernthaler, Fried Esterbauer, Peter Bußjäger* und andere prägten diese Debatte. Das Erkenntnisinteresse dieser Föderalismusdebatte bestand insbesondere in der Bekämpfung der von *Hans Kelsen*, aber auch von *Zaccaria Giacometti* geprägten Auffassung, dass dem Bund die alleinige Souveränität zukomme, während die Länder – analog zu den Gemeinden – lediglich dezentralisierte Selbstverwaltungskörper seien. Ob man diese nun, wie es *Giacometti* formulierte, als „potentielle Selbstverwaltungskörper“ bezeichnete oder nicht, die „komplexe Staatstheorie“ kämpfte jahrzehntlang gegen die Gleichsetzung von Ländern und Gemeinden an. Dabei stand – wie schon erwähnt – vor allem die Souveränitätsfrage im Zentrum dieser Überlegungen.

Spätestens mit dem Beitritt Österreichs zur Europäischen Union wurde klar, dass die Souveränitätsfrage in einem europäischen Mehrebenensystem obsolet, wenn nicht anachronistisch geworden ist. In der europäischen Gemeinschaftspolitik steht nicht sosehr die Frage der Effizienz der innerstaatlich gegliederten Gebietskörperschaften im Vordergrund, sondern ausschließlich die Effizienz der Aufgabenerfüllung – durch welche Gebietskörperschaft auch immer. Stellt man aber die Optimierung der Aufga-

benenerfüllung in einem Mehrebenensystem ins Zentrum der staatsrechtlichen Diskussion, so wird man zweifelsfrei an den Gemeinden als Träger basaler und bürgernaher Verantwortung nicht vorbeikommen. In einem modernen gemeinwohlverwirklichenden Bundesstaat stellen die Gemeinden unverzichtbare rechtliche und politische Ebenen im Sinne des Subsidiaritätsprinzips dar.

In diesem Sinne ist es naheliegend, bei einer Neuschaffung der Österreichischen Bundesverfassung auch die Gemeinden in die Programmnorm des Art. 2 B-VG in irgendeiner Weise einzubinden. Staatstheoretisch würde eine solche Einbindung der Gemeinden in die Programmnorm des Art. 2 B-VG auf eine Umdeutung des derzeitigen Bundesstaatsverständnisses eines zweigliedrigen Bundesstaates hin zu einem dreigliedrigen führen. Eine solche revolutionäre Konzeption, wie sie der Österreichische Gemeindebund in den Beratungen des Österreich-Konvents einzubringen versuchte, findet heute freilich noch keinen fruchtbaren Boden. So wurde in den Diskussionen des Österreich-Konvents diese Idee einer Neuformulierung des Art. 2 B-VG nicht weiter verfolgt. Die Föderalismusdiskussion im Österreich-Konvent hatte ohnehin genug sprengstoffgeladene Fragen zu klären.

IV. Unverzichtbare gemeindeverfassungsrechtliche Elemente in der Österreichischen Bundesverfassung

Das Prinzip der Einheitsgemeinde stellt heute eines der tragenden verfassungsrechtlichen Grundsätze des Kommunalrechts dar. Dieses ökonomisch nicht unumstrittene Prinzip läuft auf eine gewisse Nivellierung der kommunalen Strukturen hinaus. Nach dem Prinzip der Einheitsgemeinde sind die Gesetzgeber verpflichtet, bei der Zuweisung von öffentlichen Aufgaben an staatliche oder autonome Behörden das Subsidiaritätsprinzip zur Anwendung zu bringen. Nur dann, wenn eine Staatsaufgabe von *allen* Ortsgemeinden auf Grund ihrer Finanz- und Verwaltungskraft bewältigt wer-

