

GUTACHTEN

zuhanden der

KONFERENZ DER KANTONSREGIERUNGEN (KDK)

betreffend

GERICHTLICHE ÜBERPRÜFUNG DER
FÖDERALISTISCHEN GRUNDSÄTZE IN DER SCHWEIZ

erstellt von

PROF. DR. FELIX UHLMANN, LL.M., ADVOKAT
PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH
KONSULENT IM ADVOKATURBÜRO WENGER PLATTNER

Datum: 18. Juli 2016

Inhaltsverzeichnis

A.	AUSGANGSLAGE UND GUTACHTENSAUFTRAG	7
B.	JUSTIZIABILITÄT DER FÖDERALISTISCHEN GRUNDSÄTZE	9
	1. Grundsätze im Überblick	9
	2. Bestimmung bundesrechtlicher Kompetenzen	9
	a) <i>Bundeskompetenzen als Rechtsfrage</i>	9
	b) <i>Spielraum des Bundesgesetzgebers</i>	10
	3. Subsidiaritätsprinzip	11
	4. Bundestreue (Gebot schonender Kompetenzausübung)	13
	5. Schutz kantonaler Autonomie	14
	6. Anhörung der Kantone	15
	7. Mitwirkung bei der Aussenpolitik	16
	8. Würdigung	17
C.	PRÜFUNGSMÖGLICHKEITEN DER FÖDERALISTISCHEN GRUNDSÄTZE DE LEGE LATA	19
	1. Anwendungsgebot von Bundesgesetzen (Art. 190 BV)	19
	2. Staatsrechtliche Klage	20
	a) <i>Grundlagen</i>	20
	b) <i>Praxis</i>	21
	c) <i>Rechtsbegehren und Urteil</i>	23
	3. "Autonomiebeschwerde" eines Kantons?	24
	4. Beschwerden Privater?	25
	5. Würdigung de lege lata	25
D.	PRÜFUNGSMÖGLICHKEITEN DER FÖDERALISTISCHEN GRUNDSÄTZE DE LEGE FERENDA	27
	1. Verfassungsrechtliche Vorgaben	27

a) <i>Bedeutung von Art. 190 BV und weiteren Vorgaben der Verfassung</i>	27
b) <i>Bedeutung von Art. 189 Abs. 4 BV</i>	28
2. Staatsrechtliche Klage	30
a) <i>Pflicht zur Feststellung der Verfassungswidrigkeit</i>	30
b) <i>Verfahrensvereinfachungen?</i>	31
3. Beschwerdeverfahren	31
a) <i>Erlassbeschwerde</i>	31
b) <i>Behördenbeschwerde durch die Kantone</i>	32
c) <i>Würdigung</i>	33
4. Andere Prüfungsmöglichkeiten	34
a) <i>Gemischtes Hilfsorgan der Bundesversammlung</i>	35
b) <i>Bundesgericht</i>	36
5. Würdigung de lege ferenda	36
E. PRÜFUNGSMÖGLICHKEITEN DER FÖDERALISTISCHEN GRUNDSÄTZE DE CONSTITUTIONE FERENDA	37
1. Streichung von Art. 190 BV	37
2. Anpassung von Art. 190 BV zugunsten der Kantone	37
F. FAZIT UND EMPFEHLUNGEN	40

Literatur und Materialien

BIAGGINI GIOVANNI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, Zürich 2007

BIAGGINI GIOVANNI/GÄCHTER THOMAS/KIENER REGINA (Hrsg.), Staatsrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015 (zit. AUTOR, Staatsrecht, § ... N. ...)

BUNDESRAT, Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996 (BBI 1997 I 1 ff., zit. Botschaft neue BV)

ders., Botschaft zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen (NFA) vom 14. November 2001 (BBI 2001, 2291 ff., zit. Botschaft NFA)

ders., Stärkung der präventiven Rechtskontrolle, Bericht des Bundesrates vom 5. März 2010 (BBI 2010, 2187 ff., zit. Bericht präventive Rechtskontrolle)

ch Stiftung für eidgenössische Zusammenarbeit (Hrsg.), Monitoringbericht Föderalismus 2011–2013, Solothurn 2014 (zit. Monitoringbericht)

DONZALLAZ YVES, Loi sur le Tribunal fédéral, Commentaire, Bern 2008

EGLI PATRICIA, Die Bundestreue: eine rechtsvergleichende Untersuchung, Habil., Zürich 2010 (zit. Bundestreue)

dies., Der Schutz der Autonomie der Kantone: Rechtsvergleichende Aspekte, ZSR 2011 I, S. 365 ff. (zit. Autonomie)

EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen/Basel/Genf 2014 (zit. BEARBEITER, St. Galler Kommentar, Art. ... N. ...)

GEISER THOMAS/MÜNCH PETER/UHLMANN FELIX/GELZER PHILIPP (Hrsg.), Prozessieren vor Bundesgericht, 4. Aufl., Basel 2014 (zit. BEARBEITER, Prozessieren vor Bundesgericht, Rz. ...)

HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012

HANGARTER YVO, Zwischenhalt in der Verfassungsgerichtsbarkeit, AJP 2012, S. 1213 ff.

KIENER REGINA/RÜTSCHÉ BERNHARD/KUHN MATHIAS, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015

KAUFMANN MATTHIAS, Der öffentlichrechtliche Anspruch unter besonderer Berücksichtigung seiner Rolle im Prozessrecht, Diss., Zürich 2015

KÖLZ ALFRED/HÄNER ISABELLE/BERTSCHI MARTIN, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013

MARTENET VINCENT, L'autonomie constitutionnelle des cantons, Diss., Basel 1999

MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 3. Aufl., Zürich 2013

NIGGLI MARCEL ALEXANDER/UEBERSAX PETER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2011 (zit. BEARBEITER, BSK-BGG, Art. ... N. ...)

RICHLI PAUL, Zum rechtlichen Gehalt und zur Prozeduralisierung des Subsidiaritätsprinzips, ZSR 2007 I, S. 47 ff.

SEILER HANSJÖRG/VON WERDT NICOLAS/GÜNGERICH ANDREAS/OBERHOLZER NIKLAUS, Bundesgerichtsgesetz, Stämpflis Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2015 (zit. BEARBEITER, Stämpflis Handkommentar BGG, Art. ... N. ...)

SPÜHLER KARL/AEMISEGGER HEINZ/DOLGE ANNETTE/VOCK DOMINIK, Bundesgerichtsgesetz, Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013

RHINOW RENÉ/KOLLER HEINRICH/KISS CHRISTINA/THURNHERR DANIELA/BRÜHL-MOSER DENISE, Öffentliches Prozessrecht, Grundlagen und Bundesrechtspflege, 3. Aufl., Basel 2014

UHLMANN FELIX/HOFSTETTER DAVID, Aufhebung von Art. 190 BV, in: Jusletter 12. September 2011

WALDMANN BERNHARD, Schranken der Bundeskompetenz in auswärtigen Angelegenheiten aus föderalistischer Sicht, in: Bernhard Waldmann/Peter Hänni/Eva Maria Belser (Hrsg.), Föderalismus 2.0 – Denkanstöße und Ausblicke, Bern 2011, S. 153 ff. (zit. Angelegenheiten)

ders., Subsidiarität und fiskalische Äquivalenz als Garanten für einen substantiellen Föderalismus? Newsletter IFF 4/2015 (zit. Subsidiarität)

WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015 (zit. BEARBEITER, BSK-BV, Art. ... N. ...)

