Appenzell Ausserrhoden

Kantonskanzlei

Verfassungssekretariat

Regierungsgebäude
9102 Herisau
Tel. +41 71 353 61 11
Fax +41 71 353 68 64
kantonskanzlei@ar.ch
www.ar.ch

Diskussionspapier für die Verfassungskommission – Subsidiaritätsprinzip (Art. 34)

1. Ausgangslage

Am 26. August 2021 hat die Verfassungskommission beschlossen, "Art. 34 Subsidiaritätsprinzip" erneut zu thematisieren. Dieses Diskussionspapier soll als Orientierung und Diskussionsgrundlage dienen.

Die geltende Kantonsverfassung hält das Subsidiaritätsprinzip in Art. 27 Abs. 3 KV fest:

> *[3] Der Kanton erfüllt nur Aufgaben, die nicht ebensogut von den Gemeinden oder von Privaten wahrgenommen werden können. Er fördert private Initiative und persönliche Verantwortung und strebt regionale Zusammenarbeit an.*

Der Vernehmlassungsentwurf verankert das Subsidiaritätsprinzip in Art. 34 KV-E mit folgendem Wortlaut:

> *[1] Das Gemeinwesen übernimmt keine Aufgaben, die Private ebenso gut erfüllen können.*
> *[2] Kanton und Gemeinden fördern private Initiative und persönliche Verantwortung.*

Das in Art. 34 KV-E verankerte Subsidiaritätsprinzip und die Formulierung dazu haben ihm Rahmen der Vernehmlassung Fragen aufgeworfen und sind auf Kritik gestossen.

Gestützt auf die Fragen und Anträge zu Art. 34 (siehe unten "2. Eingaben aus der Vernehmlassung") stellen sich aus Sicht des Sekretariats folgende Fragen:

- Was ist der Sinn von Art. 34 Abs. 1 KV-E?
- Soll das Subsidiaritätsprinzip zwischen Kanton und Gemeinden ausdrücklich verankert werden?
- Ist Art. 34 Abs. 1 KV-E abzuschwächen?
- Soll Art. 34 Abs. 1 KV-E gestrichen bzw. das Subsidiaritätsprinzip aufgeben werden?

2. Eingaben aus der Vernehmlassung

Im Rahmen der Vernehmlassung zum Entwurf für eine neue Kantonsverfassung gingen folgende Anträge zu Art. 34 ein:

<u>Art. 34 Subsidiaritätsprinzip</u>

Die Mitte AR

Die Mitte Appenzell Ausserrhoden versteht nicht, warum das Subsidiaritätsprinzip zwischen Kanton und Gemeinden in der vorgeschlagenen Formulierung stillschweigend nicht mehr enthalten ist. Gerade auch mit Blick auf die angepassten Formulierungen von Art. 121 Abs. 2 des Verfassungsentwurfs (verglichen mit Art. 100 Abs. 3 KV) stellt sich die Frage, ob damit ein Systemwechsel hinsichtlich der Zuweisung von Staatsaufgaben erfolgen soll. Vor diesem Hintergrund beantragt die Mitte Appenzell Ausserrhoden, die Formulierung der jetzigen Verfassung (Art. 27 Abs. 3 KV) unverändert zu übernehmen.

PU AR
Diesen Artikel erachten die PU AR als sehr heikel. De Facto hält sich vermutlich keine Gemeinde daran (eigener Werkhof, Friedhofsgärtnerei, Gartenbauamt, Reha- und Integrationsbetriebe) und in diesem Sinne nimmt das Gemeinwesen dem Kleingewerbe die Arbeit weg. Wenn dieser Artikel umgesetzt würde, müsste man sich u.a. auch fragen, ob es nicht Private gäbe, die ebenso geeignet wären eine Schule zu führen.

Gerade in diesem Zusammenhang muss man sich fragen: Welche Aufgaben fallen dem Gemeinwesen zu bzw. von welchen Aufgaben ist hier explizit die Rede?

