

Sport- und Erholungszentrum Tägerhard; Information zur Rechtslage betreffend Variantenabstimmungen

Sehr geehrter Herr Präsident
Sehr geehrte Damen und Herren

I. Ausgangslage

Im September 2012 haben die Stimmbürger der Gemeinde Wettingen einen Projektierungskredit von 5.72 Mio. Franken für die Sanierung und Erweiterung des Sport- und Erholungszentrums Tägerhard abgelehnt. Das Zentrum hätte Folgendes umfasst: Eis- und Bankethalle und überdecktes Eisfeld (1), bestehender Tägisaal (2), bestehendes Hallenbad mit Ausbauten (3), Wellnessbereich mit Sauna (4), Schwimmbecken Gartenbad (5), bestehende Spiel- und Sporthalle (6). Abklärungen haben ergeben, dass der Kredit vor allem aufgrund der Eishalle abgewiesen worden ist. Der Gemeinderat erwägt nun, den Projektierungskredit dem Stimmbürger neu in Bauvarianten (vereinfacht: Grundsatzentscheid Saal ja/nein, Saal mit Eisfeld, Saal mit Eishalle, Saal ohne Eishalle bzw. Eisfeld) vorzulegen. Zu klären ist daher, ob eine solche Variantenabstimmung zulässig ist.

Ergänzungsfrage 1: Die vorberatende Kommission hat zwei in sich geschlossene Varianten (Projekt über 35 Mio. Franken und Projekt über 55 Mio. Franken) erarbeitet. Ist es für die beiden Projekte möglich, eine Varianten-Volksabstimmung durchzuführen oder muss der Variantenentscheid durch den Einwohnerrat vorgenommen werden?

Ergänzungsfrage 2: Kann ein Verfahren betreffend Variantenabstimmungen in der Gemeindeordnung festgeschrieben werden? Ist damit das gesetzliche Erfordernis erfüllt (gesetzliche Normierung unter Verfassung und Gesetz)?

II. Rechtliche Beurteilung

Der Gemeinderat hat die sich ergebenden Problemstellungen der Anwaltskanzlei Baur Hürli-mann AG, Baden, unterbreitet. In einem Rechtsgutachten nehmen die Dres. Thomas Ender und Oliver Bucher wie folgt Stellung:

A. Begriff der Varianten- bzw. Alternativabstimmung

1. Für die Varianten- bzw. Alternativabstimmung ist charakteristisch, dass der Stimmbürger zwischen verschiedenen Varianten wählen kann. Diese Abstimmungsform kann sowohl bei ordentlichen Abstimmungen wie auch bei Grundsatz- und Konsultativabstimmungen – so-

weit solche zulässig sind¹ – zur Anwendung kommen². Das Abstimmungsergebnis von Alternativabstimmungen ist rechtlich verbindlich³.

2. Im Gegensatz zur Grundsatzabstimmung müssen bei einem solchen Vorgehen den Stimmbürgern zwei oder mehrere bereits vollständig ausgearbeitete Vorschläge unterbreitet werden. Das Verfahren muss dabei so ausgestaltet sein, dass die Stimmbürger sich eventua-
liter für eine der Varianten aussprechen und zur Hauptfrage Stellung nehmen können, ob überhaupt einer der Vorschläge realisiert werden soll.
3. Alternativabstimmungen kommen im Regelfall im Rahmen des Initiativrechts vor, nämlich wenn ein Initiativbegehren und ein Gegenentwurf des Parlaments, zwei oder mehrere Initi-
ativbegehren oder eine Referendumsvorlage des Parlaments und ein dazu eingereichter
Gegenentwurf von Stimmberechtigten einander gegenüber gestellt werden. Eine Alterna-
tivabstimmung kann aber auch ausserhalb des Initiativrechts durchgeführt werden, wobei
aber – nach Meinung eines überwiegenden Teils der Lehre (namentlich auch von Prof.
Dr. Georg Müller) und der Rechtsprechung – dafür grundsätzlich eine Rechtsgrundlage in
Verfassung oder Gesetz notwendig ist⁴.