WALDMANN BERNHARD/BORTER EMANUEL, Rechtsprechung zum Schweizerischen Föderalismus, in: ch Stiftung für eidgenössische Zusammenarbeit (Hrsg.), Monitoringbericht Föderalismus 2011–2013, Solothurn 2014, S. 39 ff. (zit. Monitoringbericht)

A. AUSGANGSLAGE UND GUTACHTENSAUFTRAG

- 1 Im Rahmen der Plenarversammlung der Konferenz der Kantonsregierungen (KdK) vom 20. Juni 2014 wurde der erste mehrjährige Monitoringbericht Föderalismus 2011-2013 verabschiedet. Im Bericht wird die Schaffung einer Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen gefordert (Monitoringbericht, S. 68). Der Föderalismus lasse "sich in seiner Substanz nur erhalten, wenn die Einhaltung der bundesstaatlich-föderalistischen Grundsätze auch gerichtlich überprüfbar" sei (Monitoringbericht, S. 68). Aufgrund der Massgeblichkeit von Bundesgesetzen (Art. 190 BV) verfügten Bund und Kantone über "ungleich lange Spiesse"; der Bund könne die Kantone vor Bundesgericht wegen Verletzung von Bundesrecht sanktionieren, während es den Kantonen "verwehrt sei, sich beim Bundesgericht gegen die Missachtung der verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung durch den Bundesgesetzgeber zu beschweren" (Monitoringbericht, S. 68). Eine Prüfung von Bundesgesetzen auf ihre Verfassungsmässigkeit könne dieses Ungleichgewicht beseitigen (Monitoringbericht, S. 68).
- 2 In den letzten fünfzehn Jahren sind verschiedene Versuche zur Einführung einer Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen gescheitert (vgl. dazu und nachfolgend Stellungnahme des Bundesrates vom 11. Februar 2015 zur Motion 14.4038 von Andrea Caroni, Den Föderalismus verteidigen. Eingeschränkte Verfassungsgerichtsbarkeit zugunsten der Kantone). Im Rahmen des Erlasses der neuen Bundesverfassung von 1999 (Justizreform) wurde die Überprüfung von Bundesgesetzen durch das Bundesgericht vorgeschlagen, anlässlich des Differenzbereinigungsverfahrens aber fallengelassen. Ein ähnliches Vorhaben wurde vom Bundesrat in die Botschaft NFA aufgenommen, scheiterte aber ebenfalls in den eidgenössischen Räten. Die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates hat mit Bericht vom 12. August 2011 die Aufhebung von Art. 190 BV vorgeschlagen (Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 12. August 2011 zu den Parlamentarischen Initiativen 05.445 und 07.476 betreffend Verfassungsgerichtsbarkeit, BBl 2011, 7271 ff.), doch wurde die Vorlage im Wesentlichen durch den Widerstand im Ständerat verhindert. Zur Abschaffung von Art. 190 BV hatte sich der Bundesrat noch positiv geäußert, währenddem er in seiner Stellungnahme vom 11. Februar 2015 zur Motion 14.4038 von Andrea Caroni eine ablehnende Haltung vertritt, da aus seiner Sicht "eine Wiederaufnahme der Diskussion über die Verfassungsgerichtsbarkeit verfrüht und wenig erfolgversprechend" sei. Überdies lehnt er eine

einseitige Ausdehnung der Verfassungsgerichtsbarkeit zugunsten der Kantone, nicht aber zugunsten der Bürgerinnen und Bürger, ab.

- 3 Die KdK hat den Unterzeichnenden im Dezember 2015 zwecks Erstellung eines Gutachtens kontaktiert und ihm nach einer mündlichen Besprechung im Januar 2016 formell den Auftrag erteilt.

Das Gutachten wird darlegen, welche rechtlichen Änderungen notwendig wären, um eine gerichtliche Überprüfung der Einhaltung der föderalistischen Grundsätze zu erreichen. In materieller Hinsicht ist zu analysieren, welche Bestimmungen der Bundesverfassung sich überhaupt eignen, Gegenstand einer justiziellen Kontrolle zu sein. In prozeduraler Hinsicht ist zu untersuchen, welche Möglichkeiten einer Kontrolle bereits heute *de lege lata* bestehen, welche *de lege ferenda* und welche *de constitutione ferenda* in Frage kämen. Bei einer möglichen Änderung der Verfassung geht es schwergewichtig um eine Anpassung von Art. 190 BV, womit auch Bundesgesetze Gegenstand einer Prüfung und allenfalls auch einer Sanktionierung durch das Bundesgericht wären. Das Gutachten wird die Vor- und Nachteile verschiedener Varianten erörtern. Dies gilt insbesondere auch für die Prüfung, welche Rechtsbehelfe und Rechtsmittel vorliegend denkbar wären (Klage, Beschwerde etc.). Dargestellt werden sollen sowohl Überprüfungsmechanismen vor dem Bundesgericht wie allenfalls auch vor einer parlamentarischen Instanz. Soweit möglich und sinnvoll sollen einzelne Anpassungsmöglichkeiten konkretisiert werden und in der Form ausformulierter Gesetzes- und Verfassungsänderungen dargestellt werden.

Ein erster Entwurf des Gutachtens wurde der KdK am 5. April 2016 übermittelt. Nach einer ersten Besprechung vom 23. Mai 2016 wurde das Gutachten überarbeitet und in einer weiteren Runde unter Beizug von Prof. Dr. Judith Wyttenbach und Prof. Dr. Bernhard Waldmann am 30. Juni 2016 diskutiert. Anschliessend wurde das Gutachten in die vorliegende Form gebracht.

B. JUSTIZIABILITÄT DER FÖDERALISTISCHEN GRUNDSÄTZE

1. Grundsätze im Überblick

4 Art. 42 ff. BV regeln das Verhältnis von Bund und Kantonen. Zusammen mit Art. 3 und Art. 5a BV sowie weiteren Bestimmungen (z.B. Art. 55 BV) definieren sie die bundesstaatliche Ordnung. Die Festlegung der Verbandskompetenzen ist "eine zentrale Aufgabe der bundesstaatlichen Verfassung" (JAAG, Staatsrecht, § 12 N. 1). Die föderalistische Struktur ist eine "'hervorstechende Eigenart' des Schweizer Staatsrechts" (EGLI, Autonomie, S. 365 mit Hinweisen auf den Bericht Wahlen).

5 Im Folgenden ist zu prüfen, welche Grundsätze dieser Struktur einer gerichtlichen Konkretisierung zugänglich sind, also *justiziabel* sind. Von dieser Frage zu unterscheiden ist die Problemstellung, ob ein justiziable Grundsatz tatsächlich *durchgesetzt* werden kann. Dies ist Gegenstand der nachfolgenden Kapitel, in welchen die Rechtslage *de lege lata*, *de lege ferenda* und *de constitutione ferenda* untersucht werden wird.

2. Bestimmung bundesrechtlicher Kompetenzen

a) Bundeskompetenzen als Rechtsfrage

6 Gemäss Art. 42 BV erfüllt der Bund die Aufgaben, die ihm die Bundesverfassung zuweist. Die Bestimmung hat "kaum eigenständige Bedeutung" (BIAGGINI, BSK-BV, Art. 42 N. 2). Sie bekräftigt aber einen Grundpfeiler des föderalistischen Staatsaufbaus der Schweiz, welcher schon in Art. 3 BV angelegt ist: Der Bund bedarf einer Einzelermächtigung der Bundesverfassung, wenn er tätig werden will. Anerkannt ist auch, dass der Bund neue Kompetenzen auf dem Wege der Verfassungsrevision schaffen muss; Gewohnheitsrecht oder Lückenfüllung kommen grundsätzlich nicht in Frage (SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, Art. 42 N. 10). Unzulässig ist auch eine freiwillige Aufgabenübertragung von den Kantonen auf den Bund (HÄFELIN/HALLER/KELLER, N. 1062 f.).

Der Bund muss sich aufgrund von Art. 42 und Art. 3 BV an die in der Bundesverfassung genannten Kompetenzen halten. Der geschützte Bereich der Kantone ergibt sich gewissermassen *spiegelbildlich* aus der Bundeskompetenz: "Auf Stufe Bundesverfassung geschützte kantonale Zuständigkeiten können

sich aus der Umschreibung der einzelnen Bundeszuständigkeit ergeben" (Botschaft NFA, S. 2465).