den kann, darf der Gesetzgeber eine öffentliche Aufgabe dem eigenen Wirkungsbereich der Gemeinden zuordnen. Dieses Prinzip wurde insbesondere von Ökonomen radikal kritisiert, es hat sich jedoch im Großen und Ganzen bewährt. Der Österreichische Gemeindebund drängte bei allen Reformschritten auf eine Erhaltung dieses Prinzips der Einheitsgemeinde. Rechtspositivistisch lässt sich dazu nicht viel sagen, aus einer verfassungspolitischen Sicht würde jedoch die Aufgabe des Prinzips der Einheitsgemeinde die Aufwertung von Ballungsgebieten und die Abwertung des so oft gepriesenen „ländlichen Raums“ bedeuten. Eine nach Gemeindegrößen und Verwaltungskraft differenzierte Aufgabenzuweisung an verschiedene Gemeindetypen würde mit Sicherheit wieder zu jenen unseligen Diskussionen der Gemeindegebietsreformen der 1970-er Jahre zurückführen, deren Ergebnisse zweifellos nicht zufriedenstellend waren.

Ein weiteres zentrales Element des Gemeindeverfassungsrechts ist die Autonomie der kommunalen Rechtsetzung und Vollziehung. Im eigenen Wirkungsbereich sind die Gemeinden autonom, das heißt frei von Weisungen. Sie unterliegen zwar einer Staatsaufsicht, die zum überwiegenden Teil von den Ländern, zum Teil aber auch vom Bund wahrgenommen wird, diese stellen jedoch eine reine Rechtmäßigkeitskontrolle dar, die gewährleisten soll, dass die Gemeinden ihren Wirkungsbereich nicht überschreiten und sich an Bundes- und Landesgesetze halten. Die Gemeindeaufsicht in einem wohlverstandenen Sinn dient sohin der Wahrung der Gemeindeautonomie ebenso wie der Wahrung der subjektiven Rechtsphäre der Gemeindebürger.

Rechtsstrukturell vorgegeben ist die Beschränkung der kommunalen Gestaltungsmacht auf das Gemeindegebiet. Auch interkommunale Kooperationen können dieses Prinzip nicht aushebeln. Die interkommunale Kooperation kann daher niemals über die Bezirks- bzw. Landesgrenzen hinausgehen, da die Gemeinden zwar Geschöpfe der Bundesverfassung, organisationsrechtlich aber solche des Landesrechts sind.

Ein besonderes Merkmal des Gemeinderechts ist die Einbindung der kommunalen Strukturen in das bundesstaatliche Finanzverfassungsrecht. Der Bund dominiert das Finanzverfassungs- und Finanzausgleichsrecht nachhaltig. Die Gemeinden sind ebenso wie die Länder im Finanzverfassungsrecht weitgehend machtlos gegen den dominierenden Bundeseinfluss. Zwar hat der Verfassungsgerichtshof (VfGH) in seiner Judikatur zum „Finanzausgleichspaktum“ die Rolle der kooperativen Finanzausgleichsentwicklung besonders hervorgehoben, die Gemeinden sind auf Grund des Finanz-Verfassungsgesetzes (F-VG) jedoch nach wie vor an zahlreiche beinahe obrigkeitliche Bevormundungen, Detailvorgaben für die Haushaltsplanung und den Budgetvollzug sowie an eine Reihe von anderen sehr formalistischen Kriterien gebunden.

Die einzelne Gemeinde hat nach Österreichischen Bundesverfassung und auch nach den Landesverfassungen keinen Bestandschutz. Zwar ist die Gemeinde als Institution bundesverfassungsrechtlich vor der Abschaffung – an die ohnehin niemand denkt – geschützt, der Bestand der einzelnen Gemeinde ist jedoch maßgeblich vom Willen des einfachen Gesetzgebers abhängig. Zwangsweise Gemeindeauflösungen und Gemeindefusionierungen sind nach dem geltenden Verfassungsrecht ohne weiteres möglich.

