



NUSPLIGER CONSULTING

Die Aufsicht des Kantons Wallis im Fall Verbier

Rechtliche Abklärungen zur Aufsicht des Kantons Wallis über die Gemeinden im Baubereich im weiteren Sinn

20. März 2017

von Prof. Dr. Kurt Nuspliger

zuhanden des
Staatsrats des Kantons Wallis
Place de la Planta
Postfach 478
1951 Sitten

Inhalt

Kurzfassung	6
I. Auftrag und Vorgehen	9
II. Rechtsgrundlagen	12
1. Gemeindeautonomie	12
1.1 Gemeinden als Körperschaften der Kantone	12
1.2 Schutz der Gemeindeautonomie	12
1.3 Gemeindeautonomie im Kanton Wallis	13
2. Die Aufsicht des Kantons über die Gemeinden	15
2.1 Allgemeines	15
2.1.1 Rechtslage in den Kantonen	15
2.1.2 Kanton Wallis	16
2.1.3 Finanzaufsicht im Kanton Wallis	16
2.2 Wegleitende Prinzipien	17
2.2.1 Dienstaufsicht	17
2.2.2 Organisations- oder Verbandsaufsicht	17
2.2.3 Objekte der Aufsicht	18
2.2.4 Präventive und repressive Aufsicht	18
2.2.5 Aufsichtsmittel	18
2.3 Genehmigung kommunaler Erlasse	19
2.3.1 Grundsätze	19
2.3.2 Praxis im Kanton Wallis	19
2.3.3 Vorprüfung	20
2.3.4 Genehmigungspflicht für bestimmte Erlasse	20
2.3.5 Wirkung der Genehmigung	20
2.4 Intensität der Aufsicht	21
2.4.1 Gesetzmässigkeit	21
2.4.2 Verhältnismässigkeit	21
2.4.3 Subsidiarität	22
2.5 Aufsicht nach Bundesrecht	22
2.6 Neues Recht im Kanton Luzern	23
2.7 Oberaufsicht und Aufsicht	24
2.7.1 Oberaufsicht des Parlaments	24
2.7.2 Oberaufsicht des Parlaments im Kantons Wallis	25
2.7.3 Oberaufsicht des Staatsrats	25
2.8 Ombudsstellen	25
2.8.1 Grundlagen	25
2.8.2 Die Rolle der Ombudsstellen	26

3.	Die Baugesetzgebung	26
3.1	Zuständigkeiten im Kanton Wallis	26
3.2	Koordination	27
3.3	Oberaufsicht über die Baupolizei	27
3.3.1	Regelung im Kanton Wallis	27
3.3.2	Rechtsvergleich	29
3.4	Totalrevision des Baugesetzes	30
4.	Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland	31
5.	Gesetzgebung über die Zweitwohnungen	32
5.1	Vorgeschichte	32
5.1.1	Massnahmen gegen die "Überfremdung des Bodens"	32
5.1.2	Annahme der Zweitwohnungsinitiative	32
5.2	Grundlagen und geltendes Recht im Bund	32
5.2.1	Grundzüge des Zweitwohnungsgesetzes	32
5.2.2	Kantonale Kompetenzen	33
5.3	Rechtsgrundlagen und Praxis im Kanton Wallis	34
5.3.1	Ausführungsdekret zum Bundesgesetz über Zweitwohnungen	34
5.3.2	Kompetenzzentrum Zweitwohnungen	34
5.4	Spannungsfelder	34
III.	Aktivitäten des Kantons im Kontext des Falls Verbier	35
1.	Ausgangslage	35
1.1	Allgemeines	35
1.2	Baurecht	35
1.3	Das Baureglement der Gemeinde Bagnes	35
2.	Genehmigung des Baureglements durch den Staatsrat	36
3.	Praxis des Bundesgerichts zum Baureglement der Gemeinde Bagnes	38
4.	Expertise Veuthey/Bender	39
5.	Expertise Rouiller	40
6.	Aufsichtshandlungen des Kantons	41
6.1	Die Zeit nach der Einführung des Baugesetzes von 1996	41
6.2	Die Zeit nach dem Bundesgerichtsentscheid vom 2. April 2012	42
6.3	Die Unterstützung der Gemeinde Bagnes	46
7.	Bewilligungsgesetz (Lex Koller)	47
8.	Zweitwohnungsgesetz (Lex Weber)	48

IV.	Bewertung der Aufsicht des Kantons	50
1.	Primäre Verantwortung der Gemeinden	50
2.	Gemeindeautonomie	50
3.	Aufsicht	51
3.1	Grundsätze	51
3.2	Genehmigung von Reglementen	52
3.3	Weitere Aufsichtsmaßnahmen im Fall Verbier	52
4.	Oberaufsicht	53
5.	Bewilligungsgesetz und Zweitwohnungsgesetz	54
6.	Steigende Anforderungen an die kantonale Aufsicht	54
6.1	Aufsichtsmaßnahmen in weiteren Gemeinden	54
6.2	Die Rollen der beteiligten Verwaltungseinheiten	54
7.	Gesamtbeurteilung	55
7.1	Primäre Verantwortung der Gemeinde	55
7.2	Verantwortung des Kantons	55
7.2.1	Genehmigungsentscheid und Verwaltungsjustizentscheide	55
7.2.2	Aufsichtsmaßnahmen des Kantons im Jahre 2012	55
7.2.3	Aufsichtsmaßnahmen des Kantons im Jahre 2016	56
8.	Zusammenfassung	56
V.	Vorschläge für Reformen	57
1.	Grundlagen	57
2.	Drei Handlungsoptionen	59
3.	Optimierung der Aufsicht des Kantons	59
3.1	Allgemeines	59
3.2	Neue gesetzliche Grundlagen	61
3.2.1	Grundsätze	61
3.2.2	Amtliche Untersuchungen	61
3.2.3	Ombudsstelle	62
3.3	Reformen im Zuständigkeitsbereich des Staatsrats	62
3.3.1	Allgemeines	62
3.3.2	Zuständigkeiten der DIKA	63
3.3.3	Weitere wichtige Akteure	63

4.	Einzelne Optimierungen	64
4.1	Aufsichtskonzept zu den Gemeinden	64
4.2	Gemeindereglemente: Richtlinien für das Konsultationsverfahren	64
4.3	Aufsicht bei den Zweitwohnungen	66
4.4	Monitoring	66
4.5	Systematische Information der Gemeinden	66
5.	Zusätzliche Ressourcen	67
6.	Stärkung der Gemeinden	67
6.1	Pflichten der Gemeinden	67
6.2	Baugesetzgebung	67
6.3	Fachliche Kooperation der Gemeinden	67
7.	Glaubwürdigkeit staatlichen Handelns	68
	Anhang I: Materialien, Berichte und Literatur	70
	Anhang II: Erlasse	73

Kurzfassung

Gegenstand der Untersuchung bildet die Aufsicht des Kantons über die Gemeinden. Die Aufsicht und die Oberaufsicht des Kantons über die Gemeinden im Bereich des Bauwesens soll am Beispiel der Gemeinde Bagnes analysiert werden. Die Expertise kommt zu den folgenden Schlüssen:

- Die Gemeindeautonomie ist das Recht der Gemeinden, im Rahmen des kantonalen Rechts einen wesentlichen Teil der öffentlichen Aufgaben in eigener Verantwortung zu regeln und zu gestalten. Die Gemeindeautonomie ist im Kanton Wallis sehr wichtig. Sie ist in der Verfassung und im Gemeindegesetz verankert (Art. 69 KV/VS; Art. 2 GG). Autonomie besteht dort, wo das kantonale Recht einer Gemeinde eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit einräumt. Das ist in der Baugesetzgebung des Kantons Wallis der Fall. Der Umfang der Autonomie ergibt sich aus dem für den entsprechenden Bereich anwendbaren Verfassungs- und Gesetzesrecht. Die Gemeinden haben das übergeordnete Recht zu respektieren. Sie sind für ihr Handeln verantwortlich.
- Die Gemeinden stehen unter der Aufsicht des Kantons. Die Aufsicht befasst sich mit der Organisation, der Rechtsetzung und der Rechtsanwendung der Gemeinden. Kontrolliert wird grundsätzlich nur die Rechtmässigkeit kommunalen Handelns. Es handelt sich um Verbandsaufsicht. Es wird zwischen präventiver und repressiver Aufsicht unterschieden. Zur präventiven Aufsicht gehören die Genehmigung kommunaler Reglemente und auch die Informations- und Beratungsangebote des Kantons gegenüber den Gemeinden. Repressive Aufsicht sanktioniert begangene Rechtswidrigkeiten.
- Besondere Fragen stellen sich bei der Genehmigung von Gemeindereglementen durch den Kanton. Im Kanton Wallis werden Gemeindereglemente im Prinzip nur auf ihre Übereinstimmung mit dem übergeordneten Recht überprüft. Das gilt auch für die Baureglemente. Es handelt sich um ein Verfahren der abstrakten Normenkontrolle. Das übergeordnete Recht steckt den Rahmen der Gemeindeautonomie ab. Die Genehmigung bedeutet lediglich, dass im Zeitpunkt der Prüfung keine Rechtswidrigkeit festgestellt worden ist. Die Genehmigung heilt allfällige rechtliche Mängel nicht. Gemeindereglemente können auch in späteren Beschwerdeverfahren auf ihre Rechtmässigkeit geprüft werden. Der genehmigte Erlass bleibt ein solcher des kommunalen Rechts.
- Die Aufsicht des Kantons soll mit einer gewissen Zurückhaltung erfolgen. Es gelten die Grundsätze der Selbstkontrolle und der Selbstkorrektur. In erster Linie soll die Gemeinde selbst zum Rechten sehen (Selbstreinigungsprinzip). Für die Aufsicht gelten die Grundsätze der Gesetzmässigkeit, der Verhältnismässigkeit und der Subsidiarität.
- Der Staatsrat übt die Oberaufsicht über die Baupolizei aus. Er handelt durch das zuständige Departement (Art. 49 Abs. 2 BauG). Der Begriff Oberaufsicht meint die Aufsicht über andere Aufsichtsträger. In den Bereichen, in denen die Gemeinden die Baubewilligungen erteilen, sind sie auch zuständig für die Baupolizei. Der Staatsrat greift erst dann ein, wenn die Baupolizeibehörden ihre Pflichten vernachlässigen und wenn dadurch öffentliche Interessen gefährdet sind.
- Das Bau- und Zonenreglement (RCCZ) der Gemeinde Bagnes enthält eine sehr weit gehende Vorschrift zur Ausnutzungsziffer, die seit dem Ablauf der fünfjährigen Übergangsfrist des

Baugesetzes von 1996 im Widerspruch zum kantonalen Recht steht. Dies war der Gemeinde Bagnes bekannt. Sie hat bewusst eine rechtswidrige Praxis entwickelt.

- Der Kanton hat die kommunale Reglementsbestimmung, die in einer Übergangsphase noch zulässig war, bewilligt. Er hat diese Reglementsbestimmung auch nach dem Ablauf der Übergangsbestimmung zum Baugesetz bestätigt und in einem Beschwerdeverfahren geschützt, obschon ein anderes Vorgehen angezeigt gewesen wäre. Nach dem Bundesgerichtsentscheid vom 2. April 2012 hat der zuständige Dienstchef die Gemeinde Bagnes und alle Gemeinden in einem formellen Schreiben umfassend informiert und auf die Rechtslage hingewiesen (Brief vom 10. Juli 2012). Erste Kontakte mit der Gemeinde Bagnes fanden schon vorher statt. Die Gemeinde Bagnes hat trotzdem an ihrer rechtswidrigen Praxis festgehalten und - wie die Expertise Veuthey/Bender zeigt - in zahlreichen Fällen bewusst gegen das kantonale und auch gegen das eigene kommunale Recht verstossen. Daraus kann sich auch eine reflexmässige Verletzung des Bewilligungsgesetzes und des Zweitwohnungsgesetzes ergeben. Die Expertise Veuthey/Bender weist die primäre Verantwortung für diese Vorfälle zu Recht der Gemeinde Bagnes zu. Der ebenfalls von der Gemeinde eingesetzte Experte Rouiller kritisiert die rechtswidrige Praxis der Gemeinde Bagnes auch, sieht jedoch den Kanton in der Hauptverantwortung. Diese Auffassung ist nicht überzeugend. Der Experte Rouiller hat die kantonale Stellen nicht befragt und auch keine umfassenden rechtlichen Abklärungen zur Aufsicht des Kantons über die Gemeinden vorgenommen.
- Die Hauptverantwortung für die begangenen Fehler liegt bei der Gemeinde Bagnes.
- Mitverantwortung trägt auch der Kanton. In einer ersten Phase hat der Staatsrat ein fehlerhaftes Reglement der Gemeinde Bagnes genehmigt und es auch unterlassen, aus Entschieden der Justiz die richtigen Konsequenzen zu ziehen. Es handelt sich dabei um Fehleinschätzungen und nicht um eine bewusste Missachtung der Aufsichtspflicht gegenüber der Gemeinde Bagnes.
- In einer zweiten Phase - ab dem Jahr 2012 - hat die kantonale Verwaltung ihre Aufsichtstätigkeit intensiviert. Die Umsetzung der richtigen Anweisung vom 10. Juli 2012 wurde allerdings nicht kontrolliert. Ein formelles Eingreifen ist nicht aktenkundig. Es wäre aus heutiger Sicht angezeigt gewesen, dass die Umsetzung der Anweisung vom 10. Juli 2012 kontrolliert worden wäre und dass der Staatsrat bereits nach der Medienberichterstattung vom August 2015 - also vor dem Jahr 2016 - aktiv geworden wäre. Im April 2016 hat der Staatsrat gegenüber der Gemeinde Bagnes klare und richtige Massnahmen getroffen.
- Im Anschluss an Fehlentwicklungen wird jeweils der Ruf nach Reformen laut. Dabei ist die längerfristige Perspektive im Auge zu behalten. Überreaktionen sind zu vermeiden. Es werden Vorschläge zur Optimierung des Systems unterbreitet.
- Für den Kanton wird Folgendes vorgeschlagen: Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für die Durchführung von amtlichen Untersuchungen gegenüber Gemeinden und Reformen im Verantwortungsbereich des Staatsrats. Dazu gehören: Aufsichtskonzept gegenüber den Gemeinden, standardisierte und transparente Verfahren, Überprüfungen der Praxis bei der Genehmigung der Reglemente, Klärung der Aufsicht bei den Zweitwohnungen, bessere Information der Gemeinden, Monitoring für Gemeinden, die begleitet werden müssen. Es wird auch vorgeschlagen, die Schaffung einer Ombudsstelle zu prüfen. Diese Massnahmen erfordern zusätzliche Ressourcen.

- Auch die Gemeinden sind zu stärken. Sie müssen sich so organisieren, dass sie Fehlentwicklungen erkennen und korrigieren können. Im Baubereich ist qualifiziertes Personal einzusetzen. Die freiwillige fachliche Kooperation der Gemeinden ist zu fördern.

I. Auftrag und Vorgehen

A. Auftrag

Die massgeblichen Stellen des Pflichtenhefts, das der Staatsrat des Kantons Wallis am 7.6.2016 verabschiedet hat, haben den folgenden Wortlaut:

"1. Grundlage

Der Staatsrat hat am 27. April 2016 Prof. Dr. Kurt Nuspliger als externen Experten beauftragt, die Funktionsweise der Aufsicht und Oberaufsicht des Kantons über die Gemeinden im Bereiche des Bauwesens im weiteren Sinne (z.B.: Baugesetz, Zweitwohnungsgesetz, BewG, usw.) am Beispiel der Gemeinde Bagnes zu analysieren und falls nötig Verbesserungsvorschläge sowohl auf Gesetzes- oder Verordnungsstufe als auch in der Art der Ausübung der Aufsicht respektive Oberaufsicht zu unterbreiten.

2. Umfang der Untersuchung

Der Experte hat die Aufsichts- und Oberaufsichtsfunktion des Kantons über die Gemeinden am Beispiel der Gemeinde Bagnes in den folgenden Rechtsbereichen zu prüfen:

- a. *Gesetz über die Gemeinden (VS-SR 175.1), Verordnung betreffend die Führung des Finanzhaushaltes der Gemeinden (VS-SR 611.102);*
- b. *Baugesetz und -verordnung (VS-SR 705.1; 705.100);*
- c. *Gesetz betreffend die Anwendung des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (VS-SR 211.41);*
- d. *Ausführungsdekret zum Bundesgesetz über Zweitwohnungen resp. Gesetz und Verordnung über die Zweitwohnungen (VS-SR 702.101).*

3. Expertenbericht

Der Expertenbericht soll ausgehend vom konkreten Fall in der Gemeinde Bagnes die grundsätzliche Aspekte der Aufsicht und Oberaufsicht des Kantons über die Gemeinden aufzeigen. Die Expertise soll insbesondere auch eine Zukunftsperspektive enthalten sowie allfällige und angezeigte Verbesserungen vorschlagen.

Der Expertenbericht muss insbesondere folgende Elemente enthalten:

- a. *Grundsätzliche Ausführungen zur Aufsicht und Oberaufsicht des Kantons über die Gemeinden aus staatsrechtlicher Sicht. (Was beinhaltet die Aufsicht respektive die Oberaufsicht? Welche Instrumente stehen dem Kanton zur Verfügung zur Ausübung der Aufsicht respektive der Oberaufsicht? Welche Verpflichtungen hat der Kanton als Aufsichts- respektive Oberaufsichtsbehörde?)*
- b. *Analyse der verfassungsrechtlichen Grundlage zur Aufsicht und zur Oberaufsicht des Kantons über die Gemeinden im Kanton Wallis.*
- c. *Analyse der gesetzlichen Grundlagen betreffend die Aufsicht und die Oberaufsicht des Kantons Wallis über die Gemeinden gemäß Ziffer 2 des Pflichtenheftes.*
- d. *Darstellung und Analyse der Aufsichts- bzw. Oberaufsichtsinstrumente und deren Handhabung durch die zuständige Aufsichts- bzw. Oberaufsichtsbehörde und die Verwaltung in den Rechtsbereichen gemäss Ziffer 2 des Pflichtenheftes.*
- e. *Empfehlungen des Experten in diesen Bereichen.*

4. Arbeitsgruppe

Die Mitglieder der Arbeitsgruppe analysieren die Vorkommnisse und den Handlungsbedarf in ihrem Tätigkeitsbereich. Sie stellen mit dem Experten bis zum 31. August 2016 je einen schriftlichen Bericht aus ihrem Bereich zur Verfügung. Diese Berichte enthalten für den Zeitraum vom 1.1.2012 bis 31.8.2016 die existierenden und anzuwendenden Weisungen der zuständigen Aufsichts- bzw. Oberaufsichtsbehörde, die Darstellungen ihre Kontrolltätigkeiten sowie alle Rechtsgrundlagen (inkl. interne Weisungen) für ihren Tätigkeitsbereich. Nötigenfalls können frühere in Ereignisse einbezogen werden. Der Experte wird eigene Untersuchungen aufgrund dieser Berichte vornehmen, mit jedem Mitglied der Arbeitsgruppe seinen Bericht besprechen. Die Mitglieder der Arbeitsgruppe werden bei der Erarbeitung von Verbesserungsvorschlägen konsultiert. Die Arbeitsgruppe wird die Rückmeldungen aller Gemeinden bezüglich der Konformität ihrer Reglemente zum übergeordneten Recht für den 31.12.2016 analysieren und diese dem Experten für seinen Bericht und unterbreiten.

5. Termin

Der Experte macht zu handen des Staatsrates einen Zwischenbericht für den 30.11.2016. Der Schlussbericht für die Expertise wird auf den 31.3.2017 erwartet.

6. Logistische Unterstützung

Die Staatskanzlei des Kantons Wallis wird dem Experten die logistische Unterstützung gewähren, die es ihm erlaubt, an Ort tätig zu sein und die Übersetzungen sicherzustellen."

B. Vorgehen

Für die Bearbeitung des Auftrags wurden die Rechtsgrundlagen des Bundes und des Kantons Wallis, die Literatur und die Rechtsprechung, die in dieser Sache erstellten Expertisen Veuthey/Bender und Rouiller sowie Dokumente des Kantons Wallis analysiert. Die Rechtsgrundlagen in andern Kantonen wurden berücksichtigt, soweit es angezeigt war.

Am 28. April 2016 wurde die Auftragserteilung mit Herrn Staatsrat Jacques Melly, damals Staatsratspräsident, Herrn Staatskanzler Dr. Philipp Spoerri und mit den Mitgliedern der zuständigen Arbeitsgruppe in Sion besprochen.

Am 21./22. 9.2016 fanden in Sion Gespräche mit den Herren Adrian Zumstein, Dienstchef, Verwaltungs- und Rechtsdienst DVBU, Maurice Chevrier, Chef du SAIC, DFI, Martin Zurwerra, Dienstchef, Verwaltungs- und Rechtsdienst, DVER, und Edmund Gruber, Adjunkt des Grundbuchinspektors, Rechtsamt, DVER, statt. Diese Ansprechpartner stellten dem Experten auch Berichte und andere Dokumente der Kantonsverwaltung zur Verfügung. Zu den Rahmenbedingungen fanden Gespräche mit Herrn Staatskanzler Dr. Philipp Spoerri und mit Herrn Stéphane Theytaz statt.

Es bildete nicht Gegenstand des Auftrags, Untersuchungen auf kommunaler Ebene vorzunehmen.

Am 30. November 2016 wurde dem Staatsrat ein Zwischenbericht über die bisherigen Arbeiten erstattet. Die generelle Frage der Konformität der Gemeindereglemente mit dem übergeordneten Recht wird nicht in dieser Expertise, sondern zu einem späteren Zeitpunkt im Kontext von

Gesetzesrevisionen zu diskutieren sein. Am 9. Februar 2017 wurden die zuständigen Stellen zu möglichen Reformvorschlägen konsultiert.

II. Rechtsgrundlagen

1. Gemeindeautonomie

1.1 Gemeinden als Körperschaften der Kantone

Die Gemeinden bilden nach der Eidgenossenschaft und den Kantonen die dritte staatsrechtliche Ebene im Bundesstaat. Die Bundesverfassung setzt die Existenz von Gemeinden voraus, ohne sie vorzuschreiben. Die Gemeinden sind, anders als die Kantone, nicht konstituierende Elemente der Eidgenossenschaft. Es handelt sich vielmehr um Körperschaften des kantonalen Rechts. Die Kantone verfügen über Organisationsautonomie. Sie entscheiden über die Existenz und die rechtlichen Rahmenbedingungen, die für die Gemeinden gelten. Die Bundesverfassung erwähnt die Gemeinden etwa im Zusammenhang mit dem Bürgerrecht und der Finanzordnung. Es gibt auch Bundesgesetze, die sich direkt an die Gemeinde wenden.

Die Gemeinden werden als öffentlich-rechtliche Körperschaften durch staatlichen Hoheitsakt errichtet, sind rechtlich selbständig, mitgliedschaftlich verfasst und mit Autonomie versehen. Sie erfüllen eigene und übertragene Aufgaben¹.

Art. 50 BV regelt das Verhältnis des Bundes zu den Gemeinden wie folgt:

- Soweit die Kantone den Gemeinden das Recht zur Selbstverwaltung einräumen, steht die entsprechende Autonomie unter dem Schutz des Bundes.
- Der Bund beachtet die möglichen Auswirkungen seines Handelns auf die Gemeinden.
- Der Bund wird verpflichtet, die besondere Situation der Städte, der Agglomerationen sowie der Berggebiete zu berücksichtigen.

Die Rücksichtnahme ersetzt die vom Verfassungsgeber verworfene Forderung nach Bindung des Bundes an die Gemeindeautonomie. Bei dem Gebot zur Rücksichtnahme handelt es sich ursprünglich um eine föderalistische Pflicht zwischen dem Bund und den Kantonen, die nun auch auf die Gemeinden ausgedehnt wird².

1.2 Schutz der Gemeindeautonomie

Mit der Gemeindeautonomie ist die Befugnis der Gemeinden angesprochen, ihre Angelegenheiten selbständig zu besorgen. Die Gemeindeautonomie ist eine Figur des kantonalen Rechts. Immerhin enthält die Bundesverfassung ein - allerdings zurückhaltendes - Grundbekenntnis zur Gemeindeautonomie³. Man kann von einem "bundesrechtlichen Kern" der Gemeindeautonomie sprechen⁴.

Der Schutz der Gemeindeautonomie bildet auch Gegenstand der Europäischen Charta der kommunalen Selbstverwaltung, welche die Schweiz 2005 ratifiziert hat⁵. Diese Charta verpflichtet die Mitgliedstaaten, das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden zu beachten. Die von der Schweiz übernommenen Charta-Verpflichtungen wurden als Ausdruck bereits bestehender innerstaatlicher Standards verstanden⁶. Die Charta verlangt, dass der Grundsatz der kommunalen

¹ Tschannen/Zimmerli/Müller, § 8 N 1.

² Kägi-Diener, St. Galler Kommentar zu Art. 50 BV, N 18.

³ Kägi-Diener, St. Galler Kommentar zu Art. 50 BV, N 9; Tschentscher/Lienhard, N 31.

⁴ Kägi-Diener, St. Galler Kommentar zu Art. 50 BV, N 9; Aubert/Mahon, Kommentar zu Art. 50 BV, N 6; Meyer, 285 ff.

⁵ SR 0.102.

⁶ Biaggini, Rechtsgutachten, 48; zur Tragweite der Charta vgl. Bundesrat, Botschaft zur europäischen Charta der kommunalen Selbstverwaltung vom 19. Dezember 2003, BBl 2004 79ff., insb. 83ff.

Selbstverwaltung im Prinzip in der Verfassung verankert ist. Art. 50 Abs. BV genügt dieser Anforderung⁷.

Das Bundesgericht umschreibt die Gemeindeautonomie mit der folgenden Formel: "Nach der Rechtsprechung sind Gemeinden in einem Sachbereich autonom, wenn das kantonale Recht diesen nicht abschließend ordnet, sondern ihn ganz oder teilweise der Gemeinde zu Regelung überlässt und ihr dabei eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit einräumt. Der geschützte Autonomiebereich kann sich auf die Befugnis zum Erlass oder Vollzug eigener kommunaler Vorschriften beziehen oder einen entsprechenden Spielraum bei der Anwendung kantonalen oder eidgenössischen Rechts betreffen. Der Schutz der Gemeindeautonomie setzt eine solche nicht in einem ganzen Aufgabengebiet, sondern lediglich im streitigen Bereich voraus. Im Einzelnen ergibt sich der Umfang der kommunalen Autonomie aus dem für den entsprechenden Bereich anwendbaren kantonalen Verfassungs- oder Gesetzesrecht⁸." Die Gemeindeautonomie greift also dort, wo das kantonale Recht einen Sachverhalt ganz oder teilweise den Gemeinden zur Regelung überlässt und ihnen dabei eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit belässt⁹. In den neueren Entscheiden "verankert das Bundesgericht die Gemeindeautonomie in der BV, zieht anschliessend die kantonalen Garantien zusätzlich heran und stellt klar, dass sich der Umfang der Autonomie aus dem kantonalen Recht ergibt¹⁰". Die Gemeindeautonomie ist "das Recht und die tatsächliche Fähigkeit der Gemeinden, im Rahmen des kantonalen Rechts einen wesentlichen Teil der öffentlichen Angelegenheiten in eigener Verantwortung zu regeln und zu gestalten¹¹".

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann die Gemeindeautonomie auch im Bereich der kantonalen Ermessenskontrolle überall dort bestehen, "wo das kantonale Recht einen Gegenstand mehr oder weniger eingehend ordnet, den Gemeinden aber doch eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit lässt. Damit hat das Bundesgericht den Bereich und den Schutz der Gemeindeautonomie entscheidend ausgeweitet, insbesondere als sie auch bei der immer häufiger vorkommenden Verzahnung von Normen des Bundesrechts, des kantonalen Rechts und des Gemeinderechts zum Greifen kommt¹²".

Zahlreiche Kantonsverfassungen gewährleisten die Gemeindeautonomie explizit. Wie weit die Gemeinden autonom sind, ergibt sich jedoch weniger aus der allgemeinen Garantie als aus den konkreten Regelungen in den einzelnen Gesetzen. Typische Sachbereiche mit Gemeindeautonomie sind die Ortsplanung (Bau- und Zonenordnung), wichtige Bereiche der Gemeindeorganisation sowie die Pflege der lokalen Kultur¹³.

Im gesamtschweizerischen Vergleich ist allerdings darauf hinzuweisen, dass "die Gemeinden in den Bereichen des Bauwesens, der Raumplanung und des Umweltschutzes in den letzten Jahren an Selbständigkeit verloren haben¹⁴".

1.3 Gemeindeautonomie im Kanton Wallis

Nach Artikel 69 der Verfassung des Kantons Wallis ordnen die Gemeinden ihre Angelegenheiten innerhalb der Schranken der Verfassung und der Gesetze selbständig. Sie sind für die Aufgaben

⁷ Meyer, 234ff.

⁸ BGE 136 I 265 E. 2.1. S. 269, Politische Gemeinde Lindau; vgl. auch Nuspliger/Mäder, 94f.

⁹ Biaggini, Rechtsgutachten, 42; BGE 141 I 36 E. 5.3, S. 42; Dubey/Zufferey, N 62ff.

¹⁰ BSK, Kilian Meyer, Art. 50 N 12; BGE 140 I 285 E. 4. Dubey/Zufferey, N 62.

¹¹ BSK, Kilian Meyer, Art. 50 N 13.

¹² Auer, Staatsrecht, N 415; Auer/Malinverni/Hottelier, N 273.

¹³ Jaag/Rüssli, 147, N 38.

¹⁴ Vatter, 437.

zuständig, die örtlicher Natur sind, und jene, die sie allein oder zusammen mit anderen Gemeinden lösen können. Nach Art. 2 Abs. 1 des Gemeindegesetzes des Kantons Wallis sind die öffentlich-rechtlichen Körperschaften in allen ihren Aufgaben, die sie von sich aus im öffentlichen Interesse wahrnehmen, selbständig¹⁵. Sie sind überdies innerhalb der gesetzlichen Schranken für alle übertragenen Aufgaben selbständig. Auch der Bericht von Maurice Chevrier unterstreicht die grosse Bedeutung der Gemeindeautonomie im Kanton Wallis¹⁶.

Das Bundesgericht hat sich wiederholt mit der Tragweite der Gemeindeautonomie im Kanton Wallis befasst. Im Kanton Wallis sind die Gemeinden ohne Zweifel autonom¹⁷, insbesondere im Submissionsverfahren¹⁸, in der Nutzungsplanung¹⁹ und bei der Erhebung von Wasseranschluss- und Kanalisationsanschlussbeiträgen²⁰.

Das Bundesgericht hob im Entscheid Leukerbad²¹ Folgendes hervor:

"Es sind also die Kantone, die in ihrer Gesetzgebung die Gemeinden und deren Organisation und Zuständigkeiten regeln. Soweit den Gemeinden aber Autonomie gewährt wird, können die kantonalen Behörden bzw. der Kanton grundsätzlich nicht ohne weiteres für die Verwaltung der Gemeinden und für die widerrechtlichen Handlungen der Gemeinden verantwortlich sein. Eine solche Verantwortlichkeit kommt nur in Frage, wenn die kantonalen Organe ihnen selbst obliegende gesetzlich verankerte Amtspflichten verletzt haben. Immerhin setzt die Gemeindeautonomie auch eine gewisse Aufsicht der Kantone über die Gemeinden voraus. Wie weit diese geht, ist Sache des kantonalen Rechts, welches auch bestimmt, ob der Kanton in jedem Fall von Amtes wegen einzuschreiten hat oder nur dann, wenn in erkennbarer Weise eine bestimmte Schwere der Rechtsverletzung erreicht ist, oder allenfalls sogar nur dann, wenn er in einem dafür vorgesehenen Verfahren angerufen wird²²."