B. Verfassungsmässige Grundlagen

4. Art. 34 Abs. 2 BV schützt die freie Willensbildung und die unverfälschte Stimmabgabe. Die
freie Stimmabgabe verlangt die Möglichkeit, den politischen Willen tatsächlich und effektiv
kundzutun⁵. Die gekoppelte Abstimmung über mehrere Vorlagen (auch unterschiedlicher
Stufe) wird als zulässig erachtet⁶. Sodann ist es auch zulässig, unterschiedliche Materien
und Sachfragen mit gemeinsamer Stossrichtung zu einer einzigen Abstimmungsvorlage zu
verbinden (Grundsatz der Einheit der Materie)⁷.
5. Sofern die Willensbildung und -kundgabe bei Abstimmungen nicht durch unrichtige, irrefüh-
rende oder suggestive Fragestellungen beeinträchtigt wird⁸, schränkt das Bundesverfas-
sungsrecht die Kantone und Gemeinden in der Durchführung von Variantenabstimmungen
nicht weiter ein.
6. Die Verfassung des Kantons Aargau vom 25. Juni 1980 sieht Variantenabstimmungen
nicht vor. Die Verfassung hat von dieser Abstimmungsart in kantonalen Angelegenheiten
wissentlich und willentlich abgesehen, so dass im geltenden Recht keine gesetzliche
Grundlage dafür besteht⁹. Der Stimmbürger soll damit das Ergebnis behördlicher Beratun-

¹ BAUMANN, Aargauisches Gemeinderecht, 3. A., Aarau 2005, S. 520 ff. Konsultativabstimmungen bedürfen einer verfassungsmässigen oder gesetzlichen Grundlage (BGE 104 Ia 230 E. 2; a.M. AGVE 1987 S. 479).

² HANGARTNER/KLEY, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossen-
schaft, Zürich 2000, N 2332.

³ HANGARTNER/KLEY, a.a.O., N 2332.

⁴ HANGARTNER/KLEY, a.a.O., N 2332; EICHENBERGER, Verfassung des Kantons Aargau, Textausgabe mit Kom-
mentar, Aarau 1986, Vorbemerkungen zum Vierten Abschnitt, N 17; MÜLLER, Konsultativ-, Grundsatz- und Vari-
antenabstimmungen im aargauischen Recht, in: Festschrift Dr. Kurt Eichenberger, Beinwil am See, Aarau 1990,
S. 291 ff., 296; BGE 104 Ia 234 E. 3.

⁵ BGE 131 I 442 E. 3.1.

⁶ BGE 113 Ia 46.

⁷ BGE 129 I 366 E. 2; 130 I 185 E. 3.

⁸ BGE 131 I 126 E. 5.1; 121 I E. 5b.

⁹ MÜLLER, a.a.O., S. 296; EICHENBERGER, a.a.O., Vorbemerkungen zum Vierten Abschnitt, N 17, § 69 N 9.

gen lediglich genehmigen oder verwerfen, nicht aber in die Vorbereitung von Abstimmungsvorlagen einbezogen werden können.

7. Die Verfassung des Kantons Aargau schliesst damit aber die Durchführung von Alternativabstimmungen in den Gemeinden nicht aus, ermächtigt aber auch nicht ausdrücklich dazu¹⁰. Auch das Gemeindegesetz (oder das Gesetz über die politischen Rechte) enthält keine Vorschriften über die Zulässigkeit von Variantenabstimmungen in den Gemeinden. Die Gemeinden sind daher befugt, im Rahmen ihrer Organisationsautonomie derartige Abstimmungen vorzusehen¹¹.