Abs. 1
SP AR
Antrag: « … übernimmt in der Regel keine Aufgaben…»

Gemeindepräsidienkonferenz
Abs. 1 ist mit «keine Aufgaben» sehr absolut formuliert und kann umfassend verstanden werden. Er fokussiert damit auf die gesetzlich zugewiesenen und unübertragbaren Aufgaben. Faktisch gibt es nur, wenige Aufgaben, die nicht auch von Privaten erfüllt werden können. Bei dieser Sachlage stellt sich z. B. die Frage, ob die Gemeinden noch Altersheime führen können?
Antrag:
- Das Verständnis von Abs. 1 ist zu klären.
- Abs. 1 ist im Sinne der Bemerkungen zu absolut formuliert.

Gemeinderat Gais
Diese absolute Begriffsfassung lässt keinen Spielraum zu. Daher etwas abschwächen. Nebst den hoheitlichen Aufgaben erfüllen zum Teil Private heute schon einige Aufgaben, wie beispielsweise "Führung eines Alters- und Pflegeheims etc.

Mit Abs. 2 würde dies klar bedeuten, dass sämtliche Heime an die Privatwirtschaft abzutreten sind.
Die Definition, was hoheitliche Aufgaben sind oder nicht sind, müsste somit explizit und abschliessend aufgeführt werden.

Gemeinderat Heiden
Abs. 1 ist mit «keine Aufgaben» sehr absolut formuliert und kann umfassend verstanden werden. Er fokussiert damit auf die gesetzlich zugewiesenen und unübertragbaren Aufgaben. Faktisch gibt es nur, wenige Aufgaben, die nicht auch von Privaten erfüllt werden können. Bei dieser Sachlage stellt sich z. B. die Frage, ob die Gemeinden noch Altersheime führen können?

Antrag:
- Das Verständnis von Abs. 1 ist zu klären.
- Abs. 1 ist im Sinne der Bemerkungen nicht absolut zu formulieren.

Gemeinderat Herisau
Dieser Artikel findet keine vorbehaltlose Unterstützung, er erscheint zu absolut formuliert. Ein Widerspruch wird insbesondere bei Abs. 1 in Verbindung mit Art. 58 Abs. 2 erkannt. Art. 27 der gültigen Kantonsverfassung wird grundsätzlich als aussagekräftiger beurteilt. Will an der Revisionsabsicht zum bisherigen Wortlaut von Art. 27 KV festgehalten werden, wird gegenüber der Formulierung in Abs. 1 redaktionell die Formulierung des Kantons Schwyz in § 5 Abs. 1 und 2 Kantonsverfassung sinngemäss beliebt gemacht:

> [1] Der Staat nimmt Tätigkeiten von öffentlichem Interesse wahr, soweit Private diese nicht angemessen erfüllen können.
> [2] Der Kanton übernimmt jene Tätigkeiten, welche die Kräfte der Bezirke und Gemeinden übersteigen oder einer einheitlichen Regelung bedürfen.

Gemeinderat Reute
Absatz 1 ist zu streichen. Es gibt Aufgaben, die durch das Gemeinwesen erfüllt werden müssen, auch wenn dies Private ebenso gut könnten. (Schule / Sicherheit / Ver- und Entsorgung etc.).

Gemeinderat Schönengrund
Der Gemeinderat beantragt die Löschung dieses Absatzes oder eine "kann"-Formulierung. Das Gemeinwesen kann Aufgaben z. T. günstiger erfüllen als Private.

Gemeinderat Speicher
Abs. 1 ist mit «keine Aufgaben» sehr absolut formuliert und kann umfassend verstanden werden. Er fokussiert damit auf die gesetzlich zugewiesenen und unübertragbaren Aufgaben. Faktisch gibt es nur, wenige Aufgaben, die nicht auch von Privaten erfüllt werden können. Bei dieser Sachlage stellt sich z. B. die Frage, ob die Gemeinden noch Altersheime führen können?

Antrag: Das Verständnis von Abs. 1 ist zu klären. Abs. 1 ist im Sinne der Bemerkungen zu absolut formuliert.