Das Bundesgericht stellte unter Bezugnahme auf das damalige Gesetz vom 13. November 1980 über die Gemeindeordnung Folgendes fest:

"Die gesetzliche Regelung und die entsprechenden Möglichkeiten der Gemeindeaufsicht im Kanton Wallis sind vom Wortlaut her eher knapp ausgestaltet. Eingriffsmöglichkeiten bestehen lediglich dann, wenn eine vom Gesetz zwingend vorgeschriebene Aufgabe oder Handlung versäumt wird oder wenn eine Gemeinde ihren Verpflichtungen beharrlich nicht nachkommt oder ihr finanzielles Gleichgewicht oder Vermögen erheblich gefährdet. Wie der Beklagte - unter Einreichung der entsprechenden Ratsprotokolle - belegt, wurde bei Erlass der gesetzlichen Regelung grosses Gewicht auf die Gemeindeautonomie gelegt, was auch der Zeuge Franz König mit Nachdruck bestätigte. Die Walliser Gemeinden sollen demnach über einen weit reichenden Gestaltungsspielraum verfügen, was bedingt, dass sich der Kanton bei seinen Eingriffen möglichst zurückhält. Namentlich in finanzieller Hinsicht kommt den Gemeinden eine weit gehende Autonomie zu²³."

Seit dem Fall Leukerbad wurde die Finanzaufsicht des Kantons über die Gemeinden verstärkt. Dies ändert jedoch nichts am Grundsatz, dass der Gemeindeautonomie im Kanton Wallis eine sehr grosse Bedeutung zukommt.

¹⁵ Die Überschrift von Art. 2 des Gemeindegesetzes enthält den Begriff "Autonomie".

¹⁶ Rapport Chevrier, 2f.

¹⁷ Auer, Staatsrecht, N 433; BGE 131 I 91, 93.

¹⁸ BGE 129 I 313, 320.

¹⁹ BGE 135 I 233.

²⁰ BGE 136 I 316.

²¹ Entscheid des Bundesgerichts vom 3.7.2003, BGer 2C.4/2000.

²² Entscheid des Bundesgerichts vom 3.7.2003, BGer 2.C4/2000, E. 6.1.1.

²³ Entscheid des Bundesgerichts vom 3.7.2003, BGer 2C.4/2000, E. 6.3.1.3.

2. Die Aufsicht der Kantone über die Gemeinden

2.1 Allgemeines

2.1.1 Rechtslage in den Kantonen

Die Gemeinden unterstehen als Gebietskörperschaften des öffentlichen Rechts in allen Kantonen der Aufsicht des Staates. Die Kantone haben dafür zu sorgen, dass sich die Gemeinden bei der Erfüllung ihrer Aufgaben an die Vorschriften des kantonalen Rechts, des Bundesrechts und des Völkerrechts halten und dass sie ihren öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen nachkommen²⁴. Der Kanton hat auch zu prüfen, ob die Gemeindetätigkeit mit dem Gemeinderecht übereinstimmt²⁵. Die Grundprinzipien der Aufsicht des Staates über die Gemeinden hat Paul Schorr schon vor Jahrzehnten in einer Dissertation zutreffend dargelegt²⁶: Die Aufsicht des Staates ist "kein rein politisches Instrument". Der Kanton hat vielmehr darüber zu wachen, dass die Gemeinde "ohne Verletzung öffentlichen Rechts, und dies scheint das Wichtigste, ohne Überschreitung ihrer Zuständigkeit²⁷" tätig wird. Paul Schorr führte weiter aus: "Das Bestehen und Eingreifen der Staatsaufsicht bestimmt sich demgemäss immer nach der jeweiligen Gesetzgebung. Aus Gründen der Rechtssicherheit und zum Schutz der Gemeinde muss der Umfang der Staatsaufsicht genau fixiert sein. Die Idee vom modernen Rechtsstaat will es, dass der Staat von den ihm untergeordneten Gemeinden nur soweit Pflichterfüllung zu fordern berechtigt ist, als es das gesetzte Recht zulässt, d.h. unter den gesetzlich normierten Voraussetzungen²⁸". Die Kantone üben ihre Aufsicht mit Rücksicht auf die Gemeindeautonomie mit einer gewissen Zurückhaltung aus. Im Sinne einer Selbstkontrolle und Selbstkorrektur sollen in erster Linie die Gemeinden selbst zum Rechten sehen²⁹. Die Aufsichtskontrolle beschränkt sich im Allgemeinen auf die Prüfung der Rechtmässigkeit der Erlasse, Beschlüsse und Verfügungen der Gemeinden. Wo das Gesetz es vorschreibt, kann auch die Angemessenheit von Gemeindebeschlüssen überprüft werden³⁰. Kommunale Erlasse unterliegen meistens der Genehmigung durch eine kantonale Behörde³¹. Entscheide kommunaler Organe und Behörden können in der Regel bei einem kantonalen Organ angefochten werden³².

Die Kantone sind verpflichtet, die Gemeinden bei der Ausübung der ihnen vom Gesetzgeber gewährten Autonomie zu beaufsichtigen und notfalls einzuschreiten, wenn eine Gemeinde nicht in der Lage ist, die ihr als Teil der Staatsverwaltung übertragenen oder die selbst gewählten Aufgaben ordnungsgemäss zu erfüllen. Die Aufsicht verfolgt einen doppelten Zweck: Sie dient dem Kanton einerseits dazu, seine Strukturen, zu denen auch die Gemeinden gehören, zu betreuen und zu überwachen. Zum andern dient die Aufsicht der Sicherung lebensfähiger Gemeinden. Diese sollen in der Ausgestaltung ihrer Freiräume unterstützt werden. Die Aufsicht wird zu einem unverzichtbaren Gegenstück der Autonomie. Die kantonale Aufsicht hat die Au-

²⁴ Auer, Staatsrecht, N 448.

²⁵ Häfelin/Müller/Uhlmann, N 1947.

²⁶ Paul Schorr, Die Aufsicht des Staates über die Gemeinden, Diss. BS 1945.

²⁷ Schorr, 37.

²⁸ Schorr, 40.

²⁹ Friederich, in: Müller/Feller, 238, N 237.

³⁰ Auer, Staatsrecht, N 450. Dubey/Zufferey, N 72.

³¹ Vgl. Kapitel II, Ziff. 2.3.

³² Seiler, in: Verfassungsrecht der Schweiz, § 31, N 12.

tonomie der Gemeinden zu respektieren; gleichzeitig definiert sie aber auch die Grenzen der Autonomie³³.

Das wichtigste Aufsichtsorgan über die Gemeinde ist in den meisten Kantonen der Regierungsrat³⁴. Häufig erfolgt eine Delegation gewisser Überwachungsbefugnisse an einzelne Departemente. In mehreren Kantonen wird die Aufsicht über die Gemeinden durch Organe der dezentralen kantonalen Verwaltung wahrgenommen. Im Kanton Bern kommt diese Aufgabe den Regierungsratsstatthaltern zu³⁵, im Kanton Zürich den Bezirksräten³⁶, im Kanton Waadt den Präfets³⁷. Es handelt sich jedoch dabei nicht um eine "Alleinzuständigkeit". Massgebend ist die kantonale Gesetzgebung.

Im Kanton Bern regelt das Gesetz die Aufteilung der Aufsichtszuständigkeiten zwischen dem Regierungsrat, den Regierungsratsstatthaltern und den zuständigen Fachdirektionen³⁸.

2.1.2 Kanton Wallis

Im Kanton Wallis stehen die Gemeinden unter der Aufsicht des Staatsrats³⁹.

Nach Art. 145 des Gemeindegesetzes wird die Aufsicht durch den Staatsrat selbst oder durch die von ihm oder durch das Gesetz bezeichneten Instanzen ausgeübt. Es gibt also nicht ein einziges Departement oder ein einzige kantonale Dienststelle, die allein für die Aufsicht über die Gemeinden zuständig ist⁴⁰. Die Information lässt sich der Spezialgesetzgebung entnehmen. In der Regel sind die für einen Politikbereich zuständigen Departemente in diesem Fachgebiet auch für die Aufsicht über die Gemeinden zuständig. Das Gemeindegesetz enthält allerdings allgemeine Regeln über die Ausübung der Aufsicht über die Gemeinden⁴¹.

Auch die Regierungsratsstatthalter sollen die Aufsicht über die Verwaltung der Gemeinden wahrnehmen⁴². In der Praxis scheint die Aufsicht jedoch bei den zentralen Instanzen zu liegen.

2.1.3 Finanzaufsicht im Kanton Wallis

Das Gemeindegesetz enthält klare Regeln zur Führung der Gemeindefinanzen. Diese müssen nach den Grundsätzen der Gesetzmässigkeit, der wirtschaftlichen und zweckmässigen Verwendung der öffentlichen Gelder, des Gleichgewichts des Finanzhaushalts sowie des Verursacherprinzips geführt werden⁴³. Die Rechnungen der öffentlichen Gemeinwesen sind auf der Grundlage des harmonisierten Rechnungsmodells (HRM) zu erstellen⁴⁴. Seit den Vorfällen in Leukerbad wird der Aufsicht über die Gemeindefinanzen eine besondere Bedeutung beigemessen. Eine wichtige Rolle kommt dem Finanzinspektorat zu⁴⁵. Die Gemeinden unterliegen einer umfassenden Berichterstattungspflicht gegenüber der DIKA. Es besteht eine Checkliste mit zahlrei-

³³ Wichtermann, Kommentar zu Art. 85 GG/BE, N 3.

³⁴ Buser, 233 N 616; Häfelin/Müller/Uhlmann, N 1431.

³⁵ Wichtermann, Kommentar zu Art. 87 GG/BE, N 1.

³⁶ Jaag/Rüssli, 124 N 1605.

³⁷ Art. 141 des Gesetzes über die Gemeinden vom 28.2.1956, RSV 175.11.

³⁸ Wichtermann, Kommentar zu Art. 87 GG/BE, N 1.

³⁹ Art. 55 Ziff. 2 und Art. 75 Abs. 1 KV/VS; Art. 144f. GG; Rapport Chevrier, 3.

⁴⁰ Rapport Chevrier, 3.

⁴¹ Art. 145ff. GG; Rapport Chevrier, 3f. Gemäss dem Bericht von Maurice Chevrier hat die Aufsicht des Kantons über die Gemeinden seit dem Fall Leukerbad zu keinen grösseren Diskussionen mehr geführt.

⁴² Gesetz vom 24. Mai 1850 über die Amtsbefugnisse der Regierungsratsstatthalter, Art. 3 Bst. b.

⁴³ Art. 74 Abs. 1 GG; Art. 5ff. der Verordnung betreffend die Führung des Finanzhaushalts der Gemeinden, VS-SR 611.102.

⁴⁴ Art. 75 Abs. 3 GG.

⁴⁵ Art. 44ff. des Gesetzes über die Geschäftsführung und den Finanzhaushalt des Kantons und deren Kontrolle vom 24. Juni 1980, VS-SR 611.1; Rapport Chevrier, 4.

chen Positionen, die detailliert zu beantworten sind. Das Departement für Finanzen und Institutionen veröffentlicht jährlich einen umfassenden Bericht über die Gemeindefinanzen, der wichtige Finanzkennzahlen aller Gemeinden darstellt und analysiert.

2.2 Wegleitende Prinzipien

Aufsicht meint die Befugnis einer übergeordneten Stelle, Handlungen untergeordneter Instanzen zu veranlassen, zu kontrollieren, zu beanstanden und eventuell auch zu korrigieren. In der Regel wird zwischen zwei Arten von Aufsichtsbefugnissen unterschieden. Es handelt sich um die Dienstaufsicht und die Organisations- oder Verbandsaufsicht.

2.2.1 Dienstaufsicht

Die Dienstaufsicht entfaltet sich grundsätzlich nur innerhalb eines einzelnen Verwaltungsträgers. Es gelten die folgenden Grundsätze:

Adressaten der Dienstaufsicht sind die hierarchisch untergeordneten Verwaltungseinheit oder die in diesen Einheiten zuständigen Personen⁴⁶.

Die Dienstaufsicht betrifft den gesamten Aufgabenbereich der beaufsichtigten Einheiten und Personen. Dienstaufsicht ist Rechts- und Fachaufsicht. Es geht also um die Frage, ob das Handeln der beaufsichtigten Einheiten und Personen nicht nur rechtmässig, sondern auch angemessen ist. Dienstaufsicht schließt die Befugnis ein, in die Erledigung von konkreten Geschäften einzugreifen und untergeordneten Verwaltungseinheiten oder Personen Weisungen zu erteilen. Die Dienstaufsicht soll die Leistungsfähigkeit der Verwaltung sicherstellen. Sie ist demnach ein Mittel der Verwaltungsführung.

2.2.2 Organisations- oder Verbandsaufsicht

Die Organisations- oder Verbandsaufsicht ist Aufsicht über rechtlich selbständige Organisationen ausserhalb des beaufsichtigenden Gemeinwesens⁴⁷. Dabei gelten die folgenden Grundsätze:

Adressat der Organisations- oder Verbandsaufsicht ist allein der dezentrale Verwaltungsträger. Es geht also nicht um Einheiten oder Personen innerhalb dieses Verwaltungsträgers. Organisationsaufsicht bezieht sich beispielsweise auf das Verhältnis des Kantons zu seinen öffentlich-rechtlichen Anstalten oder auf das Verhältnis des Kantons zu den Gemeinden.

Auch im Umfang geht die Organisations- oder Verbandsaufsicht weniger weit als die Dienstaufsicht. Fachliche Weisungen zu Materien, die nach der gesetzlichen Ordnung in den Autonomiebereich des beaufsichtigten Verwaltungsträgers gehören, sind zu vermeiden. Es besteht grundsätzlich Rechtsaufsicht. Immerhin kann das Gesetz besondere Steuerungsmechanismen vorsehen. Eine eigentliche Fachaufsicht - die umfassende Überprüfung der Angemessenheit des Handelns untergeordneter Einheiten - scheidet hingegen aus.

Die kantonale Aufsicht über die Gemeinden ist grundsätzlich Organisations- oder Verbandsaufsicht⁴⁸.

⁴⁶ Tschannen/Zimmerli/Müller, § 5, N 32; Meyer, Gutachten Finanzaufsicht, 12.

⁴⁷ Tschannen/Zimmerli/Müller, § 5, N 33.

⁴⁸ Friederich, in: Müller/Feller, 238, N 236.

2.2.3 Objekte der Aufsicht

Die gesamte öffentliche Tätigkeit der Gemeinden unterliegt der kantonalen Aufsicht⁴⁹. Die Aufsicht befasst sich mit der Organisation, der Rechtsetzung und der Rechtsanwendung der Gemeinden. Der Finanzhaushalt, die kommunale Planungs- und Bautätigkeit und die kommunalen Dienstleistungen beispielsweise in den Bereichen Abfall und Abwasser unterliegen der Aufsicht des Kantons. Massgebend ist die Gesetzgebung in den einzelnen Politikbereichen. Auch die interkommunale Zusammenarbeit und das Handeln der Gemeinden durch öffentlich-rechtliche Verträge unterliegen der Aufsicht des Kantons.

2.2.4 Präventive und repressive Aufsicht

Präventive Aufsicht dient der Vermeidung künftiger Rechtswidrigkeiten durch vorbeugende Massnahmen. Dazu gehört beispielsweise die Genehmigung von kommunalen Reglementen durch den Kanton⁵⁰. Zur präventiven Aufsicht gehören auch Informations- und Beratungsangebote des Kantons für die Gemeinden. Repressive Aufsicht sanktioniert begangene Rechtswidrigkeiten. Der nachträgliche Entzug der Genehmigung eines Gemeindeerlasses ist ein Mittel repressiver Aufsicht⁵¹. Auch die repressive Aufsicht zielt letztlich auf künftiges Handeln. Sie will eine gesetzeskonforme und ordnungsgemässe Verwaltung gewährleisten und damit gleichzeitig auch präventiv wirken.

2.2.5 Aufsichtsmittel

Das Gesetz stellt dem Kanton verschiedene Aufsichtsmittel über die Gemeinden zur Verfügung. Zu den direkten Aufsichtsmitteln gehören die informatorischen und die instruktiven Massnahmen⁵². Nach Art. 114 Abs. 2 des Gemeindegesetzes des Kantons Wallis vermittelt der Staat den öffentlich-rechtlichen Körperschaften im Rahmen seiner Möglichkeiten "Auskünfte, Ratschläge, Rechtsgutachten, Kurse in wichtigen Verwaltungsbereichen und anderes." Es handelt sich dabei um die informellen Mittel der "Beratung, Ermahnung und Belehrung⁵³." Möglich sind auch "Kontrollbesuche". Dabei geht es in erster Linie darum, gegenseitiges Verständnis und Vertrauen zu schaffen und Informationen auszutauschen⁵⁴.

Für einzelne Aufgabenbereiche sieht die Gesetzgebung besondere Aufsichtsmittel der zuständigen Fachstellen vor. Ausgeprägt ist die kantonale Gemeindeaufsicht vor allem im Bereich des Finanzhaushalts⁵⁵.

In verschiedenen Kantonen können die zuständigen kantonalen Stellen auf aufsichtsrechtliche Anzeige hin oder von Amtes wegen Untersuchungen anordnen⁵⁶.

Werden in einer Gemeinde Unregelmässigkeiten festgestellt, hat das zuständige Organ - in der Regel der Gemeinderat - die Angelegenheit abzuklären und die notwendigen Massnahmen zu veranlassen. Führen diese Massnahmen nicht zum Ziel, hat der Kanton einzuschreiten.

Zu den indirekten Aufsichtsmitteln gehört insbesondere die Aufsichtsbeschwerde. Im Kanton Wallis kann nach Art. 153 des Gemeindegesetzes kann jeder Interessierte "bei der Aufsichtsbehörde gegen eine Verwaltung oder ein Organ einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft eine

⁴⁹ Fraefel, 102.

⁵⁰ Vgl. Kapitel II, Ziff. 2.3.

⁵¹ Friederich, in: Müller/Feller, 238, N 238.

⁵² Fraefel, 103 f.

⁵³ Wichterich, Kommentar zu Art. 87 GG/BE, N 8.

⁵⁴ Wichterich, Kommentar zu Art. 87 GG/BE, N 9f.

⁵⁵ Friederich, in: Müller/Feller, 239, N 239.

⁵⁶ Vgl. im Kanton Bern Art. 88 GG/BE.

Aufsichtsbeschwerde einreichen". Der Beschwerdeführer hat Anspruch auf eine Antwort der Aufsichtsbehörde⁵⁷.

Andere indirekte Aufsichtsmittel können den finanziellen Bereich der Gemeinden betreffen. Diese erhalten bestimmte zweckgebundene oder nicht zweckgebundene Beiträge. Durch Ausrichtung, Beschränkung oder Entzug solcher Mittel können die Gemeinden im Rahmen der Gesetzgebung zu einem bestimmten Verhalten veranlasst werden⁵⁸.

2.3 Genehmigung kommunaler Erlasse

2.3.1 Grundsätze

Die Genehmigung ist ein Aufsichtsmittel, bei dem die Aufsichtsbehörde die Übereinstimmung des vorlegungspflichtigen Gemeindeaktes mit dem Aufsichtsmassstab feststellt und ihm Vollziehbarkeit verleiht⁵⁹. Solche kommunalen Akte werden in der Regel genehmigt, wenn sie rechtmässig und widerspruchsfrei sind⁶⁰. Das Genehmigungsverfahren ist in der Sache ein Verfahren der abstrakten Normenkontrolle. In verschiedenen Kantonen ist die Genehmigung bestimmter kommunaler Erlasse und Pläne vorgeschrieben⁶¹. Der kantonale Genehmigungsvorbehalt für bestimmte kommunale Erlasse will die Entstehung von allenfalls rechtswidrigen Gemeindeakten verhindern⁶².

2.3.2 Praxis im Kanton Wallis

Im Kanton Wallis müssen dem Staatsrat alle Reglemente - mit Ausnahme jener von rein interner Tragweite - und die Verleihung oder die Übertragung von Wasserkraftkonzessionen zur Genehmigung unterbreitet werden⁶³. Unter Vorbehalt gegenteiliger Vorschriften beschränkt sich die Aufsichtsbehörde im Kantons Wallis darauf zu prüfen, ob das unterbreitete Recht gesetzeskonform ist⁶⁴.

Die Reglemente werden einem verwaltungsinternen Vorprüfungsverfahren unterzogen. Die Reglemente werden der Dienststelle für innere und kommunale Angelegenheiten zugestellt. Diese Dienststelle leitet Reglementsentwürfe, welche das Bauwesen und die Zonenplanung betreffen, an die Dienststelle für Raumentwicklung weiter. Diese Dienststelle konsultiert weitere betroffene Stellen und erstellt anschliessend einen Synthesebericht, welchen sie der Dienststelle für innere und kommunale Angelegenheiten (DIKA) unterbreitet⁶⁵. Wenn die Dienststelle für innere und kommunale Angelegenheiten gestützt auf das verwaltungsinterne Konsultationsverfahren zum Schluss kommt, dass ein Reglement nicht genehmigungsfähig ist, gibt sie der Gemeinde Gelegenheit zur Stellungnahme. Diese kann den Entwurf noch anpassen oder an der ursprünglichen Formulierung festhalten. Wenn die Gemeinde am ursprünglichen Entwurf festhält, riskiert sie, dass die Dienststelle für innere und kommunale Angelegenheiten den Reglementsentwurf dem Staatsrat mit einem ablehnenden Antrag zum Entscheid vorlegt.

Die Genehmigung kommunaler Reglemente durch den Staatsrat hat im Kanton Wallis eine lange Tradition. Paul de Courten schrieb in seiner Dissertation im Jahre 1929 Folgendes:

⁵⁷ Art. 153 Abs. 2 GG.

⁵⁸ Fraefel, 107f.

⁵⁹ Fraefel, 108.

⁶⁰ Wichtermann, Kommentar zu Art. 56 Abs. 2 GG/BE, N 7.

⁶¹ Jaag/Rüssli, 231 N 2813ff.; Wichtermann, Kommentar zu Art. 55 GG/BE, N 1ff.

⁶² Fraefel, 110.

⁶³ Art. 146 GG.

⁶⁴ Art. 147 GG.

⁶⁵ Rapport Chevrier, 9.

"La commune cependant ne peut édicter ses règlements que dans les limites de la Constitution et des lois; si elle dépasse ses limites, elle empiète sur l'activité de l'Etat. (...) Si un règlement apparaît défectueux à l'Etat, il sera renvoyé pour être mis au point; lorsque les dispositions en sont contraires à la loi, elles sont nulles. Même après avoir donné son approbation, l'Etat est autorisé à la retirer⁶⁶".

2.3.3 Vorprüfung

Verschiedene Kantone sehen bereits eine Vorprüfung kommunaler Akte vor⁶⁷. Im Kanton Bern unterliegt das Organisationsreglement der Gemeinde der obligatorischen Vorprüfung durch die zuständige kantonale Behörde. Andere Erlasse, die nicht der Genehmigung unterliegen, können der zuständigen kantonalen Stelle freiwillig zur Vorprüfung unterbreitet werden⁶⁸.

2.3.4 Genehmigungspflicht für bestimmte Erlasse

Im Kanton Zürich unterliegen beispielsweise Gemeindeordnungen, Raumpläne, Bau- und Zonenordnungen sowie Gründungsverträge von Zweckverbänden und interkommunalen Anstalten der Genehmigung⁶⁹. Im Kanton Bern unterliegen nach dem Gemeindegesetz nur noch die Organisationsreglemente aller gemeinderechtlichen Körperschaften der obligatorischen Genehmigungspflicht. Andere Reglemente unterliegen der Genehmigung durch die zuständige kantonale Stelle, soweit besondere Bestimmungen dies vorsehen⁷⁰. Beibehalten wurde die Genehmigungspflicht beispielsweise für kommunale Vorschriften im Bau- und Planungsbereich. Darunter sind einerseits die baurechtliche Grundordnung und andererseits die kommunalen Überbauungsordnungen zu verstehen. Diese Vorschriften und Pläne sind von derart weitreichender Tragweite, dass eine kantonale Genehmigung angezeigt ist⁷¹. Dies entspricht auch dem Bundesrecht, welches vorschreibt, dass die Nutzungspläne durch eine kantonale Behörde zu genehmigen sind⁷².

2.3.5 Wirkung der Genehmigung

In der Regel hat die Genehmigung konstitutiven Charakter, d.h. sie ist Gültigkeitserfordernis⁷³. Die Genehmigung bedeutet lediglich, "dass im Zeitpunkt der Prüfung und Genehmigungserteilung keine Rechtswidrigkeit des vorgelegten Aktes festgestellt worden ist"⁷⁴. Die Genehmigung heilt rechtliche Mängel nicht. Eine rechtswidrige Vorschrift bleibt demnach im Anwendungsfall auch nach erfolgter Genehmigung auf ihre Rechtmässigkeit hin überprüfbar⁷⁵. Deshalb können ein genehmigter Erlass oder einzelne Bestimmungen des Erlasses in einem späteren Beschwerdeverfahren auf ihre Übereinstimmung mit zwingendem eidgenössischem oder kantonalem Recht überprüft werden⁷⁶.

⁶⁶ de Courten, 132.

⁶⁷ Art. 55 GG/BE; Jaag/Rüssli, 232 N 2813a.

⁶⁸ Wichter mann, Kommentar zu Art. 55 GG/BE, N 1 und 10.

⁶⁹ Jaag/Rüssli 231 f. N 2813.

⁷⁰ Wichter mann; Kommentar zu Art. 57 GG/BE, N 1.

⁷¹ Wichter mann, Kommentar zu Art. 57 GG/BE, N 1; Zaugg/Ludwig, Band II, Art. 61/61a BauG N 1ff.

⁷² Art. 26 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung, RPG, SR 700.

⁷³ Häfelin/Müller/Uhlmann, N 1954.

⁷⁴ Fraefel, 113.

⁷⁵ Wichter mann, Kommentar zu Art. 56 GG/BE, N 9.

⁷⁶ Fraefel, 113.

Die einmal erteilte Genehmigung hat keine unabänderliche Wirkung. Sie kann später ganz oder teilweise zurückgenommen werden⁷⁷.

Entdeckt die Genehmigungsbehörde nachträglich, dass eine bestimmte Vorschrift nicht hätte genehmigt werden dürfen oder dass sie später in Widerspruch zu übergeordnetem Recht geraten ist, so kann sie dieser Bestimmung die Genehmigung wieder entziehen⁷⁸.

Der genehmigte Erlass bleibt ein solcher des kommunalen Rechts⁷⁹. Im Verhältnis zwischen Kanton und Gemeinde ist in der Regel auf eine konstitutive Wirkung der Genehmigung zu schliessen⁸⁰.

2.4 Intensität der Aufsicht

2.4.1 Gesetzmässigkeit

Bei der Ausübung der Aufsicht gelten die Grundsätze der Gesetzmässigkeit, der Verhältnismässigkeit und der Subsidiarität. Zur Gesetzmässigkeit: Das Gesetz bestimmt, ob der Kanton kommunale Reglemente nur darauf hin überprüft, ob diese gesetzeskonform sind, oder ob sich die Aufsicht auch auf die Zweckmässigkeit erstreckt⁸¹. Im Kanton Bern schreibt das Baugesetz vor, dass Richtpläne und Nutzungspläne auf ihre Rechtmässigkeit und auf ihre Zweckmässigkeit geprüft werden⁸². Mit der Prüfung der Zweckmässigkeit wird nach bernischer Praxis festgestellt, ob die Vorschriften und Pläne geeignet sind, die erwünschte Entwicklung herbeizuführen, und ob sie unter sich und mit den übrigen Planungen abgestimmt sind⁸³. Die Beurteilung der Zweckmässigkeit ist allerdings vorab Sache des planenden Gemeinwesens, nicht der Genehmigungsinstanz. Diese soll nicht "ohne Not" in die autonomen Befugnisse der Planungsbehörde eingreifen. In diesem Sinne bestimmt das Gesetz, dass die Gemeinden im Rahmen ihrer Autonomie entscheiden, welche von mehreren gesetzmässigen und zweckmässigen Lösungen zu wählen ist⁸⁴. Nur wenn die zu genehmigende Planung sachlich nicht vertretbar ist oder wenn sie übergeordnete Interessen in einer nicht anzunehmenden Weise missachtet, hat die Genehmigungsbehörde korrigierend einzugreifen⁸⁵.

Die hier entwickelten Grundsätze sind auch Konkretisierungen des Verhältnismässigkeitsprinzips und des Subsidiaritätsprinzips.

2.4.2 Verhältnismässigkeit

Das Gebot zu angemessenem, massvollem Handeln ist eine anerkannte staatspolitische Maxime. Sie lässt sich bis in die Antike zurückverfolgen⁸⁶. Aufgabe des Verhältnismässigkeitsprinzips ist es primär, den Einzelnen vor übermässigen Eingriffen des Staates zu schützen. Es soll nicht mit Kanonen auf Spatzen geschossen werden. Eine staatliche Massnahme muss geeignet sein, das angestrebte Ziel zu erreichen (Eignung), die Massnahme darf nicht weiter gehen, als dies zur Erreichung des Ziels notwendig ist (Erforderlichkeit) und die Massnahme muss in einem

⁷⁷ Fraefel, 113.

⁷⁸ Wichtermann, Kommentar zu Art. 56 GG/BE, N 10, mit einem Hinweis auf Art. 42 der bernischen Gemeindeverordnung.

⁷⁹ Fraefel, 114.

⁸⁰ Fraefel, 114.

⁸¹ Art. 147 GG.

⁸² Art. 61 Abs. 1 BauG/BE.

⁸³ Zaugg/Ludwig, Band II, Kommentar zu Art. 61/61a BauG N 2.

⁸⁴ Zaugg/Ludwig, Band II, Kommentar zu Art. 61/61a BauG N 12.

⁸⁵ BGE 116 Ia 227; Zaugg/Ludwig, Band II, Kommentar zu Art. 61/61a BauG, N 12.

⁸⁶ Schindler, Kommentar zu Art. 5 BV, N 47.

vernünftigen Verhältnis zum angestrebten Ziel stehen (Zumutbarkeit)⁸⁷. Die Trias "Eignung, Erforderlichkeit, Zumutbarkeit" wurde für typische Konstellationen der Eingriffsverwaltung entwickelt⁸⁸. Die Kantone haben das Verhältnismässigkeitsprinzip allerdings auch zu beachten, wenn sie ihr Verhältnis zu öffentlich-rechtlichen Körperschaften regeln. Die Frage, welche gesetzgeberische Lösung den Verhältnissen angemessen ist, ist primär eine politische Wertungsfrage⁸⁹. In erster Linie sind Regierung und Verwaltung dazu berufen, dem Verhältnismässigkeitsprinzip im Einzelfall konkreten Gehalt zu verleihen⁹⁰. Bei der Aufsicht der Kantone über die Gemeinden ist eine Lösung angemessen, die den Aspekten der Gemeindeautonomie Rechnung trägt. Dabei verfügt die kantonale Regierung über einen erheblichen Ermessensspielraum bezüglich des Zeitpunkts und der Art der Intervention. Am Anfang wird die Beratung der Gemeinden durch kantonale Stellen stehen. In einer nächsten Phase kann ein formelles Schreiben des zuständigen Departements eingesetzt werden. Dabei ist zu beachten, dass der Gemeinde Gelegenheit gegeben werden soll, ihr Fehlverhalten selbst zu korrigieren. In einer nächsten Phase kann die kantonale Regierung den Gemeinderat der betroffenen Gemeinde zu einer Aussprache einladen. Bleibt diese Massnahme erfolglos, wird eine formelle schriftliche Mahnung folgen. Das Gesetz kann weitere Sanktionen oder die Zwangsverwaltung vorsehen. Nach dem Gemeindegesetz des Kantons Wallis kann der Staatsrat auf Kosten der Gemeinde die nötigen Massnahmen treffen, wenn eine Gemeinde die von einem Gesetz zwingend vorgeschriebene Handlung nach wenigstens einer Mahnung nicht vornimmt⁹¹. Nach vorausgegangener Untersuchung und Verwarnung ist auch die Zwangsverwaltung einer Gemeinde möglich⁹².

