



Institut für Föderalismus
Institut du Fédéralisme
Institute of Federalism

Rechtsprechung zum Schweizerischen Föderalismus (2011–2013)

Analyse im Auftrag der Konferenz der Kantonsregierungen (KdK) im Rahmen des Föderalismus-Monitorings der *ch* Stiftung für eidgenössische Zusammenarbeit

Januar 2014

BERNHARD WALDMANN
(Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt)

EMANUEL BORTER
(MLaw, Rechtsanwalt)

Universität Freiburg
Institut für Föderalismus
Rte d'Englisberg 7
CH-1763 Granges-Paccot

Tel. +41 (0) 26 300 81 25
Fax +41 (0) 26 300 97 24

www.federalism.ch

INSTITUT FÜR FÖDERALISMUS / INSTITUT DU FÉDÉRALISME



FACULTÉ DE DROIT
RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT

I. Einleitung

Gegenstand der nachfolgenden Analyse bildet die Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2011–2013 zum schweizerischen Föderalismus. Eine solche Analyse setzt zunächst Klarheit über das Verständnis des komplexen und vielschichtigen **Begriffs des Föderalismus** voraus¹. Für den vorliegenden Kontext wird der Föderalismus vereinfacht als Ordnungsprinzip verstanden, nach welchem der schweizerische Bundesstaat organisiert ist². Im Zentrum der Betrachtung stehen dabei die wichtigsten verfassungsrechtlichen Grundsätze und Rahmenbedingungen der föderalistisch-bundesstaatlichen Struktur der Schweizerischen Eidgenossenschaft und deren Anwendung in der Praxis. Dazu gehören insbesondere die Gewährleistung des Bestands, des Gebiets und der verfassungsmässigen Ordnung der Kantone, die Eigenständigkeit und Autonomie der Kantone (und Gemeinden), die auf der Basis des Subsidiaritätsprinzips erfolgende Aufgaben- und Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, die derogatorische Kraft des Bundesrechts und die materiellen Kompetenzschränken für die Kantone aus den Grundrechten und rechtstaatlichen Maximen, die Kooperationsautonomie der Kantone, deren Mitwirkung an der Willensbildung des Bundes sowie die Grundsätze zu den Sprachen (Art. 4, Art. 70 BV) und Religionen (Art. 15, 70 BV).

Dem vorliegenden Bericht liegt eine Analyse der **bundesgerichtlichen Rechtsprechung der Jahre 2011–2013** zu den föderalismusrelevanten Bestimmungen der Bundesverfassung (Art. 1, 3, 5a, 42–53, 135, 189 Abs. 2 BV) zu Grunde. Mit Blick auf die materiellen Kompetenzschränken sowie die Tragweite der kantonalen Autonomie sind zudem die Entscheide zu den Grundrechten (Art. 7–34 BV) und den rechtsstaatlichen Grundsätzen (Art. 5 BV) untersucht worden. Ebenfalls Eingang fand die Rechtsprechung zu weiteren «potenziell» föderalismusrelevanten Bestimmungen, namentlich zu Art. 190 BV (Massgeblichkeit der Bundesgesetze und des Völkerrechts), Art. 120 BGG (Klage an das Bundesgericht), Art. 86 Abs. 3 BGG (Vorinstanzen des Bundesgerichts bei vorwiegend politischen Entscheiden) und Art. 6 ZGB (öffentliches Recht der Kantone und Bundeszivilrecht). Eine abschliessende Recherche nach ausgewählten Stichworten³ vervollständigte die Suche. Hinsichtlich der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesstrafgerichts hat die Analyse keine besonders nennenswerten Entscheide zum Föderalismus hervorgebracht. Die kantonale Rechtsprechung wurde nicht untersucht.

Im Folgenden werden zunächst die wichtigsten Ergebnisse der Analyse zusammengefasst und einige ausgewählte Leitentscheide dargestellt (II.). Danach folgt eine allgemeine Würdigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung mit Blick auf allfällige Trends und einen entsprechenden Handlungsbedarf für die Kantone (III.).