Gemeinderat Urnäsch
Das Subsidiaritätsprinzip bestimmt nicht im Voraus, ob ein Tätigwerden des Staates gerechtfertigt ist oder ob eine Aufgabe nicht ebenso gut durch Private erfüllt werden kann. Kanton und Gemeinwesen müssen diese Frage im Einzelfall sorgfältig abwägen. Die Formulierung in Abs. 1 mit "keine" ist jedoch wie die Praxis zeigt, zu absolut und lässt dadurch zu wenig Spielraum im konkreten Fall (vgl. Führung Altersheim, Beteiligung Restaurant Casino, Krone, Appenzeller Informatik AG, etc.). Die Anpassung des Wortlauts…..*übernimmt grundsätzlich nicht Aufgaben, die Private ebenso gut erfüllen können*….ist ebenfalls zu rigide. Der Vergleich mit der Regelung in der aktuellen Kantonsverfassung, Art. 27 Abs. 3 mit folgendem Wortlaut: "*Der Kanton erfüllt nur Aufgaben, die nicht ebensogut von den Gemeinden oder von Privaten wahrgenommen werden können. Er fördert private Initiative und persönliche Verantwortung und strebt regionale Zusammenarbeit an",* ist hier analog für den Kanton und das Gemeinwesen zu regeln. Die Erfahrung zeigt, dass viele Aufgaben, die nicht nur einer Minderheit, sondern weiteren Teilen der Bevölkerung zu Gute kommen, mit der nötigen Unterstützung (Förderung) des Gemeinwesens sehr wohl durch Private erfüllt werden.

Antrag:
Abs. 1 und Abs. 2 sind zu ersetzen durch folgenden Wortlaut (vgl. Art. 27 Abs. 3 KV):
Abs. 1: Der Kanton übernimmt keine Aufgaben, die nicht ebensogut von den Gemeinden oder von Privaten wahrgenommen werden können.
Abs. 2: Das Gemeinwesen erfüllt nur Aufgaben, die nicht ebensogut von Privaten wahrgenommen werden können.
Abs. 3: Kanton und Gemeinden fördern private Initiative und persönliche Verantwortung und streben regionale Zusammenarbeit an.

Gemeinderat Trogen
Änderungsantrag: Das Gemeinwesen bestimmt, welche Aufgaben von ihm selber gelöst werden.

Begründung: Die im Vorschlag formulierte Fassung ist zu absolut. Im Rahmen der Gesetzgebung muss bei den Aufgaben jeweils geprüft werden, ob es sich um eine öffentliche Aufgabe handeln muss oder ob sie Privaten übertragen werden können

Gemeinderat Walzenhausen
Abs. 1 ist mit «keine Aufgaben» sehr absolut formuliert und kann umfassend verstanden werden. Er fokussiert damit auf die gesetzlich zugewiesenen und unübertragbaren Aufgaben. Faktisch gibt es nur, wenige Aufgaben, die nicht auch von Privaten erfüllt werden können. Bei dieser Sachlage stellt sich z. B. die Frage, ob die Gemeinden noch Altersheime führen können? Das Verständnis von Abs. 1 ist zu klären. Abs. 1 ist im Sinne der Bemerkungen zu absolut formuliert.

Lehrerverband AR
Solange das Gemeinwesen, also der Staat, die Verantwortung für staatliche Aufgaben übernimmt, soll der Staat diese Aufgaben auch selber ausüben dürfen. Das gilt auch für Aufgaben, welche Gewinn abwerfen. Es darf nicht sein, dass Private lukrative staatliche Aufgaben übernehmen, der Staat hingegen auf kostenintensiven Aufgaben sitzenbleibt. Das Gesundheitswesen, die Bildung, die Polizei, die Energie- und Wasserversorgung dürfen daher nicht dem freien Markt überlassen werden.
Änderungsantrag: 1 Das Gemeinwesen kann Aufgaben, die Private ebenso gut erfüllen können, an Private delegieren.

Standpunkt Speicher
Die Arbeitsgruppe Standpunkt ist der Auffassung, dass Art. 34 Abs. 1 VE zu rigoros formuliert ist. In dieser Form würde das Gemeinwesen im Ergebnis praktisch keine Aufgaben mehr erfüllen können, da Private viele Bereiche ebenso gut oder gar noch besser erfüllen können.
Das Angebot an öffentlichen Diensten (Service publique wie Medizin, Schule, Wasserversorgung, Abfallbewirtschaftung, Verwaltung etc.) soll nicht generell an Private delegiert werden. Art. 34 Abs. 1 VE ist deshalb zu streichen oder umzuformulieren.

Maria Bachmann
Ebenfalls sehr gut.

