



Föderalismusrelevante Urteile des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts aus dem Jahr 2018

FLORIAN BERGAMIN, MLaw*/KLARA GROSSENBACHER, MLaw**

Die Beobachtung der föderalismusrelevanten Rechtsprechung des Bundes- und Bundesverwaltungsgerichts gehört zur Monitoring-Tätigkeit des Instituts für Föderalismus (IFF). Als föderalismusrelevant werden in diesem Kontext Urteile bezeichnet, die sich mit Einzelfragen rund um die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen des Schweizerischen Bundesstaates befassen. Der vorliegende Beitrag verschafft einen Überblick über ausgewählte Urteile, die im Jahr 2018 ergangen sind.

Inhalt

I. Allgemeines	2
II. Ausgewählte Urteile.....	2
1. Kantonale Intervention in eidgenössischen Abstimmungskämpfen	2
2. Auslegung von Konkordaten.....	3
3. Digitalisierung des Amtsblattes des Kantons Zürich	4
4. Kantonaler Spielraum bei der Festlegung von Listenspitälern	4
5. Pflegefinanzierung: Finanzierung der Restkosten.....	5

I. Allgemeines

Im Rahmen seiner Monitoringtätigkeit widmet sich das Institut für Föderalismus (IFF) nicht nur den Forschungsergebnissen zu verschiedenen Aspekten des Schweizerischen Föderalismus (siehe den Literaturrückblick 2018 in diesem Newsletter), sondern es beobachtet auch das Bundes- und Bundesverwaltungsgericht sowie punktuell kantonale Gerichte im Hinblick auf deren Urteile zu föderalismusrelevanten Fragestellungen und Konstellationen. Im Zentrum der Beobachtung stehen damit etwa Urteile, die sich mit der Kompetenz- und Aufgabenteilung (vgl. Art. 3 i.V.m. Art. 42 BV) befassen, welche die bundesverfassungsrechtlichen Schranken kantonaler Gesetzgebung thematisieren oder die Fragen im Zusammenhang mit dem Vollzug von Bundesrecht (Art. 46 BV) sowie der interkantonalen Kooperation (Art. 48 BV) aufgreifen.

Im Folgenden sollen ausgewählte föderalismusrelevante Urteile des Bundes- und Bundesverwaltungsgerichts aus dem Jahr 2018 präsentiert werden¹. Dabei wird einerseits die Frage beantwortet, in welchen Fällen und unter welchen Umständen kantonale Interventionen in eidgenössischen Abstimmungskämpfen zulässig sind. Andererseits wird die Auslegungsmethode interkantonalen Verträge aufgegriffen. Darüber hinaus wird die Digitalisierung kantonaler Amtsblätter vor dem Hintergrund der bundesverfassungsrechtlichen Anforderungen thematisiert. Mit ausgesuchten Urteilen im Bereich des Krankenversicherungs- und Gesundheitsrechts werden – anlässlich von Einzelfragen – schliesslich bundesrechtlich abschliessend bzw. nicht abschliessend geregelte Bereiche abgesteckt.

II. Ausgewählte Urteile

1. Kantonale Intervention in eidgenössischen Abstimmungskämpfen

(BGE 145 I 1 und BGer, Urteil 1C_216/2018 vom 10. Dezember 2018, zur Publikation vorgesehen)

Nachdem das Bundesgericht im Jahr 2016 im Zusammenhang mit der Referendumsabstimmung über das *Nachrichtendienstgesetz des Bundes* festgehalten hatte, dass eine kantonale Intervention in Abstimmungskämpfen des Bundes zulässig ist, wenn der jeweilige Kanton am Ausgang der Abstimmung ein unmittelbares und besonderes Interesse hat, das jenes der übrigen Kantone deutlich übersteigt (sog. relative besondere Betroffenheit), und sofern die Intervention durch die jeweilige Kantonsregierung erfolgt², hat es diese Rechtsprechung mit einem Urteil vom 29. Oktober 2018³ weiterentwickelt. Anlässlich der Abstimmung über das *Geldspielgesetz des Bundes*, welches sämtliche Kantone namhaft bzw. die Kantone «in ihrer Gesamtheit recht erheblich» betrifft (E. 6.6), rückt das Bundesgericht vom Kriterium der relativen besonderen Betroffenheit ab und lässt eine bedeutende substanzielle Betroffenheit als Interventionsvoraussetzung zu (E. 6.5.2). An diese Intervention stellt das Bundesgericht

* Diplomassistent am Institut für Föderalismus der Universität Freiburg (florian.bergamin@unifr.ch).

** Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Föderalismus der Universität Freiburg (klara.grossenbacher@unifr.ch).

¹ Für einen Einblick in die kantonale föderalismusrelevante Rechtsprechung siehe den Beitrag von Prof. em. PETER HÄNNI in diesem Newsletter («Kantonale Kompetenzen im Bereich der Geothermie. Entscheid des jurassischen Verfassungsgerichts vom 27. Juni 2018»).

² BGE 143 I 78.

³ BGE 145 I 1. Siehe für eine Urteilsbesprechung auch CHRISTOPH AUER, in: ZBI (120) 2019, S. 82 ff. Für das Medienecho vgl. etwa [Echo der Zeit vom 9. Januar 2018, Beitrag Bekämpfung von «Behördenpropaganda»](#).

die Anforderung der Sachlichkeit, der Verhältnismässigkeit und der Transparenz. Damit müssen die betreffenden kantonalen Stellungnahmen denjenigen Kriterien genügen, welche auch für den Bundesrat im Rahmen von Abstimmungen auf Bundesebene gelten. Das Bundesgericht hält jedoch daran fest, dass die Intervention alleinig durch die Kantonsregierungen bzw. bei durchgehender oder mehrheitlich starker Betroffenheit der Kantone auch durch die Konferenz der Kantonsregierungen vorgebracht werden darf, nicht jedoch (mangels Transparenz in der Meinungsbildung und der Vertretung nach Aussen) durch Fachdirektorenkonferenzen (ebenfalls E. 6.5.2). In diesem, vom Bundesgericht nun noch weiter ausdifferenzierten Rahmen, steht die Intervention von Kantonsregierungen im Abstimmungskampf des Bundes im Einklang mit der Abstimmungsfreiheit von Art. 34 Abs. 2 BV, die die Behörden zu korrekter und zurückhaltender Information im Vorfeld von Abstimmungen verpflichtet (E. 4.1). Das Bundesgericht hat diese Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Intervention der Konferenz der kantonalen Finanzdirektorinnen und Finanzdirektoren (FDK) im Abstimmungskampf um die *Volksinitiative* «Für krisensicheres Geld: Geldschöpfung allein durch die Nationalbank (Vollgeld-Initiative)» bestätigt und die Intervention «von vornherein als nicht statthaft» eingestuft (E. 6.1)⁴.

Im Nachgang an die genannten Urteile des Bundesgerichts hat der Neuenburger Ständerat Raphaël Comte eine parlamentarische Initiative eingereicht, die eine Anpassung der Bundesgesetzgebung zur Präzisierung des Meinungsäusserungsrecht der Kantone anlässlich eidgenössischer Abstimmungskampagnen fordert⁵.

2. **Auslegung von Konkordaten** (BGer, Urteil 2C_863/2017 vom 19. Juli 2018)

Weiter hat sich das Bundesgericht in einem Urteil vom 19. Juli 2018 mit der Auslegung von Konkordaten auseinandergesetzt⁶. Gegenstand war das Westschweizer Konkordat über Sicherheitsunternehmen⁷, welches die Regulierung der Tätigkeit privater Sicherheitsfirmen in den Kantonen Genf, Freiburg, Waadt, Wallis, Neuenburg und Jura harmonisieren und die interkantonale Rechtsgültigkeit erteilter Bewilligungen gewährleisten soll. Die hier strittige Konkordatsbestimmung sieht – unter Androhung von Verwaltungsmassnahmen und Sanktionen – eine Meldepflicht vor: Sicherheitsunternehmen müssen den zuständigen kantonalen Behörden unverzüglich jegliche Änderungen ihres Personalbestandes sowie jede Handlung, die einen Bewilligungsentzug rechtfertigen könnte, melden. Nach Auffassung des Bundesgerichts ist diese Bestimmung zu unbestimmt. Es bleibt unklar, ob lediglich die definitive Aufgabe oder bereits ein temporäres Aussetzen der Tätigkeit gemeldet werden muss. Das Bundesgericht befasst sich in diesem Zusammenhang mit der Frage nach der einschlägigen Auslegungsmethode für interkantonale rechtsetzende Verträge. Unter Verweis darauf, dass im vorliegenden Fall das Ergebnis in jedem Fall dasselbe ist, lässt das Bundesgericht die Frage (weiterhin) offen, ob interkantonale rechtsetzende Verträge nach den allgemeinen Regeln der Gesetzesinterpretation oder nach den Regeln des Wiener Vertragsrechtsübereinkommen⁸ auszulegen sind (E. 3.5).