¹ In diesem Sinne auch schon HEINZ AEMISEGGER/ANDRÉ JOMINI, Der Föderalismus in der Rechtsprechung des Bundesgerichts, in: Institut für Föderalismus (Hrsg.), 1. Nationale Föderalismuskonferenz, Freiburg 2005, S. 173 ff.

² AEMISEGGER/JOMINI (Fn. 1), S. 173 f.; vgl. auch BERNHARD WALDMANN, Föderalismus unter Druck, Eine Skizze von Problemfeldern und Herausforderungen für den Föderalismus in der Schweiz, in: Peters Dreiblatt, Föderalismus/Grundrechte/Verwaltung, Festschrift für Peter Hänni zum 60. Geburtstag, Bern 2010, S. 4.

³ Föderalismus/föederal, kantonale Autonomie, Finanzautonomie, Organisationsautonomie, interkantonal, Konkordat, Bundesstaat.

II. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung in der Übersicht

A. Allgemeines

Die Mehrzahl der bundesgerichtlichen Urteile betrifft den **Vorrang und die derogatorische Kraft des Bundesrechts (Art. 49 Abs. 1 BV)**. Darin hat das Bundesgericht für verschiedene Bereiche den abschliessenden Charakter der bundesrechtlichen Regelung festgehalten, so etwa mit Bezug auf die Nationalratswahlen⁴, die Zwangsvollstreckung (auch für öffentlichrechtliche Geldforderungen)⁵, das Instrumentarium zum Schutz der Seeufer⁶, den Rechtsmittelweg gegenüber kantonalen Spitalistenbeschlüssen⁷, die Bewilligungspflicht nach Arbeitsgesetz für die Plangenehmigung und Betriebsbewilligung für industrielle und nichtindustrielle Betriebe⁸, die Kostenregelung im Beschwerdeverfahren über Streitigkeiten um die Bewilligung oder die Verweigerung von IV-Leistungen (Art. 69 Abs. 1^{bis} IVG)⁹, die Festlegung der Elektrizitätstarife (mit Ausnahme der Abgaben und Leistungen an das Gemeinwesen)¹⁰ und die Verpflichtung zur Vergütung von dezentral erzeugter Energie durch Elektrizitätsverteilwerke¹¹ oder die Vorschriften des Landwirtschaftsrechts und Betäubungsmittelrechts zum Anbau und Handel mit Hanf¹². Obwohl der Zivilprozess sowie der Strafprozess seit dem 1. Januar 2011 bundesrechtlich geregelt sind, bleiben in nicht wenigen Bereichen weiterhin kantonale Regelungen möglich. Die bisherige bundesgerichtliche Rechtsprechung gibt einen – freilich punktuellen – Aufschluss über Möglichkeiten¹³ und Grenzen¹⁴ kantonalen Regelungen in diesem Bereich. Besondere Erwähnung verdient an dieser Stelle die Feststellung des Bundesgerichts, dass zwingendes Privatrecht grundsätzlich nur bedeute, dass die betreffende Regelung der Parteidisposition entzogen sei, nicht aber, dass hinsichtlich des betreffenden Lebenssachverhalts kein Raum für kantonales Recht bestehe¹⁵.

Föderalismusrelevant sind des Weiteren die zahlreichen Urteile zu den **Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen**. So bietet das Legalitätsprinzip den Kantonen einen Schutz, unversehens mit zusätzlichen Aufgaben belastet zu werden¹⁶. Im Übrigen sind die Grundrechte und Grundsätze von den Kantonen auch innerhalb ihrer Zuständigkeitsbereiche zu beachten und wirken damit als «materielle Kompetenzbeschränkungen»¹⁷. Besonders zu erwähnen sind an dieser Stelle die Urteile zur

⁴ BGE 138 II 5.

⁵ BGer, 5A_119/2013 vom 16.4.2013 (so bereits in BGE 115 III 1). Vgl. auch BGE 139 III 195 hinsichtlich der Gerichtsgebühren in einer Arrestsache.

⁶ BGE 139 II 470.