V. Reformbedarf auf Verfassungsebene

1. Allgemeines

Analysiert man den Reformbedarf an Hand der Notwendigkeiten der täglichen kommunalen Arbeit, so kristallisieren sich einige Fragen heraus, die ebenso naheliegend wie staatstheoretisch schwer zu realisieren sind. Neben der Einbeziehung der Gemeinden als gleichwertige bundesstaatliche Partner ist hier insbesondere die Stellung der Gemeinden im Finanzverfassungsrecht zu nennen. Daneben bringt die kommunale Praxis eine Reihe von Problemen

zum Vorschein, die bei gutem Willen verfassungsrechtlich durchaus lösbar sind, die aber, da das Gemeinderecht bundesverfassungsrechtlich sehr intensiv determiniert ist, nur durch den Bundesverfassungsgesetzgeber einer Lösung zugeführt werden können.

In diesem Zusammenhang taucht immer wieder die Frage auf, inwieweit es noch sinnvoll ist, das Gemeinderecht so detailliert in der Bundesverfassung zu verankern. Eine Überlassung der Gemeindeorganisation und der Gemeindeaufgaben an den Landesgesetzgeber, so könnte man meinen, würde viele Probleme einfacher lösen lassen. Diesem Einwand sei freilich entgegnet, dass die Probleme nicht nur einzelne Gemeinden eines Bundeslandes betreffen, sondern dass es eine Reihe von Problemen gibt, welche die Gemeinden gesamtstaatlich erfassen. Außerdem enthalten diese Probleme nur geringen parteipolitischen Zündstoff. Eine Verwirklichung der kommunalen Forderung könnte daher durchaus in einer „kleinen“ Gemeindeverfassungsnovelle“ verwirklicht werden.

2. Die Einbeziehung der Gemeinden in die bundesstaatlichen Verträge des Art. 15 a B-VG

Bund-Länder-Verträge und Länderverträge nach Art. 15 a B-VG enthalten vielfach Regelungsgegenstände, zu deren Vollziehung die Gemeinden berufen sind. Ein formales Mitwirkungsrecht auf Vertragsabschluss kommt den Gemeinden derzeit nicht zu. Daher ist es verständlich, dass auch die Kommunen beim Abschluss von 15 a-B-VG-Verträgen ein Mitwirkungsrecht verlangen.

Der tiefere Hintergrund dieser Forderung ist jedoch der Wunsch der Gemeinden nach einer gleichwertigen Mitwirkung beim paktierten Finanzausgleich. Zwar anerkennt der VfGH schon derzeit den Finanzausgleich als föderalistisches Paktum, das sogar Gleichheitsbedenken gegen eine finanzausgleichsrechtliche Norm verdrängen kann, gleichwohl ist die Situation der Gemeinden im System der

österreichischen Finanzverfassung insgesamt ähnlich unbefriedigend wie die der Länder. Im Zuge einer Aufwertung der Länder und Gemeinden in der Finanzverfassung sollte daher nach der – vielleicht utopischen – Vorstellung der österreichischen Gemeinden der Finanzausgleich als Paktum, also als staatsrechtliche Vereinbarung zwischen Bund, Ländern und Gemeinden erlassen werden können.

Dass ein solches Vorhaben verfassungsrechtlich grundsätzlich möglich ist, hat der Bundesverfassungsgesetzgeber mit dem Bundesverfassungsgesetz über Ermächtigungen des Österreichischen Gemeindebundes und des Österreichischen Städtebundes erstmals aufgezeigt. Zwar sind damit eine Reihe von verfassungsstrukturellen Problemen verbunden, diese sind jedoch durchaus lösbar.