Abs. 2
Standpunkt Speicher
Es ist fraglich, ob Art. 34 Abs. 2 VE in die Verfassung gehört; nicht erkennbar ist, wie die Förderung geschehen soll.

3. Kantonales Recht

Wie gesagt, ist das Subsidiaritätsprinzip in Art 27 Abs. 3 der geltenden Kantonsverfassung verankert.

Ausdruck des Subsidiaritätsprinzips ist beispielsweise, dass das kantonale Schulgesetz (bGS 411.0) die Trägerschaft für Kindergärten, Primarschulen und Schulen der Sekundarstufe I bei den Gemeinden und nicht beim Kanton ansiedelt (Art. 4 Schulgesetz). Dies ist ein Beispiel für die Beachtung des Subsidiaritätsprinzips im Verhältnis zwischen Kanton und Gemeinden. Ein Beispiel für die Beachtung des Subsidiaritätsprinzips zwischen Kanton und Gemeinden ist etwa auch, dass das kantonale Baugesetz (bGS 721.1) den Gemeinden erhebliche Kompetenzen bei der Richt- und Zonenplanung einräumt.

Ein Beispiel für die Beachtung des Subsidiaritätsgrundsatzes zwischen dem Gemeinwesen und Privaten ist die Freiheit, auf eigene Kosten private Schulen zu besuchen (vgl. Art. 3 Abs. 3 KV) oder die gesetzliche Anerkennung privater Gewässer, an denen die Eigentümer das alleinige Nutzungsrecht haben (vgl. Art. 3 Abs. 2 i.V.m. Art. 21 Abs. 1 Wasserbaugesetz; bGS 741.1).

4. Übergeordnetes Recht

Art. 5a BV verlangt, dass bei der Zuweisung und Erfüllung staatlicher Aufgaben der Grundsatz der Subsidiarität zu beachten ist. Der Grundsatz verpflichtet einerseits den Bund zur Beachtung des Subsidiaritätsprinzips im Verhältnis zu den Kantonen. Andererseits werden dadurch auch die Kantone verpflichtet, das Subsidiaritätsprinzip gegenüber ihren Gemeinden zu berücksichtigen. (Vgl. SCHWEIZER/MÜLLER, Art. 5a Rz. 12).

Art. 5a BV ist jedoch enger gefasst als die geltende KV von Appenzell Ausserrhoden (Art. 27 Abs. 3) oder den neuen Verfassungsentwurf (Art. 34 Abs. 1). Art. 5a BV nimmt nur auf die Zuweisung und die Erfüllung von Staatsaufgaben Bezug. Die Lehre schliesst daraus, dass Art. 5a nur die Aufgabenverteilung und Aufgabenerfüllung zwischen verschiedenen Staatsebenen adressiert, nicht aber das Verhältnis zwischen Staat und Privaten.

Das Verhältnis zwischen staatlicher und gesellschaftlicher Aufgabenerfüllung bzw. privater Selbstverantwortung wird allerdings in Art 6 BV angesprochen. Dieser Artikel betont die Selbstverantwortung des Einzelnen und die Pflicht, nach Kräften zur Bewältigung der Aufgaben in Staat und Gesellschaft beizutragen (Art. 6 BV).

5. Verfassungsvergleich

Bestimmungen in den Kantonsverfassungen zum Subsidiaritätsprinzip wurden hier zusammengetragen:

Art. 5 KV-ZH
Art. 5
[1] Jede Person nimmt Verantwortung für sich selber wahr und trägt nach ihren Kräften zur Bewältigung der Aufgaben in Staat und Gesellschaft bei.
[2] Der Kanton und die Gemeinden anerkennen die Initiative von Einzelnen und von Organisationen zur Förderung des Gemeinwohls. Sie fördern die Hilfe zur Selbsthilfe.
[3] Sie nehmen Aufgaben von öffentlichem Interesse wahr, soweit Private sie nicht angemessen erfüllen.

§ 4 Abs. 2 KV-LU
[2] Kanton und Gemeinden handeln nach dem Grundsatz der Subsidiarität. Sie übernehmen Aufgaben von öffentlichem Interesse, soweit Einzelne oder Organisationen sie nicht angemessen erfüllen. Der Kanton übernimmt jene Aufgaben, welche die Kraft der Gemeinden übersteigen oder die einer einheitlichen Regelung bedürfen.