⁴ BGer, Urteil 1C_216/2018 vom 10. Dezember 2018 (zur Publikation vorgesehen).

⁵ Pa. Iv. 19.419, «Abstimmungskampagnen. Das Meinungsäusserungsrecht der Kantone präzisieren» (<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20190419>).

⁶ BGer, Urteil 2C_863/2017 vom 19. Juli 2018.

⁷ Konkordat vom 18. Oktober 1996 über die Sicherheitsunternehmen/Concordat sur les entreprises se sécurité du 18 octobre 1996.

⁸ Wiener Übereinkommen vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge (SR 0.111).

3. **Elektronische Publikation des Amtsblattes des Kantons Zürich** (BGer, Urteil 1C_137/2018 und 1C_139/2018 vom 27. November 2018)

Infolge einer Änderung der zürcherischen Publikationsverordnung befasste sich das Bundesgericht in einem Urteil vom 27. November 2018⁹ mit verfassungsrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit der fortschreitenden Digitalisierung. Neu soll das Amtsblatt des Kantons Zürich nicht mehr in Papierform, sondern nur noch im Internet publiziert werden. Damit soll es grundsätzlich nicht mehr wöchentlich erscheinen, sondern täglich aktualisiert werden. Aufgrund mehrerer Beschwerden wurde die Verordnung zunächst ohne die Bestimmung über die Erscheinungsweise in Kraft gesetzt. Gemäss Bundesgericht stellt die Bestimmung zwar einen Eingriff in die Informationsfreiheit von Art. 16 Abs. 3 BV dar, da die Publikationsbeschaffung für diejenigen Bevölkerungskreise, die nicht oder nicht täglich über einen Internetzugang verfügen, im Vergleich zur bisherigen Erscheinungsform erschwert wird (E. 4.2). Dieser Eingriff stützt sich aber gemäss Bundesgericht auf eine genügende gesetzliche Grundlage und entspreche im Sinne einer Aufwandverringerung und Ressourcenersparnis dem öffentlichen Interesse. Das Bundesgericht erachtet den leichten Eingriff in das Grundrecht zudem als verhältnismässig. Relativ wenige potenzielle Adressaten, die über keinen Internetanschluss verfügen, seien betroffen und deren Anzahl nehme überdies mit der Zeit tendenziell stetig ab. Der Wechsel erfolge auch nicht abrupt, eine Einsichtnahmemöglichkeit bei der Gemeinde bestehe und angesichts der üblichen 30-tägigen Einsprache- und Beschwerdefristen könnten die bisherigen Gewohnheiten (wöchentliche Konsultation des Amtsblattes) beibehalten werden («verbleiben doch regelmässig 25 Tage für die Fristwahrung»). Ausserdem sehe die Verordnung gerade im diesbezüglich sensiblen Bereich der Rechtsetzung und der politischen Rechte eine Sonderregelung vor, wonach der bisherige wöchentliche Herausgeberhythmus beibehalten werde. Das Bundesgericht erkennt in der Digitalisierung des Amtsblattes auch keine indirekte Diskriminierung älterer Menschen: Der Verzicht auf die Publikation des Amtsblattes in Papierform rechtfertige sich erneut damit, dass der Wechsel nicht abrupt erfolge und die Möglichkeit der Einsichtnahme bei der Gemeinde bestehe. Zudem sei zunehmend davon auszugehen, dass auch ältere Personen über entsprechende Kompetenzen verfügen (E. 5.4).