2.4.3 Subsidiarität

Bei der Zuweisung staatlicher Aufgaben haben Bund und Kantone den Grundsatz der Subsidiarität zu beachten⁹³. Art. 5a BV gilt als Leitsatz nach Wortlaut, Systematik und Finalität auch für die Gemeinden. Das Prinzip ist demnach auch von den Kantonen zu beachten⁹⁴. Mit der Ausdehnung des Subsidiaritätsprinzips auf das Verhältnis der Kantone zu den Gemeinden wird dem Grundsatzbekenntnis von Art. 50 Abs. 1 BV zur Gemeindeautonomie Nachachtung verschafft. Ihr Umfang wird inhaltlich etwas konkretisiert⁹⁵. Der Grundsatz der Subsidiarität ist auch bei den Anforderungen, die an die Aufsicht der Kantone über die Gemeinden zu stellen sind, zu berücksichtigen. Die Gemeinden sind für die Erfüllung ihrer Aufgabe primär selbst verantwortlich. Allfällige Fehler sollen sie in erster Linie mit eigenen Massnahmen beheben. Aufsichtsmaßnahmen haben demzufolge subsidiären Charakter⁹⁶.

2.5 Aufsicht nach Bundesrecht

Wichtige Gesichtspunkte zur Intensität der Aufsicht lassen sich auch dem Bundesrecht entnehmen.

⁸⁷ Schindler, Kommentar zu Art. 5 BV, N 48; Meyer, Gutachten Finanzaufsicht, 11.

⁸⁸ Schindler, Kommentar zu Art. 5 BV, N 50. Les trois maximes de la proportionnalité: Moor/Flückiger/Martenet, 814ff.

⁸⁹ Schindler, Kommentar zu Art. 5 BV, N 51.

⁹⁰ Schindler, Kommentar zu Art. 5 BV, N 51.

⁹¹ Art. 150 GG.

⁹² Art. 151 GG.

⁹³ Schweizer/Müller, St. Galler Kommentar zu Art. 5a BV, N 18.

⁹⁴ Schweizer/Müller, St. Galler Kommentar zu Art. 5a BV, N 12.

⁹⁵ Schweizer/Müller, St. Galler Kommentar zu Art. 5a BV, N 13.

⁹⁶ Fritzsche/Bösch/Wipf, 461.

Unter Bundesaufsicht ist die Gesamtheit der Vorkehrungen zu verstehen, mit denen der Bund sicherstellt, dass die Kantone bei der Erfüllung ihrer Aufgaben das Bundesrecht einhalten. Die Bundesaufsicht ist Verbandsaufsicht, nicht Dienstaufsicht⁹⁷. Soweit die Kantone sich im Bereich ihrer subsidiären Generalkompetenz bewegen und autonom bestimmte Aufgaben wahrnehmen, "soll die Bundesaufsicht sicherstellen, dass die Kantone die Schranken ihres Zuständigkeitsbereichs wahren"⁹⁸. Bundesaufsicht im delegierten Wirkungskreis soll gewährleisten, dass die Kantone die übertragenen Aufgaben richtig erfüllen⁹⁹. Im autonomen Wirkungskreis der Kantone beschränkt sich die Bundesaufsicht auf eine Rechtskontrolle. Im delegierten Wirkungskreis muss sich eine allfällige Angemessenheitskontrolle "mit hinreichender Deutlichkeit" aus den Bundeserlassen ergeben¹⁰⁰. Auch bei der Bundesaufsicht gilt der Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Pierre Tschannen hält dazu Folgendes fest: "So ist es ein Gebot der staatspolitischen Vernunft, das symbolträchtige Instrumentarium der Bundesaufsicht nicht schon bei geringfügigen Verfehlungen der Kantone einzusetzen. Sind Aufsichtsmaßnahmen unabwendbar, so soll dem Kanton zunächst Gelegenheit zur Selbstberichtigung gegeben werden"¹⁰¹.

Nach Art. 8 Abs. 3 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes¹⁰² übt der Bundesrat die "ständige und systematische Aufsicht über die Bundesverwaltung aus." Es handelt sich hier um eine Dienstaufsicht, an die höhere Anforderungen zu stellen ist an die Verbandsaufsicht, die im Verhältnis zwischen dem Kanton und den Gemeinden gilt. Trotzdem hält der Bundesrat richtigerweise Folgendes fest: "Der Bundesrat konzentriert seine verwaltungsleitende Aufsicht vor allem auf die obersten Verwaltungsmitglieder und auf bedeutende Situationen. Die eigentlichen Controlling-Instrumente müssen auf Departementsstufe geschaffen werden, und der Bundesrat muss sicherstellen, dass das Departementscontrolling funktioniert (...). Eine umfassende Kontrolle durch den Bundesrat als Kollegium wäre im Übrigen weder mit vertretbarem Aufwand institutionalisierbar, noch überhaupt wünschbar. Es darf auch nicht übersehen werden, dass übertriebene Kontrollen letztlich eine Organisation zu lähmen vermögen"¹⁰³.

2.6 Neues Recht im Kanton Luzern

Wie intensiv soll die Aufsicht des Kantons über die Gemeinden sein? Es gelten die oben erwähnten Grundsätze der Gesetzmässigkeit, der Verhältnismässigkeit und der Subsidiarität. Im Zusammenhang mit der wirkungsorientierten Verwaltungsführung haben die Kantone zum Teil neue Wege beschritten. Das Aufsichtsorgan prüft lediglich, ob die Gemeinden ein den Mindestanforderungen entsprechendes Controlling-System haben und ob sie dieses richtig anwenden¹⁰⁴. Das gilt zum Beispiel für den Kanton Luzern. Nach § 73 Abs. 2 der Luzerner Verfassung richtet der Kanton "dezentral organisierte Aufsichtsbehörden ein, welche die Gemeinden unter Respektierung ihres Gestaltungsfreiraumes unterstützen. Das Gesetz regelt die aufsichtsrechtlichen Massnahmen"¹⁰⁵. Die Intensität der kantonalen Aufsicht hat sich nach den konkreten Verhältnissen zu richten. Bei Gemeinden von hinreichender Grösse, die über eine professionelle Verwaltung und über gefestigte Controllingprozesse verfügen, sind keine flächendeckenden

⁹⁷ Tschannen, Staatsrecht, § 26, N 1.

⁹⁸ Tschannen, Staatsrecht, § 26, N 2.

⁹⁹ Tschannen, Staatsrecht, § 26, N 2.

¹⁰⁰ Tschannen, Staatsrecht, § 26, N 5.

¹⁰¹ Tschannen, Staatsrecht, § 26, N 13.

¹⁰² Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997, RVOG, SR 172.010.

¹⁰³ BBl 1997 III 103; Sägesser, Kommentar zu Art. 8 RVOG, N 42.

¹⁰⁴ Auer, Staatsrecht, 450.

¹⁰⁵ Verfassung des Kantons Luzern vom 17. Juni 2007, SR 131.213.

Aufsichtsmassnahmen erforderlich. Der Regierungsrat des Kantons Luzern hat sich im Jahr 2012 in der Botschaft zu Verfassungs- und Gesetzesentwürfen betreffend die Aufsicht über die Gemeinden wie folgt geäussert: "Als Ausgangslage für die Neuordnung der Aufsicht ist festzuhalten, dass die Gemeindeordnungen, die gestützt auf das Gemeindegesetz von 2004 erlassen wurden, eingeführt, die Gemeindeorganisationen gefestigt und die Controllingprozesse in den Einwohnergemeinden mehrheitlich entwickelt sind. Die Organisation der kantonalen Aufsichtsbehörden hat dieser Entwicklung der letzten Jahre Rechnung zu tragen. Die allgemeine Aufsicht des Kantons soll auf demokratische und rechtsstaatliche korrekte Verfahren konzentriert sein. Diese Aufsicht soll grundsätzlich keine begleitende, rollende Aufsicht sein, sondern anlassbezogen. Sie soll schwergewichtig auf Eingaben oder Beschwerden hin zum Einsatz kommen¹⁰⁶".

Für den Kanton Zürich halten Tobias Jaag und Markus Rüssli fest, das Einschreiten der Aufsichtsbehörden mit repressiven Massnahmen sei "nur dann gerechtfertigt, wenn die Gemeindebehörden nicht selbst willens und in der Lage sind, den rechtmässigen Zustand herzustellen; aufsichtsrechtliches Einschreiten ist insofern subsidiär gegenüber Massnahmen der Behörden der betroffenen Gemeinde¹⁰⁷".

2.7 Oberaufsicht und Aufsicht

2.7.1 Oberaufsicht des Parlaments

Mit der Formulierung "Oberaufsicht...über den Bundesrat und die Bundesverwaltung" bezeichnet Art. 169 Abs. 1 BV die Gesamtheit jener Kompetenzen, welche eine politische Kontrolle des Parlaments über Regierung und Verwaltung ermöglichen. Oberaufsicht ist also nicht gleichzusetzen mit Einseitigkeit und Überordnung¹⁰⁸. Vielmehr ist sie eingebettet in den Kontext grundsätzlich gleichgeordneter Staatsorgane, die sich kraft ihrer je eigenen Stammfunktion mit gleichem Recht am politischen Prozess beteiligen und die daher auf lange Sicht miteinander auskommen müssen. Bei der Oberaufsicht des Parlaments ist eine "stufengerechte Zurückhaltung" angezeigt¹⁰⁹. Die Oberaufsicht hat zwei Funktionen: Einerseits zwingt sie die Regierung zur öffentlich wahrnehmbaren Rechenschaftsablage, andererseits soll sie das Vertrauen in die Regierung erhalten und stärken¹¹⁰. Die Oberaufsicht ist im Parlamentsgesetz geregelt. Nach Art. 26 Abs. 3 des Parlamentsgesetzes übt die Bundesversammlung die Oberaufsicht nach den Kriterien der Rechtmässigkeit, Ordnungsmässigkeit, Zweckmässigkeit, Wirksamkeit und Wirtschaftlichkeit aus¹¹¹. Die Oberaufsicht umfasst nicht die Befugnis, Entscheide aufzuheben oder zu ändern¹¹². Die parlamentarische Rechtmässigkeitskontrolle unterliegt gewissen Zurückhaltungspflichten: Nicht Gegenstand der parlamentarischen Rechtmässigkeitskontrolle "sind eine systematische Überprüfung von Entscheiden der Regierung oder von Verwaltungsstellen oder die Auslegung von Rechtssätzen¹¹³".

¹⁰⁶ Botschaft des Regierungsrates des Kantons Luzern an den Kantonsrat zu Entwürfen von Verfassungs- und Gesetzesänderungen betreffend die Aufsicht über die Gemeinden vom 4. Dezember 2012, 19.

¹⁰⁷ Jaag/Rüssli, 232f., N 2818.

¹⁰⁸ Tschannen, Staatsrecht, § 35, N 8.

¹⁰⁹ Müller/Vogel, 660; Meyer, Gutachten Finanzaufsicht, 9.

¹¹⁰ Tschannen, Staatsrecht, § 35, N 8; Kiener, in: Staatsrecht, § 18, N 41.

¹¹¹ Art. 26 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 13. Dezember 2002 über die Bundesversammlung, ParlG, SR 171.10. Zu den "contours de la haute surveillance": Moor/Flückiger/Martenet, 511f.

¹¹² Art. 26 Abs. 4 ParlG, SR 171.10.

¹¹³ Sägesser, in: Parlamentsrecht, Art. 26, N 37.

2.7.2 Oberaufsicht des Parlaments im Kantons Wallis

Nach der Verfassung des Kantons Wallis hat der Grosse Rat die Oberaufsicht über den Staatsrat¹¹⁴. Er kann von der ausführenden Gewalt jederzeit "Rechenschaft über eine Handlung ihrer Verwaltung verlangen¹¹⁵".

Nach Art. 25 des Organisationsgesetzes¹¹⁶ ernennt der Grosse Rat zu Beginn jeder Legislaturperiode die ständigen Oberaufsichtskommissionen für die Justiz, die Geschäftsführung und die Finanzen. Art. 130 des Organisationsgesetzes regelt die Ausübung der Oberaufsicht durch die Geschäftsprüfungs- und durch die Finanzkommission. Art. 130 Abs. 3 des Organisationsgesetzes legt fest, dass die Verfügungen und Entscheide der Behörden oder Dienststellen weder durch den Grossen Rat noch durch die Geschäftsprüfungskommission aufgehoben oder abgeändert werden können. Die Oberaufsicht des Parlaments über die Regierung und die Justiz ist demnach im Kanton Wallis nach denselben Grundsätzen organisiert, die auch im Bund und in andern Kantonen gelten. Diese Oberaufsicht unterscheidet sich in wesentlichen Punkten von der "Oberaufsicht", die dem Staatsrat im Baurecht gegenüber den Gemeinden zukommt.

2.7.3 Oberaufsicht des Staatsrats

Normalerweise wird in der Terminologie zwischen der Oberaufsicht des Parlaments und der Aufsicht des Staatsrats unterschieden. Innerhalb der Zuständigkeit des Staatsrats findet eine weitere Differenzierung statt. Gegenüber der Zentralverwaltung verfügt er über die Dienstaufsicht, gegenüber den Gemeinden über die Organisations- oder Verbandsaufsicht. Die Verbandsaufsicht ist weniger intensiv. Sie wahrt die Distanz zur kontrollierten Körperschaft und respektiert deren eigene Verantwortung und deren Spielräume, solange ihr Verhalten gesetzeskonform bleibt. Der kantonale Gesetzgeber hat im Baugesetz zusätzlich die Rechtsfigur der "Oberaufsicht des Staatsrats" eingeführt. Damit ist die Aufsicht über andere Aufsichtsinstanzen gemeint¹¹⁷.

2.8 Ombudsstellen

2.8.1 Grundlagen

Es hat sich gezeigt, dass Aufsichtsbeschwerden von Bürgerinnen und Bürgern, die sich an übergeordnete Stellen innerhalb des staatlichen Systems richten, häufig nicht zum Ziel führen. Dasselbe gilt für Beschwerden, die bei parlamentarischen Instanzen eingereicht werden. Diesem Umstand soll mit einer verwaltungsexternen Ombudsstelle Rechnung getragen werden. Verschiedene Kantone und Gemeinden haben verwaltungsexterne Beratungs- und Vermittlungsstellen geschaffen, an die sich Bürgerinnen und Bürger wenden können, die sich ungerecht behandelt fühlen oder die auf Missstände stossen. Ombudsstellen werden von unabhängigen Vertrauenspersonen geleitet, die Beschwerden aus der Bevölkerung gegen Dienststellen der Ver-

¹¹⁴ Art. 40 Abs. 1 KV/VS.

¹¹⁵ Art. 40 Abs. 2 KV/VS.

¹¹⁶ GORBG, VS-SR 171.1.

¹¹⁷ Kapitel II, Ziff. 3.3.1. Nach Art. 228 des Strassengesetzes vom 3. 9. 1965 sind auch die öffentlichen Verkehrswege der "Oberaufsicht" des Staatsrates unterstellt: VS-SR 725.1.

waltung entgegennehmen, zwischen den Parteien vermitteln und Lösungen suchen. Ombudsstellen gibt es in fünf Kantonen und in verschiedenen Städten und Gemeinden¹¹⁸.

2.8.2 Rolle der Ombudsstellen

Ombudsstellen handeln ausserhalb formeller Verwaltungsverfahren. Anders als im Rekursverfahren oder bei Beschwerden an ein Gericht braucht es keine Verfügung als Anfechtungsobjekt, wenn sich eine Person an eine Ombudsstelle wenden will. Die Ombudsstelle hat den Sachverhalt von Amtes wegen zu untersuchen. Sie kann Auskunftspersonen befragen. Das Verfahren und die Handlungsmöglichkeiten der Ombudsstellen werden im Gesetz geregelt. Stellvertretend für andere vergleichbare Lösungen wird hier kurz die Rolle der Ombudsperson im Kanton Zürich vorgestellt¹¹⁹. Diese kann

- dem Beschwerdeführer einen Rat zum weiteren Vorgehen geben;
- die Angelegenheit mit den Behörden, deren Handeln oder Unterlassen Gegenstand des Verfahrens bildet, besprechen und auch einen Meinungs austausch durchführen.

Die Ombudsperson kann keine Weisungen erteilen. Sie ist vermittelnd tätig. Das Verfahren ist unentgeltlich. Die Ombudsperson und ihr Personal sind an das Amtsgeheimnis gebunden.

3. Die Baugesetzgebung

3.1 Zuständigkeiten im Kanton Wallis

Der Gemeinderat ist nach dem Baugesetz vom 7. Februar 1996 zuständig für Bauvorhaben innerhalb der Bauzonen, sowie der Maisensäss-, Weiler- und Erhaltungszonen¹²⁰. Das Gesetz legt im Einzelnen fest, welche Zonen als Bauzonen gelten. Zuständig für Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen ist die Kantonale Baukommission. Es handelt sich namentlich um Bauvorhaben, die eine Ausnahmegewilligung im Sinne von Art. 24 des eidgenössischen Raumplanungsgesetzes¹²¹ und von Art. 31 des Baugesetzes beanspruchen, aber auch um die Schutzzonen, die Landwirtschaftszonen und die Zonen für Materialabbau und Deponien.

Nach Art. 2 des neuen Baugesetzes, das vom Grossen Rat am 15. Dezember 2016 beschlossen worden ist, ist die Kantonale Baukommission (KBK) auch zuständig für Bauvorhaben in Zonen mit landschaftsprägend geschützten Bauten wie Maisensässzonen. Die KBK ist zudem neu generell zuständig für Bauvorhaben, bei denen sich die Gemeinde in einem Interessenkonflikt befindet.

Im früheren Recht galten noch andere Zuständigkeiten. Nach dem Baubewilligungsdekret¹²² aus dem Jahre 1992 erteilte grundsätzlich eine kantonale Instanz die Baubewilligungen. Nach Art. 57 Abs. 2 Buchstabe c des Baugesetzes vom 8. Februar 1996 wurde das Baubewilligungsdekret aufgehoben. Seither sind die Gemeinden in den vom Baugesetz bestimmten Fällen zuständig für die Erteilung von Baubewilligungen.

¹¹⁸ Vgl. die Übersicht bei <www.ombudsstellen-schweiz.ch>, besucht am 11.2.2017.

¹¹⁹ Jaag/Rüssli, N 1805ff.

¹²⁰ Art. 2 BauG.

¹²¹ Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung, RPG, SR 700.

¹²² Dekret vom 31. Januar 1992 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret).

3.2. Koordination

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung und das Raumplanungsgesetz des Bundes schreiben vor, dass mehrere Bewilligungsverfahren für die Errichtung einer Baute oder Anlage miteinander koordiniert werden müssen¹²³. Im Kanton Wallis werden diese Fragen im Baugesetz geregelt. Benötigt eine Baute oder eine Anlage Entscheide, die in enger Beziehung zur Baubewilligung stehen und die von verschiedenen Behörden zu erlassen sind, sind diese Entscheide im Baubewilligungsverfahren materiell und formell zu koordinieren¹²⁴. Die Rechtsprechung hat in den letzten Jahren ein grosses Gewicht auf die Koordination im Bewilligungsverfahren gelegt¹²⁵. Gemäss der Gesetzgebung über die Zweitwohnungen müssen die Gemeinden, die in Bauzone für die Baubewilligungen zuständig sind, gegebenenfalls auch die Bewilligung für die Nutzung eines Objekts als Zweitwohnung erteilen. Die Nutzung bildet Teil der Baubewilligung¹²⁶.

Andere Bewilligungen, die in engem Zusammenhang mit dem Leitverfahren stehen, können hinzukommen. Den in der Bauzone für die Baubewilligungen zuständigen kommunalen Behörden kommt daher in komplexen Verfahren eine sehr grosse Verantwortung zu.

3.3. Oberaufsicht über die Baupolizei

3.3.1 Regelung im Kanton Wallis

Art. 49 Abs. 2 des Baugesetzes lautet wie folgt: "Der Staatsrat übt die Oberaufsicht über die Baupolizei aus. Er handelt durch das zuständige Departement." Das kantonale Recht enthält keine präzisierenden Hinweise zur Oberaufsicht oder gar eine Definition des Begriffs "Oberaufsicht des Staatsrats"¹²⁷. Es muss daher auf dem Weg der Auslegung ermittelt werden, welche Bedeutung dem Begriff zukommt. Bei der Auslegung handelt es sich um einen schöpferischen Argumentationsprozess, in dessen Rahmen das Programm einer Rechtsnorm konkretisiert, vervollständigt oder ergänzt wird. Bei der Auslegung geht es darum, unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente eine vernünftige, praktikable Problemlösung zu finden¹²⁸. Das grammatikalische, das systematische und auch teleologische Auslegungselement führen zum Schluss, dass mit der "Oberaufsicht des Staatsrats" keine direkte Aufsicht, sondern eine Aufsicht über andere Aufsichtsträger gemeint ist. Das historische Element führt zu keinem andern Schluss. Mit der Oberaufsicht wird dem Staatsrat im Baurecht im Verhältnis zu den Gemeinden eine Kontrollfunktion aus übergeordneter Perspektive zugewiesen. Mit dieser Formulierung soll zum Ausdruck gebracht werden, dass der Staatsrat die Aufsichtsinstanzen, nämlich die Baubewilligungsbehörden, die für die baupolizeilichen Aufgaben zuständig sind, beaufsichtigen soll.

Die Baubewilligungsbehörden sind auch die Baupolizeibehörden. Das Baubewilligungsverfahren und die Baupolizei bezwecken die Durchsetzung des Baurechts und die Wahrung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit im Bauwesen¹²⁹. Mit dem Begriff "Oberaufsicht" soll gezeigt werden, dass der Staatsrat die Ausführung der Bauvorhaben nicht unmittelbar beaufsichtigt. Er nimmt keine direkten baupolizeilichen Aufgaben wahr. Die Aufgaben der Baupolizei haben die Baubewilligungsbehörden zu übernehmen - die Gemeinden und im Zuständigkeitsbereich der

¹²³ BGE 116 Ib 50ff.; Art. 25a des Bundesgesetzes vom 2. Juni 1979 über die Raumplanung, RPG, SR 700; Jaag/Rüssli N 4434.

¹²⁴ Art. 16 BauG.

¹²⁵ Zufferey, 10, Ziffer 6.

¹²⁶ Art. 3 des Zweitwohnungsdekrets, VS-SR 702.101; Anhörung von Herrn Martin Zurwerra, 22. September 2016.

¹²⁷ Zufferey, 7.

¹²⁸ Tschannen, Staatsrecht, §4, N 1, 17ff.

¹²⁹ Art. 33 Abs. 1 BauG.

Kantonale Baukommission das Bausekretariat¹³⁰. Nach Art. 28 Abs. 1 Buchstabe d der Bauverordnung erfüllt das kantonale Bausekretariat die Aufgaben der Baupolizei. Der Staatsrat hat eine gewisse Distanz zu den Baubewilligungsbehörden zu wahren: Die Gemeinden unterstehen auch im Baurecht nur der Verbandsaufsicht und auch die Kantonale Baukommission ist nicht eine "normale" Einheit innerhalb der Kantonsverwaltung. Sie hat vielmehr gesetzlich festgelegte eigene Kompetenzen - sie ist gemäss Art. 27 der Bauverordnung ein "unabhängiges Organ" und hat in dieser Hinsicht keine Weisungen des Staatsrats entgegenzunehmen.

Das Baugesetz des Kantons Wallis legt fest, dass der Staatsrat im Rahmen der "Oberaufsicht" einzuschreiten hat, wenn eine Baupolizeibehörde ihre Pflichten vernachlässigt¹³¹. Nach der Rechtslage im Kanton Wallis müssen zwei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein, damit der Staatsrat im Baubereich aufsichtsrechtliche Massnahmen ergreifen kann:

- a. Die Baupolizeibehörden vernachlässigen ihre baupolizeilichen Pflichten oder sie sind nicht in der Lage, ihren Pflichten nachzukommen;
- b. durch diese Situation sind öffentliche Interessen gefährdet¹³².

Der Staatsrat setzt - wenn diese beiden Voraussetzungen erfüllt sind - den säumigen Behörden eine Frist zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Pflichten¹³³. Dem Staatsrat stehen insbesondere die folgenden Befugnisse zu:

- a. Er entscheidet im Zweifelsfall, ob ein Bauvorhaben einer Baubewilligung bedarf;
- b. Er erlässt nötigenfalls Baueinstellungsverfügungen und sorgt für deren Einhaltung;
- c. Er kann die Mitarbeit der Kantonspolizei verlangen¹³⁴.

Die Verantwortung für die Baupolizei liegt bei der zuständigen Baubewilligungsbehörde bzw. beim kantonalen Bausekretariat. Bei der Oberaufsicht des Staatsrates geht es um die "Aufsicht über die Aufsicht". Es können die im Baugesetz¹³⁵ erwähnten und in der Bauverordnung¹³⁶ präzisierten Massnahmen getroffen werden.

Das rechtliche Instrumentarium zur Oberaufsicht ist eigentlich auf Fälle zugeschnitten, in denen der Bauherr bei der Ausführung des Bauvorhabens gegen die in der Baubewilligung enthaltenen Eckwerte verstösst und die Baupolizeibehörde nicht einschreitet. Für die Oberaufsichtsbehörde schwer erkennbar sind demgegenüber jene Fälle, in denen der Bauherr die Vorgaben der Baubewilligung respektiert, diese Baubewilligung jedoch im Widerspruch zum übergeordneten Recht steht, was die Baupolizeibehörde, welche die Baubewilligung erteilt hat, toleriert.

Der Staatsrat kann intervenieren. Er kann Weisungen erteilen und seine Vorgaben unmittelbar durchsetzen. Darin liegt der wichtige Unterschied zur parlamentarischen Oberaufsicht, in deren Rahmen keine Verfügungen oder Entscheide aufgehoben werden können.

Es ist ferner zu berücksichtigen, dass Bauentscheide mit Beschwerde beim Staatsrat angefochten werden können¹³⁷. Die Stellung des Staatsrats als Verwaltungsjustizbehörde im Baubewilli-

¹³⁰ Art. 49 Abs. 1 BauG.

¹³¹ Art. 53 Abs. 4 BauG.

¹³² Art. 60 Abs. 1 BauV.

¹³³ Art. 60 Abs. 2 BauV.

¹³⁴ Art. 60 Abs. 3 BauV.

¹³⁵ Art. 53 Abs. 4 BauG.

¹³⁶ Art. 60 BauV.

¹³⁷ Art. 30 BauG.

gungsverfahren erfordert eine gewisse Zurückhaltung der Exekutive in früheren Phasen des Verfahrens.

Das Baubewilligungsverfahren und die Baupolizei bezwecken die Durchsetzung des Baurechts und die Wahrung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit im Bauwesen¹³⁸. Mit dem Terminus "Oberaufsicht" soll gezeigt werden, dass der Staatsrat die Ausführung der Bauvorhaben nicht unmittelbar beaufsichtigt.

Die Bauverordnung bringt gut zum Ausdruck, was mit dem Begriff "Oberaufsicht" in Art. 49 Abs. 2 des Baugesetzes gemeint ist. Nach Art. 60 der Bauverordnung hat der Staatsrat einzuschreiben, wenn die Baubewilligungsbehörden ihre baupolizeilichen Pflichten vernachlässigen oder nicht in der Lage sind, diesen nachzukommen und dadurch öffentliche Interessen gefährdet sind. In solchen Fällen "hat an ihrer Stelle der Staatsrat als Aufsichtsbehörde über das Baubewilligungsverfahren und die Baupolizei die erforderlichen Massnahmen zu verfügen." Mit "Oberaufsicht" ist demnach "Aufsicht" über die Baupolizeibehörden gemeint - nicht die direkte Aufsicht darüber, ob die Bautätigkeit durch die Betroffenen bewilligungskonform erfolgt.

3.3.2 Rechtsvergleich

Dass mit dem Begriff "Oberaufsicht" im Bereich der Exekutive eine nachgelagerte, auf Distanz angelegte Aufsicht gemeint ist, zeigt auch ein Vergleich mit dem Recht anderer Kantone. Im Kanton Zürich übt der Regierungsrat die "Oberaufsicht über das gesamte Gemeindewesen" aus. Die Aufsicht liegt bei den Bezirksräten¹³⁹. Das Gemeindegesetz des Kantons Freiburg hält fest, dass die "Oberaufsicht" über die Gemeinden und die Gemeindeverbände beim Staat liegt. Diese wird "durch den Staatsrat, durch die für die Gemeinden zuständige Direktion, durch die Oberamtmänner, durch das Amt für Gemeinden und durch die in der Spezialgesetzgebung bezeichneten Behörden" ausgeübt¹⁴⁰. Im Kanton Waadt ist der Staatsrat die "autorité suprême" bei der Aufsicht über die Gemeinden. Er ist zuständig für die Behandlung von Beschwerden gegen andere Aufsichtsinstanzen über die Gemeinden, wie die Departemente oder die *Préfets*¹⁴¹. Nach Art. 45 Abs. 1 des Baugesetzes des Kantons Bern ist die "Baupolizei Sache der zuständigen Gemeindebehörde. Sie steht unter der Aufsicht des Regierungsrats". Nach dem alten Recht, das vor dem Jahr 2004 galt, übte der Regierungsrat "durch die Justiz- Gemeinde- und Kirchendirektion die Oberaufsicht" aus. Auf diese Bestimmung wurde im neuen Recht verzichtet¹⁴². Von Bedeutung ist, dass im Kanton Bern die Gemeinden unter der primären Aufsicht der Regierungsratsmitglieder stehen. Die Regierungsratsmitglieder sind Organe der dezentralen kantonalen Verwaltung in den Verwaltungsregionen. Das bernische Baugesetz legt darüber hinaus Folgendes fest: "Vernachlässigt eine Gemeindebehörde ihre baupolizeilichen Pflichten und sind dadurch öffentliche Interessen gefährdet, so hat an ihrer Stelle der Regierungsratsmitglied die erforderlichen Massnahmen zu verfügen"¹⁴³. Die Bestimmung stellt einen Sonderfall der Ersatzvornahme dar. Das Regierungsratsmitgliedamt ist verpflichtet, an Stelle der säumigen Gemeindebehörde zu handeln. Die frühere Fassung von Art. 48 des bernischen Baugesetzes sah noch vor, dass im Fall der Säumnis des Regierungsratsmitglieds die zuständige kantonale Direktion handeln musste. Das besondere Erwähnen dieser "Oberaufsicht" hielt man aber dann für ent-

¹³⁸ Art. 33 Abs. 1 BauG.

¹³⁹ § 141 und §149 des Gemeindegesetzes des Kantons Zürich vom 6. Juni 1926, LS 131.1.

¹⁴⁰ Art. 143 des freiburgischen Gesetzes vom 25. September 190 über die Gemeinden ; GG, SGF 140.1.

¹⁴¹ Art. 139 des Gemeindegesetzes des Kantons Waadt vom 28.2.1956, RSV 175.11.

¹⁴² Art. 45 Abs. 1 des Baugesetzes des Kantons Bern in der Fassung vom 25.11.2004; Zaugg/Ludwig, Band I, Kommentar zu Art. 45 BauG, N 1.

¹⁴³ Art. 48 BauG/BE.

behrlich, weil die Regierungsstatthalterämter ohnehin der allgemeinen Aufsicht des Regierungsrates bzw. der zuständigen Direktion unterstehen¹⁴⁴.

Die Aufgaben der Baubewilligungsbehörden sind im Lauf der Zeit immer anspruchsvoller geworden. Deshalb verpflichtet das bernische Baugesetz die Gemeinden dafür zu sorgen, dass ihnen das nötige Fachwissen zugänglich ist. Zu den Regierungsstatthaltern äussert sich das Gesetz nicht; dort kann der Kanton selbst für das nötige Fachwissen sorgen. Art. 33a Abs. 2 des bernischen Baugesetzes lautet wie folgt:

"Verfügen sie (d.h. die Gemeinden) nicht über eigene Fachleute, lassen sie die Baugesuche durch ein regionales Bauinspektorat, durch die Fachleute einer andern Gemeinde oder durch private Fachleute prüfen." Fachleute sind Personen, die über Fachkenntnisse insbesondere im Bau- und Planungsrecht, im Baubewilligungsverfahren und in der Koordination von Bewilligungsverfahren verfügen. Das können Bauinspektoren oder erfahrene Architekten, aber auch Gemeindeangestellte sein, die eine geeignete Ausbildung genossen haben¹⁴⁵.