Art. 3 Abs. 2 KV-FR
[2] Der Staat verfolgt diese Ziele in Achtung der Freiheit und Verantwortung des Menschen sowie des Subsidiaritätsprinzips.

§ 5 KV-SZ
[1] Der Staat nimmt Tätigkeiten von öffentlichem Interesse wahr, soweit Private diese nicht angemessen erfüllen können.
[2] Der Kanton übernimmt jene Tätigkeiten, welche die Kräfte der Bezirke und Gemeinden übersteigen oder einer einheitlichen Regelung bedürfen.

Art. 133 KV-GE
[1] Die Aufgabenteilung richtet sich nach den Grundsätzen der Bürgernähe, Subsidiarität, Transparenz und Effizienz.
[2] Das Gesetz legt fest, welche Aufgaben dem Kanton und welche den Gemeinden zugewiesen werden. Es bestimmt die gemeinsamen und die ergänzenden Aufgaben.
[3] Der Kanton übernimmt die Aufgaben, die die Kraft der Gemeinden übersteigen.

6. Verständnisfrage: Was ist der Sinn von Art. 34 Abs. 1 KV-E

Was ist der Sinn von Art. 34 Abs. 1 KV-E?

Mehrere Vernehmlassungsbeiträge fordern eine Klärung des Verständnisses von Art. 34 Abs. 1. Gefragt wurde nicht zuletzt Folgendes: "*Welche Aufgaben fallen dem Gemeinwesen zu bzw. von welchen Aufgaben ist hier explizit die Rede?*".

<u>Würdigung des Sekretariats</u>

Art. 34 Abs. 1 des Verfassungsentwurfs verankert das in Art. 27 Abs. 3 der geltenden KV statuierte Subsidiaritätsprinzip. Der Sinn und Zweck dieses Grundsatzes wird im Leitfaden zur Kantonsverfassung treffend kommentiert:

> *"Vorerst ist jede Person für sich selbst und die ihr Nahestehenden verantwortlich. Die Bedürfnisse sind vorerst durch die Betroffenen selbst zu erfüllen. Erst wenn sich zeigt, dass die in Frage stehende Aufgabe die Möglichkeiten Betroffener oder privater Institutionen übersteigt, soll sich die Gemeinde für*

deren Lösung einsetzen. Entsprechend soll auch der Kanton erst dann eine öffentliche Aufgabe übernehmen müssen, wenn die Gemeinden damit nicht mehr zu Rande kommen." (SCHOCH, Leitfaden, Art. 27 Ziff. 5).

Dieser Grundsatz hat seine Ursprünge in der antiken Philosophie und wurde in der Neuzeit insb. durch liberalen Staatstheorien und die katholische Soziallehre entfaltet (PAUL RICHLI, Zweck und Aufgaben der Eidgenossenschaft im Lichte des Subsidiaritätsprinzips, ZSR NF 117 (1998), S. 157 ff.). Seit Inkrafttreten der ausserrhodischen Kantonsverfassung von 1995 wurde das Subsidiaritätsprinzip zum Beispiel in Art. 5a BV und in Art. 5 KV-ZH verankert. In diesem Sinne ist das Subsidiaritätsprinzip seit längerem nicht nur philosophisches oder staatspolitisches Postulat, sondern schweizweit wirksamer Rechtsgrundsatz.

Der Grundsatz der Subsidiarität in Art. 27 Abs. 3 der geltenden KV wiederspiegelt die liberale Prägung der Ausserrhodischen Kantonsverfassung und soll verhindern, dass staatliche Aufgabenerfüllung ohne ausreichende Gründe die Selbstverantwortung Privater ersetzt oder zentralisiert wird.

Das Subsidiaritätsprinzip wirkt vor Allem als verfassungsrechtliche Verpflichtung gegenüber dem Gesetzgeber (kantonal und kommunal). Der Gesetzgeber hat das Subsidiaritätsprinzip zu berücksichtigen, wenn er über die Wahrnehmung oder Nichtwahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe entscheidet. Der Grundsatz der Subsidiarität belässt ihm dabei einen grossen Beurteilungsspielraum. Ein Grossteil der Lehre geht denn auch davon aus, dass das Subsidiaritätsprinzip gerichtlich nicht überprüfbar ist (vgl. RAINER J. SCHWEIZER/LUCIEN MÜLLER, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 5a Rz. 16). In der Praxis kann das Subsidiaritätsprinzip insbesondere einen Begründungsbedarf auslösen: Wollen Kanton oder Gemeinden eine Aufgabe an sich nehmen, müssen sie erklären können (z.B. auf Anfrage einer parlamentarischen Kommission oder einzelner Ratsmitglieder), weshalb die in Frage stehende Aufgabe Private oder Gemeinden überfordert bzw. besser durch die Gemeinde oder den Kanton erfüllt werden kann.