- 7 Die Kompetenzverteilung ist eine *rechtliche Vorgabe*, welche zwar im Falle von Bundesgesetzen keiner gerichtlichen Sanktionierung unterliegt (Art. 190 BV), die aber juristischer Analyse ohne weiteres zugänglich ist. Art. 141 Abs. 2 lit. a Bundesgesetz über die Bundesversammlung vom 13. Dezember 2002 (Parlamentsgesetz, ParlG, SR 171.10) verlangt für Botschaften zu Erlassentwürfen, dass diese eine Erläuterung über "die Rechtsgrundlage, die Auswirkungen auf die Grundrechte, die Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht und das Verhältnis zum europäischen Recht" enthalten (vgl. zu dieser Bestimmung Bericht präventive Rechtskontrolle, S. 2204) und setzt damit die Frage der Bundeskompetenz an die Spitze der rechtlichen Erwägungen zu einem Gesetzesentwurf des Bundes. Der Bundesrat hält im Zusammenhang mit der präventiven Rechtskontrolle von Bundeserlassen fest: "Typische Fragestellungen bei der *Rechtskontrolle* betreffen die Respektierung der Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen ..." (Bericht präventive Rechtskontrolle, S. 2207, Hervorhebung nur hier). Das Bundesamt für Justiz hat sich in einer Vielzahl von Gutachten mit dieser Frage beschäftigt. Auch das Bundesgericht prüft ausserhalb des Geltungsbereichs von Art. 190 BV regelmässig die Kompetenzen des Bundes, so beispielsweise zur Beantwortung der Frage, was als "Bundesaufgabe" im Sinne von Art. 78 Abs. 2 BV zu verstehen ist (BGE 139 II 271 ff. betreffend Beschwerdelegitimation von Natur- und Heimatschutzverbänden gegen Baubewilligungen für Zweitwohnungsbauten).

Aus meiner Sicht besteht deshalb kein Zweifel, dass die Frage der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen justiziabel ist. Sie ist eine *Regel*, kein blosses Prinzip. Die Kompetenzverteilung ist jeweils im Lichte der einzelnen Kompetenznormen des Bundes zu beantworten. Anzuwenden sind grundsätzlich die üblichen Auslegungsmethoden (HÄFELIN/HALLER/KELLER, N. 1075; DONZALLAZ, Rz. 4608).

b) *Spielraum des Bundesgesetzgebers*

- 8 Die Möglichkeit juristischer Beurteilung von Kompetenzfragen schliesst nicht aus, dass dem Bundesgesetzgeber in der Ausübung ein *Beurteilungsspielraum* zukommt. Das Bundesgericht auferlegt sich gegenüber dem Gesetzgeber und Verordnungsgeber im Bund (und in den Kantonen) eine gewisse Zurückhaltung: "Hängt die gesetzgeberische Lösung in weitem Mass von politischen Wertun-

gen ab und genießt daher der Gesetzgeber einen breiten Spielraum der Gestaltungsfreiheit, ist es weder im Klage- noch im Beschwerdeverfahren Sache des Bundesgerichts, sein Ermessen an die Stelle desjenigen des Gesetz- bzw. Verordnungsgebers zu setzen" (BGE 125 II 152, 166). In der Tat sind verschiedene Kompetenznormen des Bundes naturgemäss recht abstrakt formuliert und öffnen dem Bund erhebliche Spielräume.

- 9 Ein solcher Spielraum – ähnlich wie das Ermessen der Verwaltungsbehörden – ist aber weder unbegrenzt noch rechtlich ungebunden, d.h. nach Gutdünken des Bundes auszuüben. Vielmehr sind weitere Prinzipien der Bundesverfassung heranzuziehen, deren Bedeutung und Justiziabilität Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen bildet (vgl. unten Ziff. 10 ff.). Prinzipien der Bundesverfassung dienen in ihrer "flankierenden Funktion als Auslegungshilfe" bundesrechtlicher Kompetenzen (EGLI, St. Galler Kommentar, Art. 46 N. 31 mit Bezug auf Art. 46 Abs. 3 und Art. 47 Abs. 2 BV; ähnlich WALDMANN, Angelegenheiten, S. 185 f. mit Bezug auf den Grundsatz der Bundestreue). Es ist davon auszugehen, dass ein Gericht auch in diesen Fragen dem Bundesgesetzgeber einen Beurteilungsspielraum zugesteht, also der Bundesgesetzgeber eine Erstentscheidung darüber trifft, ob etwa eine bestimmte Aufgabe besser durch den Bund oder die Kantone zu erfüllen ist, ob eine bundesrechtliche Massnahme den Eingriff in die kantonale Autonomie wirklich rechtfertigt oder ob der Bund seine Kompetenzen wirklich schonend wahrnimmt. Klare Verstösse gegen diese Prinzipien sind aus meiner Sicht aber ohne weiteres justiziabel – wiederum in Analogie zum Ermessen einer Verwaltungsbehörde, welches, wenn missbräuchlich ausgeübt oder überschritten, zur Rechtsfrage und damit zum Gegenstand gerichtlicher Kontrolle wird.

3. Subsidiaritätsprinzip

- 10 Gemäss Art. 5a BV ist bei der Zuweisung und Erfüllung staatlicher Aufgaben der "Grundsatz der Subsidiarität" zu beachten. Art. 43a Abs. 1 BV schreibt vor, dass der Bund nur diejenigen Aufgaben übernimmt, "welche die Kraft der Kantone übersteigen oder einer einheitlichen Regelung durch den Bund bedürfen." Beide Bestimmungen wurden im Zusammenhang mit der Neuregelung des Finanzausgleichs in die Verfassung aufgenommen (Botschaft zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen [NFA] vom 14. November 2001, BBI 2001, 2291 ff., 2457 ff.). Ihre Bedeutung ist im Einzelnen umstritten (vgl. ausführlich BIAGGINI, BSK-BV, Art. 5a N. 16 ff.;

WALDMANN, *Angelegenheiten*, S. 178 f.). Von Bundesrat und Parlament wurden sie als *nicht justiziabel* bezeichnet (vgl. Botschaft NFA, S. 2458 betreffend Art. 5a BV; AB 2002 S 830, allerdings missverständlich da Rechtsnatur und Durchsetzung vermischend; klarer AB 2002 S 850 u. 853; AB 2003 N 957; zur Entstehungsgeschichte vgl. auch SCHWEIZER/MÜLLER, *St. Galler Kommentar*, Art. 5a N. 3 ff.). Das Bundesgericht hielt in einem obiter dictum fest, Art. 5a BV sei "kaum mehr als eine staatspolitische Maxime" (BGE 138 I 378 ff., 395 E. 8.4; weitergehend etwa RICHLI, S. 78 ff.).