Eine besondere Regelung besteht im Kanton Freiburg. Nach Art. 165 des Raumplanungs- und Baugesetzes sind primär die Gemeinden zuständig für die Baupolizei. Die Gemeindebehörden überwachen die Befolgung des Gesetzes, der Reglemente, der Pläne und der Bewilligungsbedingungen. Bei widerrechtlichen Arbeiten informieren sie die Oberamtsperson. Diese "vergewissert sich, dass die Gemeinden ihre Kontrollpflicht sorgfältig ausüben. Falls nötig, ersucht sie die entsprechenden Ämter und staatlichen Organe um Mithilfe¹⁴⁶".

3.4 Totalrevision des Baugesetzes

Nach kleineren Teilevisionen hat Grosse Rat hat am 15. Dezember 2016 die Totalrevision des Baugesetzes beschlossen. Nach der Botschaft des Staatsrates zur Totalrevision des Baugesetzes wird die Gemeindeautonomie im Bauwesen ausgebaut, soweit dies mit dem übergeordneten Recht vereinbar ist¹⁴⁷. Der Gemeinderat ist auch nach dem neuen Recht zuständig für die Bewilligung von Bauvorhaben innerhalb der Bauzonen¹⁴⁸. Die kommunalen Gestaltungsmöglichkeiten (Nutzungsziffern, Überbaubarkeit, Verdichtung) werden erweitert. Art. 18 des neuen Baugesetzes führt die Geschossflächenziffer, die Überbauungsziffer, die Baumassenziffer und die Grünflächenziffer ein. Nach Art. 19 des neuen Baugesetzes legen die Gemeinden für jede ihrer Bauzonen die Art und den Höchstwert der Nutzungsziffern fest. Sie können ganz oder teilweise auf die Festlegung einer Nutzungsziffer verzichten, müssen dann aber detaillierte Vorschriften erlassen, um eine kohärente Ortsplanung sicherzustellen und das Ausmass der Bodennutzung hinreichend zu bestimmen. Auch nach dem neuen Recht kommt der Baubewilligungsbehörde die Aufgabe der Baupolizei zu. Der Staatsrat übt die Oberaufsicht über die Baupolizei aus. Für ihn handelt das zuständige Departement¹⁴⁹.

Nach Art. 2 Abs. 2 Buchstabe e des neuen Baugesetzes ist die Kantonale Baukommission (KBK) zuständig für Baubewilligungen in Zonen mit als landschaftsprägend geschützten Bauten wie Maiensässzonen.

¹⁴⁴ Zaugg/Ludwig, Band I, Kommentar zu Art. 48 BauG, N 2.

¹⁴⁵ Zaugg/Ludwig, Band I, Kommentar zu Art. 33a BauG, N 1.

¹⁴⁶ Art. 63 Abs. 3 des Raumplanungs- und Baugesetzes vom 2.12.2008, RPBG, SGF 710.1.

¹⁴⁷ Botschaft des Staatsrates zur Totalrevision des Baugesetzes, Entwurf vom 23. März 2016, 5.

¹⁴⁸ Art. 2 Abs. 1 des neuen Baugesetzes vom 15. Dezember 2016.

¹⁴⁹ Art. 52 des neuen Baugesetzes vom 15. Dezember 2016.

Das neue Baugesetz unterliegt dem fakultativen Referendum. Über die Inkraftsetzung wird der Staatsrat entscheiden¹⁵⁰. Die Ausnützungsziffer nach altem Recht wird mit Inkrafttreten des neuen Baugesetzes durch die Geschossflächenziffer (GFZ) ersetzt¹⁵¹. Die Gemeinden werden ihre Reglemente an das neue Recht anzupassen haben.

4. Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland

Das Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland beschränkt den Grundstückerwerb, "um die Überfremdung des einheimischen Bodens zu verhindern"¹⁵².

Personen im Ausland bedürfen für den Erwerb von Grundstücken einer Bewilligung der zuständigen kantonalen Behörde. Der Erwerb von Ein- und Mehrfamilienhäusern, Eigentumswohnungen und Bauland, das für solche Bauten bestimmt ist, durch Personen im Ausland unterliegt grundsätzlich der Bewilligungspflicht. Ausgenommen davon ist der Erwerb einer Hauptwohnung, einer Zweitwohnung durch einen EU- oder EFTA-Grenzgänger und von Wohnungen, die ausnahmsweise zusammen mit einem Betriebsstätte- Grundstück miterworben werden können. Nach Art. 9 des BewG bestehen kantonale Bewilligungsgründe. Der Erwerb von Grundstücken durch ausländische Personen kann dann bewilligt werden, wenn es um sozialen Wohnungsbau geht oder wenn die Person an einem Ort eine Zweitwohnung erwerben will, zu dem sie aussergewöhnlich enge, schutzwürdige Beziehungen unterhält.

Es besteht ein Kontingentsystem. Der Bundesrat bestimmt die jährlichen kantonalen Bewilligungskontingente für den Erwerb von Ferienwohnungen und von Wohneinheiten in Apparthotels im Rahmen einer gesamtschweizerischen Höchstzahl. Dabei berücksichtigt er die staatspolitischen und volkswirtschaftlichen Interessen des Landes. Nach Art. 11 Abs. 3 BewG bemisst der Bundesrat die kantonalen Kontingente nach der Bedeutung des Fremdenverkehrs für die Kantone, den touristischen Entwicklungsplanungen und dem Anteil an ausländischem Grundeigentum auf ihrem Gebiet.

Bei Widerhandlungen gegen das Bewilligungsgesetz drohen zivil-, verwaltungs- und strafrechtliche Sanktionen.

Im Jahr 2007 kam der Bundesrat zum Schluss, dass die Probleme der kalten Betten und des hohen Infrastrukturaufwands unabhängig davon bestehen, ob sich Zweitwohnungen in ausländischen oder in schweizerischen Händen befinden. Er gab raumplanerischen Massnahmen den Vorzug und beantragte die Aufhebung des Bewilligungsgesetzes. Das Parlament folgte diesem Antrag nicht¹⁵³.

Die Kantone können durch Gesetz bestimmen, dass einer natürlichen Person der Erwerb einer Ferienwohnung in touristischen Orten im Rahmen des kantonalen Kontingents bewilligt werden kann¹⁵⁴. Der Kanton Wallis hat die erforderlichen Grundlagen geschaffen¹⁵⁵. Gemäss dem Bericht Gruber ergeben sich Kontakte zwischen dem Kanton Wallis als Bewilligungsbehörde und den Gemeinden fast ausschliesslich bei Ferienwohnungen und bei "Personen im Ausland", die als Staatsangehörige der Mitgliedstaaten der EU oder der EFTA ihren rechtmässigen und tat-

¹⁵⁰ Art. 69 des neuen Baugesetzes vom 15. Dezember 2016.

¹⁵¹ Art. 68 Abs. 1 Bst. a des neuen Baugesetzes vom 15. Dezember 2016.

¹⁵² Bundesgesetz vom 16. Dezember 1983 über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, BewG, SR 211.412.41, Art. 1.

¹⁵³ Kapitel II, Ziffer 5.1.1.

¹⁵⁴ Art. 9 Abs. 2 und 3 BewG; Bericht Gruber, 1.

¹⁵⁵ Kapitel III, Ziffer 7.

sächlichen Wohnsitz nicht in der Schweiz haben oder die als Staatsangehörige anderer ausländischer Staaten nicht das Recht haben, sich in der Schweiz niederzulassen¹⁵⁶.

5. Gesetzgebung über die Zweitwohnungen

5.1 Vorgeschichte

5.1.1 Massnahmen gegen die "Überfremdung des Bodens"

Bau und Erwerb von Zweitwohnungen werden seit dem Jahr 1961 bundesrechtlich geregelt. Mit dem dringlichen Bundesbeschluss vom 23. März 1961 über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, der sich auf die Zivilrechtskompetenz des Bundes abstützte, wurde der Erwerb von Boden durch Personen im Ausland einer Bewilligungspflicht unterstellt. Der Bundesbeschluss wurde später in ein unbefristet geltendes Bundesgesetz übergeführt¹⁵⁷.

Der Bundesrat beantragte im Jahre 2007, die "Lex Koller" aufzuheben und die Probleme der kalten Betten und des Infrastrukturaufwands durch raumplanerische Massnahmen zu lösen¹⁵⁸. Im Jahr 2013 lehnte das Parlament die Aufhebung der Lex Koller ab¹⁵⁹.

5.1.2 Annahme der Zweitwohnungsinitiative

Am 11. März 2012 haben Volk und Stände der Zweitwohnungsinitiative¹⁶⁰ zugestimmt. Nach der Annahme der Initiative bestanden verschiedene Unsicherheiten zu deren Umsetzung. Der neue Verfassungstext und die Übergangsbestimmung in Art. 197 Ziffer 9 BV mit der schablonenhaften Zweitwohnungsbeschränkung gestalteten die Ausgangslage schwierig. Der Bundesrat erliess am 22. August 2012 eine Verordnung¹⁶¹. Das Bundesgericht äusserte sich im leading case wie folgt: "Soweit Ausführungsrecht unabdingbar ist, um den Anwendungsbereich und die Rechtswirkungen der Verfassungsnorm definitiv und exakt bestimmen zu können, beschränkt sich die unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 75b BV Abs. 1 i. V. m. Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV auf ein vorsorgliches Bewilligungsverbot in den betroffenen Gemeinden bis zum Inkrafttreten der Ausführungsbestimmungen. Im Ergebnis kommt dieses vorsorgliche Verbot einer Planungszone gleich. Es ist weit auszulegen, um dem Gesetzgeber nicht vorzugreifen und eine Präjudizierung der künftigen Ausführungsbestimmungen zu vermeiden¹⁶²".

5.2 Grundlagen und geltendes Recht im Bund

5.2.1 Grundzüge des Zweitwohnungsgesetzes

Mit der Annahme der Zweitwohnungsinitiative haben sich die Schweizer Stimmberechtigten dafür ausgesprochen, den Zweitwohnungsbau zu beschränken¹⁶³.

Das Bundesgesetz über Zweitwohnungen¹⁶⁴ setzt den Verfassungsartikel über die Zweitwohnungen um, den Volk und Stände am 11. März 2012 angenommen haben¹⁶⁵. Das Gesetz führt

¹⁵⁶ Art. 5 Abs. 1 Bst. a und Bst. a bis BewG; Bericht Gruber, 1.

¹⁵⁷ "Lex Koller"; Ruch, St. Galler Kommentar zu Art. 75b BV, N 3.

¹⁵⁸ Sandro Genna, Personen im Ausland und schweizerisches Grundeigentum, in: Peter Uebersax/Beat Rudin/Thomas Hugli Yar/Thomas Geiser, Ausländerrecht, Basel 2009, 935ff., 962ff.

¹⁵⁹ Ruch, St. Galler Kommentar zu Art. 75b BV, N 4.

¹⁶⁰ Art. 75b BV.

¹⁶¹ AS 2012 4583.

¹⁶² BGE 139 II 243.

¹⁶³ In der Schweiz gibt es rund 500'000 Zweitwohnungen: Wolf/Lienhard, 5.

¹⁶⁴ Bundesgesetz vom 20. März 2015 über Zweitwohnungen, ZWG, SR 702.

¹⁶⁵ Art. 75b BV.

diese Verfassungsbestimmungen in erster Linie dadurch aus, dass in Gemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil von über 20 % keine neuen Zweitwohnungen mehr bewilligt werden dürfen. Zulässig bleibt die Erstellung von Erstwohnungen, d.h. Wohnungen, die von Personen bewohnt werden, die ihren Erstwohnsitz in der betreffenden Gemeinde haben. Weiter ist der Bau von Wohnungen möglich, die Erstwohnungen gleichgestellt sind, wie beispielsweise solche zu Ausbildungs- oder Erwerbszwecken. Außerdem dürfen auch Wohnungen, die touristisch bewirtschaftet werden, neu gebaut werden. Wohnungen, die am 11. März 2012 schon bestanden oder rechtskräftig bewilligt waren, sogenannte altrechtliche Wohnungen, können frei umgenutzt und im Rahmen der vorbestandenen Hauptnutzfläche erneuert, umgebaut oder wieder aufgebaut werden. Innerhalb der Bauzonen können sie sogar um bis zu 30 % der Hauptnutzfläche erweitert werden, sofern dabei keine zusätzlichen Wohnungen entstehen. Touristisch bewirtschaftete Wohnungen können im Rahmen eines strukturierten Beherbergungsbetriebs erstellt werden, worunter Hotels und hotelmässige Residenzen zu verstehen sind. Weiter können Ortsansässige im Haus, in dem sie wohnen, eine Einliegerwohnung erstellen. Voraussetzung ist in beiden Fällen, dass die Wohnungen dauerhaft und ausschließlich zu kurzzeitigen Nutzung durch Gäste zu marktüblichen Bedingungen angeboten werden. Damit soll sichergestellt werden, dass mit dem Bau "warme Betten" entstehen. Wohnungen ohne Nutzungsbeschränkungen können in Gemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil von über 20 % nur dann gestellt werden, wenn sie Hotelprojekte querfinanzieren oder wenn geschützte oder ortsbildprägende Bauten innerhalb der Bauzone nicht anders erhalten werden können.

Die Zweitwohnungsverordnung¹⁶⁶ enthält die nötigen Ausführungsbestimmungen zum Zweitwohnungsgesetz. Der Erlass sieht vor, dass der Zweitwohnungsanteil mit den Daten des eidgenössischen Gebäude- und Wohnungsregisters (GWR) und des Einwohnerregisters ermittelt wird, die zu diesem Zweck miteinander verknüpft werden dürfen. Auf dieser Grundlage legt das Bundesamt für Raumentwicklung für jede Gemeinde fest, ob ihr Zweitwohnungsanteil mehr als 20 % beträgt oder nicht. Da für die Ermittlung des Zweitwohnungsanteils auf das GWR und das Einwohnerregister abgestellt wird, entsteht für die Gemeinden kein Mehraufwand, der über die Nachführung dieser Register hinausgeht. In der Zweitwohnungsverordnung werden auch die vom Gesetzgeber verwendeten Begriffe wie "strukturierter Beherbergungsbetrieb"¹⁶⁷ oder "ortsbildprägende Bauten"¹⁶⁸ näher umschrieben. Die Verordnung regelt auch die Voraussetzungen und die Dauer der Sistierung der Nutzungsbeschränkung bei neurechtlichen Wohnungen. Außerdem legt die Verordnung fest, welche Baubewilligungen für touristisch bewirtschaftete Wohnungen oder für Wohnungen ohne Nutzungsbeschränkung dem Bundesamt für Raumentwicklung mitgeteilt werden müssen.

Der Bundesrat hat das Bundesgesetz über Zweitwohnungen und die entsprechende Verordnung auf den 1.1.2016 in Kraft gesetzt.

5.2.2 Kantonale Kompetenzen

Art. 3 ZWG äussert sich zu den Aufgaben und Kompetenzen der Kantone. Diese haben bei Bedarf im Richtplan Massnahmen zur Förderung einer besseren Auslastung der Zweitwohnungen sowie zur Förderung von Hotellerie und preisgünstigen Erstwohnungen festzulegen. Das ZWG überlässt es den Kantonen, für die Verwirklichung der Zweitwohnungsbeschränkung im weiteren Sinn zu sorgen. Es äussert sich nicht zur Frage, wie gesättigte Gemeinden die von Art. 75b

¹⁶⁶ Zweitwohnungsverordnung vom 15 Dezember 2015, ZWV, SR 702.1.

¹⁶⁷ Art. 4 ZWV.

¹⁶⁸ Art. 6 ZWV.

Abs. 1 BV anvisierte Quote warmer Betten erreichen sollen. Die Kantone können insbesondere Massnahmen zur besseren Auslastung klassischer Zweitwohnungen vorsehen. Dabei ist der Regelungsspielraum der Kantone weitgehend offen. Nach Art. 3 Abs. 2 ZWG können die Kantone Vorschriften erlassen, "die die Erstellung und Nutzung von Wohnungen stärker einschränken als dieses Gesetz¹⁶⁹". Zu denken ist etwa an Moratorien, Kontingente oder Gewinnabschöpfungen. Die Regelung des Vollzugs wird zu weiten Teilen den Kantonen überlassen. Diese haben immerhin eine Behörde einzurichten, die den Vollzug des ZWG beaufsichtigt¹⁷⁰.

5.3 Rechtsgrundlagen und Praxis im Kanton Wallis

5.3.1 Ausführungsdekret zum Bundesgesetz über Zweitwohnungen

Der Grosse Rat des Kantons Wallis hat ein Ausführungsdekret¹⁷¹ erlassen. Zuständige Behörde für die Feststellung des Zweitwohnungsanteils einer Gemeinde im Sinne von Art. 5 Abs. 4 ZWG ist die kantonale Dienststelle für Raumentwicklung¹⁷². Nach Art. 2 des Dekrets übt der Staatsrat die Aufsicht über die für den Vollzug des Zweitwohnungsgesetzes zuständigen kommunalen und kantonalen Behörden aus. Für ihn handelt das jeweils zuständige Departement. Nach Art. 3 des Dekrets meldet das Grundbuchamt der zuständigen Bewilligungsbehörde jede Handänderung in Bezug auf eine Wohnung mit einer im Grundbuch angemerkten Nutzungsbeschränkung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 ZWG.

5.3.2 Kompetenzzentrum Zweitwohnungen

Im Hinblick auf das Inkrafttreten des neuen Bundesgesetzes über Zweitwohnungen beschloss der Staatsrat des Kantons Wallis am 9.12.2015, die am 2.3.2012 eingesetzte kantonale Arbeitsgruppe aufzuheben und ein kantonales Kompetenzzentrum Zweitwohnungen (CCR2) zu bilden¹⁷³. Martin Zurwerra bezeichnet das Kompetenzzentrum Zweitwohnungen als "virtuelle Organisation", die keine originären Aufsichtszuständigkeiten habe¹⁷⁴.

5.4 Spannungsfelder

Nach der Meinung von Experten ist mit dem ZWG ein Gesetz in Kraft getreten, das in der Praxis nur schwer handhabbar ist¹⁷⁵. Der Gesetzgeber hat grosse Spannungsfelder zwischen dem Verfassungsartikel und dem Gesetz geschaffen. Mehrere Bestimmungen sind verfassungsrechtlich problematisch oder können als Verletzung des bundesgerichtlich festgestellten "harten Kerns" von Art. 75b BV gesehen werden¹⁷⁶. Andere Regelungen können - je nach Praxis der Behörden - zu Zuständen führen, die den Zielen von Art. 75b BV zuwiderlaufen¹⁷⁷. Obschon sich das ZWG in verschiedenen Punkten als verfassungsrechtlich problematisch erweist, wird es für die rechts-

¹⁶⁹ Vgl. dazu Wolf/Lienhard, 8f.; ferner BGer 2C_1076/2012 und 2C_1088/2012 vom 27. März 2014, E. 7.2.

¹⁷⁰ Alig, 249.

¹⁷¹ Ausführungsdekret vom 16. Dezember 2015 zum Bundesgesetz über Zweitwohnungen, VS-SR 702.101.

¹⁷² Art. 1 des Ausführungsdekrets.

¹⁷³ Kapitel III, Ziffer 8.

¹⁷⁴ Bericht Zurwerra, 1.

¹⁷⁵ Alig, 251; vgl. auch NZZ Nr. 27 vom 3. Februar 2016, S. 17: Im Dickicht des Zweitwohnungsregimes - Die Umsetzung der Lex Weber wird im Wallis zum bürokratischen Kraftakt.

¹⁷⁶ Art. 5 Abs. 1, Art. 8 und Art. 11 ZWG. Vgl. Alig, 251; BSK BV-Alig/Griffel, Art. 75b BV, N 21, 40, 43 und 48.

¹⁷⁷ Art. 7, Art. 9 und Art. 14 ZWG.

anwendenden Behörden verbindlich sein¹⁷⁸. Die betroffenen Kantone und Gemeinden werden stark gefordert sein, das schwer verständliche Gesetz umzusetzen¹⁷⁹.

III. Aktivitäten des Kantons im Kontext des Falls Verbier

1. Ausgangslage

1.1 Allgemeines

Im Fall Verbier geht es im Kern um die Frage, welche Pflichten den Gemeinden und dem Kanton obliegen, wenn es sich herausstellt, dass kommunales Recht nicht mit dem übergeordneten Recht vereinbar ist. Dabei stellen sich auch Fragen nach der Tragweite der Oberaufsicht und der Aufsicht des Kantons über die Gemeinden und nach der Bedeutung der Genehmigung kommunaler Reglemente durch den Staatsrat. Es stellt sich weiter die Frage nach den Pflichten des Kantons und der Gemeinden, wenn es um die Berücksichtigung der Rechtspraxis geht. Schliesslich geht es um den Stellenwert der Expertisen Veuthey/Bender und Rouiller im Fall Verbier.

1.2 Baurecht

Art. 13 Abs. 1 des Baugesetzes vom 7. Februar 1996 legt fest, dass die Ausnützungsziffer "die Verhältniszahl zwischen der Gesamtheit der anrechenbaren Bruttogeschossflächen der Bauten und der anrechenbaren Grundstückfläche" ist. Nach Art. 13 Abs. 2 des Baugesetzes vom 7. Februar 1996 wird die Berechnung der Ausnützungsziffer in der Bauverordnung festgelegt.

Die Bauverordnung wird durch den Staatsrat erlassen, ist jedoch dem Parlament zur Genehmigung zu unterbreiten.

Nach Art. 4 der Bauverordnung vom 2. Oktober 1996 präzisiert das Glossar die Grundbegriffe und Berechnungsweisen.

Als anrechenbare Bruttogeschossfläche gilt die Summe der unmittelbar dem Wohnen oder dem Gewerbe dienenden oder hierfür verwendbaren ober- und unterirdischen Geschossflächen einschließlich der Mauer- und Wandquerschnitte. Für Gebäude der Hotellerie gelten besondere Regeln.

Das Baugesetz trat am 1.1.1997 in Kraft. Nach Art. 59 Abs. 1 des Baugesetzes waren die "materiellen Vorschriften" der Gemeinden und des Kantons "innert fünf Jahren seit Inkrafttreten dieses Gesetzes anzupassen."

1.3. Das Baureglement der Gemeinde Bagnes

Das Baureglement¹⁸⁰ enthält Vorschriften über die Zonenordnung und die Ausnützungsziffer. Die Ausnützungsziffer ist die Verhältniszahl zwischen der Gesamtheit der anrechenbaren Bruttogeschossflächen der Bauten und der anrechenbaren Grundstückfläche¹⁸¹. Als Bruttogeschossfläche gelten die unmittelbar dem Wohnen oder dem Gewerbe dienenden oder hierfür nutzba-

¹⁷⁸ Art. 190 BV; Tschannen, Staatsrecht, § 9, N 27.

¹⁷⁹ BSK BV-Alig/Griffel, Art. 75b, N 48.

¹⁸⁰ Règlement communal des constructions et des zones de la Commune de Bagnes, RCCZ.

¹⁸¹ Art. 13 BauG; Art. 5 Abs. 1 BauV, Glossar zur BauV.

ren Geschossflächen, einschliesslich der Mauer- und Wandquerschnitte¹⁸². Bestimmte Räume werden nicht dazu gezählt¹⁸³. Die anrechenbare Grundstückfläche entspricht der Fläche der von der Baueingabe erfassten und baulich noch nicht ausgenützten Grundstücke oder Grundstücksteile in der Bauzone¹⁸⁴. Davon sind die bereits genutzten Flächen, die öffentlichen Flächen sowie die nicht überbaubaren Flächen in Abzug zu bringen¹⁸⁵.

Art. 89 RCCZ der Gemeinde Bagnes übernimmt den im kantonalen Recht enthaltenen Begriff der Ausnutzungsziffer¹⁸⁶. Abgesehen von kleineren Abweichungen übernimmt Art. 90 RCCZ die Definition der Bruttogeschossfläche, die im Glossar zur kantonalen Bauverordnung enthalten ist. Von grosser Bedeutung für die vorliegend Fall ist jedoch, dass der vierte Paragraph des Buchstabens b von Art. 90 des Bau- und Zonenplanreglements der Gemeinde Bagnes Folgendes festhält:

"N'entrent toutefois pas en considération les surfaces non utilisables pour l'habitation ou le travail, telles que par exemple les saunas, salles de jeux et carnotzets en sous-sol, ainsi que les piscines à quelque niveau qu'elles se trouvent."

Diese kommunale Reglementsbestimmung enthält eine Vorschrift zur Ausnutzungsziffer, die seit dem Ablauf der fünfjährigen Übergangsfrist des Baugesetzes von 1996 im Widerspruch zum kantonalen Recht steht. Dies war der Gemeinde Bagnes bekannt.

2. Genehmigung des Baureglements durch den Staatsrat

Am 16. September 1998 hat der Staatsrat das Baureglement der Gemeinde Bagnes ohne Vorbehalt genehmigt, obschon Art. 90 dieses Reglements die Bruttogeschossfläche abweichend vom kantonalen Recht definiert. In der Antwort auf die Interpellation Clivaz¹⁸⁷ weist der Staatsrat darauf hin, dass das Baugesetz am 1.1.1997 in Kraft getreten ist. Art. 59 Abs. 1 des Baugesetzes enthält eine Übergangsfrist von fünf Jahren, innert welcher die Gemeinden ihr abweichendes kommunales Recht mit dem kantonalen Recht in Übereinstimmung bringen können. Die Übergangsfrist dauerte bis am 1. Januar 2002. Zum Zeitpunkt der Genehmigung des Reglements war diese Übergangsfrist noch nicht abgelaufen. In einem Beschwerdefall betreffend eine Baubewilligung in der Gemeine Bagnes hat das Bundesgericht die Auffassung des Staatsrats zur Übergangsfrist bestätigt¹⁸⁸.

Am 6. Februar 2002 - und im Rahmen der Prüfung von ergänzenden Bestimmungen implizit nochmals am 25. Juni 2003 - befasste sich der Staatsrat erneut mit der Genehmigung des Baureglements der Gemeinde Bagnes, insbesondere mit Art. 90 dieses Reglements, der denselben Gehalt aufwies wie die entsprechende Bestimmung, die im Jahr 1998 genehmigt worden war. Der Staatsrat hält dazu in der Antwort auf die Interpellation Clivaz Folgendes fest:

"La définition de la SBP prévue à l'art. 90 RCC n'était pas entièrement identique à celle prévue dans l'OC et précisée dans le glossaire. Dans cette décision, le Conseil d'Etat a estimé qu'une commune doit bénéficier d'une certaine autonomie pour procéder à une adaptation mineure de la SBP prévue dans l'OC et précisée dans le glossaire pour tenir compte des circonstances loca-

¹⁸² Art. 5 Abs. 2 BauV.

¹⁸³ Glossar zur BauV.

¹⁸⁴ Art. 5 Abs. 3 BauV.

¹⁸⁵ Glossar zur BauV.

¹⁸⁶ Art. 5 Abs. BauV.

¹⁸⁷ Interpellation 1.0146 Clivaz vom 14.12.2015.

¹⁸⁸ BGer vom 8. November 2001, 1P.557/2001.

les. Cette interprétation lui a paru soutenable au regard du droit cantonal et du principe de l'autonomie communale. Quant au principe de l'autonomie communale, il a une réelle portée en matière de constructions et d'aménagement du territoire, le Grand Conseil ayant attribué de larges compétences aux communes dans ces domaines (p.ex. art. 2 al. 1 ch. 1 et 49 al. 1 LC). Ces deux éléments ont joué un rôle dans l'appréciation du Conseil d'Etat et l'ont incité à faire preuve de pragmatisme en approuvant l'art. 90 RCC puisque, d'une part, cette disposition n'est pas contraire à la LC et à l'OC et que, d'autre part, elle tient compte des particularités locales et du principe l'autonomie communale.

Un autre élément peut expliquer la décision du Conseil d'Etat. Une commune peut décider de ne pas fixer d'indice de densité dans certaines zones. Il arrive que des zones à bâtir ne prévoient pas de densité (p.ex. zone de centre village, zone de constructions publiques, etc.). La pratique existe; elle est admissible. Par conséquent, si une commune peut décider de ne pas prévoir de densité dans une zone à bâtir, pourquoi ne pourrait-elle pas revoir, de manière mineure, la définition de la SPB? "Qui peut le plus peut le moins" (selon un adage souvent utilisé par la jurisprudence). Cet argument n'a jamais été invoqué devant le Tribunal fédéral.

Enfin, il faut souligner que, le 6 février 2002, le Tribunal fédéral n'avait pas déjà statué sur la conformité ou non de l'art. 90 RCC avec le droit cantonal. Autrement dit, la décision d'homologation du Conseil d'Etat n'apparaissait pas comme étant contraire au droit le 6 février 2002.

En 2012, appelé à statuer sur une autorisation de construire délivrée par la commune de Bagnes, le Tribunal fédéral a jugé que l'interprétation du Conseil d'Etat n'était pas correcte: aucune disposition de droit cantonal n'autorise une commune à exclure du calcul de la SBP certaines surfaces que le droit cantonal prescrit de prendre en compte. De manière plus large, les communes doivent se tenir aux définitions prévues dans le glossaire; il n'est pas possible de s'en écarter dans leur RCC. Cet arrêt du Tribunal fédéral revenait de fait à reconnaître que le Conseil d'Etat avait à tort homologué entièrement l'art. 90 RCC dans la mesure où la définition qu'il donne de la SBP n'est pas conforme à celle du glossaire. Le Conseil d'Etat a pris acte de cet arrêt du Tribunal fédéral, qu'il applique avec rigueur et constance. On notera toutefois que cette question n'a pas l'évidente simplicité que certains lui prêtent (dans l'arrêt précité, les considérations du Tribunal fédéral sur ce point portent sur près de cinq pages). En définitive, ce n'est qu'après la décision d'homologation que la nonconformité de l'art. 90 RCC avec le droit cantonal s'est imposée¹⁸⁹."

Das kantonale Recht enthält sehr detaillierte Vorschriften zur Ausnützungsziffer. Es enthält auch präzise Anweisungen zu den Bereichen, in denen den Gemeinden Handlungsspielräume bleiben. Gemeinden, die die Ausnützungsziffer als Instrument einsetzen, haben sich an die Definition im kantonalen Recht zu halten. Das kantonale Recht steckt den Rahmen der zu berücksichtigenden öffentlichen Interessen ab. Es steht den Gemeinden nicht zu, mit einer abweichenden Umschreibung der Ausnützungsziffer unter Berufung auf ihre Autonomie andere öffentlichen Interessen zu verfolgen, die im Widerspruch zum kantonalen Recht stehen. Die Gemeindeautonomie besteht nur im Rahmen des kantonalen Rechts.

Nachdem der Staatsrat von der Rechtswidrigkeit von Art. 90 des Baureglements der Gemeinde Bagnes Kenntnis genommen hatte - jedenfalls nach dem Bundesgerichtsentscheid vom 2. April 2012 - hätte sich die Frage stellen müssen, ob dieser Reglementsbestimmung die Genehmigung nachträglich wieder entzogen werden soll. Diese Frage, zu der es nach Auskunft der kantonalen Verwaltung keine Präjudizien gibt, wurde nicht gestellt. Im geschriebenen Recht des Kantons

¹⁸⁹ Interpellation 1.0156 Clivaz, Antwort vom 7.6.2016, Ziff. 2, Bst. b.

Wallis fehlt eine entsprechende Bestimmung. In der Literatur wird die Auffassung vertreten, dass ein Genehmigungszug möglich ist¹⁹⁰.

3. Praxis des Bundesgerichts zum Baureglement der Gemeinde Bagnes

Am 8. November 2001 hatte sich das Bundesgericht mit einer Beschwerde gegen einen Entscheid des Walliser Kantonsgerichts vom 29. Juni 2001 zu befassen¹⁹¹. Es ging um eine Baubewilligung, welche die Gemeinde Bagnes für die Vergrösserung eines Chalets in Verbier erteilt hatte. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde unter anderem deshalb gut, weil es in der Übergangsrechtlichen Situation zulässig war, die gegenüber dem kantonalen Recht weniger restriktive kommunale Ausnützungsziffer anzuwenden. Aus dem Entscheid des Bundesgerichts geht hervor, dass Art. 90 des Baureglements der Gemeinde Bagnes nach Ablauf der Übergangsfrist nicht mehr mit dem kantonalen Recht vereinbar sein würde¹⁹².