C. Fehlen einer gesetzlichen Grundlage für Variantenabstimmungen bei Gemeinden mit Einwohnerrat

8. Die Organisationsautonomie der Gemeinden wird durch das Gemeindegesetz (GG) eingeschränkt. Es umschreibt für Gemeinden, welche – wie die Gemeinde Wettingen – die Organisation mit Einwohnerrat eingeführt haben, die Zuständigkeit der Gemeindeorgane grundsätzlich abschliessend. Ihre Kompetenzen sind nicht übertragbar¹². Die Anordnung einer Variantenabstimmung bedeutet nun aber eine Delegation der Zuständigkeit, bestimmte Entscheide zu treffen, ist es doch gerade die Aufgabe von Gemeinderat und Einwohnerrat, im Rahmen der Vorbereitung von Abstimmungsvorlagen Grundsatzentscheide zu fällen und zwischen verschiedenen Varianten auszuwählen. Mit der Zulassung von Variantenabstimmungen würden die Befugnisse zur Vorbereitung und Ausgestaltung von Vorlagen vom Einwohnerrat teilweise auf die Stimmberechtigten übertragen¹³.
9. Folglich ist nach dem überwiegenden Teil von Lehre und Rechtsprechung für die Anordnung von Variantenabstimmungen eine gesetzliche Grundlage erforderlich, weil damit von der Zuständigkeitsordnung abgewichen und Entscheidungsbefugnisse von einem Organ auf ein anderes übertragen werden¹⁴. Eine solche gesetzliche Grundlage besteht vorliegend weder auf kantonaler noch kommunaler Stufe¹⁵. Zu einer möglichen Ausnahme von diesem Grundsatz wird auf die Ausführungen in Rz. 11 verwiesen.
10. Keine gesetzliche Grundlage für die Durchführung von Variantenabstimmungen liefert auch Art. 7 Abs. 2 lit. c Gemeindeordnung der Einwohnergemeinde Wettingen vom 16. Oktober 2003 (bzw. § 58 Abs. 2 GG), wonach der Einwohnerrat von sich aus ein Sachgeschäft der Urnenabstimmung unterstellen kann. Einem solchen Behördenreferendum unterliegen nur Beschlüsse, mit welchen der Einwohnerrat ein Sachgeschäft verabschiedet hat. Zum gleichen Ergebnis führt auch eine systematische Auslegung von § 58 GG¹⁶.
11. Das Bundesgericht hat in BGE 104 Ia 234 E. 3 bei einer kommunalen Grundsatzabstimmung *ausnahmsweise* auf eine gesetzliche Grundlage für die Durchführung einer Variantenabstimmung verzichtet, weil die Gemeinde, welche wie die Gemeinde Wettingen ebenfalls über ein Gemeindeparlament verfügte, die *von Bundesrechts wegen* zum Bau eines neuen Schiessplatzes *verpflichtet* war, sich nach *mehrmaliger* Ablehnung entsprechender

¹⁰ MÜLLER, a.a.O., S. 296.

¹¹ MÜLLER, a.a.O., S. 296.

¹² BAUMANN, a.a.O., S. 109; DERS., Die Kompetenzordnung im aargauischen Gemeinderecht, Aarau 1986, S. 407.

¹³ MÜLLER, a.a.O., S. 297 m.w.H.

¹⁴ BGE 104 Ia 234 E. 3; HANGARTNER/KLEY, a.a.O., N 2332; MÜLLER, a.a.O., S. 299 f.

¹⁵ Vgl. MÜLLER, a.a.O., S. 296.

¹⁶ MÜLLER, a.a.O., S. 298 m.w.H.

Vorlagen durch die Stimmbürger in einer Zwangslage befand und mit einer Ersatzvor- nahme hätte rechnen müssen; durch eine Variantenabstimmung über den Standort sollten die Chancen für einen autonomen Entscheid der Gemeinde erhöht werden. Das Bundes- gericht führte aus, die Gemeindebehörden hätten im vorliegenden Fall nicht ihre Verant- wortung abgewälzt, die Abstimmung sei nicht geeignet gewesen, die nachfolgende, regu- läre Abstimmung in unzulässiger Weise zu beeinflussen und es habe kein anderes, ebenso taugliches Mittel zur Verfügung gestanden. Nach diesem bundesgerichtlichen Urteil kann also nur unter ganz besonderen Voraussetzungen – Variantenabstimmung als ultima ratio nach mehrmaliger Ablehnung von Vorlagen – vom Erfordernis der gesetzlichen Grundlage abgesehen werden. Diese restriktiven Voraussetzungen sind vorliegend nicht erfüllt.