3. Neuordnung der interkommunalen Zusammenarbeit

Der 1984 eingeführte Art. 116 a B-VG ermöglicht die Schaffung von Gemeindeverbänden. Gemeindeverbände sind damit die einzige öffentlichrechtliche Verbindung von Gemeinden mit einer eigenen Rechtspersönlichkeit. Gemeindeverbände sind aus dem heutigen kommunalen Leben nicht mehr wegzudenken. Ohne sie müssen wohl zahlreiche kommunale Aufgaben auf die staatlichen Ebenen gehoben werden, was im Sinne des Subsidiaritätsprinzips sicher nicht erstrebenswert ist. Obwohl sich die Gemeindeverbände im Großen und Ganzen bewährt haben, zeigt sich in der sich rasch wandelnden Welt doch ein Strukturproblem: Art. 116 a B-VG beschränkt die Einrichtung von Gemeindeverbänden auf die Landes-, zum Teil auch nur auf die Bezirksgrenzen. Diese Beschränkung wird oftmals als Hemmnis für eine effiziente interkommunale Aufgabenbesorgung gesehen. Interkommunale Zusammenarbeit soll nach den Vorstellungen des Österreichischen Gemeindebundes nicht an den Landesgrenzen Halt machen, sondern soll auch auf länderübergreifende regionale und kommunale Zusammenarbeit ausgedehnt werden. Wenn etwa Gemeinden mit ähnlichen Interessen spezifische öffentlichrechtliche Kooperationsformen entwickeln wollen, so soll ihnen dies

nicht deshalb verwehrt werden, weil sie im Grenzbereich von zwei oder mehreren Bundesländern liegen.

Dass länderübergreifende Gemeindeverbände Probleme aufwerfen können, sei nicht verkannt. Vor allem die Fragen der Finanzierung, mehr jedoch die Fragen der unverzichtbaren Staatsaufsicht stellen Probleme dar. Allerdings zeigt der Entwurf der Expertengruppe, dass hier durchaus konstruktive Lösungen angedacht werden können.

4. Neuformulierung der Gemeindeaufgaben

Derzeit sind die Aufgaben des eigenen Wirkungsbereiches der Gemeinde in einer Kombination aus dem allgemeinen Subsidiaritätsprinzip (Art. 118 Abs. 2 B-VG) und einer demonstrativen Enumerierung von Einzelkompetenzen (Art. 118 Abs. 3 B-VG) formuliert. Vergleicht man die demonstrativ aufgezählten Gemeindekompetenzen des Art. 118 Abs. 3 mit den Gemeindeaufgaben des Reichsgemeindegengesetzes 1862 so fällt eine weitgehende Übereinstimmung – nicht nur in terminologischer Hinsicht – auf. Angesichts des hohen Alters der in Art. 118 Abs. 3 B-VG formulierten Aufgaben stellt sich doch die Frage nach der Zeitgemäßheit eines solchen Aufgabenkataloges.

Eine genauere Durchleuchtung der Gemeindeaufgaben im eigenen Wirkungsbereich gibt ein überraschendes Bild: Zunächst hat der VfGH in seiner Judikatur das Subsidiaritätsprinzip des Art. 118 Abs. 2 mit Augenmaß und nach durchaus vernünftigen Kriterien interpretiert. Der VfGH hat dem Subsidiaritätsprinzip einen dynamischen und flexiblen Charakter verliehen, der die Rechtswahrung der Gemeinden durchaus fördert. Das Subsidiaritätsprinzip ist aber nicht starr, sondern ermöglicht es auch durchaus – wie es etwa das Beispiel der Abfallwirtschaft zeigt – dass zunehmende Komplexität der Aufgabenbesorgung nicht zwangsläufig zu einer generellen Zentralisierung führen muss, sondern dass auch in diesem sehr heiklen Problembereich noch durchaus Gestaltungsspielraum für die Gemeinden gegeben sein kann.