Am 2. April 2012 befasste sich das Bundesgericht mit der Beschwerde gegen den Entscheid des Kantonsgerichts des Kantons Wallis vom 1. September 2011¹⁹³. Es ging erneut um die Anwendung von Art. 90 des Baureglements der Gemeinde Bagnes für eine Baubewilligung in Verbier. Zur Gemeindeautonomie hielt das Bundesgericht Folgendes fest:

"Selon l'art. 50 Cst., l'autonomie communale est garantie dans les limites fixées par le droit cantonal. Une commune bénéficie de la protection de son autonomie dans les domaines que le droit cantonal ne règle pas de façon exhaustive, mais qu'il laisse en tout ou partie dans la sphère communale, conférant par là aux autorités municipales une liberté de décision relativement importante. L'existence et l'étendue de l'autonomie communale dans une matière concrète sont déterminées essentiellement par la constitution et la législation cantonales (ATF 136 316 consid. 2.1.1. p. 317 et les arrêts citées; BGer 1C_423/2011 vom 2. April 2012, E. 3.1.)."

Das Bundesgericht hielt weiter Folgendes fest:

"Le tribunal cantonal a en l'espèce considéré que le RCC contrevenait au droit cantonal en tant qu'il excluait du calcul de la SBP certaines surfaces commerciales que le droit cantonal prescrivait de prendre en compte. L'instance précédente a en effet estimé que la notion d'indice d'utilisation était définie par le droit cantonal, à savoir par les articles 13 LC et 5 CO ainsi que par le glossaire annexé à l'OC. Elle s'est notamment référée aux travaux préparatoires relatifs à cette législation qui mettaient en évidence que cette notion ressortait du droit cantonal. Ainsi, le rapporteur de la commission parlementaire rappelait, lors des premiers débats, que les communes étaient libres de ne pas utiliser l'indice d'utilisation du sol, mais que, dans le cas où ils le feraient, elles devraient expressément se référer à la notion définie par l'ordonnance (Bulletin des séances du Grand Conseil, in: BSGC, novembre 1995, p. 1359). L'OC et son glossaire concrétisaient en effet la volonté du législateur d'instaurer "une unité de langage et d'application des dispositions légales sur l'ensemble du canton" (BSGC, novembre 1996, p. 1179). Son idée n'était pas de quantifier les définitions, mais de laisser à chaque commune le soin d'apprécier si elle voulait donner telle ou telle hauteur à un bâtiment; il s'agissait de préciser le caractère de la définition et non la quantité (BSGC, février 1996, p. 844). Dans son message concernant l'OC, le Conseil

¹⁹⁰ de Courten, 132.

¹⁹¹ BGer 1P.577/2001 vom 8. November 2001.

¹⁹² Rouiller, 38, Ziff. 35.

¹⁹³ BGer 1C_423/2011 vom 2. April 2012.

d'Etat soulignait à cet égard que, pour la première fois, le calcul de la surface brute de plancher utile prise en compte relevait exclusivement du droit cantonal (BSGC, novembre 1996, p. 1040). Enfin, le Tribunal cantonal a relevé que le droit cantonal introduisait certes plusieurs réserves spécifiques en faveur du droit communal (cf. art. 5 al. 4 et 5 OC et art. 6 OC): aucune n'autorisait cependant une commune à exclure du calcul de la SBP certaines surfaces que le droit cantonal prescrivait de prendre en compte¹⁹⁴».

Das Bundesgericht hat festgehalten, dass das kommunale Recht sich in diesem Bereich an das kantonale Recht zu halten hat. Daran ändert auch die Genehmigung des kommunalen Baureglements durch den Staatsrat nichts:

"Enfin, le fait que le Conseil d'Etat ait homologué le RCC en 2003, soit après l'adoption de l'OC et son glossaire, n'est pas susceptible de remettre en cause l'appréciation faite par la cour cantonale dès lors qu'il ressort de l'interprétation de la LC elle-même que l'indice d'utilisation est une notion du droit cantonal (cf. consid. 13 al. 1 et 2 LC; BSCG, novembre 1996, p. 1179; BSCG, février 1996, p.844; BSCG, novembre 1995, p.1359); à cet égard, l'homologation de la législation communale par le Conseil d'Etat n'a pas pour effet d'élever celle-ci au rang de droit cantonal, contrairement à ce que soutient la recourante¹⁹⁵».

4. Expertise Veuthey/Bender

Die Gemeinde Bagnes hatte die Herren Léonard Bender und Pierre-André Veuthey beauftragt, das Bewilligungsverfahren im Bausektor von Bagnes auf seine Regelkonformität hin zu überprüfen. Untersucht wurden mehrere Baubewilligungsverfahren im Zeitraum 2012-2015. Der Bericht der Experten trägt das Datum vom 12. Februar 2016.

Die Experten äussern sich nur kurz und in allgemeiner Weise zur Aufsicht des Kantons in diesem Bereich¹⁹⁶. Die Experten Veuthey und Bender weisen am Rande darauf hin, der Staat habe die "lacunes de la Commune de Bagnes" gekannt. Es bleibt jedoch unklar, ob ihnen die eindeutige Stellungnahme des Kantons gegenüber der Gemeinde Bagnes vom 10. Juli 2012 bekannt war. Sie äussern sich nicht zu diesem Schreiben. Spätestens nach diesem Schreiben war die Rechtslage für die Gemeinde Bagnes klar. Die beiden Experten unterstreichen jedenfalls, dass die primäre Verantwortung für die unrechtmässigen Baubewilligungen bei der Gemeinde liegt¹⁹⁷.

Der Staatsrat hält in der Antwort auf die Interpellation Clivaz Folgendes fest: *"Les experts mandatés par la commune de Bagnes ont examiné une quinzaine de permis de construire délivrés par le conseil municipal entre 2012 et 2015. Ils sont arrivés à la conclusion que neuf autorisations ne respectent pas l'indice d'utilisation du sol. Selon les experts, sur ces neuf cas, huit contreviennent à l'art. 90 RCC (un seul dossier est conforme à l'art. 90 RCC, mais pas au droit cantonal). On voit par là que le problème ne vient pas de la non-conformité d'une partie de l'art. 90 RC avec le droit cantonal, mais bien plutôt du fait que, dans huit cas sur neuf, le conseil municipal n'a pas respecté son propre règlement des constructions (art. 90RCC).*

Par ailleurs, le Tribunal cantonal et le Tribunal fédéral ont statué sur la conformité au droit cantonal de l'art. 90 RCC respectivement le 1er septembre 2011 et le 2 avril 2012. Dès cette date, la commune de Bagnes avait connaissance de cette jurisprudence. Le conseil municipal savait que

¹⁹⁴ BGer 1C_423/2011 vom 2. April 2012, E. 3.3.

¹⁹⁵ BGer 1C_423/2012 vom 2. April 2012, E. 3.3.

¹⁹⁶ Expertise Veuthey/Bender, Ziff. 13, 8.

¹⁹⁷ Expertise Veuthey/Bender, Ziff. 14, 9.

la pratique communale était contraire au droit; il ne pouvait donc plus, de bonne foi, se réfugier derrière sa pratique (illégal) ou la procédure d'homologation¹⁹⁸".

5. Expertise Rouiller

Ende August 2016 hat Prof. Claude Rouillier, ehemaliger Präsident der Schweizerischen Bundesgerichts, eine im Auftrag der Gemeinde Bagnes erstellte Expertise der Öffentlichkeit vorgestellt. Der "Rapport établi à la demande du Conseil communal de Bagnes sur certaines conséquences d'une pratique, jugée illégale, en matière de police des constructions" umfasst 114 Seiten und äussert sich nicht nur zur Verantwortung des Gemeinderates und einzelner seiner Mitglieder, sondern auch zur Rolle des Kantons.

Die Expertise unterstreicht, dass die Baugesetzgebung im Kanton Wallis, die seit dem 1.1.1997 in Kraft ist, die Frage der Baudichte durch die Bestimmung zweier Koeffizienten regelt: Die Ausnützungsziffer und die Überbauungsziffer. Die Ausnützungsziffer ist die Verhältniszahl zwischen der Gesamtheit der anrechenbaren Bruttogeschossflächen der Bauten und der Landfläche, d.h. der beanspruchten Fläche des Baugrundstücks. Diese Definitionen sind für die Gemeinden verbindlich. Die Gemeinde Bagnes hat diese verbindlichen Vorgaben bewusst nicht eingehalten. Claude Rouillier schreibt:

"L'affaire dite des "constructions illicites de Verbier" est née de ce que la Commune de Bagnes s'est écartée de ce devoir institutionnel. Jusqu'aux dénociations publiques survenues en 2015, elle excluait, en principe, du calcul de la SBP certains sous-sols dont son règlement de construction (RCCZ) précise la destination. Il importe peu que ce mode de calcul de la SBP semble avoir été celui pratiqué antérieurement, sous l'empire du règlement de 1977. Il a en effet été banni par la législation cantonale de 1997 à compter de l'expiration du délai d'adaptation que celle-ci laissait aux communes."

Claude Rouillier hält fest, der Gemeinderat von Bagnes habe schon im Jahr 1999, als er das RCCZ erlassen habe, gewusst, dass eine der Reglementsbestimmungen das kantonale Recht verletzt¹⁹⁹. Der Gemeinderat von Bagnes habe diese Norm bewusst auch dann weiter angewandt, als die Übergangsfrist, die das kantonale Baugesetz für die Anpassung von Regeln einräumte, die dem kantonalen Recht widersprachen, abgelaufen war. Und Claude Rouillier schreibt: *"...il a persévéré dans cette pratique, après que les plus hautes juridictions du Canton et de la Confédération l'eurent condamné dans l'affaire dite "des rez contigus"²⁰⁰".*

Claude Rouillier erwähnt schliesslich die "dégradation de l'éthique juridique" in der Gemeinde Bagnes: *"...les services communaux compétents et la "commission des architectes" semblent en effet avoir bel et bien fermé les yeux sur les actes de constructeurs qui, non contents de profiter de la violation généralisée d'une norme du droit cantonal, en auraient profité pour aller même au-delà des possibilités offertes par le règlement communal entaché d'illégalité²⁰¹".*

Claude Rouillier sagt allerdings, dass der Staatsrat des Kantons Wallis und die zuständigen Dienststellen des Kantons die Hauptverantwortung für die Situation im Bausektor von Verbier tragen:

¹⁹⁸ Antwort des Staatsrats auf die Interpellation 1.0156 Clivaz, Ziff. 3 a.

¹⁹⁹ Rouillier, 105, Ziff. 121.

²⁰⁰ Rouillier, 105, Ziff. 121.

²⁰¹ Rouillier, 106, Ziff. 122.

"Le Canton du Valais, via ses services administratifs compétents, porte la responsabilité initiale et primordiale dans l'affaire dite "des constructions illicites de Verbier". Il n'a pas accompli, in casu, son devoir de surveillance des collectivités publiques décentralisées que sont les communes, avec toute la diligence que requérait le respect des principes constitutionnels, de la légalité et de l'intérêt public. Il a perdu de vue, toujours in casu, que ce devoir de surveillance, dont la législation sur les communes définit correctement la portée, a pour corollaire l'obligation de fournir effectivement à celles-ci conseil, appui et soutien"²⁰²".

Claude Rouiller ortet Versäumnisse des Kantons bei der vorbehaltlosen Genehmigung des Baureglements der Gemeinde Bagnes, bei Entscheiden über Beschwerden im Baubewilligungsverfahren, bei denen die Rechtsprechung des Kantonsgerichts und des Bundesgerichts nicht berücksichtigt worden sei²⁰³, und bei der fehlenden Unterstützung und Beratung der Gemeinde Bagnes. Diese Einschätzung ist nicht überzeugend. Die Gemeinden sind für ihr Verhalten im autonomen Bereich primär selbst verantwortlich. Es kommt ein verfahrensmässiges Argument hinzu:

Claude Rouiller hat den Staatsrat des Kantons Wallis im Rahmen seiner Untersuchung nicht angehört. Er hat ihm auch keine Gelegenheit gegeben, zum Vorwurf, er trage die Hauptverantwortung für das rechtswidrige Handeln der Gemeinde Bagnes, Stellung zu nehmen.

Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs in Verwaltungsverfahren und in Verwaltungsjustizverfahren besagt, dass niemand in seiner Rechtsstellung beeinträchtigt werden darf, ohne vorher angehört worden zu sein²⁰⁴. Das rechtliche Gehör ist auch ein Mittel der Sachaufklärung. Es will gewährleisten, "dass alle relevanten Fakten und Interessen des jeweiligen Falls bei der Entscheidungsfindung mitberücksichtigt werden und am Ende des Verfahrens ein sach- und rechtsrichtiger Entscheid herauschaut"²⁰⁵. Im vorliegenden Fall handelte es sich nicht um ein Verwaltungsjustizverfahren. Deshalb bestand keine rechtliche Verpflichtung, die Grundsätze des rechtlichen Gehörs im formellen Sinn anzuwenden. Die Grundsätze des rechtlichen Gehörs enthalten jedoch über ihren streng juristischen Gehalt hinaus auch zentrale Elemente der Fairness. Claude Rouiller hat sich aus eigenem Antrieb auch mit der Aufsichtstätigkeit des Kantons befasst. Wenn er sich schon dazu entschloss, das Verhalten des Kantons kritisch zu bewerten, wäre es notwendig gewesen, vorher die zuständigen Stellen anzuhören.

6. Aufsichtshandlungen des Kantons

6.1 Die Zeit nach der Einführung des Baugesetzes von 1996

Am 1. Januar 1997 trat das damals neue Baugesetz des Kantons Wallis in Kraft. Das neue Gesetz strebte bezüglich grundlegender Prinzipien für die baurechtliche Ordnung eine Rechtsvereinheitlichung im Kanton an. Dies gilt, wie aus den parlamentarischen Beratungen klar hervorgeht, auch für die Ausnützungsziffer. Diese Regeln wurden in einem transparenten Verfahren erlassen und waren allen Gemeinden bekannt. Art. 59 des Baugesetzes enthält eine Übergangsfrist von fünf Jahren, innert welcher abweichende Regeln im kommunalen Recht an das neue kantonale Recht anzupassen waren. Der Staatsrat des Kantons Wallis hat das Baureglement der Gemeinde Bagnes, das bei der Ausnützungsziffer eine viel grosszügigere Regelung als das kantona-

²⁰² Rouiller, 104, Ziff. 120.

²⁰³ Zur Rechtsprechung Rouiller, 38f., Ziff. 35.

²⁰⁴ Kölz/Häner/Bertschi, N 214 ff.; BGE 135 II 286 E. 51.

²⁰⁵ Tschannen/Zimmerli/Müller, § 30, N 36.

le Recht enthält, am 16. September 1998 genehmigt. Dies ist im Hinblick auf die Übergangsrechtliche Ordnung nicht zu beanstanden. Es wäre denkbar gewesen, dass der Kanton mit Bezug auf die Geltungsdauer der fraglichen Reglementsbestimmung einen Vorbehalt angebracht hätte. Am 6. Februar 2002 befasste sich der Staatsrat im Rahmen des Genehmigungsverfahrens erneut mit dem Baureglement der Gemeinde Bagnes, insbesondere auch mit Art. 90 dieses Reglements. Dieser Entscheid wurde in einem ergänzenden Entscheid vom 25. Juni 2003 implizit bestätigt. Zu diesem Zeitpunkt war die Übergangsfrist für die Anpassung des kommunalen Rechts an das kantonale Recht abgelaufen.

Es wäre in erster Linie Sache der Gemeinde Bagnes gewesen, ihr Reglement dem neuen Recht anzupassen und dem Staatsrat eine rechtskonforme Vorlage zur Genehmigung zu unterbreiten. Darüber hinaus hätten der Staatsrat - und im vorbereitenden Verfahren die zuständigen Stellen der Verwaltung - prüfen müssen, ob in diesem Bereich zwingend das kantonale Baurecht anzuwenden war oder ob tatsächlich Raum bestand für eine extensive Auslegung der Gemeindeautonomie²⁰⁶. Aus staatspolitischer Sicht ist dieser Hinweis auf die Gemeindeautonomie nachvollziehbar. Aus rechtlicher Sicht ist jedoch darauf hinzuweisen, dass das kantonale Recht den Rahmen der Gemeindeautonomie absteckt²⁰⁷. Es ist davon auszugehen, dass bei zuständigen kantonalen Stellen auch in den folgenden Jahren das Problembewusstsein für diese Fragestellung fehlte²⁰⁸. Es hat sich gezeigt, dass bei den verwaltungsinternen Zuständigkeiten und Abläufen Klärungs- und Optimierungsbedarf besteht. Die Koordination und der Informationsaustausch zwischen den beteiligten Verwaltungseinheiten sind sehr wichtig. Dabei ist in Rechnung zu stellen, dass der Genehmigung kommunaler Reglemente eine beschränkte Tragweite zukommt. Es handelt sich um ein Verfahren der abstrakten Normenkontrolle. Eine Genehmigung heilt rechtliche Mängel nicht. Eine rechtswidrige Vorschrift bleibt im Anwendungsfall auch nach erfolgter Genehmigung auf ihre Rechtmässigkeit überprüfbar. Sowohl das Kantonsgericht wie auch das Bundesgericht haben die rechtliche Überprüfung vorgenommen und festgehalten, dass das Baureglement der Gemeinde Bagnes mit Bezug auf die Ausnützungsziffer nicht konform war mit dem übergeordneten Recht.

Das kantonale Recht geht von einer starken Stellung der Gemeinden und von ihrem selbstverantwortlichen Handeln aus. Das Baugesetz hat den Gemeinden weitreichende Kompetenzen zugewiesen. Sie sind nicht nur zuständig für die Erteilung der Baubewilligungen in der Bauzone, sondern sie sind auch Baupolizeibehörde²⁰⁹. Die Gemeinden haben sich gesetzeskonform zu organisieren und zu verwalten. Wenn Gerichte feststellen, dass einzelne Bestimmungen eines Gemeindereglements nicht mit dem übergeordneten Recht vereinbar, haben die Gemeinden von sich aus sicherzustellen, dass die künftige Praxis rechtskonform ist. Dies gilt auch dann, wenn die durch die Gerichtspraxis als rechtswidrig taxierten Reglementsbestimmungen vorher durch den Staatsrat genehmigt wurden.

6.2 Die Zeit nach dem Bundesgerichtsentscheid vom 2. April 2012

Am 2. April 2012 hat das Bundesgericht in einem Entscheid betreffend die Gemeinde Bagnes klar festgehalten, dass die kantonale Gesetzgebung die Ausnützungsziffer definiert und dass in

²⁰⁶ Antwort des Staatsrats auf die Interpellation 1.0156 Clivaz, Ziff. 2 b..

²⁰⁷ BGE 136 I 265 E. 2.1. S. 269; II 1.1.2.

²⁰⁸ Die genauen verwaltungsinternen Prozesse sind nicht mehr rekonstruierbar. Dies bestätigt auch eine Befragung der zuständigen Dienstchefs der Verwaltung am 21./22.9.2016 durch den Experten.

²⁰⁹ Art. 49 BauG.

diesem Bereich kein Raum besteht für abweichendes kommunales Recht²¹⁰. Bereits vor dieser Bundesgerichtsentscheid haben sich die zuständigen Stellen des Kantons näher mit der Angelegenheit befasst.

Die Abklärungen mit den zuständigen Stellen des Kantons haben Folgendes ergeben²¹¹: Die mit dieser Sache befasste Person der Gemeinde Bagnes hat mit E-Mail vom 12. Januar 2012 mit dem DVBU Kontakt aufgenommen. Die Gemeinde Bagnes wollte wissen, wie weit der Kanton mit der Revision der Baugesetzgebung sei. Es wurde von verschiedener Seite verlangt, dass der Kanton das Glossar der Bauverordnung abändern solle. Auf dieses Anliegen konnte der Staatsrat nicht eintreten, da die alleinige Abänderung des Glossars keine Problemlösung dargestellt hätte. Allenfalls hätte die Bauverordnung angepasst werden müssen. Eine solche Änderung hätte dem Grossen Rat zur Genehmigung unterbreitet werden müssen. Die Gemeinde Bagnes wurde durch den Verwaltungs- und Rechtsdienst des DVBU und durch das DVBU über mögliche Varianten informiert. Es wurde mehrmals vorgeschlagen, dass die Gemeinde Bagnes ihr Baureglement abändern sollte. Dieser Vorschlag wurde von der Gemeinde Bagnes abgelehnt. Sie stellte vielmehr den Antrag, dass der Kanton die Baugesetzgebung anpassen solle.

Der Dienstchef des Verwaltungs- und Rechtsdienstes des Departements für Verkehr, Bau und Umwelt, Herr Adrian Zumstein, richtete am 10. Juli 2012, nach verschiedenen Kontakten und Besprechungen, die am 13. März 2012 in dieser Sache auch mit der Gemeinde Zermatt stattgefunden hatten, ein Schreiben an die Einwohnergemeinde Zermatt und das folgende Schreiben an den Rechtsvertreter der Gemeinde Bagnes:

*Etude du Ritz
Me Antoine Zen Ruffinen
33, Av. du Ritz
CP 2135
1950 Sion 2 Nord*

Indice d'utilisation

Maître,

Nous nous référons à votre lettre du 29 mars 2012 nous informant que vous représentez les intérêts de la Commune de Bagnes, aux différents échanges de courriels avec M. Gabriel Luisier ainsi qu'aux différentes correspondances concernant l'objet visé en référence. Dans ce cadre, nous nous permettons de vous transmettre notre appréciation au sujet des problématiques relevées en relation avec l'indice d'utilisation.

Pour rappel, la législation cantonale traite de la question en définissant deux coefficients en lien avec la densité:

- a. l'indice d'utilisation (art. 13 de la loi sur les constructions (LC); art. 5 et 32 al. 1 let. k de l'ordonnance sur les constructions (OC); Glossaire OC);*
- b. la taux d'occupation du sol (art. 32 al. 1 let. k OC; Glossaire OC); ce second coefficient n'étant que très rarement utilisé, il sied de se concentrer sur l'indice d'utilisation.*

L'indice d'utilisation du sol est le rapport entre la surface brute de plancher utile et la surface constructible du terrain (art. 13 LC; art 5 al. 1 OC; Glossaire OC).

²¹⁰ BGer 1C_423/2011 vom 2. April 2012, E. 3.3.

²¹¹ Anhörung von Herrn Adrian Zumstein, Dienstchef, Verwaltungs- und Rechtsdienst, DVBU.

a. La surface brute de plancher utile est composée de toutes les surfaces d'étages, y compris les murs, qui servent directement ou sont utilisables à l'habitation ou à l'exercice d'une activité professionnelle (art. 5 al. 2 OC); certains locaux sont exclus, tels que les locaux de service, les balcons, les couloirs/escaliers menant à des locaux non utilisables, etc. (Glossaire OC).

b. La surface constructible du terrain correspond à la surface comprise dans la zone à bâtir qui est encore libre en droit pour la construction (art. 5 al. 3 OC); il faut y déduire les surfaces déjà utilisées, celles destinées au domaine public et celles non constructibles telles que forêts (Glossaire OC).

Selon le principe de la hiérarchie des normes, le droit communal doit respecter le droit supérieur cantonal, resp. fédéral; à défaut, la non conformité du règlement peut être invoquée dans le cadre d'une procédure (RVJ 2006 p. 58 consid. 3.2.; RVJ 2003 p. 45 consid. e). Dans ce contexte, si une commune veut intégrer dans son règlement communal un coefficient mettant en rapport la surface habitable avec la surface du terrain, elle doit se tenir à la définition légale cantonale de l'indice d'utilisation fixée aux art. 13 LC, 5 OC et dans le Glossaire OC (Arrêt du Tribunal fédéral in RVJ 2002, p.36 pour carnotzet, salles de jeu, piscine, sauna; Arrêt du Tribunal cantonal du 1er septembre 2011 dans la cause X. v. Conseil d'Etat et Bagnes, confirmé par ATF non publié 1C_423/2011 du 2 avril 2012; Décision du Conseil d'Etat du 9 novembre 2011 dans la cause X. v. Zermatt).

En effet, une telle notion relève exclusivement du droit cantonal (cf. Message de l'OC in Bulletin des séances du Grand Conseil, novembre 1996, p. 1040); les communes sont certes libres d'utiliser l'instrument de l'indice d'utilisation du sol mais, si elles le font, elles doivent expressément se référer à cette notion (cf. propos du rapporteur de commission in Bulletin des séances du Grand Conseil, novembre 1995, p.1395). La seule liberté des communes consiste à fixer la hauteur de l'indice, mais en aucun cas à adapter la définition de l'indice d'utilisation (même si une autre notion est utilisée, telle que taux de densité). Il est important de relever que le droit cantonal permet la possibilité d'augmenter l'indice d'utilisation, en particulier dans les cas suivants:

a. si le règlement communal le prévoit: bonus en cas d'économie d'énergie du type Minergie (art. 6 CO; art 20 Loi sur l'énergie);

b. si le règlement communal le prévoit: majoration par l'adoption d'un plan d'affectation spécial (art. 5 al. 5 OC);

c. divers: transfert d'indice d'un voisin (art. 13 al. 3 LC et 7 OC), cession de surfaces pour raisons d'utilité publique (art. 5 al. 4 OC; art. 52 al. 6 Loi sur les routes).

A ce sujet, il est important de relever qu'une commune ne peut en principe pas prévoir un cas supplémentaire d'augmentation d'indice, dès lors que la notion d'indice d'utilisation, et son augmentation potentielle, relève du droit cantonal. Pour modifier la définition de l'indice d'utilisation, il apparaît nécessaire, à notre sens, de procéder à une modification de l'ordonnance (par le Grand Conseil; cf. art. 58 al. 1 LC; art. 89 de la Loi sur l'organisation des Conseils et les rapports entre pouvoirs RS/VS 171.1) et du Glossaire (par le Conseil d'Etat; art. 14 LC et art. 4 al. 3 OC). En effet, la loi se limite à indiquer que le "mode de calcul de l'indice sera réglé dans l'ordonnance" (art. 13 al. 2 LC), de sorte qu'une modification de la LC n'apparaît pas nécessaire.

Il est essentiel de souligner qu'une modification de l'ordonnance sur les constructions implique une approbation du Grand Conseil. En effet, l'art. 58 al. 1 LC dispose que les prescriptions nécessaires à l'exécution de la LC doivent faire l'objet d'une approbation par le Grand Conseil.

Nous relevons enfin que notre service analyse actuellement l'opportunité d'une modification formelle et/ou matérielle de la législation cantonale en matière des constructions. Les propositions soumises (modification de la définition de l'indice d'utilisation ou création d'un nouveau type de bonus sur indice) impliquent nécessairement une modification matérielle de l'OC et de son Glossaire. Nous ne manquerons pas de considérer vos propositions dans le cadre d'une modification matérielle et vous en tiendrons informé.

Nous espérons ainsi vous avoir apporté les précisions nécessaires concernant les coefficients par rapport à la densité, en particulier l'indice d'utilisation, et restons très volontiers à votre disposition pour tout renseignement complémentaire.

Nous vous présentons, Maître, nos salutations distinguées
Adrian Zumstein

Chef de service

Copie à:

Commune de Bagnes, Administration communale, Route de Clouchèvre 30, 1934 Le Châble
Fédération des communes valaisannes, Secrétariat général, Bahnhofstrasse 10, Postfach 685, 3900 Brig
Service des affaires intérieures et communales, Av. de la Gare 39, 1950 Sion
Service du développement territorial, Rue des Cèdres 11, 1950 Sion.

Das Schreiben des Chefs des Verwaltungs- und Rechtsdienstes des Departements für Verkehr, Bau und Umwelt bringt eine klare Rechtsauffassung zum Ausdruck. Materiell handelt sich um eine Weisung des Kantons an die Gemeinde Bagnes²¹². Der Staatsrat beschloss im Jahre 2014, eine Arbeitsgruppe zur Revision der Bauverordnung zu bilden. Mitglieder dieser Arbeitsgruppe waren Vertreter verschiedener Dienststellen²¹³, Vertreter der Gemeinden Bagnes und Zermatt sowie des Walliser Gemeindeverbandes. Die Rechtsgrundlagen wurden schliesslich zugunsten der Hotellerie geändert. Die weitergehenden Wünsche der Gemeinde Bagnes, die auch Anpassungen bei Einzelgebäuden und bei Einkaufspassagen verlangt hatte, wurden im Rahmen der Teilrevision nicht berücksichtigt. Der Experte Rouiller hatte gemäss seinem Bericht Zugang zu den Dokumenten der Gemeinde Bagnes²¹⁴. Er musste auch Kenntnis haben vom Schreiben vom 10. Juli 2012 des Kantons, das nicht nur dem Rechtsvertreter der Gemeinde Bagnes, sondern in Kopie auch direkt der Gemeinde Bagnes zugestellt worden war, und von den Folgearbeiten. Der Gemeinde Bagnes war die Illegalität ihres Handelns klar, sie wurde durch den Kanton informiert und die weiteren Arbeiten einbezogen. Die Gemeinde wusste, dass eine Änderung des kantonalen Rechts auf politischem Weg anzustreben war. Vor diesem Hintergrund ist es nicht nachvollziehbar, dass der Experte Rouiller die mangelnde Information und Unterstützung der Gemeinde Bagnes durch den Kanton kritisiert - ohne vorher eine Stellungnahme des Staatsrats eingeholt zu haben²¹⁵.

Die hier beschriebenen Massnahmen und das Schreiben vom 10. Juli 2012 belegen, dass die zuständigen Stellen des Kantons die Informations- und Beratungspflichten gemäss Art. 114 Abs. 2 des Gemeindegesetzes wahrgenommen haben. Die Gemeinde Bagnes wurde umfassend über die Rechtslage und auch über die Rechtsprechung bezüglich der Ausnützungsziffer informiert. Der Kanton hätte ab dem Herbst des Jahres 2012 kontrollieren können, ob die Gemeinde Bagnes die Vorgaben im Schreiben vom 10.7.2012 umsetzt. Allerdings wäre es nicht zulässig gewesen, dass sich der Staatsrat direkt in das Verfahren zur Erteilung einzelner Baubewilligungen eingemischt hätte. Das hält auch Claude Rouiller fest: "*Certes, la procédure est fixée par le droit cantonal, mais la décision de délivrer ou de refuser une telle autorisation est du ressort exclusif du Conseil communal dont la décision n'est contrôlée que sur recours par le gouvernement can-*

²¹² Häfelin/Müller/Uhlmann, N 1957.

²¹³ DIKA, DRE, VRDVBU.

²¹⁴ Rouiller, 11, Ziff. 7.

²¹⁵ Rouiller, 40, Ziff. 36.

tona²¹⁶". Die Gemeinde hat sich, wie die Expertise Veuthey/Bender vom 12. Februar 2016 zeigt, trotz der klaren Stellungnahme des Kantons noch in den Jahren 2012 - 2015 über das kantonale Recht und auch über das eigene kommunale Recht hinweggesetzt. Bereits die Expertise Veuthey/ Bender stellte klar fest, dass die primäre Verantwortung für das rechtswidrige Handeln bei der Gemeinde liegt: *"..la responsabilité primaire incombe à la commune et notamment à la commission des constructions²¹⁷".*

6.3 Die Unterstützung der Gemeinde Bagnes

Nach Art. 144 des Gemeindegsgesetzes vermittelt der Kanton den Gemeinden "im Rahmen der Möglichkeiten" unter anderem Auskünfte und Ratschläge.

Der Experte Claude Rouiller vertritt die Auffassung, der Kanton habe seine diesbezüglichen Pflichten nicht wahrgenommen:

"Il a perdu de vue, toujours in casu, que ce devoir de surveillance, dont la législation sur les communes définit correctement la portée, a pour corollaire l'obligation de fournir effectivement à celles-ci conseil, appui et soutien²¹⁸".