Eingangs wurde folgende Frage zitiert: "Welche Aufgaben fallen dem Gemeinwesen zu bzw. von welchen Aufgaben ist hier explizit die Rede?". Die Antwort dazu muss lauten, dass das Subsidiaritätsprinzip so genaue Antworten nicht liefern kann. Es ist ein allgemeiner Grundsatz, der zu einer Abwägung und Begründung im Einzelfall anhält.

7. Fragen ans Plenum

Soll die ausdrückliche Verankerung des Subsidiaritätsprinzips zwischen Kanton und Gemeinden wieder aufgenommen werden?

Anträge aus der Vernehmlassung:

- Formulierung der jetzigen Verfassung (Art. 27 Abs. 3 KV) unverändert zu übernehmen (S. 74, Die Mitte AR).
- Abs. 1 und Abs. 2 sind zu ersetzen durch folgenden Wortlaut (vgl. Art. 27 Abs. 3 KV, S. 76, Gemeinderat Urnäsch):
    - Abs. 1: Der Kanton übernimmt keine Aufgaben, die nicht ebensogut von den Gemeinden oder von Privaten wahrgenommen werden können.
    - Abs. 2: Das Gemeinwesen erfüllt nur Aufgaben, die nicht ebensogut von Privaten wahrgenommen werden können.

  - Abs. 3: Kanton und Gemeinden fördern private Initiative und persönliche Verantwortung und streben regionale Zusammenarbeit an.
- Abs. 1: Art. 27 beibehalten oder Formulierung in § 5 Abs. 1 und 2 der KV des Kantons Schwyz übernehmen (S. 75).

Würdigung des Sekretariats
Diese Anträge zeichnet aus, dass sie der Formulierung in Art. 27 Abs. 3 der geltenden KV näherstehen. Darin ist vor allem der Kanton in die Pflicht genommen, keine Aufgaben an die Hand zu nehmen, die ebenso gut von den Gemeinden oder von Privaten wahrgenommen werden können.:

> Art. 27 Abs. 3 geltende KV
> "*Der Kanton erfüllt nur Aufgaben, die nicht ebensogut von den Gemeinden oder von Privaten wahrgenommen werden können. Er fördert private Initiative und persönliche Verantwortung und strebt regionale Zusammenarbeit an."*

Art. 27 Abs. 3 KV stellt somit den Kanton den Gemeinden und Privaten gegenüber. Was in dieser Formulierung zu kurz kommt, ist das Verhältnis zwischen Gemeinden und Privaten. Gemäss JÖRG SCHOCH erfasst der Grundsatz der Subsidiarität jedoch auch das Verhältnis zwischen Gemeinden und Privaten (SCHOCH, Leitfaden, Art. 27 Ziff. 5).

Der neue Entwurf erwähnt in Art. 34 Abs. 1 KV-E nur noch die Abgrenzung von Aufgaben zwischen dem Gemeinwesen (Kanton, Gemeinden und weitere staatliche Organisationen) und Privaten. Es wurde neu der Fokus auf das Verhältnis zwischen Gemeinwesen und Privaten gelegt, weil die Auflistung der Staatsaufgaben zur Hauptsache keine Unterscheidung von Kantons- und Gemeindeaufgaben trifft (in der Regel heisst es einfach: "Kanton und Gemeinden …"), sondern die Aufgaben des Gemeinwesens (Kanton und Gemeinden) von den Privaten Aufgaben scheidet. Im neuen Verfassungsentwurf kommt das Subsidiaritätsprinzip, das auch zwischen dem Kanton und den Gemeinden Beachtung verdient, in Art. 122 Abs. 2 zum Ausdruck (Wahrung möglichst grosser Selbständigkeit) – allerdings weniger deutlich. Der Subsidiaritätsgrundsatz gilt gestützt auf Art. 5a BV auch von Bundesrechts wegen. Die neue Formulierung des Subsidiaritätsprinzips bezweckt somit keinen Systemwechsel.