Obwohl sich der Aufgabenkatalog des Art. 118 Abs. 3 B-VG durchaus bewährt hat, sind heute zweifelsfrei einige Gemeindeaufgaben nicht mehr zeitgemäß. Als Beispiel seien hier etwa die Gemeindevermittlungsämtler, die freiwillige Feilbietung beweglicher Sachen, aber auch das örtliche Gesundheitswesen genannt. Alle drei Bereiche haben in der modernen Gesellschaft nicht mehr die gleiche Bedeutung, die sie noch vor hundert Jahren hatten. Hier haben Flexibilität, soziale Mobilität und die Entstehung neuer Konfliktregelungsmechanismen zu einer weitgehenden Funktionslosigkeit dieser kommunalen Aufgaben geführt. Dafür steht aber heute die *Daseinsvorsorge* im Zentrum kommunaler Aufgabenerfüllung. Eine Aufnahme der Daseinsvorsorge in den Aufgabenkatalog der Gemeinden wird von diesen nicht zuletzt deshalb gefordert, da eine Anerkennung dieser Aufgaben zwangsläufig auch eine Berücksichtigung im Finanzausgleich finden muss. War die Daseinsvorsorge im „Fiedler-Entwurf“ in der Liste der enumerierten Aufgaben der Gemeinde im eigenen Wirkungsbereich enthalten, so siedelt sie der Entwurf der Expertenkommission im Art. 116 B-VG an. Dem kann durchaus zugestimmt werden, werden doch die meisten Aufgaben der Daseinsvorsorge heute von den Gemeinden in den Rechtsformen der Privatwirtschaftsverwaltung geführt.

5. Reform der Stellung der Gemeinden in der Finanzverfassung und im Finanzausgleich

Das System der österreichischen Finanzverfassung ist durch ein hohes Maß an Zentralismus und Unitarismus gekennzeichnet. Dieter Bös hat dafür den Ausdruck des „Principal Agent“-Systems geprägt. Nicht nur die Länder, auch die Gemeinden sind im System des Finanzausgleichs formal und inhaltlich nachgeordnete Gebietskörperschaften, deren prozedurale Stellung im Bundesstaatsvergleich äußerst schwach ist. Zwar wurde durch den Konsultationsmechanismus die Stellung der Gemeinden im bundesstaatlichen Finanzsystem erheblich verbessert. Nunmehr können sich die Gemeinden gegenüber Belastungen durch Bundes- und

Landesgesetzgeber zur Wehr setzen. Die schwammige „Finanzausgleichsgerechtigkeit“ des § 4 F-VG bot bis dahin einen weit geringeren Schutz. Gleichwohl enthält die österreichische Finanzverfassung neben der grundsätzlichen Schlechterstellung der Gemeinden und Länder gegenüber dem Bund auch eine Reihe von zentralistischen Bevormundungen, die die Gemeinden bei den Versuchen, eine moderne und effiziente Budgetpolitik zu schaffen, immer wieder hindert. Die Gemeinden fordern daher zunächst eine Aufwertung dahingehend, dass die finanzausgleichsrechtliche Verhandlungspflicht nunmehr verfassungsrechtlich festgeschrieben werden soll. Wie schon erwähnt, ist es ein langfristiges Ziel der Gemeinden, den Finanzausgleich zu einem echten Paktum hin zu entwickeln, der zwischen gleichberechtigten bundesstaatlichen Partnern abgeschlossen wird. Auch die Ausdehnung des Konsultationsmechanismus auf Steuergeschenke des Bundes zu Lasten der anderen Gebietskörperschaften ist im Forderungskatalog der Gemeinden enthalten. Schließlich soll noch eine Reihe von inzwischen überholten Vorgaben für die Budgetführung, das Haushaltsrecht und anderes mehr beseitigt werden.

6. Reform des ortspolizeilichen Ordnungsrechts

Neben dem Notverordnungsrecht des Bundespräsidenten ist das ortspolizeiliche Ordnungsrecht das einzige verfassungsunmittelbare Rechtsetzungsinstrument außerhalb der Gesetzgebung. Im Falle eines bereits bestehenden oder unmittelbar drohenden Missstandes kann die Gemeinde auch ohne einfachgesetzliche Vorgaben durch Verordnungen Maßnahmen setzen, um den Missständen Herr zu werden.