Der Chef des Verwaltungs- und Rechtsdiensts des Departements für Verkehr, Bau und Umwelt (DVBU) hat dazu Folgendes festgehalten:

"Die Aussage, wonach die Gemeinde Bagnes seitens des Kantons nicht unterstützt wurde, ist aus der Sicht des VRDVBU nicht zutreffend. Verwiesen wird insbesondere auf die im Bericht vom 27. Juli 2016 enthaltenen Informationen. Es ist zwar nachvollziehbar, dass eine Gemeinde vorbringt, dass sie nicht unterstützt wurde, wenn sie keine positive Vormeinung bzw. positive Antwort auf ihrerseits gestellte Anfragen (insbesondere der Abänderung des Glossars zur Bauverordnung) erhält. Aber es ist eine einseitige Aussage und unterdrückt, dass seitens des DVBU/VRDVBU der Gemeinde mögliche Szenarien zur Regelung der damaligen Situation aufgezeigt worden sind, mehrere Gespräche stattgefunden haben, die Gemeinde in der entsprechenden Arbeitsgruppe zur Bauverordnung integriert war und seitens des VRDVBU der Kontakt zur Gemeinde stets aufrechterhalten wurde. Der Experte (Rouiller) hat mit keinem Vertreter des VRDVBU Kontakt aufgenommen²¹⁹".

Diese Aussage und insbesondere auch das Schreiben des Dienstchefs VRDVBU vom 10. Juli 2012 an den Rechtsvertreter der Gemeinde Bagnes belegen, dass die Gemeinde Bagnes gerade in den Jahren 2012-2015, in denen gemäss der Expertise Veuthey/Bender gravierende Regelverletzungen durch die Gemeinde zu verzeichnen waren, durch den Kanton sehr wohl informiert und unterstützt wurde.

Der Gemeinde Bagnes war auch bekannt, dass ihr Hauptproblem nur durch eine Revision des Baugesetzes und der Bauverordnung gelöst werden könnte. Dies ging bereits aus dem Schreiben des VRDVBU vom 10. Juli 2012 an die Gemeinde Bagnes hervor. Die Gemeinde Bagnes hat dem Staatsrat bereits am 5. Mai 2015 den Entwurf für ein neues Baureglement unterbreitet, "qui serait conforme à la nouvelle loi cantonale sur les constructions qui devrait entrer en vigueur le 1er janvier 2017." Auch dieses Dokument zeigt, dass der Gemeinde bekannt war, dass neue Rechtsgrundlagen in einem demokratisch legitimierten Prozess geschaffen werden müs-

²¹⁶ Rouiller, 24, Ziff. 22.

²¹⁷ Veuthey/Bender, 9.

²¹⁸ Rouiller, 104, Ziff. 120.

²¹⁹ Anhörung von Herrn Adrian Zumstein, Dienstchef VRDVBU, vom 21. September 2016.

sen. Die Gesetzgebungsarbeiten sollen gemäss der Planung im November 2016 abgeschlossen werden.

7. Bewilligungsgesetz (Lex Koller)

Das Bewilligungsgesetz beschränkt den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland²²⁰. Nach dem Zweckartikel des Gesetzes soll die Überfremdung des einheimischen Bodens verhindert werden. Personen im Ausland bedürfen für den Erwerb eines bewilligungspflichtigen Grundstücks einer Bewilligung der zuständigen kantonalen Behörde. Es besteht ein Kontingentsystem.

Der Kanton Wallis hat ein Gesetz für den Erwerb von Ferienwohnungen durch Personen im Ausland²²¹ und ein Reglement über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland erlassen²²².

Gemäss diesem Reglement ist eine Kommission für die regionale Verteilung des Bewilligungskontingents zuständig. Die Kommission besteht aus sieben bis neun Mitgliedern, die aus Kreisen des Tourismus, der Wirtschaft und der kantonalen Verwaltung gewählt werden.

Das Reglement setzt auch Verwaltungsbehörden ein. Das Rechtsamt der Dienststelle für Grundbuchämter und Geomatik ist die zuständige Behörde, die über die Bewilligungspflicht, die Bewilligung und den Widerruf einer Bewilligung oder Auflage entscheidet. Die Dienststelle für innere und kommunale Angelegenheiten (DIKA) ist die beschwerdeberechtigte Behörde, die den Widerruf einer Bewilligung oder die Einleitung eines Strafverfahrens verlangen und auf die Beseitigung des rechtswidrigen Zustands klagen kann²²³.

Nach dem kantonalen Bewilligungsgesetz muss die Gemeinde an einem touristischen Ort eine gesetzliche Grundlage schaffen, damit die Bewilligungsbehörde der Gemeinde Kontingente für Ferienwohnungen zuteilen kann. Die Gemeinde Bagnes hat am 8.11.1991 ein solches Reglement geschaffen. Dieses wurde vom Staatsrat am 22.1.1992 genehmigt. Alle Erwerbsbewilligungen, welche der Kanton der Gemeinde Bagnes erteilt, werden auch der beschwerdeberechtigten Behörde des Kantons und dem Bundesamt für Justiz zugestellt. Diese Ausführungen zeigen, dass die Anwendung des Bewilligungsgesetzes nicht in der Kompetenz der Gemeinden liegt. Weil allerdings die Gemeinde Bagnes im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens in rechtswidriger Weise eine zu hohe Ausnützungsziffer erlaubte, kann sich daraus eine "reflexmässige" Verletzung des Bewilligungsgesetzes ergeben²²⁴. Die Expertise Veuthey/Bender hat nicht ausgeschlossen, dass in einzelnen Fällen das Bewilligungsgesetz verletzt sein könnte²²⁵. Die zuständige Stelle des Kantons überprüft in Zusammenarbeit mit dem Bundesamt für Justiz sechs Fälle aus der Gemeinde Bagnes²²⁶.

²²⁰ Bundesgesetz vom 16. Dezember 1983 über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, BewG, SR 211.412.41.

²²¹ kBewG, VS-SR 211.41.

²²² Reglement vom 21. November 2012 über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, VS-SR 211.410.

²²³ Art. 2 des Reglements, VS-SR 211.410.

²²⁴ Rouiller, 32.

²²⁵ Rouiller, 32.

²²⁶ Anhörung von Herrn Edmund Gruber vom 22.9.2016. Die sechs Dossiers waren bereits Gegenstand der Expertise Veuthey/Bender.

8. Zweitwohnungsgesetz (Lex Weber)

Die Gemeinde Bagnes gehört zu den Gemeinden, in denen der Zweitwohnungsanteil mehr als 20% beträgt. In dieser Gemeinde dürfen nach Artikel 6 des Zweitwohnungsgesetzes keine neuen Zweitwohnungen bewilligt werden. Handlungsspielräume bestehen noch, wenn gemäss dem Zweitwohnungsgesetz neue Wohnungen mit Nutzungsbeschränkung oder Wohnungen im Zusammenhang mit strukturierten Beherbergungsbetrieben erstellt werden sollen²²⁷. In Gemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil von über 20% muss in jeder Baubewilligung zur Erstellung einer Wohnung die bewilligte Nutzung angegeben werden. Die bewilligte Nutzung wird als Auflage in die Baubewilligung aufgenommen. Diese Massnahmen treffen die jeweils zuständigen Baubewilligungsbehörden, d.h. die Gemeinden für Baubewilligungen in der Bauzone und die Kantonale Baukommission für Bewilligungen ausserhalb der Bauzone. Die Kontrolle der Einhaltung der bewilligten Nutzung sowie das Ergreifen von Massnahmen im Falle einer unrechtmässigen Nutzung liegen im Verantwortungsbereich der jeweils zuständigen Baubewilligungsbehörden. Den Baupolizeibehörden stehen nicht nur die Massnahmen des Zweitwohnungsgesetzes²²⁸, sondern auch jene der Baugesetzgebung zur Verfügung²²⁹.

Kurz nach der Abstimmung zur Zweitwohnungsinitiative am 11. März 2012 setzte der Staatsrat eine interdepartementale Arbeitsgruppe ein, die unter anderem den Auftrag hatte, die Gemeinden zu unterstützen, die von der Zweitwohnungsinitiative betroffen sind²³⁰. Die Arbeitsgruppe führte Informationsveranstaltungen für die Gemeinden durch und verfasste "Rundschreiben" mit Informationen zuhanden der Gemeinden²³¹. Der Vorsitzende der Arbeitsgruppe hat die Gemeinde Bagnes auch individuell beraten²³².

Im Hinblick auf das Inkrafttreten des Zweitwohnungsgesetzes beschloss der Staatsrat, die am 2. März 2012 eingesetzte Arbeitsgruppe aufzuheben und ein kantonales Kompetenzzentrum Zweitwohnungen (CCR2) zu bilden²³³. Die Leitung wurde dem Dienstchef des Verwaltungs- und Rechtsdienstes des Departements für Volkswirtschaft, Energie und Raumentwicklung übertragen. Die Hauptaufgabe des CCR2 besteht in der internen Koordination von Anfragen, welche im Zusammenhang mit der Anwendung des Zweitwohnungsgesetzes bei den kantonalen Dienststellen eingehen und welche die Zuständigkeiten mehrerer Dienststellen betreffen. Das CCR2 nimmt gegenüber den Gemeinden eine Beratungs- und Informationsfunktion wahr. Das CCR2 ist eine "virtuelle Organisation" und verfügt nach eigener Auffassung über keine Aufsichtskompetenzen.

Die Aufgaben des CCR2 wurden wie folgt umschrieben:

"Das kantonale Kompetenzzentrum versteht sich als virtuelle Organisation, die über eine zentrale Anlaufstelle sämtliche Fragen im Zusammenhang mit der Anwendung Zweitwohnungsgesetzes behandelt. Es nimmt insbesondere folgende Aufgaben wahr:

- *Unterstützt und berät in erster Priorität die Vollzugsbehörden (Gemeinden) bei der Anwendung des Zweitwohnungsgesetzes durch*
- *Verfassen von Empfehlungen/Vollzugshilfen zu handen der Vollzugsbehörden;*
- *Beantworten von Fragen genereller Natur und zu konkreten Projekten;*

²²⁷ Art. 7 und 8 ZWG.

²²⁸ Art. 17 ZWG.

²²⁹ Art. 33,34 und 49f. BauG, Art. 58ff. BauV.

²³⁰ Entscheid des Staatsrats vom 21. März 2012.

²³¹ Rundschreiben vom 16. September 2013.

²³² Dem Experten liegen Kopien von E-Mails vor.

²³³ Beschluss des Staatsrats vom 9. Dezember 2015.

- *Durchführen von Informationsveranstaltungen und Ausbildungen für Vollzugsbehörden (bei Bedarf und in Zusammenarbeit mit dem Verband Walliser Gemeinden);*
- *Betreiben einer Informationsplattform;*
- *Verfassen von Vormeinungen zu konkreten Bauvorhaben (bei Bedarf);*
- *Sorgt für die "unité de doctrine" innerhalb des Kompetenzzentrums;*
- *Stellt den regelmäßigen Gedankenaustausch zwischen den beteiligten Dienststellen sicher und fördert den Informationsaustausch mit anderen Kantonen und den zuständigen Bundesämtern;*
- *Entwickelt das eigene Know-how im Bereich der Zweitwohnungsgesetzgebung weiter;*
- *Verfolgt die Rechtsentwicklung im Bereich der Zweitwohnungsgesetzgebung in Zusammenarbeit mit der Dienststelle für Innere und kommunale Angelegenheit;*
- *Das Kompetenzzentrum kann punktuell den Staatsrat über die Vollzugssituation informieren²³⁴.*

Das Departement für Volkswirtschaft, Energie und Raumentwicklung hat auf der Website des Kantons Wallis eine Informationsplattform Zweitwohnungen bereitgestellt. Auf dieser Plattform werden die Rechtsgrundlagen des Bundes und des Kantons zur Verfügung gestellt²³⁵. Die Gemeinden werden unter anderem darüber informiert, welche Aufgaben ihnen bei der Erstellung eines Erstwohnungsinventars, im Baubewilligungsverfahren und bei unrechtmässiger Nutzung durch die Betroffenen zukommen.

Die Gemeinden können sich beim CCR2 zu Fragen der Zweitwohnungsgesetzgebung informieren. Auch gegenüber der Gemeinde Bagnes wurden Auskünfte erteilt. Nach Art. 17 Abs. 4 des Zweitwohnungsgesetzes besteht eine Meldepflicht. Mitglieder der zuständigen Baubehörden oder deren Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter sind verpflichtet, die Aufsichtsbehörde zu informieren, wenn sie in ihrer amtlichen Tätigkeit Kenntnis von möglichen Widerhandlungen gegen das Zweitwohnungsgesetz erhalten. In solchen Fällen kann der Staatsrat die zuständige Baupolizeibehörde auffordern, ihren Pflichten nachzukommen²³⁶. Der Fall des Vizepräsidenten der Gemeinde Bagnes wurde dem Kanton erst unterbreitet, nachdem er öffentlich geworden war.

Für die künftige Praxis stellt sich die Frage nach der Abgrenzung zwischen den Aufgaben des CCR2 als virtuelle Organisation und den Aufgaben der Aufsichtsbehörde nach Art. 2 des Dekrets. Das CCR2 hat eine Informationsfunktion. Es stellt sich die Frage, ob diesem Zentrum auch eine Aufsichtsfunktion zukommen kann. Mit der Baubewilligung hat die Gemeinde gegebenenfalls auch die Bewilligung zur Nutzung als Zweitwohnung zu erteilen. Wenn das Einschreiten gegen eine widerrechtliche Nutzung einer Zweitwohnung eine baupolizeiliche Aufgabe ist, müsste die in dieser Sache zuständige Stelle Aufsichtsmassnahmen treffen.

Die rechtswidrige Praxis der Gemeinde Bagnes mit Bezug auf die Ausnützungsziffer kann eine "Reflexwirkung" auf die Zweitwohnungsgesetzgebung haben. Nach Art. 10 des Zweitwohnungsgesetzes gilt eine Wohnung als "altrechtlich", wenn sie am 11. März 2012 rechtmässig bestand oder rechtskräftig bewilligt war. Altrechtliche Wohnungen dürfen innerhalb der Bauzonen um

²³⁴ Bericht Zurwerra vom 11. August 2016.

²³⁵ Darüber hinaus gibt die Präsentation zu einer Informationsveranstaltung für die Gemeinden vom 17./18.2.2016 weiterführende Hinweise.

²³⁶ Der Staatsrat ist gegenüber der Gemeinde Bagnes in diesem Sinne interveniert.

maximal 30% der am 11. März 2012 vorbestehenden Hauptnutzfläche erweitert werden, sofern keine zusätzlichen Wohnungen geschaffen werden²³⁷.

IV Bewertung der Aufsicht des Kantons

1. Primäre Verantwortung der Gemeinden

Die Verfassung des Kantons Wallis verleiht den Gemeinden eine starke Stellung. Die Gemeindeautonomie ist ausgeprägt. Die Gemeinden ordnen ihre Angelegenheiten innerhalb der Schranken der Verfassung und der Gesetze selbständig. Damit wird den Gemeinden eine grosse Verantwortung übertragen. Diese Verantwortung müssen sie wahrnehmen. Bei der Verantwortung handelt es sich um eine Grund-Kategorie des modernen Rechtsstaates²³⁸. Das Nicht-Wahrnehmen der eigenen Verantwortung kann nicht mit fehlenden Kontrollen entschuldigt werden.

Auch im Baurecht verfügen die Gemeinden über eine starke Stellung. Nach dem Baubewilligungsdekret aus dem Jahr 1992 erteilte grundsätzlich eine kantonale Instanz die Baubewilligungen. Mit dem neuen Baugesetz hat der Grosse Rat im Jahr 1996 eine grundsätzliche Neubewertung vorgenommen. Nach Art. 2 dieses Gesetzes ist der Gemeinderat zuständig für Bauvorhaben innerhalb der Bauzonen sowie der Maiensäss-, Weiler- und Erhaltungszonen. Es handelt sich hier um einen politischen Grundsatzentscheid, der für die Gemeinden mit einer grossen Verantwortung verbunden ist. Sie können sich dieser Verantwortung nicht entziehen. Die Weichenstellung des Grossen Rates aus dem Jahr 1996 war auch mit Risiken verbunden. Es ist allgemein bekannt, dass bei den Baubewilligungen erhebliche wirtschaftliche und finanzielle Interessen eine Rolle spielen. Der Staatsrat hat auch bei der Beantwortung der Interpellation Clivaz auf diesen Umstand hingewiesen²³⁹. Die Gemeinden müssen willens und in der Lage sein, Druck zu widerstehen. Sie müssen auch von ihren fachtechnischen Möglichkeiten her fähig sein, dem Gesetz Nachachtung zu verschaffen. Dieses Spannungsverhältnis ist auch in andern Kantonen bekannt. In verschiedenen Kantonen liegt die Baubewilligungskompetenz deshalb grundsätzlich nicht mehr auf kommunaler Ebene.

Im Kanton Wallis hat der Grosse Rat entschieden, dass die Gemeinden bei den Baubewilligungen eine erhebliche Verantwortung tragen sollen. Gerade wenn die Zuständigkeit für die Bewilligung von Bauvorhaben in erheblichem Umfang bei den Gemeinden liegt, haben diese ihre Verantwortung real wahrzunehmen und auch für Fehlentwicklungen gerade zu stehen.

2. Gemeindeautonomie

Nach der Rechtsprechung sind die Gemeinden in einem Sachbereich autonom, wenn das kantonale Recht diesen nicht abschliessend ordnet, sondern ihn ganz oder teilweise der Gemeinde zur Regelung überlässt und ihr dabei eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit einräumt. Im Einzelnen ergibt sich der Umfang der kommunalen Autonomie aus dem für den entsprechenden Bereich anwendbaren kantonalen Verfassungs- und Gesetzesrecht.

Nach der Verfassung des Kantons Wallis ordnen die Gemeinden ihre Angelegenheiten innerhalb der Verfassung und der Gesetze selbständig. Das Baugesetz legt den Rahmen fest, innerhalb

²³⁷ Art. 11 Abs. 3 ZWG; Rouiller, 30.

²³⁸ Saladin, 55.

²³⁹ Antwort des Staatsrats auf die Interpellation 1.0156 Clivaz, Ziffer 3 b.

dessen die Gemeinden eigene Beurteilungsspielräume haben. Keine Gemeinde kann sich unter Berufung auf die Gemeindeautonomie über das kantonale Recht hinwegsetzen. Wenn das Baugesetz die Ausnützungsziffer in verbindlicher Weise definiert, dann haben sich die kommunalen Baureglements an diese Definition zu halten, wenn sie das Instrument der Ausnützungsziffer verwenden.

3. Aufsicht

3.1 Grundsätze

Nach der Verfassung des Kantons Wallis unterstehen die Gemeinden als Gebietskörperschaften des öffentlichen Rechts der Aufsicht des Kantons²⁴⁰. Der Kanton wacht darüber, dass sich die Gemeinden verfassungs- und gesetzeskonform verhalten.

Präventive Aufsicht – wie etwa die Genehmigung kommunaler Reglements – dient der Vermeidung künftiger Rechtswidrigkeiten. Repressive Aufsicht sanktioniert begangene Rechtswidrigkeiten.

Bei der Aufsicht des Staates über die Gemeinden handelt sich um Verbandsaufsicht, nicht um Dienstaufsicht. Es werden nicht einzelne Dienststellen oder Funktionäre einer Gemeinde beaufsichtigt, sondern die Gemeinde als öffentlich-rechtliche Körperschaft. Die Verbandsaufsicht geht weniger weit als die Dienstaufsicht. Es besteht grundsätzlich Rechtsaufsicht. Eine eigentliche Fachaufsicht - die umfassende Überprüfung der Angemessenheit des Handels untergeordneter Einheiten - scheidet aus.

Bei der Ausübung der Aufsicht gelten die Grundätze der Gesetzmässigkeit, der Verhältnismässigkeit und der Subsidiarität.

Zur Gesetzmässigkeit: Sanktionen gegenüber Gemeinden bedürfen einer gesetzlichen Grundlage²⁴¹. Reglements werden grundsätzlich nur darauf hin überprüft, ob sie gesetzeskonform sind²⁴².

Zur Verhältnismässigkeit: Das Gebot zu angemessenem, massvollem Handeln ist eine anerkannte Staatsmaxime. Aufsichtsmaßnahmen müssen zur Erreichung des Ziels geeignet und erforderlich sein. Bei der Aufsicht der Kantone über die Gemeinden ist eine Lösung angemessen, die den Handlungsspielräumen der Gemeinden Rechnung trägt. Der Kanton verfügt über einen erheblichen Beurteilungsspielraum. Es ist ein schrittweises Vorgehen angezeigt. Bevor Massnahmen auf politischer Ebene getroffen werden, kann die kantonale Verwaltung in geeigneter Weise aktiv werden. Dies kommt beispielsweise im Schreiben des Verwaltungs- und Rechtsdienstes des DVBU vom 10. Juli 2012 an die Gemeinde Bagnes zum Ausdruck.

Zur Subsidiarität: Dieser Grundsatz ist auch bei den Anforderungen, die an die Aufsicht der Kantone über die Gemeinden zu stellen sind, zu berücksichtigen. Die Gemeinden sind für die Erfüllung ihrer Aufgaben primär selbst verantwortlich. Allfällige Fehler sollen sie in erster Linie mit eigenen Massnahmen beheben²⁴³.

Der Staat vermittelt den Gemeinden im Rahmen seiner Möglichkeiten Auskünfte, Ratschläge, Rechtsgutachten und Kurse²⁴⁴. Auch diese Aktivitäten weisen aufsichtsrechtliche Aspekte auf. In den letzten Jahren bestandene verschiedene Kontakte zwischen dem Kanton und der Gemeinde

²⁴⁰ Art. 75 KV/VS, Art. 144 GG.

²⁴¹ Art. 150f. GG.

²⁴² Art. 147 Abs. 1 GG.

²⁴³ Dazu Art. 150 GG.

²⁴⁴ Art. 144 Abs. 2 GG.

Bagnes. Am 10. Juli 2012 wurde die Gemeinde durch das zuständige Departement ausführlich über die Rechtslage informiert. Die zuständige Stelle des Kantons hat der Gemeinde zudem verschiedene Szenarien zur Regelung der damaligen Situation aufgezeigt²⁴⁵. Der Vorwurf, dass die Gemeinde nicht unterstützt wurde, erweist sich nicht als stichhaltig.

3.2 Genehmigung von Reglementen

Bei der Genehmigung von Reglementen handelt es sich um ein Instrument der präventiven Aufsicht. Die Genehmigung bedeutet lediglich, dass im Zeitpunkt der Prüfung des Reglements keine Rechtswidrigkeit festgestellt worden ist. Die Genehmigung heilt rechtliche Mängel nicht. Die Genehmigung des Baureglements der Gemeinde Bagnes durch den Staatsrat am 18. September 1998 ist aus rechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. Zu diesem Zeitpunkt war die Übergangsfrist, welche das Baugesetz für die Anpassung von kommunalen Vorschriften einräumte, die mit dem kantonalen Recht nicht vereinbar sind, noch nicht abgelaufen. Der Genehmigungsentcheid vom 6. Februar 2002, der am 25. Juni 2003 implizit bestätigt worden war, ist aus rechtlicher Sicht problematisch. Der Staatsrat ging gemäss der Antwort auf die Interpellation Clivaz davon aus, dass die Gemeinde in diesem Bereich über eine gewisse Autonomie verfügt. Hier ist darauf hinzuweisen, dass der Rahmen der Gemeindeautonomie durch das kantonale Recht abgesteckt wird. Der Reglementsentwurf wurde durch die Verwaltung vorgeprüft. Ob im verwaltungsinternen Vorverfahren unterschiedliche Rechtsauffassungen vertreten wurden, kann nicht mehr festgestellt werden.

Es ist allerdings festzuhalten, dass die Gemeinde Bagnes, die über eine hinreichende administrative Infrastruktur verfügt, in der Lage und gehalten gewesen wäre, dem Staatsrat eine rechtskonforme Vorlage zu unterbreiten.

3.3 Weitere Aufsichtsmassnahmen im Fall Verbier

Der Staatsrat übt auch Aufsichtsfunktionen aus, wenn er als Verwaltungsjustizbehörde kommunale Verfügungen oder Entscheide auf Beschwerde hin überprüft. Am 20. April 2011 fällt der Staatsrat unter Bezugnahme auf raumplanerische Grundsätze einen Entscheid, der dem Vorrang des kantonalen Rechts gegenüber dem Baureglement der Gemeinde Bagnes nicht Rechnung trägt. Dieser Entscheid zeigt, dass die instruierende Instanz die Entscheide des Kantonsgerichts vom 29. Juni 2001 und des Bundesgerichts vom 8. November 2001 nicht umfassend analysiert hatte. Es fehlte das Problembewusstsein für den Vorrang des kantonalen Rechts gegenüber abweichenden Bestimmungen in kommunalen Baureglementen. Der Entscheid des Bundesgerichts vom 2. April 2012 - dem Entscheide des Staatsrats vom 20. April 2011 und des Kantonsgerichts vom 1. September 2011 vorangegangen waren - brachte definitive Klarheit. Bereits zu Beginn des Jahres 2012 hatten die zuständigen Stellen intensive Kontakte mit den Gemeinden Bagnes und Zermatt. Das Schreiben des Verwaltungs- und Rechtsdiensts vom 10. Juli 2012 ist gestützt auf die Grundsätze der Gesetzmässigkeit, der Verhältnismässigkeit und der Subsidiarität als adäquate und in allen Teilen korrekte Aufsichtshandlung des Kantons zu qualifizieren. Nun war es Sache der betroffenen Gemeinden, das rechtmässige Handeln im Bereich des Baubewilligungsverfahrens zu gewährleisten. Die Gemeinde Bagnes ist ihrer Aufgabe nicht nachgekommen. Sie hat gemäss der von ihr selbst in Auftrag gegebenen Expertise Veuthey/Bender vom 12. Februar 2016 ein rechtswidriges System aufgebaut und in mehreren Fällen sowohl das kantonale Recht wie auch das eigene kommunale Recht in qualifizierter Wei-

²⁴⁵ Kapitel III, Ziffer 6.3.

se verletzt. Die Gemeinde Bagnes hat die Expertise Veuthey/Bender am 22. März 2016 dem Staatsrat zugestellt. Am 23. März empfing der Staatsrat eine Delegation des Gemeinderates von Bagnes zu einer Aussprache. Am 27. April 2016 machte der Staatsrat der Gemeinde Bagnes in einem Schreiben strikte Vorgaben zur Anwendung des kantonalen Rechts im Bereich der Baubewilligungen. Dieses Schreiben, das auch Hinweise auf das gesetzliche Aufsichtsinstrumentarium enthält, setzte der Gemeinde Bagnes Fristen zur Behebung der festgestellten Mängel und zur Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes. Das Vorgehen des Staatsrats stellt eine angemessene Aufsichtshandlung dar.

Am 27. April 2016 informierte der Staatsrat zudem alle Gemeinden über die Bedeutung der Genehmigung der Gemeindereglemente und über die rechtlichen Grundlagen für das Baubewilligungsverfahren.

4. Oberaufsicht

Nach Art. 49 Abs. 2 des Baugesetzes übt der Staatsrat "die Oberaufsicht über die Baupolizei aus. Er handelt durch das zuständige Departement." Das kantonale Recht enthält keine Definition der Oberaufsicht im Baurecht. Der Sinn dieser Bestimmung ist deshalb durch Auslegung zu ermitteln. Mit dieser Formulierung soll zum Ausdruck gebracht werden, dass der Staatsrat die Aufsichtsinstanzen, nämlich die Baubewilligungsbehörden, die für die baupolizeilichen Aufgaben zuständig sind, beaufsichtigen soll. Es geht also um die Aufsicht über bereits bestehende Aufsichtsinstanzen - die Oberaufsicht erfolgt demnach aus einer gewissen Distanz heraus. Im hier zu beurteilenden Fall ist nicht die konkrete Ausführung bewilligter Bauprojekte - d.h. die Baupolizei im engeren Sinn - problematisch, sondern die ursprüngliche Rechtswidrigkeit vieler Baubewilligungen. Hier kann der Staatsrat nicht direkt eingreifen, weil das Recht zur Erteilung oder zur Verweigerung von Baubewilligungen in die ausschliessliche Kompetenz des Gemeinderats fällt: "...la décision de délivrer ou de refuser une telle autorisation est du ressort exclusif du Conseil communal dont la décision n'est contrôlée que sur recours par le gouvernement cantonal"²⁴⁶. Auch aus diesem Grund liegt die primäre Verantwortung für die rechtswidrigen Baubewilligungen bei der Gemeinde Bagnes.

Die Oberaufsicht im Sinne von Art. 49 des Baugesetzes darf nicht mit der parlamentarischen Oberaufsicht verwechselt werden. Diese Oberaufsicht kommt nach der Verfassung dem Grossen Rat zu (Art. 40 Abs. 2 KV/VS). Die Oberaufsicht des Parlaments ist eingebettet in den Kontext grundsätzlich gleichgeordneter Staatsorgane, die sich kraft ihrer je eigenen Stammfunktionen mit gleichem Recht am politischen Prozess beteiligen.

5. Bewilligungsgesetz und Zweitwohnungsgesetz

Die Hauptverantwortung für die Anwendung des Bewilligungsgesetzes liegt beim Kanton, nicht bei den Gemeinden. Für sechs Fälle, welche die Gemeinde Bagnes betreffen, muss die zuständige Stelle des Kantons zusammen mit dem Bundesamt für Justiz eine Lösung finden.

²⁴⁶ Rouiller, 24, Ziff. 22.

Es müsste generell sichergestellt werden, dass die zuständigen Behörden über identische Dokumente verfügen. Es gab Fälle, in denen die Planunterlagen, welche der erstinstanzlichen Behörde für das Bewilligungsgesetz unterbreitet wurden, nicht mit denjenigen übereinstimmten, die der Baubewilligungsbehörde vorlagen. Es sollte sicher gestellt werden, dass den Behörden einheitliche Planunterlagen vorgelegt werden²⁴⁷.

Art. 75b der Bundesverfassung und das Zweitwohnungsgesetz stellen die Kantone und die Gemeinden vor schwierige Vollzugsaufgaben. Der Kanton hat seine Beratungs- und Unterstützungsfunktionen gegenüber den betroffenen Gemeinden sehr gut wahrgenommen. Den Gemeinden wurden Rundschreiben zugestellt, und es wurde eine Informationsplattform eingerichtet. Die Gemeinde Bagnes wurde auch individuell beraten.

6. Steigende Anforderungen an die kantonale Aufsicht

6.1 Aufsichtsmassnahmen in weiteren Gemeinden

Der VRDVBU weist darauf hin, dass es aufsichtsrechtliche Hinweise zu mehreren Gemeinden gibt: Bagnes, Chamoson, Dorénaz, Bitsch, Val d'Illicz.

In Chamoson geht es um die Frage, ob in Chaletzonen, die hauptsächlich für Zweitwohnungen vorgesehen sind, Erstwohnungen bewilligt wurden. Auch in Bitsch und Val d'Illicz sind Verfahren betreffend die Zweitwohnungsgesetzgebung im Gang. In Dorénaz geht es um Bauten, die in Gefahrenzonen bewilligt wurden.

Der Staatsrat hat ferner ein Monitoring angeordnet gegenüber 19 Gemeinden, welche noch nicht über einen RPG-konformen Zonennutzungsplan verfügen. Ein Monitoring wurde auch eingeführt gegenüber den Gemeinden, die über überdimensionierte Bauzonen verfügen²⁴⁸.