- 11 Diese Umschreibungen sind zutreffend, soweit es um die Verteilung der Aufgaben von Bund und Kantonen in der Bundesverfassung geht. Das Subsidiaritätsprinzip bindet nicht den *Verfassungsgeber*, mindestens nicht im Sinne eines rechtlich durchsetzbaren Anspruches (ansonsten beispielsweise Volksinitiativen auf ihre Übereinstimmung mit dem Subsidiaritätsprinzip überprüft werden müssten, vgl. Art. 193 BV). Art. 5a und Art. 43a BV schreiben zwar eine staatspolitische Maxime fest, wie der Verfassungsgeber die Aufgabenzuteilung vornehmen sollte; sie gehen jedoch entgegenstehenden Einzelbestimmungen der Bundesverfassung nicht vor. Dies schliesst nicht aus, dass auch der Verfassungsgeber reflektieren sollte, ob eine solche Einzelbestimmung tatsächlich mit dem Grundsatz der Subsidiarität übereinstimmt.
- 12 Nicht so eindeutig ist das Verhältnis des Subsidiaritätsprinzips zum *Gesetzgeber*. Dieser ist grundsätzlich an das geltende Verfassungsrecht gebunden, auch wenn die Möglichkeiten gerichtlicher Korrektur eingeschränkt sind. Das Subsidiaritätsprinzip ist einer Konkretisierung durchaus zugänglich, d.h. eine gerichtliche Anwendung erscheint nicht prinzipiell ausgeschlossen (BIAGGINI, *BSK-BV*, Art. 5a N. 29; zurückhaltender JAAG, *Staatsrecht*, § 12 N. 10, der unter Verweis auf RICHLI von einer "Klugheitsregel" spricht). Vertreten wird, dass sich das Subsidiaritätsprinzip "zu punktuellen Rechtsansprüchen verdichten kann" (WALDMANN, *Subsidiarität*, S. 9). Beachtet werden sollte auch, dass das Subsidiaritätsprinzip in der Regel nicht abstrakt zu prüfen ist, sondern jeweils im Zusammenspiel mit anderen verfassungsrechtlichen Bestimmungen (BIAGGINI, *BSK-BV*, Art. 5a N. 29). Dies entspricht dem Blickwinkel des Gesetzgebers. Im Kontext mit anderen Verfassungsnormen kann der Grundsatz der Subsidiarität durchaus rechtliche Bedeutung erlangen, indem er die Interpretation dieser weiteren Verfassungsbestimmungen in eine gewisse Richtung indiziert. Es erscheint naheliegend, dass eine Bundeskompetenz dort weitreichender verstanden wird, wo ein offensichtlicher Vereinheitlichungsbedarf besteht, enger aber

dort, wo die Aufgabenerfüllung problemlos durch die Kantone erfolgen kann. Das Subsidiaritätsprinzip kann damit mindestens teilweise rechtliche Bedeutung erlangen.

- 13 Ob die Behörden dieser Interpretation folgen, bleibt abzuwarten. In der Botschaft zum Bundesgesetz über die Ladenöffnungszeiten vom 28. November 2014 (BBI 2015, 741 ff., 764) führte der Bundesrat aus, dass mit einem nationalen Mindeststandard dem Subsidiaritätsprinzip Rechnung getragen werde. Der Mindeststandard "[liege] im Interesse des einheitlichen Wirtschaftsraums, und die Möglichkeit, längere Öffnungszeiten vorzusehen, [trage] den unterschiedlichen kantonalen Interessen Rechnung." Der pauschale Verweis auf das Interesse des einheitlichen Wirtschaftsraumes erscheint recht abstrakt, und es ist unter dem Subsidiaritätsprinzip auch nicht leicht erklärbar, weshalb denn die Anpassungsmöglichkeit der Kantone bloss in eine Richtung gegeben sein soll. Aus meiner Sicht wurde anhand dieses Beispiels zu Recht die Befürchtung geäußert, dass damit "eine 'schleichende Umkehr der Begründungslast' [...] zuungunsten der Kantone" im Gange sei (BIAGGINI, BSK-BV, Art. 43a N. 25).

4. **Bundestreue (Gebot schonender Kompetenzausübung)**

- 14 Gemäss Art. 44 Abs. 2 Satz 1 BV schulden Bund und Kantone "einander Rücksicht und Beistand." Diese Bestimmung wird als Grundlage des Grundsatzes der Bundestreue (oder vielleicht genauer: Grundsatz der bundesstaatlichen Treuepflicht, WALDMANN, BSK-BV, Art. 44 N. 8) angesehen. Der Grundsatz war indessen schon vor der Totalrevision der Bundesverfassung im Jahre 1999 einschlägig und wird auch heute zum Teil noch als ungeschriebenes Verfassungsprinzip verstanden (vgl. EGLI, Bundestreue, Rz. 479 f.; 560 f., 571).
- 15 Der Grundsatz der Bundestreue enthält mehrere Teilgehalte, so die Verpflichtung zur Rücksichtnahme, das Verbot widersprüchlichen und rechtsmissbräuchlichen Verhaltens der Gemeinwesen untereinander, das Verbot rechtsmissbräuchlicher Kompetenzausübung bzw. das Gebot schonender Kompetenzausübung sowie die Verpflichtung zum Beistand (vgl. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, Art. 44 N. 9 f.).
- 16 Vorliegend ist insbesondere das *Gebot schonender Kompetenzausübung* von Interesse. Das Bundesgericht hatte in BGE 125 II 152 ff. Gelegenheit, sich zu diesem Grundsatz zu äussern. Zu beurteilen war eine staatsrechtliche Klage des Kantons St. Gallen gegen eine bundesrätliche Verordnung über Geldspiel-

automaten. Das Bundesgericht verwarf das Vorbringen des Kantons, der Bund müsse dem Kanton "einen bisher belassenen wirtschaftlichen Vorteil – gleichsam bestandesschutzmässig – weiterhin gewähren" (BGE 125 II 152 ff., 164). Widersprüchliches Verhalten des Bundes liege nicht vor (BGer., a.a.O.). Zur Rechtsnatur der Bundestreue hielt das Bundesgericht fest (BGE 125 II 152 ff., 163 f.):

"In rechtlicher Hinsicht hält sich jedoch das Gebot der Rücksichtnahme innerhalb der Grenzen von Verfassung und Gesetz; insbesondere ergibt sich aus ihm keine Rechtspflicht zum positiven Handeln eines Partners zugunsten des anderen, sofern eine solche Pflicht nicht durch eine Rechtsnorm vorgesehen ist. [...] Der Grundsatz stellt nicht mehr als eine besondere Ausgestaltung des an die Gemeinwesen gerichteten Gebotes dar, sich nicht nur ihren Bürgern gegenüber, sondern auch im gegenseitigen Verkehr jeden missbräuchlichen und widersprüchlichen Handelns zu enthalten."

- 17 Im Ergebnis bestehen deshalb Zweifel, dass das Gebot der schonenden Kompetenzausübung justiziablen Charakter aufweist; das Bundesgericht hält an anderer Stelle denn auch fest, dass "diesem Grundsatz [...] keine selbständige rechtliche Bedeutung [zukomme]" (BGE 125 II 152 ff., 163). Eingreifen würde das Bundesgericht mutmasslich im Falle eines klaren Rechtsmissbrauchs (WALDMANN/KRAEMER, BSK-BV, Art. 44 N. 10 i.V.m. N. 19; ähnlich HÄFELIN/HALLER/KELLER, N. 1110 f.). Ebenso kann das Gebot zur Auslegung anderer Bestimmungen herangezogen werden (WALDMANN, *Angelegenheiten*, S. 185 f.; WALDMANN/KRAEMER, BSK-BV, Art. 44 N. 10). Das Bundesgericht hält in der zitierten Passage nicht fest, dass dem Grundsatz keine rechtliche Bedeutung zukomme, sondern nur keine *selbständige* rechtliche Bedeutung.

5. Schutz kantonaler Autonomie

- 18 Art. 46 Abs. 3 BV hält fest, dass der Bund den Kantonen "möglichst grosse Gestaltungsfreiheit [lässt] und den kantonalen Besonderheiten Rechnung [trägt]." Der Bund hat auch die Eigenständigkeit der Kantone zu wahren (Art. 47 BV; vgl. zum Begriff der Eigenständigkeit EGLI, *Autonomie*, S. 366 ff.). Namentlich belässt er ihnen "ausreichend eigene Aufgaben" und er beachtet ihre Organisationsautonomie (Art. 47 Abs. 2 Satz 1 BV).
- 19 Diese beiden Bestimmungen können als Fortführung des Gedankens der Subsidiarität bzw. der Bundestreue verstanden werden. Sie halten den Bund zur Zurückhaltung an, wenn er eine Bundeskompetenz in Anspruch nehmen kann.