4. **Kantonaler Spielraum bei der Festlegung von Listenspitälern** (BVGer, Urteil C-5603/2017 vom 14. September 2018)

Das Bundesverwaltungsgericht entschied am 14. September 2018 über die Rechtmässigkeit der Einführung von Mindestfallzahlen pro Operateur oder Operateurin durch den Kanton Zürich¹⁰. Das Bundesrecht regelt abschliessend, welche Voraussetzungen erfüllt werden müssen, damit ein Spital als sog. Listenspital zulasten der Krankenversicherung abrechnen kann (Art. 39 KVG). Angesichts der offenen Formulierung von Art. 39 KVG kommt den Kantonen bei der Umsetzung dieser Bestimmung, d.h. bei der Festlegung von Listenspitälern, ein relativ grosser Gestaltungsspielraum zu. Sie dürfen dabei aber in den Leistungsaufträgen nicht zusätzliche, vom KVG nicht abgedeckte Vorgaben festlegen (E. 7.4.2). Führt ein Kanton Mindestfallzahlen zugunsten der Qualitätssicherung ein, so handelt es sich gemäss Bundesverwaltungsgericht um Vorgaben, die durch Art. 39 Abs. 1 lit. a und b KVG sowie Art. 39 Abs. 2^{ter} KVG i.V.m. Art. 58b Abs. 5 lit. c KVV gedeckt sind (E. 7.7). Die Beschwerde des Spitals Bülach, welches sich gegen die von Zürcher Regierungsrat eingeführten Mindestfallzahlen

⁹ BGer, Urteil 1C_137/2018 und 1C_139/2018 vom 27. November 2018.

¹⁰ BVGer, Urteil C-5603/2017 vom 14. September 2018.

pro Operateur oder Operateurin zu wehren versuchte, wies das Bundesverwaltungsgericht entsprechend ab.

Aus föderalistischer Sicht ist zu bemerken, dass die Mindestfallzahlen zu einer Leistungskonzentration führen könnten. Tendenziell könnten von diesen Anforderungen, an deren Erfüllung Leistungsaufträge geknüpft werden, kleine und mittelgrosse (weniger spezialisierte) Spitäler besonders nachteilig betroffen sein¹¹.

5. **Pflegefinanzierung: Finanzierung der Restkosten** (BGE 144 V 280)

Die im Jahr 2011 in Kraft getretene bundesrechtliche Neuordnung der Pflegefinanzierung bezweckt im Hinblick auf den demografischen Wandel und die damit steigenden Pflegekosten eine Aufteilung der Pflegekosten auf verschiedene Kostenträger. Neben der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, welche einen vom Bundesrat je nach Pflegeleistung festgelegten Betrag übernimmt, und den pflegebedürftigen Versicherten (welchen maximal 20 Prozent des höchsten, von den Versicherungen getragenen Beitrages auferlegt werden kann), haben sich auch die Kantone und Gemeinden an der Kostentragung im Rahmen einer sog. Restfinanzierung zu beteiligen (Art. 25a KVG). Die Kantone und Gemeinden regeln diese Restfinanzierung selber, wobei Pauschalen im Sinne von Höchstansätzen zulässig sind. Wie das Bundesgericht entschieden hat¹², können Kantone und Gemeinden damit jedoch die vom Bundesgesetzgeber zugeschriebene Pflicht zur vollständigen Finanzierung der Restkosten nicht umgehen. Demnach können kantonale definierte Höchstansätze lediglich als Richtungsweiser für die Preisgestaltung der Pflegeeinrichtung dienen und bei zu teuren Leistungen deren Streichung von den kantonalen Pflegeheimlisten rechtfertigen (E. 7.4.3)¹³.

¹¹ Vgl. für Stimmen zu ebendiesem Urteil JAN HUDEC, Bundesverwaltungsgericht: Kanton gewinnt gegen Spitäler – Mindestfallzahlen pro Operateur vorzuschreiben, ist rechtlich zulässig, NZZ vom 27. September 2018, S. 22. Siehe für diesen Aspekt auch E. 7.6.6.3 des Urteils.

¹² BGE 144 V 280.

¹³ Siehe zum Urteil PATRICIA USINGER-EGGER, Restfinanzierung der Pflegeleistungen bei Krankheit, Jusletter vom 24. September 2018 sowie TOMAS POLEDNA/RALPH TRÜMPLER, Pflegeheime – wer rudert, wer steuert?, NZZ vom 20. September 2018, S. 9.