12. Auch hinsichtlich der **Ergänzungsfrage 1** gilt das Vorgesagte: Mangels einer entsprechen- den gesetzlichen Grundlage ist es die Aufgabe des Einwohnerrats, sich für das eine oder andere Projekt auszusprechen. Die Stimmbevölkerung hat sodann nur die Möglichkeit, das vom Einwohnerrat beschlossene Projekt zu genehmigen oder abzulehnen¹⁷. Varianten dür- fen der Stimmbevölkerung nicht zum Entscheid unterbreitet werden.
13. **Ergänzungsfrage 2** ist wie folgt zu beantworten: Wie bereits vorstehend dargelegt (Rz. 7), sind die Gemeinden mangels gegenteiliger bundesrechtlicher oder kantonaler Vorschriften im Rahmen ihrer Organisationsautonomie *grundsätzlich* befugt, Grundsatz-/ Varianten- oder Konsultativabstimmungen vorzusehen¹⁸.
14. Bei der Beantwortung der Frage, ob bei Gemeinden mit *ausserordentlicher* Organisation (Einwohnerrat) eine kommunalrechtliche Grundlage für die Durchführung von Grundsatz-, Varianten- oder Konsultativabstimmungen genügt, ist den Besonderheiten dieser Organi- sationsform Rechnung zu tragen. Mit der Zulassung von Grundsatz- und Variantenabstim- mung würden die Befugnisse zur Vorbereitung und Ausgestaltung von Vorlagen vom Ein- wohnerrat teilweise auf die Stimmberechtigten übertragen. Gleiches gilt auch für Konsulta- tivabstimmungen, die zu einer faktisch-politischen Bindung der Behörden führen und des- halb ebenfalls eine Änderung der Zuständigkeitsordnung bedeuten¹⁹.
15. In einem Entscheid vom 25. November 1987²⁰ hat das Departement des Innern *Konsulta- tivabstimmungen* in Gemeinden mit ordentlicher Organisation (Gemeindeversammlung) *ohne gesetzliche Grundlage* als zulässig bezeichnet, wenn sie eine Grundsatzfrage betref- fen, über welche die Stimmberechtigten in einer späteren Abstimmung den endgültigen Entscheid fällen, und wenn die Konsultativabstimmung ordnungsgemäss traktandiert war. Angesichts der Unterschiede in den Zuständigkeiten zwischen Gemeinden mit ordentlicher Organisation und solchen mit Einwohnerrat (vgl. Rz. 8 und 16) kann dieser Entscheid nicht ohne Weiteres auf die Gemeinde Wettingen übertragen werden. In BGE 104 Ia 234 liess das Bundesgericht die Frage, ob für die Durchführung von Konsultativabstimmungen in Gemeinden mit ausserordentlicher Organisation im Kanton Zürich einer kantonalen oder kommunalen gesetzlichen Grundlage bedürfen, offen. Immerhin scheint das Bundesgericht davon auszugehen, dass zumindest im Kanton Zürich eine kommunalrechtliche Grundlage nicht zum vornherein als ungenügend einzustufen wäre.
16. Nach *aargauischem* Recht sind in Gemeinden mit ausserordentlicher Gemeindeorganisa- tion *Grundsatzabstimmungen (1)* im zweistufigen direkt-demokratischen Beschlussverfah-

¹⁷ HANGARTNER/KLEY, a.a.O., N 2332; MÜLLER, a.a.O., S. 297, 299 f.

¹⁸ MÜLLER, a.a.O., S. 296; BGE 104 Ia 234.

¹⁹ BGE 104 Ia 234.

²⁰ AGVE 1987 S. 479 ff.

ren zulässig, wenn bereits die *Bewilligung des Kredits* für die Projektierung eines öffentlichen Werks dem obligatorischen Referendum unterliegt oder ein Zehntel der Stimmberechtigten eine Urnenabstimmung über den entsprechenden Kreditbeschluss des Einwohnerrats verlangt bzw. der Einwohnerrat von sich aus den Beschluss dem Referendum unterstellt. Sodann kommt es (2) zu einer Art Grundsatzabstimmung bei *Initiativen in der Form der allgemeinen Anregung*, wenn deren Gegenstand dem obligatorischen Referendum unterstellt ist.