Art. 46 BV steht unter dem Titel "Umsetzung von Bundesrecht", Art. 47 BV ist der "Eigenständigkeit der Kantone" gewidmet. Die Gestaltungsfreiheit im Rahmen der Umsetzung von Bundesrecht steht in offensichtlichem Zusammenhang mit der Eigenständigkeit der Kantone (vgl. WALDMANN/BORTER, BSK-BV, Art. 46 N. 39).

- 20 Die Pflicht zur Rücksichtnahme des Bundes auf die Kantone kann als "Rechtspflicht mit Prinzipiencharakter" verstanden werden, welche sich "in punktuelle Rechtsansprüche [der Kantone] verdichten" kann (WALDMANN/BORTER, BSK-BV, Art. 46 N. 41). Auch das Bundesgericht verwendet Formulierungen, die über die Beschreibung einer blossen Maxime hinausgehen (BGE 128 I 254 ff., 265 E. 3.8.2, vgl. ähnlich BGer., Urteil 1A.73/2002 vom 6. Oktober 2003, E. 3.1; BGE 135 II 94 ff., 103 E. 6.2), dies mindestens dann, wenn es um Eingriffe in die kantonale Organisationsautonomie geht:

"Eingriffe in die kantonale Organisationsautonomie sind nur zulässig, wenn sie für die Sicherstellung einer richtigen und rechtzeitigen Umsetzung des Bundesrechts durch die Kantone notwendig und verhältnismässig sind. Dies setzt eine Abwägung zwischen der Verpflichtung des Bundes, für eine adäquate Aufgabenerfüllung zu sorgen, einerseits und der Organisations- und Verfahrenshoheit der Kantone andererseits voraus."

Der Bundesgesetzgeber ist durch diese Vorgabe rechtlich verpflichtet (BELSER/MASSÜGER, BSK-BV, Art. 47 N. 9). Die praktische Durchsetzung scheitert aber gegebenenfalls an Art. 190 BV, und der Verfassungsgeber kann, ähnlich wie unter dem Subsidiaritätsprinzip, die Frage abschliessend entscheiden (BELSER/MASSÜGER, BSK-BV, Art. 47 N. 9). Rein praktisch ist festzustellen, dass die Abwägung "oftmals zulasten der kantonalen Gestaltungsspielräume geht" (EGLI, St. Galler Kommentar, Art. 46 N. 31 mit Beispielen).

6. Anhörung der Kantone

- 21 Gemäss Art. 45 Abs. 2 BV "informiert [der Bund] die Kantone rechtzeitig und umfassend über seine Vorhaben [und] holt ihre Stellungnahmen ein, wenn ihre Interessen betroffen sind." Die Bestimmung geht über die allgemeine Pflicht zur Vernehmlassung (Art. 147 BV) hinaus (KNAPP/SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, Art. 45 N. 11). Sie wird konkretisiert in verschiedenen Bestimmungen des Vernehmlassungsgesetzes (Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 lit. c, Art. 3 Abs. 3, Art. 4 Abs. 2 lit. a Bundesgesetz über das Vernehmlassungsverfahren vom 18. März 2005, Vernehmlassungsgesetz, VIG, SR 172.061) und der Vernehmlassungs-

verordnung (Art. 5 Abs. 1, Art. 18 Abs. 1 Satz 2 Verordnung über das Vernehmlassungsverfahren vom 17. August 2005, Vernehmlassungsverordnung, VIV, SR 172.061.1). Überdies sind die Kantone schon vor dem Vernehmlassungsverfahren angemessen einzubeziehen, wenn ein Vorhaben des Bundes wesentliche kantonale oder kommunale Interessen berührt (Art. 15a Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998, RVOV, SR 172.010.1, in der Fassung vom 11. März 2016, in Kraft seit 1. April 2016 [AS 2016 929]).

- 22 Die Justiziabilität dieser Bestimmungen ist wenig untersucht. An sich wäre denkbar, dass die Kantone eine entsprechende Information erzwingen könnten. Dem Bund kommt über die Art und Weise des Einbezugs aber ein erhebliches Ermessen zu; er ist namentlich frei, ob er den Äusserungen der Kantone folgen will oder nicht (vgl. immerhin Art. 18 Abs. 1 Satz 2 VIV). Eine völlig ungenügende oder gar unterlassene Information könnte aber als Verletzung der entsprechenden Bestimmungen erkannt werden. Es handelt sich beim Einbezug der Kantone um eine Frage des *Verfahrens*, welche von Gerichten typischerweise einfacher als materiell-rechtliche Fragen geklärt werden könnten, wie dies in der individual-rechtlichen Entsprechung der Gewährung des rechtlichen Gehörs sichtbar wird. Grundsätzlich erscheinen Art. 45 Abs. 2 BV sowie die Konkretisierungen im Gesetzes- und Verordnungsrecht einer Anwendung durch Gerichte durchaus zugänglich.

7. Mitwirkung bei der Aussenpolitik

- 23 Gemäss Art. 54 Abs. 3 BV nimmt der Bund in der Aussenpolitik "Rücksicht auf die Zuständigkeiten der Kantone und wahrt ihre Interessen." Soweit ihre Zuständigkeiten betroffen sind, wirken die Kantone an der Vorbereitung des Entscheides des Bundes mit; sie sind rechtzeitig und umfassend einzubeziehen (Art. 55 BV). Weitere Bestimmungen finden sich im Bundesgesetz über die Mitwirkung der Kantone an der Aussenpolitik des Bundes vom 22. Dezember 1999 (BGMK, SR 138.1).
- 24 Der frühe Einbezug der Kantone ist wichtig, weil in der Vernehmlassung ein "fertiger" Vertragsentwurf vorliegt, zu dem im Wesentlichen nur noch "Ja" oder "Nein" gesagt werden kann (PFISTERER, St. Galler Kommentar, Art. 55 N. 5). Bereits abgeschlossene Staatsverträge geniessen überdies nicht nur den Schutz von Art. 190 BV, sondern müssen nach Abschluss gegenüber dem Ausland eingehalten werden, da Fehler im innerstaatlichen Verfahren dem auslän-

dischen Staat nicht entgegengehalten werden können (vgl. dazu BGE 142 II 35 ff., 38 f. E. 3.2).

25 Dies macht es erst recht notwendig, dass die Kantone vor Abschluss des Staatsvertrages (oder bei anderen aussenpolitischen Entscheiden) ihre Mitwirkungsrechte gegenüber dem Bund geltend machen können. Die Mitwirkungsrechte werden als "echte Rechtsansprüche" bezeichnet (WALDMANN, BSK-BV, Art. 55 N. 14 mit zahlreichen weiteren Hinweisen, auch unter Hinweis auf eine abweichende Auffassung des Bundesrates). Sie sind ein "Recht jedes einzelnen Kantons" (PFISTERER, St. Galler Kommentar, Überschrift vor Art. 55 N. 18 ff.; EPINEY, BSK-BV, Art. 54 N. 46 mit Bezug auf Art. 54 Abs. 3 BV: "... individualschützenden Charakter ... jedes einzelnen Kantons"). Es handelt sich bei Art. 54 Abs. 3 BV und Art. 55 BV um "'justiziable Ansprüche der Kantone', die mit Klage nach Art. 120 BGG durchsetzbar sind" (KAUFMANN, S. 58 Fn. 122; vgl. ausführlich zur Durchsetzung WALDMANN, Angelegenheiten, S. 205 ff.). Gerichtliche Praxis zu diesen Fragen ist soweit ersichtlich nicht vorhanden.