⁷ BGer, 2C_399/2012 vom 8.6.2012.

⁸ BGer, 2C_922/2011 vom 29.5.2012.

⁹ BGE 137 V 57.

¹⁰ BGE 138 I 468.

¹¹ BGE 138 I 454.

¹² BGE 138 I 435. Vgl. hierzu unten Abschnitt B.

¹³ Vgl. etwa BGE 137 III 185 (Honorar unentgeltlicher Rechtsbeistand); BGer, 4A_2/2013 vom 12.6.2013 (Ausgestaltung Anwaltshonorar); 139 III 182 (Befreiung Gerichtskosten und Parteientschädigung im Zivilprozess); BGE 138 III 471 und BGer, 4A_239/2013 vom 9.9.2013 (sachliche Zuständigkeit für einfache passive Streitgenossenschaften); BGE 137 IV 269 (Ermächtigung Strafverfolgung Beamte).

¹⁴ Vgl. etwa BGer, 4C_1/2013 vom 25.6.2013 (abschliessende Bundesregelung über Fragen des Erscheinens und der Säumnis bei Schlichtungsverhandlungen); BGE 139 III 38 (summarisches Verfahren Mietausweisung); BGer, 5A_28/2013 vom 15.4.2013 (Spruchgebühr in Summarsachen SchKG); BGer, 1B_96/2013 vom 20.8.2013 (strafprozessuale Zeugnispflicht); BGE 137 III 217 Instanzenzug im Kernbereich des Zivilprozessrechts).

¹⁵ BGE 138 I 331 E. 8.4.4 (Lockerungen des Sozialhilfegeheimnisses nach kantonalem Recht).

¹⁶ BGE 138 IV 40 E. 2.2.4 («föderalistisches Legalitätsprinzip zum Schutz der Kantone»).

¹⁷ Vgl. z.B. BGE 138 I 217 (Beachtung des Diskriminierungsverbots bei der Bezeichnung von amtlichen Verteidigern).

Beachtung der Wahlrechtsgleichheit (Art. 8 i.V.m. Art. 34 BV) bei der Ausgestaltung von Proporzwahlen¹⁸ oder das Urteil betreffend den Zuger Kantonsratsbeschluss über die Nichtweiterführung der Kommission für Gleichstellung von Frau und Mann¹⁹ (hier unten Abschnitt B).

Die **weiteren föderalismusrelevanten Bestimmungen** der BV haben in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kaum einschlägige Spuren hinterlassen. Dies lässt sich dahingehend begründen, dass die Rechtsprechung den bundesstaatlichen Regeln des Zusammenlebens bis anhin in der Tendenz eher einen (verfassungs-)politischen denn einen justiziablen Gehalt beigemessen hat²⁰. Die Bestimmungen werden vom Bundesgericht zumeist nur als Hilfskriterium herangezogen. Demgegenüber beruft sich das Bundesgericht teils auf die föderalistische Grundordnung, ohne explizit auf diese verfassungsrechtlichen Bestimmungen Bezug zu nehmen²¹.

B. Ausgewählte Leitentscheide

Im Urteil **BGE 138 I 435** hob das Bundesgericht das 2010 geschaffene «**Westschweizer Hanfkonkordat**»²² wegen Verletzung der derogatorischen Kraft des Bundesrechts auf. Neben der Festhaltung der abschliessenden Bundesregelung im Landwirtschafts- und Betäubungsmittelrecht zum Hanfanbau befasste sich das Bundesgericht mit bis anhin kaum geklärten Fragen zur Anfechtbarkeit von rechtsetzenden Konkordaten. Demnach ist es möglich, vor Bundesgericht eine interkantonale Vereinbarung rechtsetzender Natur anzufechten, und das Bundesgericht ist befugt, ein Konkordat aufzuheben. Zwar lässt das Bundesrecht ebenfalls (vorangehende) kantonale Rechtsmittelverfahren zu. Eine abstrakte Normenkontrolle ist aber nur vor Bundesgericht möglich. Bei einer kantonalen Rechtschutzinstanz kann einzig der kantonale Beitrittsakt, nicht jedoch das Konkordat als solches angefochten werden. Die kantonale Instanz kann das Konkordat vorfrageweise auch auf seine Rechtmässigkeit mit dem übergeordneten Recht überprüfen. Zu beachten ist jedoch, dass sich – wenn beide Verfahren angehoben werden – heikle Fragen der Verfahrenskoordination stellen. Weiterhin ungeklärt sind Fragen im Zusammenhang mit der Beschwerdelegitimation, dem Lauf der Beschwerdefrist oder dem Verhältnis zum Einspracheverfahren nach Art. 186 Abs. 3 i.V.m. Art. 172 Abs. 3 BV. Aufgrund der Komplexität der sich stellenden Fragen sowie der Schwierigkeiten bei der Verfahrenskoor-