6.2 Die Rollen der beteiligten Verwaltungseinheiten

Bei der Genehmigung von kommunalen Baureglementen, bei der Beratung der Gemeinden und bei der Vorbereitung von Beschwerdeentscheiden sind verschiedene Verwaltungseinheiten beteiligt. Es stellt sich die Frage, ob die Rollen aller beteiligten Verwaltungseinheiten und die internen Prozesse genügend geklärt sind. Es ist zwischen Informations- und Aufsichtsfunktionen zu unterscheiden. Wichtig ist auch, welche Dienststellen Beschwerdeentscheide zuhanden des Staatsrats vorbereiten. Die DIKA ist die Eingangspforte für die Genehmigung von kommunalen Reglementen. Diese Dienststelle überweist die kommunalen Baureglemente der Dienststelle für Raumentwicklung, welche weitere Dienststellen konsultiert. Besonderes Fachwissen ist beim VRDVBU und beim Kompetenzzentrum Zweitwohnungen (CCR2) vorhanden. Die Dienststelle für Raumentwicklung lässt der DIKA anschliessend einen Synthesebericht, d.h. eine vorkonsolidierte Stellungnahme, zukommen²⁴⁹. Die DIKA unterbreitet die Reglemente nach dem Abschluss des Konsultationsverfahrens dem Staatsrat zur Genehmigung. Es bleibt für die konsultierten Stellen unklar, inwiefern ihre Stellungnahmen in den abschliessenden Genehmigungsprozess einfließen. Hier zeigt es sich, dass standardisierte Prozesse einen Mehrwert bringen könnten. Die Resultate des Genehmigungsprozesses sollten allen Beteiligten klar kommuniziert werden. Diese Resultat können bei späteren Aufsichtshandlungen gegenüber Gemeinden und in Be-

²⁴⁷ Bericht Biondo, 2f.

²⁴⁸ Bericht Zumstein, 3. Betroffen sind über 111 Gemeinden. Eine Verweigerung der Rückzonung könnte nach einer Expertise der Ernst Basler und Partner AG zu volkswirtschaftlichen Schäden führen. Vgl. NZZ vom 9.1.2017, S. 11.

²⁴⁹ Rapport Chevrier, 9.

schwerdeverfahren eine wichtige Rolle spielen. Aus diesem Grund sollte eine Informationsplattform erstellt werden, welche alle wichtigen Elemente zur Genehmigung von kommunalen Baureglementen wie auch spätere relevante Beschwerdeentscheide enthält.

7. Gesamtbeurteilung

7.1 Primäre Verantwortung der Gemeinde

Die primäre Verantwortung für die unrechtmässig erstellten Bauten in Verbier liegt bei der Gemeinde Bagnes. Bei ihr liegt die Baubewilligungskompetenz in der Bauzone. Sie hat sich bewusst und systematisch über das geltende kantonale Recht hinweggesetzt. Nach der Expertise Rouiller wusste die Gemeinde Bagnes bereits im Jahre 1999, dass ihr Baureglement nicht mit dem kantonalen Recht vereinbar war²⁵⁰. Die Gemeinde hat an ihrer rechtswidrigen Praxis festgehalten - trotz entgegenstehender Gerichtsentscheide und trotz dem Schreiben des Kantons vom 10. Juli 2012.

7.2 Verantwortung des Kantons

7.2.1 Genehmigungsentscheid und Verwaltungsjustizentscheide

Der Kanton hat im Jahr 2002 (und implizit auch im Jahr 2003) eine fehlerhafte kommunale Reglementsbestimmung genehmigt - weil er, wie er nachträglich in der Antwort auf die Interpellation Clivaz darlegte, die Gemeindeautonomie respektieren wollte. Der Staatsrat hat es ferner unterlassen, aus Gerichtentscheiden aus den Jahren 2001 und 2002 die richtigen Konsequenzen zu ziehen. Er hat im Jahre 2011 auch einen Beschwerdeentscheid gefällt, der von der Justiz korrigiert wurde. Diese Handlungen des Staatsrats sind auf eine Fehleinschätzung und nicht auf eine bewusste Missachtung der Aufsichtspflicht gegenüber der Gemeinde Bagnes zurückzuführen. Es hat sich gezeigt, dass die verwaltungsinternen Prozesse nicht hinreichend standardisiert sind. Es fehlen auch die Ressourcen für eine stärkere Beaufsichtigung der Gemeinden.

7.2.2 Aufsichtsmassnahmen des Kantons im Jahre 2012

Nachdem das Bundesgericht in dieser Frage Klarheit geschaffen hatte, wies der Kanton die Gemeinde Bagnes am 10. Juli 2012 in einem offiziellen Schreiben unmissverständlich auf die Rechtslage hin. Es wäre angezeigt gewesen, dass die Umsetzung dieser Anweisung kontrolliert worden wäre. Es wäre angezeigt gewesen, die Genehmigung der fehlerhaften Reglementsbestimmung zu widerrufen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Gemeinde Bagnes die fragliche Reglementsbestimmung gestützt auf den Bundesgerichtsentscheid ohnehin nicht mehr hätte anwenden dürfen. Die zuständigen kantonalen Stellen haben auch ihre Beratungsfunktion wahrgenommen. Ein direktes Eingreifen des Staatsrats als Behörde ist nicht aktenkundig.

7.2.3 Aufsichtsmassnahmen des Kantons im Jahre 2016

Nachdem die Medien im Sommer 2015 über die Baubewilligungspraxis in Verbier berichtet hatten, war es primär Sache der Gemeinde Bagnes, tätig zu werden. Der Gemeinderat von Bagnes hat die Experten Pierre-André Veuthey und Léonard Bender mit Abklärungen beauftragt. Die Expertise wurde am 12. Februar 2016 abgeschlossen und am 22. März dem Staatsrat zugestellt.

²⁵⁰ Rouiller, 105, Ziff. 121.

Am 23. März 2016 empfing der Staatsrat eine Delegation des Gemeinderates von Bagnes zu einer Aussprache. Am 27. April 2016 setzte der Staatsrat der Gemeinde Bagnes Fristen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes. Dieses Schreiben ist als klare und autoritative Aufsichtshandlung zu qualifizieren. Die von der Gemeinde in Auftrag gegebene Expertise Veuthey/Bender hat 15 Baubewilligungen aus den Jahren 2012-2015 untersucht. Diese Expertise hat gezeigt, dass Gemeinde Bagnes das kantonale und das eigene kommunale Recht in mehreren Fällen in qualifizierter Weise verletzt hat - und dass die primäre Verantwortung bei der Gemeinde liegt. Der Experte Rouiller hat im Auftrag der Gemeinde Bagnes zusätzliche Abklärungen vorgenommen und im August 2016 die Hauptverantwortung für die von der Gemeinde begangenen Fehler dem Staatsrat zugewiesen - ohne wichtige Aufsichtshandlungen des Kantons wie den Brief vom 10. Juli 2012 zu erwähnen und ohne die zuständige Stelle des Kantons einzubeziehen und zu konsultieren. Die Zuweisung der primären Verantwortung an den Staatsrat ist nach der hier vertretenen Auffassung zu Unrecht erfolgt.

8. Zusammenfassung

Die Hauptverantwortung für die begangenen Fehler liegt bei der Gemeinde Bagnes.

Mitverantwortung trägt auch der Kanton. In einer ersten Phase hat der Staatsrat ein fehlerhaftes Reglement der Gemeinde Bagnes genehmigt und es auch unterlassen, aus Entscheiden der Justiz die richtigen Konsequenzen zu ziehen. Es handelt sich dabei um Fehleinschätzungen und nicht um eine bewusste Missachtung der Aufsichtspflicht gegenüber der Gemeinde Bagnes.

In einer zweiten Phase - ab dem Jahr 2012 - hat die kantonale Verwaltung ihre Aufsichtstätigkeit intensiviert. Die Umsetzung der richtigen Anweisung vom 10. Juli 2012 wurde allerdings nicht kontrolliert. Auch im Anschluss an die Berichterstattung in den Medien vom August 2015 über die Baubewilligungspraxis der Gemeinde Bagnes in Verbier hat der Staatsrat keine formellen Massnahmen getroffen. Es wäre aus heutiger Sicht angezeigt gewesen, dass die Umsetzung der Anweisung vom 10. Juli 2012 kontrolliert worden wäre und dass der Staatsrat bereits nach der Medienberichterstattung vom August 2015 - also vor dem Jahr 2016 - aktiv geworden wäre. Im April 2016 hat der Staatsrat gegenüber der Gemeinde Bagnes klare und richtige Massnahmen getroffen.

Die Gemeinde Bagnes wurde vom Kanton beraten und in die Revision der Baugesetzgebung einbezogen.

Es hat sich gezeigt, dass bei den Abläufen zwischen den Verwaltungsstellen noch Optimierungsbedarf besteht. Es stellt sich die Frage, ob die kantonale Verwaltung für ihre künftige Aufsichtstätigkeit über die Gemeinden personell und organisatorisch gerüstet ist.

V. Vorschläge für Reformen

1. Grundlagen

Im Anschluss an Fehlentwicklungen wird jeweils der Ruf nach Reformen laut.

Dabei ist es wichtig, neben der kurzfristigen auch die langfristige Perspektive im Auge zu behalten. Der Staat und die Gemeinden sind nach demokratischen und rechtsstaatlichen Prinzipien organisiert. Dabei werden auch Verantwortlichkeiten zugewiesen. Organen, denen Aufgaben übertragen werden, sind für die Erfüllung dieser Aufgaben verantwortlich. Sie sollen auch zu ihrer Verantwortung stehen. Staatliches Handeln ist so zu organisieren, dass die Verantwortungsträger eigene Spielräume haben und ihre Verantwortung auch tatsächlich wahrnehmen können. Die Verwischung von Verantwortlichkeiten ist zu vermeiden.

Alle Verantwortungsträger unterstehen auch der Kontrolle. Demokratisch legitimierte Verantwortungsträger können im Rahmen von Wahlen beurteilt werden. Darüber hinaus gibt es die Oberaufsicht des Parlaments über Regierung und Verwaltung. Eine wichtige Rolle kommt auch der richterlichen Kontrolle zu. Verfügungen und Entscheide von Organen des Staates und der Gemeinden können in der Regel in verwaltungsinternen und verwaltungsexternen Verfahren auf ihre Rechtmässigkeit überprüft werden.

Kontrollfunktionen sind auch der demokratisch legitimierten Exekutive des Staates zugewiesen. Der Staatsrat kontrolliert und beaufsichtigt die ihm untergeordneten Verwaltungseinheiten. Darüber hinaus sind die öffentlich-rechtlichen Körperschaften der Aufsicht des Staatsrats unterstellt²⁵¹. Dazu gehören auch die Gemeinden.

Aufsicht kann nicht alles leisten. Es ist von grosser Bedeutung, dass das staatliche Handeln von Grund auf so organisiert ist, dass die verantwortlichen Organe ihre Aufgabe nach rechtsstaatlichen Prinzipien und im Sinne des öffentlichen Interesses auf effektive und effiziente Weise wahrnehmen können.

Dr. Hans Lauri, ehemaliger Oberzolldirektor, später Regierungsrat und Ständerat des Kantons Bern, anschliessend Präsident wichtiger öffentlicher Institutionen, hat einmal Folgendes gesagt: "Qualität kann nicht nachträglich in ein System hineinkorrigiert werden." Das System ist vielmehr von Anfang so auszugestalten, dass rechtsstaatlichen Prinzipien und den Grundbedingungen guten staatlichen Handelns Rechnung getragen wird.

2. Drei Handlungsoptionen

Wenn gestützt auf den Fall Verbier Reformen angepackt werden sollen, gibt es im Prinzip drei Handlungsoptionen:

a. Stärkung des Kantons im Bewilligungsverfahren

Nach heutigem Recht ist der Gemeinderat zuständig für Bauvorhaben innerhalb der Bauzonen²⁵². Es wäre denkbar, diese Zuständigkeit wieder einer kantonalen Instanz zu übertragen.

²⁵¹ Art. 144 Abs. 1 GG.

²⁵² Art. 2 BauG.

Nach dem Baubewilligungsdekret aus dem Jahre 1992 erteilte grundsätzlich noch eine kantonale Instanz die Baubewilligungen²⁵³. Im Sinne einer Mittellösung wäre es auch möglich, ein Organ der dezentralen kantonalen Verwaltung als ordentliche Baubewilligungsbehörde einzusetzen. Die Schaffung einer kantonalen Kompetenz würde berücksichtigen, dass die Erteilung der Baubewilligungen hohes Fachwissen voraussetzt - gleichzeitig mit dem Bauentscheid sind bekanntlich den Beteiligten die Entscheide über die erforderlichen weiteren Bewilligungen zu eröffnen. Mit der Begründung einer kantonalen Zuständigkeit würde ferner dem Umstand Rechnung getragen, dass die Gemeinden im Baubewilligungsverfahren einem starken ökonomischen Druck ausgesetzt sein können.

Die am 15. Dezember 2016 abgeschlossene Revision des Baugesetzes weist allerdings in eine andere Richtung. Die Gemeindeautonomie soll gestärkt werden. Die Gemeinden sollen weiterhin zuständig für Baubewilligungen in der Bauzone bleiben²⁵⁴. Diese politische Weichenstellung ist zu respektieren. Sie wird eine wichtige Rahmenbedingung für die weiteren Arbeiten bilden. Das neue Recht sieht allerdings vor, dass die Kantonale Baukommission (KBK) entscheidet, wenn sich die Gemeinde in einem Interessenkonflikt befindet. Neu wird die KBK auch für Baubewilligungen in Zonen mit als landschaftsprägend geschützten Bauten wie Maiensässzonen zuständig sein²⁵⁵.

b. Flächendeckende Aufsicht über die Gemeinden

Es wäre denkbar, das Handeln der Gemeinden im Baubewilligungsverfahren intensiv und flächendeckend zu kontrollieren. Dabei könnten präventive und repressive Massnahmen kombiniert werden.

Ein solches Vorgehen stünde allerdings im Widerspruch zur Grundidee, dass für eine gute Erfüllung öffentlicher Aufgaben in erster Linie die primären Verantwortungsträger - hier also die Gemeinden - zu stärken sind. Qualität kann nicht nachträglich in ein System "hineinkontrolliert" werden.

Eine flächendeckende Aufsichtstätigkeit wäre auch schwer zu vereinbaren mit dem Kerngehalt der Gemeindeautonomie und mit grundlegenden Prinzipien des Aufsichtshandelns - etwa mit den Grundsätzen der Subsidiarität und der Verhältnismässigkeit²⁵⁶. Es kommt hinzu, dass ein solches Vorgehen den Einsatz erheblicher zusätzlicher Ressourcen bedingen würde.

c. Optimierung des Handelns in den Gemeinden und im Kanton

Eine dritte Option besteht darin, das Handeln in den Gemeinden und im Kanton zu optimieren. Es geht um die Optimierung der Strukturen und der Prozesse. Die Gemeinden sollen ihre Aufgaben im Bauwesen insgesamt noch besser wahrnehmen können. Sie sollen in ihrem eigenverantwortlichen Handeln gestärkt werden. Diese Stärkung hat eine fachtechnische und eine politische Seite. Es muss einerseits sichergestellt werden, dass die Grundlagendokumente bei Bauvorhaben qualitativ gut sind und dass die diesbezüglichen Prüfverfahren ein hohes Niveau aufweisen²⁵⁷. Andererseits muss bei den Gemeindebehörden der politische Wille vorhanden sein, dem geltenden Recht und dem öffentlichen Interesse zum Durchbruch zu verhelfen.

²⁵³ Baubewilligungsdekret vom 31. Januar 1992.

²⁵⁴ Art. 2 Abs. 1 des neuen Baugesetzes vom 15. Dezember 2016.

²⁵⁵ Art. 2 Abs. 2 Bst. e des neuen Baugesetzes vom 15. Dezember 2016.

²⁵⁶ Kapitel II, Ziff. 2.4.1; Fritzsche/Bösch/Wipf, 461.

²⁵⁷ Art. 40 des neuen Baugesetzes vom 15. Dezember 2016.

Auch die Aufsichtstätigkeit des Kantons müsste optimiert und intensiviert werden. Die Schaffung neuer gesetzlicher Grundlagen ist zu prüfen. Angezeigt sind auch Massnahmen im Exekutivbereich. Dazu gehören interne Vorkehren der Qualitätssicherung wie die Klärung der Zuständigkeiten und der Abläufe bei der Genehmigung von Reglementen wie auch bei der Anwendung der Zweitwohnungsgesetzgebung. Darüber hinaus könnte die Informationstätigkeit des Kantons gegenüber den Gemeinden verstärkt werden. Dabei geht es auch um eine systematische Auswertung der Rechtsprechung und um die Weiterleitung der entsprechenden Erkenntnisse an die Gemeinden.

Die Optimierung der Aufsicht des Kantons über die Gemeinden und weitere Reformvorschläge werden nachfolgend unter den Ziffern 3 bis 6 dargestellt.

3. Optimierung der Aufsicht des Kantons

3.1 Allgemeines

In verschiedenen Kantonen gibt es Organe der dezentralen kantonalen Verwaltung wie Regierungsstatthalter (BE), Oberamtswärter (FR), Bezirksräte (ZH) oder Präfets (VD) die den Auftrag haben, die Gemeinden zu beaufsichtigen. Häufig ergänzen sie die Aufsichtstätigkeit der Zentralverwaltung. Im Kanton Waadt kommt den Präfets die Aufgabe zu, die Verwaltung der Gemeinden regelmässig zu überwachen und dem zuständigen Departement des Kantons Bericht zu erstatten. Der waadtländische Präfet kann mit beratender Stimme an den Sitzungen der kommunalen Exekutiven und Legislativen teilnehmen²⁵⁸. Im Kanton Zürich ist die Aufsicht zweistufig organisiert. Auf Bezirksebene unterstehen die Gemeinden der Aufsicht des Bezirksrats²⁵⁹. Auf kantonaler Ebene ist die Direktion der Justiz und des Innern die allgemeine Aufsichtsbehörde²⁶⁰. Der Regierungsrat übt die Oberaufsicht aus²⁶¹. Der Kanton Wallis setzt zwar ebenfalls Regierungsstatthalter zur Aufsicht über die Verwaltung der Gemeinden ein²⁶². Es scheint jedoch, dass die Gemeinden in der Praxis in wichtigen Bereichen durch den Staatsrat und in seinem Auftrag durch die zuständigen Departemente der Zentralverwaltung beaufsichtigt werden. Die Aufsicht über die Gemeinden ist in der Realität auch nicht intensiv und flächendeckend. Es entspricht der Grundidee der Gemeindeautonomie, dass die Gemeinden über grosse eigene Spielräume verfügen sollen²⁶³. Es gibt allerdings Ausnahmen: Der Aufsicht über die Gemeindefinanzen kommt eine besondere Bedeutung zu. Die Gemeinden werden eng baufsichtigt begleitet. Sie haben über ihre finanzielle Situation gegenüber der DIKA umfassend Bericht zu erstatten²⁶⁴. Eine wichtige Rolle spielt auch das Finanzinspektorat. In anderen Bereichen werden die Gemeinden durch den Kanton nicht stark kontrolliert. Die Aufsicht erfolgt vielmehr grundsätzlich nachträglich und anlassbezogen. Sie kommt schwergewichtig dann zum Einsatz, wenn kantonale Stellen auf mögliche Fehlentwicklungen hingewiesen oder wenn Beschwerden eingereicht werden. Es wurde erwähnt, aus der Gesetzgebung im Baubereich gehe nicht hervor, dass der Kanton systematische und vollumfängliche Kontrollen durchzuführen habe. Mit Ausnahme von Beschwerden und allfälligen punktuellen Aufsichtsverfahren seien solche Kontrollen nicht ge-

²⁵⁸ Art. 141 des Gemeindegesetzes des Kantons Waadt vom 28.2.1956, RSV 175.11.

²⁵⁹ § 141 des Gemeindegesetzes des Kantons Zürich vom 6. Juni 1926, LS 131.1.

²⁶⁰ § 148 des Gemeindegesetzes des Kantons Zürich vom 6. Juni 1926, LS 131.1.

²⁶¹ § 149 des Gemeindegesetzes des Kantons Zürich vom 6. Juni 1929, LS 131.1.

²⁶² Art. 3 Bst. b des Gesetzes vom 24. Mai 1850 über die Amtsbefugnisse der Regierungsstatthalter, VS-SR 172.16.

²⁶³ Maurice Chevrier sagt Folgendes: "La large autonomie dont bénéficient les communes valaisannes n'est pas sans conséquence sur la surveillance du canton sur celles-ci", Rapport Chevrier, 3.

²⁶⁴ Kapitel I, Ziff. 2.1.3.

wollt²⁶⁵. Es gibt sicher Gründe, die gegen eine übertriebene Kontrolltätigkeit sprechen. Der Grundsatz der Gemeindeautonomie setzt voraus, dass die Gemeinden über ein genügend grosses Ermessen bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben verfügen müssen. Auf der andern Seite legen die Kantonsverfassung und das Gemeindegesetz fest, dass der Kanton die Gemeinden zu beaufsichtigen hat. Der Staatsrat muss darüber wachen, dass sich die Gemeinden "verfassungs- und gesetzesgemäss verwalten"²⁶⁶. Der Staat soll die Gemeinden auch informieren und ihnen Auskünfte und Ratschläge vermitteln²⁶⁷. Diese Rechtsgrundlagen sprechen für eine massvolle Intensivierung der Aufsicht. Es wird hier darauf verzichtet, für den Kanton Wallis die Revitalisierung der dezentralen kantonalen Organe für die Aufsicht über die Gemeinden zur Diskussion zu stellen. Es wird jedoch eine Intensivierung der Aufsicht über die Gemeinden durch den Staatsrat und die Zentralverwaltung vorgeschlagen. Intensiviert werden müsste insbesondere der "Kommunikationsprozess" zwischen dem Staat und den Gemeinden. Kommunikation setzt voraus, dass sich beide Seiten aktiv verhalten. Der Staat müsste seine internen Prozesse im Hinblick auf die Intensivierung der Aufsichtstätigkeit gezielt verbessern. Der Kanton sollte den Gemeinden wichtige Informationen leicht zugänglich machen. Die Gemeinden haben aber auch Pflichten. Sie haben sich so zu organisieren, dass sie rechtmässig handeln können. Sie müssen den Kanton von sich aus auf allfällige Probleme bei der Anwendung des Rechts hinweisen. Der Kanton kann von den Gemeinden gezielt Informationen verlangen. Die zuständigen kantonalen Stellen dürfen die Gemeinden auch "besuchen", Fragen stellen und überprüfen, ob die Verwaltung ordnungsgemäss geführt wird²⁶⁸.

Die informatorischen Aufsichtsmittel des Kantons gehen nach der in einem Standardwerk der Verwaltungsrechtslehre vertretenen Auffassung sehr weit. Zu ihnen gehören:

- " – periodische oder unangekündigte Inspektionen der Gemeindeverwaltung (sog. Visitationen);
- Berichterstattungspflicht der Gemeindebehörden;
- Vorlegungspflicht für gewisse Geschäfte (zur Information und ohne dass die Genehmigung ein Gültigkeitserfordernis wäre);
- Teilnahme von Kantonsvertretern an bestimmten Sitzungen der Gemeindebehörden²⁶⁹."

Wenn Anzeichen von Unregelmässigkeiten bestehen, empfiehlt es sich, formelle Abklärungen vorzunehmen. Solche Abklärungen sollten durch den Staatsrat initiiert werden. Eine gute Informationslage bildet die Voraussetzung für die allfällige Intervention des Kantons gegenüber einer Gemeinde. Bei diesen Massnahmen sind die Grundsätze der Verhältnismässigkeit zu beachten.

Eine Intensivierung der Aufsicht des Kantons setzt voraus, dass den zuständigen kantonalen Stellen die erforderlichen Ressourcen zur Verfügung gestellt werden.

²⁶⁵ Dies ist der Gesamteindruck aus den Anhörungen.

²⁶⁶ Art. 144 GG.

²⁶⁷ Art. 144 GG.

²⁶⁸ Wichteremann, Kommentar zum Gemeindegesetz des Kantons Bern, Art. 87, N 9.

²⁶⁹ Häfelin/Müller/Uhlmann, N 1953. Vgl. auch den Katalog bei Dubey/Zufferey, N 71.

3.2 Neue gesetzliche Grundlagen

3.2.1 Grundsätze

Es ist nicht erforderlich, ein umfassendes Gesetzgebungsprogramm zur Intensivierung der Aufsicht des Kantons über die Gemeinden zu entwickeln. Es ist vielmehr angezeigt, die im Gemeindegesetz und in den Spezialgesetzen vorhandenen Grundlagen besser auszuschöpfen.

In zwei Bereichen wird allerdings empfohlen, die Schaffung neuen Gesetzesrechts zu prüfen: Bei der Durchführung amtlicher Untersuchungen und bei der Schaffung einer Ombudsstelle.

3.2.2 Amtliche Untersuchungen

Die Regeln zur Aufsicht des Kantons über die Gemeinden sind relativ knapp gehalten²⁷⁰. Es stellt sich aus rechtsstaatlicher Sicht die Frage, ob das Vorverfahren, das zu den relativ einschneidenden Massnahmen nach Art. 150 und 151 des Gemeindegesetzes führen kann, formell geregelt werden müsste. Einer Gemeinde, deren Praxis aus rechtlicher Sicht problematisch erscheint, kann die eventuelle Durchführung einer amtlichen Untersuchung angekündigt werden. Dieser Massnahme kommt eine Warnfunktion zu. Wenn die betroffene Gemeinde keine Korrekturen vornimmt, kommt es zur amtlichen Untersuchung. Voraussetzung für harte aufsichtsrechtliche Massnahmen ist, dass die beanstandete Angelegenheit in einem korrekten Verfahren untersucht worden ist, das der Gemeinde auch die Möglichkeiten gibt, zur Angelegenheit Stellung zu nehmen und entlastende Tatsachen vorzubringen²⁷¹. Es wird deshalb vorgeschlagen, die Voraussetzungen für die Durchführung einer amtlichen Untersuchung gesetzlich zu regeln. Solche Rechtsgrundlagen bestehen auch in andern Kantonen - etwa in den beiden zweisprachigen Kantonen Bern und Freiburg²⁷². Für den Kanton Wallis wird Folgendes vorgeschlagen: In einer amtlichen Untersuchung, die vom Staatsrat anzuordnen wäre, können die notwendigen Abklärungen vorgenommen werden, die es dem Staatsrat ermöglichen, über die Notwendigkeit von Massnahmen gemäss den Artikeln 150 und 151 des Gemeindegesetzes zu entscheiden.

Das Gemeindegesetz könnte mit einer Bestimmung ergänzt werden, welche festhält, dass der Staatsrat die zuständige kantonale Stelle damit beauftragen kann, gegen eine Gemeinde eine aufsichtsrechtliche Untersuchung durchzuführen, wenn

- a. der Verdacht besteht, dass die ordnungsgemässe Verwaltung durch rechtswidriges Handeln der Gemeindeorgane oder auf andere Weise ernsthaft gestört oder gefährdet wird und
- b. die Gemeinde die Angelegenheit nicht selbst ordnet²⁷³.

Die beiden Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Für die Eröffnung der Untersuchung genügt ein hinreichender Verdacht, der sich auf eine ernsthafte Störung oder Gefährdung der ordnungsgemässen Verwaltung der Gemeinde beziehen muss²⁷⁴.

Das Verfahren müsste sich nach den Bestimmungen des Gesetzes über das Verwaltungsverfahren und die Verwaltungsrechtspflege (VVRG) richten. Die Gemeinde hat Parteistellung und Anspruch auf das rechtliche Gehör.

²⁷⁰ Art. 149 -152 GG.

²⁷¹ Wichtermann, Kommentar zum Gemeindegesetz des Kantons Bern, Art. 88, N 2.

²⁷² Art. 88 des Gemeindegesetzes vom 16.03.1998 des Kantons Bern, BSG 170.11; Art. 151a des Gesetzes vom 25.9.1908 über die Gemeinden des Kantons Freiburg, SGF 140.1. Im Kanton Freiburg wird die amtliche Untersuchung nicht durch den Staatsrat, sondern durch den Oberamtmann oder durch die für die Gemeinden zuständige Direktion (Departement) eröffnet.

²⁷³ Vgl. Art. 88 des bernischen Gemeindegesetzes vom 16.3.1998, BSG 170.11.

²⁷⁴ Wichtermann, Kommentar zum Gemeindegesetz des Kantons Bern, Art. 88, Art. N 9.

Aus der bernischen Praxis kann auf die folgenden Beispiele hingewiesen werden²⁷⁵:

- Verdacht auf Vernachlässigung der baupolizeilichen Aufgaben;
- ungenügende Organisation der Baupolizei;
- grobe Misswirtschaft im kommunalen Finanzwesen;
- wiederholte Verletzungen von Ausstandspflichten im Gemeinderat.

3.2.3 Ombudsstelle

Nach Art. 145 des Gemeindegesetzes können Interessierte gegen Handlungen oder Unterlassungen von Gemeindebehörden Aufsichtsbeschwerde führen. Es besteht ein Anspruch auf eine Antwort. Die Aufsichtsbeschwerde ist allerdings kein formelles Rechtsmittel, sondern ein formloser Rechtsbehelf. Dem Anzeigersteller kommt keine Parteistellung zu. Die Aufsichtsbehörde entscheidet gestützt auf ihre Aufsichtskompetenz nach pflichtgemäßem Ermessen über die Behandlung und Erledigung von Aufsichtsbeschwerden²⁷⁶. In der Praxis führen solche Beschwerden kaum zum Erfolg, weil die Hürden für Korrekturen im System ausserhalb formeller Beschwerdeverfahren relativ hoch sind. Dies ist auch in den andern Kantonen so. Deshalb hat sich das Bedürfnis gezeigt, Ombudsstellen als verwaltungsexterne Aufsichtsinstanzen einzurichten²⁷⁷. Für solche Stellen braucht es eine formelle gesetzliche Grundlage, in welcher die Zuständigkeiten, das Verfahren und die Wahl der verantwortlichen Person geregelt werden. In der Regel können solche Stellen den Sachverhalt von Amtes wegen untersuchen, Auskunftspersonen befragen und weitere Untersuchungsmassnahmen treffen. Sie können allerdings keine rechtsverbindlichen Weisungen erteilen, sondern sie sind vermittelnd tätig²⁷⁸. Sie können eine von allen Seiten akzeptierte Lösung anstreben, den Beschwerdeführern einen Rat zum weiteren Verfahren geben und auch schriftliche Empfehlungen an die Behörden richten. Ombudsstellen können zur einvernehmlichen Regelung von Konflikten und damit zum Vertrauen der Bürgerinnen und Bürger in das Handeln von Staats- und Gemeindeorganen beitragen. Es wird empfohlen, auch im Kanton Wallis die Einrichtung einer Ombudsstelle zu prüfen.

3.3 Reformen im Zuständigkeitsbereich des Staatsrats

3.3.1 Allgemeines

Nachfolgend werden Vorschläge zur Optimierung der Aufsicht des Kantons über die Gemeinden im Zuständigkeitsbereich der Exekutive vorgelegt. Wichtig ist dabei die im Gesetz festgeschriebene Führungsrolle des Staatsrats²⁷⁹. Der Staatsrat plant und koordiniert die Tätigkeiten des Kantons auch bei der Aufsicht über die Gemeinden. Er muss Aufsichtshandlungen des Kantons, die eine gewisse Intensität aufweisen, politisch legitimieren. Mindestens der Beginn und das Ende wichtiger Aufsichtshandlungen gegenüber Gemeinden sollten durch den Staatsrat bestimmt werden. Es ist auch die Aufgabe des Staatsrats darüber zu entscheiden, ob für die Aufsicht über die Gemeinden ein Konzept erstellt und ob optimierte standardisierte Verfahren bereitgestellt werden sollen. Er entscheidet unter Vorbehalt gesetzlicher Vorgaben ferner darüber, ob die bisher auf die einzelnen Departemente verteilten Aufsichtskompetenzen neu zugeordnet oder gebündelt werden sollen. Wichtig ist, dass die Aufgaben, Kompetenzen und Verantwortlichkeiten der involvierten Dienststellen klar sind.

²⁷⁵ Wichtermann, Kommentar zum Gemeindegesetz des Kantons Bern, Art. 88, N 12.

²⁷⁶ Jaag/Rüssli, N 2026.

²⁷⁷ Kapitel I, Ziff. 2.8.

²⁷⁸ Jaag/Rüssli, N 1808.

²⁷⁹ Art. 145 GG.