26 Den Auffassungen in der Lehre ist zuzustimmen. Es handelt sich meines Erachtens um *Ansprüche im Verfahren*, die justiziabel sind. Ähnlich wie bei den Bundeskompetenzen räumen zwar verschiedene Bestimmungen dem Bund einen gewissen Spielraum ein ("wesentliche Interessen", "rechtzeitig und umfassend" etc.), doch darf dieser Spielraum weder überschritten noch missbraucht werden.

Die Frage der Mitwirkung darf auch nicht verwechselt werden mit der Frage der *materiellen Entscheidung* der Bundesbehörden. Den Bund trifft zwar eine Pflicht zum Einbezug der Kantone; er muss aber selbst deren einstimmige Einschätzung nicht unbedingt übernehmen. Es besteht für den Bund ein Auftrag zur Auseinandersetzung und zur Abwägung der kantonalen Vorbringen und Interessen, "dessen normative Reichweite jedoch eher begrenzt ist" (EPINEY, BSK-BV, Art. 54 N. 44).

8. Würdigung

27 Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass die Einhaltung der föderalistischen Grundsätze *in wesentlichen Teilen justiziabel* ist. Die Bestimmung des Umfangs einzelner Bundeskompetenzen ist eine geläufige Rechtsfrage.

- 28 Dem Bund kommt bei der Wahrnehmung einzelner Bundeskompetenzen ein Beurteilungsspielraum zu. Dieser Spielraum ist aber – ungeachtet einer rechtlichen Durchsetzung – weder unbegrenzt noch dem Gutdünken des Parlaments anheim gestellt. Vielmehr muss der Bund den Spielraum im Lichte des Subsidiaritätsprinzips (Art. 5a und Art. 43a Abs. 1 BV), des Gebots der schonenden Kompetenzausübung (Art. 44 Abs. 2 Satz 1 BV) sowie der Achtung kantonaler Gestaltungsräume (Art. 46 Abs. 3 BV) und der Organisationsautonomie (Art. 47 Abs. 2 Satz 1 BV) ausüben. Diese Vorgaben dienen als "Auslegungshilfe bundesrechtlicher Kompetenzen" (vgl. oben Ziff. 9). Sie werden unmittelbar justizierbar, wenn der Bund seinen Spielraum überschreitet oder missbraucht.
- 29 Der Bund muss überdies die Kantone rechtzeitig und umfassend über seine Vorhaben informieren und ihre Stellungnahmen einholen (Art. 45 Abs. 2 BV). Er muss auch Rücksicht auf die Zuständigkeiten der Kantone in den auswärtigen Angelegenheiten nehmen und die Kantone sachgerecht einbeziehen (Art. 54 Abs. 3 und Art. 55 BV). Die Mitwirkungsrechte der Kantone sind meines Erachtens justizierbar, auch wenn sie den Bund nicht zur materiellen Entscheidung im Sinne der Kantone zwingen.

C. PRÜFUNGMÖGLICHKEITEN DER FÖDERALISTISCHEN GRUNDSÄTZE DE LEGE LATA

1. Anwendungsgebot von Bundesgesetzen (Art. 190 BV)

30 Das Anwendungsgebot von Bundesgesetzen (Art. 190 BV) gilt unbestritten als grösste Einschränkung der Prüfungsmöglichkeiten der föderalistischen Grundsätze durch Gerichte. Es rechtfertigt sich deshalb, diese Bestimmung vorweg näher zu analysieren, bevor einzelne Rechtsschutzmöglichkeiten untersucht werden (vgl. zu weiteren verfassungsrechtlichen Vorgaben in Art. 189 BV unten Ziff. 55 ff.).

31 Gemäss Art. 190 BV sind Bundesgesetze "für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend." Das Bundesgericht versteht diese Bestimmung in ständiger Rechtsprechung als *Anwendungsgebot*, nicht aber als *Prüfungsverbot* (vgl. die Übersicht bei HANGARTNER/LOOSER, St. Galler Kommentar, Art. 190 N. 11 m.w.H.). In BGE 140 I 305 ff., 310, formuliert das Bundesgericht:

"Nach Art. 190 BV sind Bundesgesetze und Völkerrecht für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend. Damit kann Bundesgesetzen weder im Rahmen der abstrakten noch der konkreten Normenkontrolle die Anwendung versagt werden. Zwar handelt es sich dabei um ein Anwendungsgebot und kein Prüfungsverbot, und es kann sich rechtfertigen, vorfrageweise die Verfassungswidrigkeit eines Bundesgesetzes zu prüfen. Wird eine solche festgestellt, muss das Gesetz dennoch angewendet werden, und das Bundesgericht kann lediglich den Gesetzgeber einladen, die fragliche Bestimmung zu ändern ..."

32 In anderen Fällen hat das Bundesgericht aber auch schon ohne weitere Ausführungen auf Art. 190 BV verwiesen (vgl. die Übersicht bei HANGARTNER/LOOSER, St. Galler Kommentar, Art. 190 N. 11). Das Bundesgericht hat auch nicht detailliert ausgeführt, wann sich eine Prüfung der Verfassungsmässigkeit eines Bundesgesetzes "rechtfertigt". Massgeblich sollen alle "Umstände im Einzelfall" sein (BGer., Urteil 2C_1145/2013 u. 2C_1146/2013 vom 20. September 2014, E. 1.6).

Eine Prüfung durch das Bundesgericht dürfte dann angezeigt sein, wenn ein Beschwerdeführer von einer allfälligen Änderung durch den Gesetzgeber profitieren könnte, auch wenn seine Beschwerde im konkreten Fall abgelehnt wird. Dies ist etwa der Fall bei einem Strafgefangenen, der nach Erreichen des AHV-

Alters zur Arbeit verpflichtet wurde (BGE 139 I 180 ff., 185), oder beim Fehlen von Rechtsmitteln im Asylbereich (vgl. BGE 137 I 128 ff.). Das Bundesgericht wird sich dort zurückhalten, wo dem Gesetzgeber mehrere Möglichkeiten offen stehen, eine Verfassungswidrigkeit zu beseitigen (vgl. BGE 139 I 257 ff., 259 f. E. 4.1 betreffend Rechtsgleichheit; BGE 136 II 120 ff., 131 E. 3.5.3).

33 Zu beachten ist, dass *Bundesratsverordnungen* durch Art. 190 BV grundsätzlich nicht geschützt sind. Das Bundesgericht prüft, ob sich der Bundesrat an die Grenzen der ihm im Gesetz eingeräumten Befugnisse gehalten hat (BGE 141 II 169, 172 f.). Wird dem Bundesrat vom Gesetzgeber allerdings ein sehr weiter Spielraum für die Regelung eingeräumt, so ist dieser für das Bundesgericht nach Art. 190 BV verbindlich. Es muss sich auf die Kontrolle beschränken, ob die Verordnung den Rahmen der Gesetzesdelegation offensichtlich sprengt oder aus anderen Gründen gesetz- oder verfassungswidrig ist (BGer., Urteil 8C_547/2014 vom 15. Oktober 2014 E. 4.1; Urteil 6B_722/2013 vom 14. Januar 2014 E. 3.2 f.).

34 Soweit ersichtlich hat das Bundesgericht bisher in keinem Fall die Verfassungswidrigkeit eines Bundesgesetzes wegen Verletzung der föderalistischen Grundsätze erkannt und den Gesetzgeber zu einer Änderung eingeladen. Ein entsprechender Antrag wurde indessen wohl auch nicht gestellt. Dementsprechend besteht in diesem Punkt eine erhebliche Unsicherheit. Eine Klärung durch das Bundesgericht schiene wünschenswert, mindestens für diejenigen Fälle, in denen die Parteien einen entsprechenden Antrag gestellt haben oder ihr Interesse an einer Prüfung durch das Bundesgericht evident ist.