¹⁸ BGE 139 I 195 (Kanton Zug[hierzu unten Abschnitt B]); ferner BGer, 1C_407/2011 vom 19.3.2012 (Kanton Schwyz).

¹⁹ BGE 137 I 305. Vgl. hierzu unten Abschnitt B.

²⁰ Vgl. etwa BGE 138 I 378 E. 8.4: «Insgesamt ist das **Subsidiaritätsprinzip** im genannten Sinne eher ein wirtschaftspolitisches Leitbild als eine justiziable Rechtsregel. Auch der am 28. November 2004 aufgenommene neue Art. 5a BV (...) ist kaum mehr als eine staatspolitische Maxime». Die **Bundestreue** wird kurz erwähnt in BGE 138 I 435 und 139 I 195 sowie im Entscheid des BGer 1C_348/2011 vom 15.3.2012 («quoi qu'il en soit, il est douteux que les recourants puissent, dans ce contexte, déduire un droit directement applicable de cette disposition»).

²¹ Vgl. etwa BGer, 2C_333/2012 vom 5.11.2012 betreffend Restfinanzierung der Pflegekosten in der Krankenversicherung: «Mangels einer bundesrechtskonformen bisherigen und einer bundesrechtlichen neuen Regelung hat daher der Regierungsrat mit Recht eine kantonale Regelung erlassen. Dass dies zur Folge haben kann, dass die baselstädtische Regelung anders ist als die in anderen Kantonen angewendete, ist die logische Folge des Föderalismus und der kantonalen Zuständigkeit (...); dies verstösst grundsätzlich weder gegen die Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV) noch gegen die derogatorische Kraft des Bundesrechts (Art. 49 BV). Ein Kanton kann nicht eine für die ganze Schweiz geltende Regelung erlassen, auch wenn eine solche als wünschbar erscheinen mag. Umgekehrt kann dem Regierungsrat auch nicht vorgeworfen werden, die Entstehung einer gesamtschweizerischen Regelung nicht abgewartet zu haben, da irgendeine Lösung festgelegt werden muss. Die angefochtene Bestimmung präjudiziert auch nicht den Inhalt der angestrebten gesamtschweizerischen Regelung; wenn eine solche zustande kommt, kann sie die jetzt angefochtene kantonale ersetzen.»

²² Concordat latin sur la culture et le commerce du chanvre.

dination könnte es ratsam (und im Interesse der Kantone) sein, dass sich der Bundesgesetzgeber der Materie annimmt²³.