Dem Departement für Finanzen und Institutionen und insbesondere der Dienststelle für innere und kommunale Angelegenheiten (DIKA) kommt im Bereich der Aufsicht über die Gemeinden eine besondere Verantwortung zu.

3.3.2 Zuständigkeiten der DIKA

Die DIKA hat bei der Anwendung des Gemeindegesetzes und weiterer Erlasse wichtige Aufgaben wahrzunehmen²⁸⁰. Sie berät die Gemeinden in verschiedenen Bereichen. Dazu gehören auch Fragen der Führung des Haushalts. Vorbehalten bleibt die Gesetzgebung über die Finanzaufsicht. Die DIKA nimmt auch wichtige Aufgaben in den Bereichen der politischen Rechte, der Gemeindefusionen und der Expropriationen wahr. Mit Bezug auf die generelle Aufsicht über die Gemeinden hat die DIKA insbesondere die folgenden Kompetenzen:

- Instruktion der Beschwerden an den Staatsrat gegen kommunale Akte.
Im Jahr 2015 hat die DIKA 661 Entwürfe zu Beschwerdeentscheiden des Staatsrats vorbereitet. Dazu gehören auch Beschwerdeentscheide im Zusammenhang mit Baubewilligungen in der Bauzone.
- Genehmigung von kommunalen Reglementen
Es gilt das Prinzip der "einzigen Zugangspforte" für die Genehmigung kommunaler Reglemente aus allen Politikbereichen. Dazu gehören auch die Bau- und Zonenreglemente der Gemeinden. Im Jahr 2015 hat die DIKA 149 Genehmigungsentscheide des Staatsrats zu kommunalen Reglementen vorbereitet. Bei der Vorbereitung der Genehmigungsentscheide des Staatsrats werden die betroffenen Stellen des Kantons konsultiert.
- Aufsichtsbeschwerden an den Staatsrat
Nach Art. 53 des Gemeindegesetzes kann jede interessierte Person eine Aufsichtsbeschwerde an den Staatsrat richten. Pro Jahr werden 2-3 Aufsichtsbeschwerden eingereicht. Die DIKA bereitet die entsprechenden Beschwerdeentscheide des Staatsrats in ihrem Zuständigkeitsbereich vor.

3.3.3 Weitere wichtige Akteure

Im Politikfeld "Bauen" sind weitere wichtige Akteure tätig. Das Departement für Verkehr, Bau- und Umwelt (DVBU) ist verantwortlich für die Baugesetzgebung. Es befasst sich mit den öffentlichen Bauten, der Infrastruktur und der Baupolizei²⁸¹. Das Departement für Volkswirtschaft, Energie und Raumentwicklung (DVER) befasst sich mit der Raumentwicklung, den Grundbuchämtern, der Geomatik und den öffentlich-rechtlichen Vorgaben des Verkaufs von Immobilien an Ausländerinnen und Ausländer. Die Staatskanzlei ist zuständig für die Instruktion von Beschwerden an den Staatsrat gegen Entscheide, die die Kantonale Baukommission (KBK) gefällt hat.

²⁸⁰ Zur ganzen Ziffer 3.3.2: Rapport Chevrier, 6f.

²⁸¹ Dazu und zum Folgenden Art. 4 der Verordnung über die Befugnisse des Präsidiums und der Departemente vom 1. Mai 2013, VS-SR 172.010.

4. Einzelne Optimierungen

4.1 Aufsichtskonzept zu den Gemeinden

Art. 145 des Gemeindegesetzes hält fest, dass der Kanton die Gemeinden beaufsichtigt. Diese Regel ist sehr allgemein. Sie bedarf der Konkretisierung. Eine solche Konkretisierung kann in der Spezialgesetzgebung zu einzelnen Politikbereichen erfolgen. So ist beispielsweise die Aufsicht des Kantons über die Gemeindeefinanzen umfassend geregelt worden. In andern Bereichen bleibt vieles offen. Gestützt auf eine Gesamtbeurteilung sollte die Aufsicht über die Gemeinden intensiviert und systematisiert werden. Es wird deshalb empfohlen, dass der Staatsrat gestützt auf Art. 145 des Gemeindegesetzes eine Verordnung oder eine Richtlinie zur Aufsicht über die Gemeinden erlässt. In diesem Erlass wären Grundsatzfragen der kantonalen Aufsicht über die Gemeinden zu klären. Es wären Kriterien für das intensivere Begleiten von Gemeinden festzulegen. Die Erkenntnisse aus diesem Prozess können dazu führen, dass bestimmte Gemeinden auf die Liste der überwachten Gemeinden aufgenommen werden²⁸².

Der Staatsrat sollte klare Vorgaben für standardisierte und transparente Verfahren machen. Damit würde die verwaltungsinterne Koordination im Bereich der Aufsicht über die Gemeinden erleichtert.

Wichtige kantonale Aufsichtsmassnahmen gegenüber Gemeinden in Bau- und Planungssachen sollten in einer Datenbank erfasst werden. Dazu gehören die Genehmigung kommunaler Reglemente, Entscheide des Staatsrats in Beschwerdeverfahren, wichtige Entscheide zur Anwendung der Zweitwohnungsgesetzgebung, wichtige baupolizeiliche Massnahmen oder Anordnungen nach Art. 149-150 des Gemeindegesetzes. Der Staatsrat sollte festlegen, welches Departement die Federführung für diese Datenbank übernimmt²⁸³.

Wichtig sind die folgenden Punkte:

- Entscheide des Kantonsgerichts und des Bundesgerichts zu Bau- und Planungssachen, welche den Kanton Wallis betreffen, werden in die Datenbank aufgenommen.
- Wichtige Massnahmen und Weisungen der kantonalen Verwaltung, welche die Aufsicht über Gemeinden betreffend, werden in die Datenbank aufgenommen.
- Die hier erwähnten Dokumente stehen allen kantonalen Stellen, die mit der Aufsicht über die Gemeinden befasst sind, zur Verfügung. Diese Stellen können auf die Datenbank zugreifen.

4.2 Gemeindereglemente: Richtlinien für das Konsultationsverfahren

Im Kanton Wallis werden die Gemeindereglemente einem Vorprüfungsverfahren unterzogen, bevor sie dem Staatsrat zur Genehmigung unterbreitet werden. Die DIKA ist die Eingangspforte für die Gemeindereglemente. Sie überprüft das Dossier auf seine Vollständigkeit und holt Stellungnahmen der betroffenen Dienststellen der Verwaltung ein. Es existiert eine Liste, die festlegt, welche Dienststellen zu welchen Reglementen zu konsultieren sind. Ein abweichendes Verfahren besteht bei den Bau- und Planungsreglementen. Solche Reglemente werden an die Dienststelle für Raumentwicklung weitergeleitet, welche weitere betroffene Dienststellen konsultiert und anschliessend zuhanden der DIKA einen Synthesebericht über das Konsultationsverfahren erstellt. Gestützt auf das Vorprüfungsverfahren wird allenfalls nochmals der Dialog mit

²⁸² Kapitel V, Ziff 4.4.

²⁸³ Beschwerdeentscheide des Staatsrats in kommunalen Angelegenheiten können durch die Departemente bereits heute im System ECM konsultiert werden: Rapport Chevrier, 11. Das System steht allerdings nicht allen Dienststellen zur Verfügung.

der betroffenen Gemeinde gesucht. Am Schluss wird der bereinigte Reglementsentwurf dem Staatsrat zur Genehmigung vorgelegt.

Das bisherige System der Genehmigung kommunaler Reglemente ist durch die "porte d'entrée unique" gekennzeichnet. Dieses System hat den Vorteil, dass für alle Reglemente dieselben Regeln gelten. Die kommunalen Reglemente sind bei der DIKA einzureichen, welche das Verfahren koordiniert und die Reglemente dem Staatsrat zur Genehmigung vorlegt. Dieses Verfahren hat verschiedene Vorteile. Die Beurteilung der Reglemente erfolgt aus einer einheitlichen Perspektive. Die DIKA hat die Übersicht über die Reglemente aus allen Politikbereichen und kann für eine einheitliche Praxis sorgen.

Es bestünde die Möglichkeit, die kommunalen Reglemente je nach Politikbereich durch das fachlich zuständige Department vorprüfen und dem Staatsrat zur Genehmigung vorlegen zu lassen. Eine solches Vorgehen würde die Departemente im Genehmigungsverfahren stärker in die Pflicht nehmen. Maurice Chevrier schreibt dazu: "Il y a une certaine logique à ce que le département compétent, celui qu'exerce la surveillance du canton sur la commune dans un domaine, conduise la procédure d'homologation des règlements communaux en cette matière. L'inconvénient est peut-être de permettre des pratiques différentes selon les départements"²⁸⁴.

Es bestünde weiter die Möglichkeit einer "lex specialis" im Bau- und Planungsbereich. Es könnte eine besondere Zuständigkeit für die Vorbereitung der Genehmigung der kommunalen Reglemente im Bau- und Planungsbereich geschaffen werden. Es wurde darauf hingewiesen, dass die kommunalen Vorschriften im Bau- und Planungsbereich zwingend der kantonalen Vorprüfung und Genehmigung bedürfen. Diese Vorschriften und Pläne haben eine grosse Tragweite; die Genehmigungspflicht des Kantons ist auch durch das Bundesrecht vorgeschrieben. Neben den Baureglementen sind die Nutzungspläne von grosser Bedeutung. Die kantonale Behörde muss die Nutzungspläne und ihre Anpassungen genehmigen. Mit der Genehmigung durch die kantonale Behörde werden die Nutzungspläne verbindlich. Die kantonale Behörde prüft diese Dokumente auf ihre Übereinstimmung mit den vom Bundesrat genehmigten Richtplänen²⁸⁵. Es wäre denkbar, die Zuständigkeit für die Vorprüfung der kommunalen Vorschriften und Pläne im Bau- und Planungsbereich dem Department für Verkehr, Bau und Umwelt (DVBU) zu übertragen. Dieses Departement betreut die legislativen Arbeiten im Baubereich und nimmt bereits heute wichtige Aufsichtsfunktionen im Bauwesen wahr. Wenn auch die Zuständigkeit für die Vorprüfung der kommunalen Regeln im Bau- und Planungsbereich dem DVBU übertragen würde, könnte dies zu einer intensiveren und kohärenteren Aufsicht des Kantons über die Gemeinden führen. Es ist einzuräumen, dass auch dem Department für Volkswirtschaft, Energie und Raumentwicklung eine wichtige Rolle zukommt. Das Fachwissen der Dienststelle für Raumentwicklung und weiterer betroffener Dienststellen wäre einzubeziehen.

In einer Gesamtbeurteilung gibt es allerdings auch erhebliche Zweifel an einer "lex specialis" für den Bau- und Planungsbereich. Mit einer ähnlichen Argumentation könnten auch in andern Fachgebieten - etwa bei den Abfall- und Abwasserreglementen, bei den Polizeireglementen oder bei Reglementen, welche touristische Aktivitäten betreffen - Sonderlösungen angestrebt werden.

Im Rahmen der Abklärungen hat es sich gezeigt, dass es überwiegende Gründe gibt, für die Genehmigung der Gemeindereglemente am bisherigen Verfahren festzuhalten. Dieses Verfahren sollte jedoch umfassender und transparenter geregelt werden. Zu diesem Zweck sollte der

²⁸⁴ Rapport Chevrier, 12.

²⁸⁵ Art. 26 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung, RPG, SR 700; Moor/Poltier, 528f.

Staatsrat eine Verordnung oder ein Reglement erlassen. Dieser Erlass müsste die Grundsätze und die einzelnen Etappen des Verfahrens definieren. Die betroffenen Dienststellen wären insbesondere dazu anzuhalten, sich in ihrem Bereich zur Konformität der Reglemente mit dem übergeordneten Recht zu äussern. Wichtig ist dabei der Grundsatz der Transparenz: Das instruierende Departement legt dem Staatsrat beim Antrag auf Genehmigung eines kommunalen Reglements alle verwaltungsinternen Stellungnahmen vor. In einem erläuternden Papier wird Auskunft erteilt über die Bereinigung der Differenzen. Diese Unterlagen werden in die Datenbank aufgenommen²⁸⁶.

4.3 Aufsicht bei den Zweitwohnungen

Der Staatsrat übt die Aufsicht über die für den Vollzug des Zweitwohnungsgesetzes zuständigen kommunalen und kantonalen Behörden aus. Für ihn handelt das jeweils zuständige Departement²⁸⁷. Es wird empfohlen, dass der Staatsrat Folgendes festlegt:

- Das Departement für Volkswirtschaft, Energie und Raumentwicklung stellt sicher, dass das Kompetenzzentrum für Zweitwohnungen (CCR2) seinen Auftrag weiterhin erfüllen kann. Es handelt sich um eine "virtuelle Organisation" mit einer reinen Beratungsaufgabe.
- Das Departement für Verkehr, Bau und Umwelt wird zuständig für die operative Instruktion von Aufsichtsmaßnahmen im Bereich der Zweitwohnungen. Die Nutzung einer Liegenschaft als Erst- bzw. Zweitwohnung hängt eng mit der Baubewilligung zusammen und ist durch allfällige baupolizeiliche Massnahmen sicherzustellen. Die neue Zuständigkeit kann nur wahrgenommen werden, wenn dem Departement die erforderlichen Ressourcen zugeteilt werden.

4.4 Monitoring

Der Staatsrat legt ein Monitoring fest für Gemeinden, die besonders betreut, begleitet und kontrolliert werden müssen. Er legt für jede von dieser Anordnung betroffenen Gemeinde einzeln fest, welche besonderen Massnahmen ergriffen werden. Er bestimmt das Departement, das in dieser Sache die Federführung hat und lässt sich von diesem Departement jährlich Bericht erstatten.

4.5 Systematische Information der Gemeinden

Das zuständige Departement sollte sicherstellen, dass die Gemeinden über wichtige Entscheide des Staatsrats, der kantonalen Verwaltung und der Gerichte systematisch informiert werden. Zu diesem Zweck könnte eine separate Datenbank erstellt werden.

Im Kanton Bern realisierte die kantonale Verwaltung unter dem Namen "Bernische Systematische Information der Gemeinden" (BSIG) ein umfassendes Informationssystem für die kommunale Ebene. Einzelinformationen wie Weisungen, Richtlinien, Merkblätter, Kommentare, Ansichtsäusserungen oder Empfehlungen werden zentral gesammelt und den Gemeinden zur Verfügung gestellt. Die Unterlagen werden laufend aktualisiert und können auch von Privaten und

²⁸⁶ Kapitel V, Ziff. 4.1.

²⁸⁷ Art. 2 des Zweitwohnungsdekrets vom 16. Dezember 2015.

Verbänden abonniert werden. Die Dokumente werden in Loseblattform geliefert. Sie können auch in der BSIG-Datenbank gesucht und heruntergeladen werden²⁸⁸.

Es wäre zu prüfen, ob im Kanton Wallis ein ähnliches System geschaffen werden könnte - allenfalls beschränkt auf besonders komplexe Gebiete wie den Bau- und Planungsbereich.

5. Zusätzliche Ressourcen

Eine Intensivierung der Aufsicht des Kantons über die Gemeinden ist mit zusätzlichen Ressourcen verbunden. Der Einsatz standardisierter und transparenter Verfahren, der Ausbau des Monitorings, die Ausweitung der Informationstätigkeit und die Stärkung der Aufsicht im Bereich der Zweitwohnungen führen zu Kosten. Die betrifft sowohl den technischen wie auch den personellen Bereich. Die Schaffung zusätzlicher Stellen dürfte unumgänglich sein. Denkbar ist in Teilbereichen auch die Verschiebung von Ressourcen zwischen einzelnen Dienststellen. Es wird empfohlen, dass die fachlich zuständigen Stellen eine Analyse betreffend die zusätzlichen Ressourcen durchführen. Diese Analyse soll dem Staatsrat als Entscheidungsgrundlage für die Intensivierung der Aufsicht über die Gemeinden dienen.

6. Stärkung der Gemeinden

6.1 Pflichten der Gemeinden

Die Gemeinden haben sich so zu organisieren, dass sie rechtmässig handeln können. Die zuständigen Organe müssen in der Lage sein, Fehlentwicklungen im kommunalen Bereich zu erkennen und zu korrigieren. Die Gemeinden müssen den Kanton von sich aus auf allfällige Probleme in Rechts- und Organisationsfragen hinweisen. Der Kanton kann von den Gemeinden Informationen und Berichte verlangen. Die zuständigen kantonalen Stellen dürfen die Gemeinden besuchen, Fragen stellen und kontrollieren, ob die Verwaltung ordnungsgemäss geführt wird.

6.2 Baugesetzgebung

Die Gemeinden sollen in ihren Rollen als Baubewilligungs- und Baupolizeibehörden gut wahrnehmen. Das neue Baugesetz stärkt die Gemeindeautonomie. Das ist auch mit zusätzlicher Verantwortung verbunden. Die Art. 52 ff. des neuen Baugesetzes vom 15. Dezember 2016 enthalten detaillierte Handlungsanweisungen, welche die Gemeinden als Baupolizeibehörden zu beachten haben. Wichtig wird dabei auch die Umsetzung von Art. 40 des neuen Baugesetzes sein, wonach Baupläne von besonders qualifizierten Personen erstellt werden müssen. Die Gemeindebehörden müssen ebenfalls über fachlich qualifizierte Personen verfügen, welche die Baueingaben prüfen.

6.3 Fachliche Kooperation der Gemeinden

Es gibt möglicherweise Gemeinden, denen es schwer fällt, ihre grosse Verantwortung als Baubewilligungs- und Baupolizeibehörde mit eigenen Mitteln wahrzunehmen. Deshalb ist die fachliche Kooperation der Gemeinden in Baubewilligungsfragen zu fördern.

²⁸⁸ <www.jgk.be.ch> Bernische Systematische Information der Gemeinden>, besucht am 15.1.2017.

Im Kanton Bern wurde das Baugesetz bereits im Jahr 1994 durch die folgende Bestimmung ergänzt:

- " 1 Die Gemeinden sorgen dafür, dass ihnen das nötige Fachwissen zugänglich ist.
- 2 Verfügen sie nicht über eigene Fachleute, lassen sie die Baugesuche durch ein regionales Bauinspektorat, durch die Fachleute einer andern Gemeinde oder durch private Fachleute prüfen.
- 3 Der Kanton fördert die Aus- und Weiterbildung der mit der Prüfung von Baugesuchen und mit Baupolizeiaufgaben betreuten Personen²⁸⁹."

Fachleute sind Personen, die über besondere Kenntnisse im Baubewilligungsverfahren und in der Koordination von Bewilligungsverfahren verfügen. Das können Gemeindeangestellte sein, die eine besondere Ausbildung genossen haben.

Es ist zu empfehlen, dass auch im Kanton Wallis ein besonders Augenmerk auf die fachliche Kooperation der Gemeinden im Baubereich gerichtet wird. Die Totalrevision des Baugesetzes wurde am 15. Dezember 2016 abgeschlossen. Deshalb dürften freiwillige Formen der Kooperation unter den Gemeinden im Vordergrund stehen.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass schon heute Angebote für die Aus- und Weiterbildung für die Walliser Gemeinden bestehen. Dazu ein Beispiel: Im Auftrag des Verbands der Walliser Gemeinden (VWG) und des Vereins Region Oberwallis bietet die RW Oberwallis AG (RWO AG) mit einem Aus- und Weiterbildungsangebot Unterstützung an. Es werden auch Module in den Bereichen Bauwesen, Raumplanung und Zweitwohnungsgesetzgebung angeboten²⁹⁰.

7. Glaubwürdigkeit staatlichen Handelns

Das World Economic Forum hat am 28. September 2016 den "Global Competitiveness Report 2016-2017" veröffentlicht²⁹¹. Zum achten Mal in Folge wurde die Schweiz als das wettbewerbsfähigste Land der Welt bezeichnet. Bewertet wurden nicht nur der makroökonomische Kontext, das Finanzsystem, die "goods market efficiency", der Arbeitsmarkt, die Infrastruktur, das Bildungssystem und die Innovationskapazität der Wirtschaft der untersuchten Länder. Im Bewertungsschema des WEF heisst der erste Pfeiler "Institutions". Es geht dabei um den Rechtsschutz, die Effizienz der rechtlichen Rahmenordnung, das nicht korrupte Handeln der Behörden, die Unabhängigkeit der Gerichte, den öffentlichen Haushalt und das Vertrauen der Bevölkerung in die Politik. Es handelt sich dabei um zentrale Faktoren, die für die nachhaltige Sicherung der Standortqualität aller Kantone sehr wichtig sind. Hier stehen die Behörden aller Stufen in der Verantwortung. Diese Verantwortung ist auch den Gemeinden in Erinnerung zu rufen. Die Behörden aller Stufen sind dem Recht und den rechtsstaatlichen Grundsätzen verpflichtet. Wer dies verkennt und sich wegen kurzfristiger Gewinninteressen über das Recht hinwegsetzt, wird dem Kanton und den Gemeinden Schaden zufügen. Einer "dégradation de l'éthique juridique" ist deshalb entgegenzutreten.

Claude Rouiller hat das mit der nötigen Klarheit festgehalten:

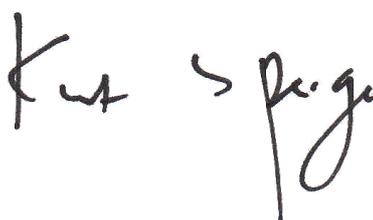
²⁸⁹ Art. 33a des Baugesetzes des Kantons Bern vom 9.6.1985, BSG 721.0.

²⁹⁰ <www.rw-oberwallis.ch>Projekte>Weiterbildung für Gemeinden 2017>, besucht am 10. 2.2017.

²⁹¹ <www.weforum.org > Reports>, besucht am 15.1.2017.

"Last but not least, le comportement du Conseil communal de Bagnes dans l'affaire dite "des constructions illicites de Verbier" a pu avoir pour conséquence une dégradation de l'éthique juridique; c'est ce que paraissent révéler certains des constats opérés par les experts précédents et consignés par eux dans des rapports ponctuels;

les services communaux compétents et la "commission des architectes" semblent en effet avoir bel et bien fermé les yeux sur les actes de constructeurs qui, non contents de profiter de la violation généralisée d'une norme du droit cantonal, en auraient profité pour aller même au-delà des possibilités offertes par le règlement communal entaché d'illégalité²⁹²".

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Kurt Nuspliger'. The signature is written in a cursive, somewhat stylized script.

Bern, 20. März 2017

Prof. Dr. Kurt Nuspliger

²⁹² Rouiller, 106, N 122.

Anhang I: Materialien, Berichte und Literatur

Materialien und Berichte

Bericht des Verwaltungs- und Rechtsdiensts des Departements für Verkehr, Bau und Umwelt, vom 27. Juli 2016 (zit. Bericht Zumstein, XX).

Bericht des Rechtsamts der Dienststelle der Grundbuchämter und der Geomatik, Departement für Volkswirtschaft, Energie und Raumentwicklung, vom 3. August 2016 (zit. Bericht Gruber, XX).

Berichte des Verwaltungs- und Rechtsdiensts des Departements für Volkswirtschaft, Energie und Raumentwicklung, vom 13. Mai 2016 und vom 11. August 2016 (zit. Bericht Zurwerra vom XX).

Rapport du Service des affaires intérieures et communales du Département des finances et des institutions, du 30 août 2016 (zit. Rapport Chevrier, XX).

Bericht der Dienststelle der Grundbuchämter und der Geomatik vom 6. Februar 2017 (zit. Bericht Biondo, XX).

Literaturverzeichnis

Alig Jonas, Das Zweitwohnungsgesetz, in: ZBl 2016, 227 ff.

Arn Daniel/Friederich Ueli/Friedli Peter/Müller Markus/Müller Stefan/Wichtermann Jürg, Kommentar zum Gemeindegesetz des Kantons Bern, Bern 1999 (zit. Autor, Kommentar zu Art. XX GG/BE, N YY).

Aubert Jean-François/ Mahon Pascal (Hrsg.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich 2003 (zit. Auer/Mahon, Kommentar zu Art. XX BV, N YY).

Auer Andreas, Staatsrecht der Schweizerischen Kantone, Bern 2016 (zit. Auer, Staatsrecht, N YY).

Auer Andreas/Malinverni Michel/Hottelier Michel, Droit constitutionnel suisse, Volume I, Troisième édition, Berne 2013 (zit. Auer/Malinverni/Hottelier, N XX):

Biaggini Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, Zürich 2007 (zit. Biaggini, Kommentar zu Art. XX BV, N YY).

Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2015 (zit. Autor, in: Staatsrecht, § XX N YY).

Biaggini Giovanni, Rechtsgutachten vom 31. Oktober 2016 zur Frage der Gültigkeit der kantonalen Volksinitiative "Keine Steuergelder für die Berner Reithalle (zit. Biaggini, Rechtsgutachten, XX).

Buser Denise, Kantonales Staatsrecht, 2. Auflage, Basel 2011 (zit. Buser, XX).

de Courten, Paul, La commune politique valaisanne, Diss. Fribourg, Sion 1927 (zit. de Courten, XX).

Dubey Jacques/Zufferey Jean-Baptiste, Droit administratif général, Bâle 2014 (zit. Dubey/Zufferey, N XX).

Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 3. Auflage, Zürich/St. Gallen 2014 (zit. Autor, St. Galler Kommentar zu Art. XX BV, Rz. YY).

Fraefel Willy, Die Aufsicht des Kantons über die Gemeinden nach basellandschaftlichem Recht, Diss. Basel 1977 (zit. Fraefel, XX).

Fritzsche Christoph/Bösch Peter/Wipf Thomas, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. Auflage, Zürich 2011 (zit. Fritzsche/Bösch/Wipf, XX).

Graf Martin/Theler Cornelia/von Wyss Moritz (Hrsg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, Basel 2014 (zit. Autor, in: Parlamentsrecht, Art. XX, N YY).

Häner Isabelle/Lienhard Andreas/Tschannen Pierre/Uhlmann Felix/Vogel Stefan, Ausgewählte Gebiete des Bundesverwaltungsrechts, 8. Aufl., Basel 2014 (zit. Autor, Bundesverwaltungsrecht, XX).

Hangartner Yvo/Kley Andreas, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2000.

Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012.

Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016 (zit. Häfelin/Müller/Uhlmann, N XX).

Jaag Tobias/Rüssli Markus, Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Zürich, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012 (zit. Jaag/Rüssli, N XX).

Kölz Alfred/Häner Isabelle/Bertschi Martin, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Zürich/Basel/Genf 2013, N XX).

Meyer Kilian, Gemeindeautonomie im Wandel, Diss. St. Gallen, Norderstedt 2011 (zit. Meyer, XX).

Meyer Lorenz, Gutachten vom 29. Februar 2016 betreffend Finanzaufsicht im Kanton Basel-Stadt (zit. Meyer, Gutachten Finanzaufsicht, XX).

Moor Pierre/Flückiger Alexandre/Martenet Vincent, Droit administratif, Volume I, Troisième édition, Berne 2012 (zit. Moor/Flückiger/Martenet, XX).

Moor Pierre/Poltier Etienne, Droit administratif, Volume II, Troisième édition, Berne 2011 (zit. Moor/Poltier, XX).

Müller Georg/Vogel Stefan, Oberaufsicht der Bundesversammlung über verselbständigte Träger von Bundesaufgaben, in: ZBl 111/2010 649ff. (zit. Müller/Vogel, XX).

Müller Markus/Feller Reto, (Hrsg.), Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Auflage, Bern 2013 (zit. Autor, in: Müller/Feller, XX, N YY).

Nuspliger Kurt/Mäder Jana, Bernisches Staatsrecht und Grundzüge des Verfassungsrechts der Kantone, 4. Aufl., Bern 2012 (zit. Nuspliger/Mäder, XX).

Rhinow René/Schefer Markus, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Basel 2009 (zit. Rhinow/Schefer, XX).

Rouiller Claude, Rapport établi à la demande du Conseil communal de Bagnes (Canton du Valais) sur certaines conséquences d'une pratique, jugée illégale, en matière de police de

constructions (affaire dite des "constructions illicites de Verbier") mars-août 2016, (zit. Rouiller, XX).

Saladin Peter, Verantwortung als Staatsprinzip, Bern/Stuttgart 1984 (zit. Saladin, XX).

Schorr Paul, Die Aufsicht des Staates über die Gemeinden, Diss. Basel 1945 (zit. Schorr, XX).

Sobotich Viviane, Staatshaftung aus Kontrolltätigkeit im Baurecht, Diss. Zürich 2000 (zit. Sobotich, XX).

Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001 (zit. Autor, in: Verfassungsrecht der Schweiz, § XX, N YY).

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Auflage, Bern 2016 (zit. Tschannen, Staatsrecht, § XX, N YY).

Tschannen Pierre/Zimmerli Ulrich/Müller Markus, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Bern 2014 (zit. Tschannen/Zimmerli/Müller, § XX, N YY).

Tschentscher Axel/Lienhard Andreas, Öffentliches Recht, Zürich/St. Gallen 2011 (zit. Tschentscher/Lienhard, N XX).

Vatter Adrian, Das politische System der Schweiz, Baden-Baden 2014 (zit. Vatter, XX).

Veuthey Pierre-André/Bender Léonard, Commune de Bagnes, Expertise visant au contrôle de la conformité des procédures dans le secteur de la construction, du 12 février 2016, (zit. Veuthey/Bender, XX).

Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. BSK, Autor, Art. XX, N YY).

Wolf Stephan/Lienhard Andreas (Hrsg.), Schweizerische Zweitwohnungsgesetzgebung - insbesondere praktische Umsetzungsfragen und Rechtsvergleich mit den Grundverkehrsbeschränkungen in Tirol, Bern 2014 (zit. Wolf/Lienhard, XX).

Zaugg Aldo/Ludwig Peter, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern vom 9. Juni 1985, Band I (Art. 1-52): 4. Auflage, Bern 2013; Band II (Art. 53-155): 3. Auflage, Bern 2010 (zit. Zaugg/Ludwig, Band I/II, Kommentar zu Art. XX BauG, N YY).

Zufferey Jean-Baptiste, Rapport d'expertise relatif au contrôle des constructions réalisées en Valais en dehors des zones à bâtir, Université de Fribourg, avril 2000 (zit. Zufferey, XX).

Anhang II: Erlasse

BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 28. April 1999 (SR 101).
Raumplanungsgesetz	Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung, RPG,
Bewilligungsgesetz	SR 700. Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG; SR 211.412.41).
Zweitwohnungsgesetz (ZWG)	Bundesgesetz über die Zweitwohnungen vom 20. März 2015 (SR 702.1).
Zweitwohnungsverordnung (ZWV)	Zweitwohnungsverordnung vom 4. Dezember 2015 (SR 702.1).
Baugesetz (BauG)	Baugesetz vom 7. Februar 1996 (VS-SR 705.1).
Bauverordnung (BauV)	Bauverordnung vom 2. Oktober 1996 (VS-SR 705.100).
Gemeindegesezt (GG)	Gemeindegesezt vom 5. Februar 2004 (VS-SR 175.1).
Kantonales Bewilligungsgesetz (kBewG)	Gesetz betreffend die Anwendung des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 31. Januar 1991 (VS-SR 211.41).
Bewilligungsreglement	Reglement über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 21. November 2012 (VS-SR 211.410).
Gesetz Finanzhaushalt	Gesetz über die Geschäftsführung und den Finanzhaushalt des Kantons und deren Kontrolle vom 24. Juni 1980 (VS-SR 611.1)
Verordnung Finanzhaushalt	Verordnung betreffend die Führung des Finanzhaushaltes der Gemeinden vom 16. Juni 2004 (VS-SR 611.102).
Organisationsgesetz (GORBG)	Gesetz über die Organisation der Räte und die Beziehungen zwischen den Gewalten vom 28. März 1997 (VS-SR 171.1)
Verwaltungsrechtspflegegesetz (VVRG)	Gesetz über das Verwaltungsverfahren und die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Oktober 1976 (VS-SR 172.6).
Zweitwohnungsdekret	Ausführungsdekret zum Bundesgesetz über Zweitwohnungen vom 16. Dezember 2015 (VS-SR 702.101).