2. Staatsrechtliche Klage

a) Grundlagen

35 Gemäss Art. 189 Abs. 2 BV beurteilt das Bundesgericht "Streitigkeiten zwischen Bund und Kantonen oder zwischen Kantonen". Kompetenzkonflikte zwischen Bundesbehörden und kantonalen Behörden werden in Art. 120 Abs. 1 lit. a Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (Bundesgerichtsgesetz, BGG, SR 173.110) ausdrücklich als möglicher Gegenstand der staatsrechtlichen Klage genannt. Geltend gemacht werden kann beispielsweise, eine Verordnung des Bundesrates verletze die Kompetenz eines Kantons (BGE 130 I 156 ff.; BGE 125 II 152 ff.).

36 Die Streitigkeiten werden auf Klage des betroffenen Gemeinwesens entschieden, sofern ein Bundesgesetz nicht ein Verfügungsverfahren vorsieht (Art. 120 Abs. 2 BGG); in Zweifelsfällen ist Klage und Beschwerde gleichzeitig einzureichen (SPÜHLER et al., Art. 120 N. 15; GELZER, Prozessieren vor Bundesgericht, Rz. 7.2; vgl. für einen Zweifelsfall BGE 136 IV 139 ff.). Das Verfahren richtet sich gemäss Art. 120 Abs. 3 BGG nach dem Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947 (BZP, SR 273). Das Bundesgericht prüft Sachverhalt und Rechtsfragen frei (BGE 131 I 266 ff., 269 E. 2.3; BGE 130 I 156 ff., 159 f. E. 1.3; BGE 129 I 419 ff., 421 E. 1), wobei sich das Bundesgericht bei technischen Fragen oder bei Ermessen eine gewisse Zurückhaltung auferlegt (DONZALLAZ, Rz. 4605; kritisch KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz. 1820).

Die Klage kann sich gegen ein beliebiges Beschwerdeobjekt richten bzw. setzt ein solches nicht voraus (WALDMANN, BSK-BGG, Art. 120 N. 11); sie ist selbst dann möglich, wenn sie in Zusammenhang mit einem konkreten Entscheid erhoben wird, welcher der Beschwerde ans Bundesgericht nicht unterliegen würde (BGE 130 I 156 ff., 159 E. 1.2). Eine Frist zur Klageeinreichung besteht grundsätzlich nicht (BGE 131 I 266 ff., 268 E. 2; BGE 130 I 156 ff., 159 E. 1.2; JAAG, Staatsrecht, § 15 N. 50), da das öffentliche Interesse an der Kompetenzeinhaltung einer Frist entgegensteht (SEILER, Stämpflis Handkommentar BGG, Art. 120 N. 13). Der Konflikt muss aber aktuell sein (BGE 129 I 419 ff., 421 E. 1). Bund und Kantone werden in der Regel durch die Exekutive vertreten (KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz. 1801).

b) Praxis

37 Klagen der Kantone gegen den Bund wegen Missachtung der föderalen Grundsätze sind indessen *selten* (vgl. statt vieler JAAG, Staatsrecht, § 15 N. 46; zu den Zahlen 2007-2013 GELZER, in: Prozessieren vor Bundesgericht, Rz. 7.1). Die Gründe sind wenig untersucht. Naheliegend ist, dass Art. 190 BV als rechtliches oder mindestens praktisches Hindernis wahrgenommen wird (so auch WALDMANN/BORTER, Monitoringbericht, S. 39; Monitoringbericht, S. 66). Das Klageverfahren vor dem Bundesgericht ist auch aufwändig, wird doch das Bundesgericht in diesen Verfahren ausnahmsweise als erste (und einzige) Instanz tätig. Weiter sind Bund und Kantone von Verfassung wegen dazu aufgerufen, ihre Streitigkeiten wenn möglich einvernehmlich beizulegen (Art. 44 Abs. 3 BV; in diese Richtung auch WALDMANN/BORTER, Monitoringbericht,

S. 39; Monitoringbericht, S. 66); Verhandlungen oder Schlichtungsversuche sind allerdings gemäss herrschender Auffassung keine Prozessvoraussetzung (BIAGGINI, Art. 44 N. 10). Denkbar ist schliesslich, dass den föderalistischen Grundsätzen schlicht zu wenig "normative Substanz" zugetraut wird (WALDMANN/BORTER, Monitoringbericht, S. 39; Monitoringbericht, S. 66).

- 38 Teilweise wird vorgebracht, die Kantone könnten gar nicht geltend machen, ein Bundesgesetz verletze die Kompetenzordnung der Bundesverfassung (vgl. RHINOW et al., S. 577) bzw. es sei den Kantonen verwehrt, im Zusammenhang mit kompetenzwidrig erlassenen Bundesgesetzen zu klagen (vgl. die entsprechende Übersicht bei WALDMANN, BSK-BGG, Art. 120 N. 11, wobei die dort genannten Autoren auf die Frage jeweils nur sehr kurz eingehen). Diese Auffassung leuchtet vor dem Hintergrund von Art. 190 BV nicht ein; ebensowenig dürfte Art. 189 Abs. 4 BV (grundsätzliche Unanfechtbarkeit von Akten der Bundesversammlung und des Bundesrates) einer Anfechtung entgegenstehen, da Art. 120 BGG als gesetzliche Ausnahme anzusehen ist und ansonsten die Anfechtung von Bundesratsverordnungen nur schwer erklärbar wäre (vgl. in diese Richtung auch Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 12. August 2011 zu den Parlamentarischen Initiativen 05.445 und 07.476 betreffend Verfassungsgerichtsbarkeit, BBl 2011, 7271 ff., 7285 m.w.H.; vgl. unten Ziff. 55). Das Bundesgericht hat in anderen Zusammenhängen die Verfassungsmässigkeit von Bundesgesetzen wiederholt geprüft, um dem Bundesgesetzgeber die Möglichkeit zur Anpassung zu geben. Weshalb eine solche "Einladung" nur im Verhältnis zu Bürgerinnen und Bürgern möglich sein sollte, nicht aber zugunsten der Kantone, ist nicht einsichtig (so auch WALDMANN, BSK-BGG, Art. 120 N. 11; BIAGGINI, Art. 189 N. 21; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz. 1806; ebenfalls wohl wie hier KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Rz. 1184; vgl. auch ausführlich WALDMANN, Angelegenheiten, S. 203, für den Bereich ausserpolitischer Entscheidungen).
- 39 Soweit die geltend gemachten Verletzungen justiziabel sind, erscheint ein entsprechender Appellentscheid des Bundesgerichts durchaus angezeigt, dies auf jeden Fall dann, wenn eine spätere Änderung des Bundesgesetzes den verfassungskonformen Zustand herbeiführen und der klagende Kanton von diesem Zustand profitieren könnte (aktuelles Interesse).

c) *Rechtsbegehren und Urteil*

40 Nach den vorstehenden Ausführungen sollte es möglich sein, dass ein Kanton ungeachtet Art. 190 BV ein Begehren auf Feststellung der Verfassungswidrigkeit eines Bundesgesetzes stellt und damit das Bundesgericht dazu anhält, den Gesetzgeber zu einer Korrektur "einzuladen". Feststellungsbegehren sind im Rahmen der staatsrechtlichen Klage möglich (SPÜHLER et al., Art. 120 N. 14). Nicht behandeln würde das Bundesgericht theoretische Streitfragen ohne praktisches Interesse (vgl. BGE 140 IV 74 ff., 77; BGE 136 I 274 ff., 276).

41 Die staatsrechtliche Klage ist indessen nicht auf blosser Feststellungsbegehren beschränkt. Ausserhalb des Geltungsbereiches von Art. 190 BV können Begehren auf Aufhebung des verfassungswidrigen Aktes gestellt werden; solche *Gestaltungs- und Leistungsbegehren* verdrängen in der Regel reine Feststellungsbegehren (vgl. für ein Beispiel BGE 125 II 152 ff., 157 f. u. 159 f. E. 2). Bei der Aufhebung von Verordnungsrecht würde das Bundesgericht mutmasslich auch Gesichtspunkte der Rechtssicherheit berücksichtigen (vgl. – in anderem Zusammenhang – BGE 138 I 61 ff., 94 f. E. 8.7) und ggf. eine angepasste Lösung treffen.