Im Zusammenhang mit der **Ausgestaltung der Proporzwahlssysteme** in den Kantonen hat das Bundesgericht seine Praxis im Urteil **BGE 139 I 195** bestätigt und um eine neue Komponente ergänzt. Es liess eine Stimmrechtsbeschwerde gegen eine behördliche Abstimmungsvorlage zu, nach welcher ein zuvor als bundesverfassungswidrig beurteiltes Wahlverfahren beibehalten werden sollte. Konkret wurde eine zugerische Abstimmungsvorlage des Kantonsrats für unzulässig erklärt, weil sie darauf ausgerichtet war, die Einführung eines bundesverfassungskonformen Proporzwahlverfahrens zu verhindern. Bereits in einem früheren Entscheid hatte das Bundesgericht die zugerische Regelung zum Proporzwahlverfahren für verfassungswidrig erklärt (BGE 136 I 376). Nun beabsichtigte der Kantonsrat, dem Stimmvolk eine Variante zur Abstimmung vorzulegen, welche an der bisherigen Regelung angeknüpft hätte und deren Rechtswidrigkeit folglich offensichtlich war. Indem das Bundesgericht (erstmalig) die Stimmrechtsbeschwerde gegen eine behördliche Vorlage zugelassen hat, nahm es eine wichtige Funktion in der Bundesaufsicht über die Befolgung seiner eigenen Urteile wahr. Zudem konnte dadurch bei Vorlagen auf Änderung der Kantonsverfassung vermieden werden, dass der Bundesversammlung kantonale Verfassungsbestimmungen zur Gewährleistung im Sinne von Art. 51 Abs. 2 BV vorgelegt werden, die klar bundesrechtswidrig sind.

In **BGE 137 I 305** hatte sich das Bundesgericht mit der Nichtfortführung der (zeitlich befristeten) **Kommission für Gleichstellung von Frau und Mann** im Kanton Zug zu befassen. Das höchste Gericht hielt fest, dass die Kantone zwar im Hinblick auf die tatsächliche Gleichstellung von Frau und Mann tätig sein müssen, dass es aber nicht von vornherein ausgeschlossen ist, den Gleichstellungsauftrag auch ohne die Schaffung spezieller Stellen wirksam durchzuführen. Damit besteht zwar keine Pflicht zur Wiederherstellung oder Schaffung einer Gleichstellungskommission oder -fachstelle. Bei deren Fehlen sind aber Ersatzmassnahmen vorzusehen. Es ist zu bestimmen, von wem, wie und mit welchen Mitteln der Gleichstellungsauftrag im Kanton umgesetzt werden soll.

Im Zusammenhang mit den Leiturteilen zur neuen verfassungsrechtlichen Zweitwohnungsbeschränkung (Art. 75b BV) ist auf das Urteil **BGE 139 II 271** hinzuweisen, in welchem das Bundesgericht zum Schluss kam, dass die Plafonierung des Zweitwohnungsbaus eine Bundesaufgabe darstellt, die der Schonung der Natur und des heimatlichen Landschaftsbildes dient. Damit unterstehen Baubewilligungen über Zweitwohnungen künftig dem Verbandsbeschwerderecht nach Art. 12 NHG.

III. Würdigung

Die Herausarbeitung von Entwicklungstendenzen (Trends) in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur föderalistisch-bundesstaatlichen Staatsorganisation bedürfte einer Betrachtung über einen längeren Zeithorizont. Eine Beobachtungsperiode von lediglich drei Jahren ermöglicht diesbezüglich nur vage und zufällige Erkenntnisse. Es handelt sich in der Mehrzahl der analysierten Urteile um Einzelfallentscheide, die nicht leichthin einen Schluss auf Tendenzen oder gar Regelmässigkeiten zulassen. Vor diesem Hintergrund erschöpft sich die nachfolgende Würdigung in einer grundsätzlichen Feststellung (1.) sowie in zwei punktuellen Anmerkungen (2./3.).

²³ Zum Ganzen GIOVANNI BIAGGINI, Urteilsanmerkungen, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBl) 114/2013, S. 404–408.