In der Praxis hat sich immer wieder ein Strukturproblem gezeigt: Die Gemeinden können nur tätig werden, wenn ein Missstand bereits eingetreten ist oder unmittelbar ausbrechen droht. Erst dann ist den Gemeinden ein Handeln möglich. Für die Gemeindebürger bedeutet dies freilich, dass „etwas passiert sein muss, damit etwas passiert“, um

es auf gut österreichisch auszudrücken. Daher fordern die Gemeinden die Ausdehnung des ortspolizeilichen Ordnungsrechts über Missstände hinaus zu einem Instrument der Gefahrenabwehr.

Im Entwurf der Expertenkommission wurde diesem Anliegen nicht nur Rechnung getragen, der Entwurf geht darüber noch hinaus. Zukünftig soll nach den Vorstellungen der Entwurfsverfasser ein umfassendes gesetzergänzendes und gesetzvertretendes Ordnungsrecht der Gemeinden im eigenen Wirkungsbereich eingeführt werden. In diesem Bereich soll sohin das strenge Legalitätsprinzip des Art. 18 Abs. 2 B-VG weitgehend dispensiert werden. Für die Gemeinden würde dies einen beträchtlichen Gewinn an Flexibilität bedeuten und sie in die Lage versetzen, ein umfangreiches kommunales Gefahrenmanagement zu installieren.

7. Bestandsgarantie der Einzelgemeinde

Nach geltendem Verfassungsrecht ist zwar die Institution „Gemeinde“ als solche bundesverfassungsrechtlich abgesichert, die einzelne Gemeinde hat jedoch keine Bestandsgarantie und damit auch keinen Schutz vor einer zwangsweisen Auflösung bzw. Fusionierung mit einer anderen Gemeinde. Nach wie vor sehen alle Gemeindeordnungen eine Gemeindeauflösung bzw. Gemeindefusionierung auch gegen den Willen der Gemeinde nach bestimmten rechtlichen Verfahren vor.

Die Diskussion um die „optimale“ Gemeindegröße beschäftigt die Ökonomie und Verwaltungswissenschaft schon seit Jahrzehnten. Dabei ist freilich zu beachten, dass es sich dabei nicht um ausschließlich ökonomische Fragen handelt, sondern dass hier auch demokratische Kosten mit zu veranschlagen sind. Während sich Gemeindezusammenschlüsse, die auf freiwilliger Basis erfolgten, durchaus bewährt haben, haben die zwangsweisen Fusionierungen in den 1970-er Jahren des letzten Jahrhunderts durchaus problematische Ergebnisse gebracht. Seit dieser Zeit geht man mit Zwangsreformen auch entsprechend vorsichtig

um. Freilich ist die Frage nach der idealen Gemeindegröße immer wechselnden Moden unterworfen. Um auch für die einzelne Gemeinde einen Bestandsschutz zu erreichen, sieht der Entwurf der Expertenkommission nunmehr vor, dass Gemeindegemeinschaften, Gemeindegemeinschaften oder Ähnliches nur mit Zustimmung aller betroffenen Gemeinden erfolgen dürfen.

8. Ausblick

Die vorherigen Ausführungen haben gezeigt, dass sich das Gemeinderecht zwar im Großen und Ganzen bewährt hat, dass aber doch Anpassungen an eine sich ändernde Welt notwendig und entsprechend dem österreichischen Konzept der Gemeindeverfassung vom Bundesverfassungsgesetzgeber zu realisieren sind. Der Entwurf der Expertenkommission ist ein Schritt in die richtige Richtung. Es muss allen ein Anliegen sein, starke und leistungsfähige Kommunen auch in Zukunft als Basisorganisationen des Staates zu haben. Eine „Gemeindeverfassungsnovelle 2009/10“ könnte bei gutem Willen aller Beteiligten kein utopisches Vorhaben sein. Denn die Forderungen der Gemeinden orientieren sich an parteipolitisch neutralen sachlichen Notwendigkeiten. Es bleibt zu hoffen, dass das derzeitige harmonische Klima innerhalb der Regierung auch den Gemeinden insoweit zugute kommt, als diese möglichst rasch ihre Forderungen eingelöst erhalten.