Dennoch weisen die Antragstellenden zu Recht drauf hin, dass das das Subsidiaritätsprinzip zwischen Kanton und Gemeinden im neuen Entwurf weniger klar Ausdruck kommt.

Soll die Formulierung zum Subsidiaritätsprinzip (Art. 34 Abs. 1) abgeschwächt werden?
Anträge aus der Vernehmlassung:
- Abs. 1: « … übernimmt *in der Regel* keine Aufgaben…» (S. 74).
- Abs. 1: Weniger absolut/rigoros formulieren bzw. abschwächen (6 Voten, S. 75 f.)

Würdigung des Sekretariats:
Diese Anträge möchten Art. 34 Abs. 1 abgeschwächt haben, um genügend Spielraum offenzulassen. Es wird zum Beispiel befürchtet, dass die Führung von Alters- und Pflegeheimen an die Privatwirtschaft abgetreten werden müsse. (Vgl. Zusammenstellung der VN-Antworten, S. 75, Gemeinderat Gais).

Aus Sicht des Sekretariats sind diese Befürchtungen nicht begründet. Das Subsidiaritätsprinzip ist ein Grundsatz, der den Gemeinden und dem Kanton sehr viel Interpretationsspielraum offenlässt. Er hält die Gemeinden

und den Kanton dazu an, sich zu überlegen, ob eine neue Aufgabe tatsächlich an die Hand genommen werden soll. Gestützt auf das Subsidiaritätsprinzip haben sich Kanton und Gemeinden auch zu überlegen, ob gewisse Aufgaben nicht wieder den Privaten oder den Gemeinden zu überlassen seien. Aus dem Subsidiaritätsprinzip folgt ein Rechtfertigungsbedarf, nicht jedoch ein rigoroser Privatisierungszwang.

Eine Abschwächung des Subsidiaritätsprinzips (z.B. mit dem Einschub "in der Regel") könnte aber auch aus anderen Gründen gewünscht sein. Eine Abschwächung der Formulierung würde die Rechtfertigung/Begründung im Falle der Übernahme einer Aufgabe durch Kanton oder Gemeinden erleichtern oder sogar unnötig machen.

Soll das Subsidiaritätsprinzip gestrichen bzw. aufgegeben werden?

Anträge aus der Vernehmlassung

- Abs. 1: streichen (S. 75) oder als „Kann-Formulierung“ festhalten (S. 75).
- Abs. 1: Änderungsantrag: *„Das Gemeinwesen bestimmt, welche Aufgaben von ihm selber gelöst werden.“* (S. 76).
- Abs. 1: Änderungsantrag: *„1 Das Gemeinwesen kann Aufgaben, die Private ebenso gut erfüllen können, an Private delegieren.“* (S. 76).

Würdigung des Sekretariats

Diese Anträge haben gemeinsam, dass sie das Subsidiaritätsprinzip im Ergebnis aushebeln. Die Grundsätzliche Pflicht, eine Aufgabe der Selbstverantwortung Privater zu überlassen, wenn diese die Aufgabe ebenso gut wie das Gemeinwesen erfüllen können, ist gemäss diesen Anträgen nicht mehr vorhanden.

Ob das Subsidiaritätsprinzip beibehalten werden soll, ist eine staatspolitische Frage. Letztlich geht es um die Frage, welche Rolle der Staat im Verhältnis zu privaten Anstrengungen ganz grundsätzlich zu spielen hat.

Falls der Kanton das Subsidiaritätsprinzip aufgibt, ändert sich an den Aufgaben von Kanton und Gemeinden vorerst nichts. Es entfällt jedoch die Pflicht zur Beachtung des Subsidiaritätsgedankens, womit auch eine allfällige Begründungspflicht dahinfällt. Entscheidet sich der Kanton, das Subsidiaritätsprinzip beizubehalten, setzt er damit ein Signal an die Behörden, dass die Übernahme privater Aufgaben durch das Gemeinwesen und die Zentralisierung von örtlicher Aufgaben nur mit guten Gründen geschehen sollten.

21.09.2021