1. Die vorliegende Untersuchung hat gezeigt, dass die meisten bundesgerichtlichen Urteile zum Föderalismus Fälle strittiger Kompetenzabgrenzungen zwischen Bund und Kantonen betreffen. Das Bundesgericht wird dabei in der Regel im Zusammenhang mit Individualbeschwerden mit solchen Fragen befasst. Demgegenüber spielt die Klage nach Art. 120 BGG kaum eine Rolle. Es scheint, dass Kompetenzkonflikte zwischen Bund und Kantonen, aber auch andere Streitigkeiten zwischen Bund und Kantonen und den Kantonen untereinander immer noch **schwerge-
wichtig auf politischem und nicht auf rechtlichem Weg** bereinigt werden. Diese Art der Konfliktbereinigung dürfte hauptsächlich mit der langjährigen politischen Kultur zusammenhängen. Von Bedeutung ist aber sicherlich auch, dass viele der föderalen Grundsätze über keine (wie z.B. das Subsidiaritätsprinzip [Art. 5a BV] oder die Grundsätze in Art. 43a BV) oder nur über wenig (wie z.B. die bundesstaatliche Treuepflicht [Art. 44 BV]) **normative Substanz** verfügen. Dazu kommen die gegenüber Bundesgesetzen (und teilweise auch gegenüber Bundesratsverordnungen) **beschränkte Verfassungsgerichtsbarkeit** des Bundesgerichts (Art. 190 BV) sowie die **Nichtanfechtbarkeit von Akten der Bundesversammlung und des Bundesrates** (Art. 189 Abs. 4 BV). Immerhin stünde den Kantonen auch gegenüber solchen Akten die Möglichkeit der Einreichung einer Klage nach Art. 120 BGG offen, zumal das Klageverfahren kein Anfechtungsobjekt voraussetzt. Solche Klageverfahren könnten namentlich im Hinblick auf die Durchsetzung der Mitwirkungsrechte der Kantone (insbesondere in der Aussenpolitik des Bundes) durchaus von Nutzen sein. Dies ändert freilich nichts daran, dass der gerichtliche Rechtsschutz der Autonomie der Kantone immer noch relativ schwach ausgebaut ist²⁴. Der Föderalismus lässt sich in seiner Substanz nur erhalten, wenn die Einhaltung der bundesstaatlich-föderalistischen Grundsätze auch gerichtlich überprüfbar ist.
2. Wie der Entscheid zum Westschweizer Hanfkonkordat (BGE 138 I 435) zeigt, ist im Bereich der **rechtsetzenden Konkordate** eine Vielzahl von Fragen prozessualer Natur noch ungeklärt. Die (bundesgerichtliche) Rechtsprechung wird sich in Zukunft vermehrt dieser offenen Fragen annehmen (müssen), solange der Bundesgesetzgeber die Verfahrensbestimmungen für die Beschwerde gegen solche Konkordate im Bundesgerichtsgesetz (BGG) nicht spezifiziert.
3. Als rechtsstaatlich und auch bundesstaatlich problematisch erscheint schliesslich die vom Bundesgericht bereits vor Jahren eingeleitete und nun im Zusammenhang mit der Zweitwohnungsbeschränkung (Art. 75b BV) fortgesetzte Ausweitung des für die Anwendung des Beschwerderechts von Natur- und Heimatschutzorganisationen (Art. 12 NHG) massgebenden Tatbestands des Vorliegens einer **Bundesaufgabe**²⁵. Im Unterschied zum Beschwerderecht Privater, das sich auch über eine richterliche Konkretisierung der Rechtsschutzgarantien fortentwickeln lässt, handelt es sich beim Verbandsbeschwerderecht um ein Institut, das einer klaren gesetzlichen Regelung bedarf. Mit der ständigen Erweiterung des schillernden Begriffs der Bundesaufgabe bewegt sich das Bundesgericht aber zusehends auf einem rechtsstaatlich instabilen Terrain. Es läge am Bundesgesetzgeber, den Geltungsbereich des Verbandsbeschwerderechts gerade auch gegenüber kantonalen Entscheiden präziser zu umschreiben²⁶.

²⁴ Vgl. hierzu grundlegend PATRICIA EGLI, Der Schutz der Autonomie der Kantone: Rechtsvergleichende Aspekte, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR) 2011 I, S. 365–385.

²⁵ BGE 139 II 271.

²⁶ Vgl. im Einzelnen BERNHARD WALDMANN, Das Bundesgericht hat gesprochen – erste Leiturteile zur Zweitwohnungsinitiative, in: Baurecht 2013, S. 231 ff., 238 f.; a.M. ARNOLD MARTI, Anmerkungen, in: Umweltrecht in der Praxis (URP) 2013, S. 555 ff., 559 f.