17. Von den beiden (Ausnahme-)Fällen abgesehen ist die Durchführung einer Konsultativ-, Grundsatz- oder Variantenabstimmung in Gemeinden mit Einwohnerrat nach Auffassung von GEORG MÜLLER nach geltendem *kantonalem* Recht *nicht* zulässig²¹. Seinen – überzeugenden – Standpunkt begründet MÜLLER im Wesentlichen damit, dass zum einen § 58 Abs. 2 GG, wonach der Einwohnerrat ein Sachgeschäft auch von sich aus der Urnenabstimmung unterstellen kann, nur Beschlüsse erfasse, mit welchen der Einwohnerrat ein Geschäft verabschiedet habe. Diese Vorschrift könne aber nicht herangezogen werden, um Vor-, Zwischen- oder Grundsatzentscheide des Einwohnerrates dem Volk zu unterbreiten²². Zum anderen ergebe sich auch zufolge einer nicht gegebenen Referendumsmöglichkeit gegen vorbereitende Grundsatz- und Zwischenentscheide des Einwohnerrates nach § 58 Abs. 1 GG, dass die vorgenannten Abstimmungsvarianten nicht zulässig seien²³.
18. Soweit ersichtlich, liegen keine kantonalen Verwaltungs- oder Gerichtsentscheide zur Zulässigkeit solcher Abstimmungsvarianten in Gemeinden mit Einwohnerrat vor. Auch finden sich keine anderen Lehrmeinungen. Mit der Auffassung von MÜLLER ist folglich davon auszugehen, dass die Einführung von Grundsatz-/Varianten- oder Konsultativabstimmungen bei Gemeinden mit Einwohnerrat im Kanton Aargau einer Änderung des *kantonalen* Rechts bedarf. Eine Anpassung der Gemeindeordnung genügt nicht. Eine *Ausnahme* von diesem Grundsatz der kantonalen formellrechtlichen Grundlage ist – im Lichte von BGE 104 Ia 226 ff., der immerhin eine (zürcherische) Gemeinde mit ausserordentlicher Organisation betraf – hinsichtlich der Zulässigkeit einer *Konsultativabstimmung* ohne formellgesetzliche Grundlage dann zu machen, wenn eine Gemeinde nach *mehrmaliger* Ablehnung entsprechender Vorlagen durch die Stimmberechtigten nicht mehr in der Lage ist, eine ihr obliegende öffentliche Aufgabe zu erfüllen.

D. Fazit

Nach Auffassung eines überwiegenden Teils von Lehre und der Rechtsprechung ist für die Durchführung von Variantenabstimmungen eine gesetzliche Grundlage in Verfassung oder Gesetz dem Grundsatz nach erforderlich. Die vorbeschriebene Ausnahmesituation (Rz. 11) ist vorliegend nicht gegeben, weshalb am Erfordernis eines Rechtssatzes festzuhalten ist. Mangels einer genügenden *kantonalmehrheitlichen* Grundlage sind Variantenabstimmungen nicht zulässig.

²¹ MÜLLER, a.a.O., S. 298, 299, 301, 302.

²² MÜLLER, a.a.O., S. 298.

²³ MÜLLER, a.a.O., S. 298.

III. Schlussfolgerung

Aufgrund des vorliegenden Rechtsgutachtens muss der Einwohnerrat über die verschiedenen Varianten beraten und sich daraus auf ein Modell festlegen. Dieser Entscheid ist anschliessend den Stimmberechtigten in der Urnenabstimmung zu unterbreiten.

* * *

Der Gemeinderat beantragt dem Einwohnerrat folgenden Beschluss zu fassen:

BESCHLUSS DES EINWOHNERRATES

Das Rechtsgutachten wird zur Kenntnis genommen.

Wettingen, 14. November 2013

Gemeinderat Wettingen

Dr. Markus Dieth
Gemeindeammann

Barbara Wiedmer
Gemeindeschreiber-Stv.