42 Besondere prozessuale Fragen stellen sich, wenn die Kantone geltend machen, der Bund habe ihre *Verfahrensrechte* missachtet und sie ungenügend einbezogen (vgl. Art. 45 Abs. 3 u. Art. 55 BV; oben Ziff. 21 ff.). Ungeachtet der Einschränkung von Art. 190 BV haben sich die schweizerischen Gerichte bisher zurückhaltend gezeigt, generell-abstrakte Erlasse wegen Fehler in der Methode oder im Verfahren aufzuheben (MÜLLER/UHLMANN, N. 52). Der Blick auf ausländische Modelle zeigt, dass es durchaus denkbar wäre, Erlasse aufgrund des fehlenden Einbezugs der Betroffenen (vgl. z.B. für die USA KEITH WERHAN, Principles of Administrative Law, St. Paul 2008, S. 158 ff. betreffend Rechtsetzung unterhalb der Gesetzesstufe) oder wegen methodischer Fehler (vgl. für Deutschland MÜLLER/UHLMANN, N. 49 ff.) aufzuheben. Für die Schweiz besteht soweit ersichtlich keine vergleichbare Praxis. Bei einer Verletzung von Art. 55 BV müsste zusätzlich die Schwierigkeit berücksichtigt werden, dass Staatsverträge aufgrund von Fehlern im innerstaatlichen Verfahren nicht ohne weiteres aufgehoben werden könnten (vgl. oben Ziff. 24). Diese Vorbehalte *nach Erlass* des entsprechenden Rechtsakts schliessen indessen nicht aus, dass die Kantone mittels Klage *aktuelle Mitwirkungsmöglichkeiten* einfordern könnten (z.B. Recht auf Information).

3. "Autonomiebeschwerde" eines Kantons?

43 Gemäss Art. 120 Abs. 2 BGG ist die Klage unzulässig, wenn ein Bundesgesetz eine Behörde zum Erlass einer Verfügung über solche Streitigkeiten ermächtigt. Ein Kanton könnte (und müsste) in einem solchen Fall Beschwerde erheben (vgl. ausführlich zur – mitunter schwierigen – Abgrenzung KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz. 1810 ff.). Dies ist etwa der Fall, wenn ein Kanton mit dem Bund über die Erteilung einer Subvention streitet. Der Kanton wird in diesem Fall als *materieller Verfügungsadressat* angesehen; er ist in seinen vermögensrechtlichen Interessen betroffen und zur Beschwerde legitimiert (BGer., Urteil 2C_461/2011 vom 9. November 2011, E. 1; Urteil 2A.529/2005 vom 20. April 2006, E. 1). Es erscheint nicht ausgeschlossen, dass der Kanton in einem solchen Verfahren vorfrageweise geltend macht, der Bund habe seine Kompetenzen überschritten.

44 Den Kantonen steht gegenüber dem Bund allerdings keine allgemeine "Autonomiebeschwerde" zu, wie dies vorgesehen ist für "Gemeinden und andere öffentlich-rechtliche Körperschaften, wenn sie die Verletzung von Garantien rügen, die ihnen die Kantons- oder Bundesverfassung gewährt" (Art. 89 Abs. 2 lit. c BGG). Dies erscheint im Lichte der staatsrechtlichen Klage grundsätzlich folgerichtig, da die Klage den Kantonen in einem Zweiparteienverfahren erlaubt, dem Bund "auf Augenhöhe" zu begegnen. Die Klage als Mittel der ursprünglichen Gerichtsbarkeit hat zur Folge, dass der Rechtsstreit vor Bundesgericht *als einziger Instanz* ausgetragen wird, was im Verhältnis zwischen Bund und Kantonen als sachgerecht angesehen wird (WALDMANN, BSK-BV, Art. 120 N. 9; ähnlich Botschaft NFA, S. 2465). Bei einer (Autonomie-)Beschwerde liegt dagegen oft ein anfechtbarer Entscheid vor, was bedeutet, dass der Bund oder eine Drittbehörde bereits entschieden hat. Dies mag unter Umständen sinnvoll sein (und ist dementsprechend in Art. 120 Abs. 2 BGG auch vorgesehen), erscheint aber als allgemeines Prozessverhältnis zwischen Bund und Kantonen nicht angebracht. Eine Beschwerdemöglichkeit der Kantone impliziert eine Überordnung des Bundes.

45 Eine andere Frage ist es, welche *Beanstandungen* Kantone in einem Verfahren gegen den Bund vorbringen können. Nach der hier vertretenen Auffassung bilden unabhängig vom anwendbaren Verfahren die justiziablen Gehalte der föderalistischen Grundsätze einen tauglichen Klage- bzw. Beschwerdegrund. Art. 190 BV hindert das Bundesgericht an der Aufhebung eines Bundesgesetz-

zes und darauf abgestützter Rechtsakte, nicht aber an der Feststellung, dass das Bundesgesetz nach Meinung des Bundesgerichts der Verfassung widerspricht.

4. **Beschwerden Privater?**

46 Das Bundesgericht anerkennt seit langem einen Anspruch auf die Einhaltung des *Vorrangs von Bundesrecht* (Art. 49 Abs. 1 BV), welchen Private wie ein verfassungsmässiges Recht geltend machen können (vgl. dazu und im Zusammenhang mit der Aufhebung von Art. 190 BV UHLMANN/HOFSTETTER, Rz. 30). Fraglich ist dagegen, ob sich Private umgekehrt auf die föderalistischen Grundsätze berufen können, soweit der Bund seine Kompetenzen überschreitet. Das Bundesgericht hat in einem Entscheid vom 15. März 2012 den Beschwerdeführern die Anrufung von Art. 44 Abs. 1 BV verwehrt – wobei unsicher bleibt, ob dies nicht in erster Linie mit der in diesem Zusammenhang fraglichen Justiziabilität der Bestimmung zusammenhing (BGer., Urteil 1C_348/2011 vom 15. März 2012, E. 7: "Quoi qu'il en soit, il est douteux que les recourantes puissent, dans ce contexte, déduire un droit directement applicable de cette disposition ..."). In jedem Fall spielen Rügen Privater in der Praxis kaum eine Rolle.

47 Ausgeschlossen wären sie nach meinem Dafürhalten aber nicht. Schliesslich können Private die Verletzung der *Gemeindeautonomie* geltend machen, soweit sie zur Erhebung anderer Verfassungsprügen legitimiert sind und das betreffende Gemeinwesen die Geltendmachung nicht ausdrücklich abgelehnt hat (vgl. statt vieler BGer., Urteil 1C_495/2011 vom 14. März 2012, E. 1 m.w.H.). Auch sonst "braucht das Anfechtungsinteresse nicht mit dem Interesse übereinzustimmen, das durch die vom Beschwerdeführer als verletzt bezeichneten Normen geschützt wird" (BGE 141 II 50 ff., 52 E. 2.1). Dementsprechend besteht aus meiner Sicht kein Grund, bei Beschwerden Privater die Rüge der Verletzung der föderalistischen Grundsätze kategorisch auszuschliessen.

5. **Würdigung de lege lata**

48 Es ist bemerkenswert, dass staatsrechtliche Klagen zum Schutz der föderalistischen Grundsätze sehr selten sind. Für ausländische Betrachter ist offenbar erstaunlich, dass das Bundesgericht nur selten mit bundesstaatlichen Streitigkeiten befasst wird (BIAGGINI, Art. 44 N. 10). Nach der hier vertretenen Auffassung fehlt es den föderalistischen Grundsätzen weder an der notwendigen rechtlichen Substanz noch stellt Art. 190 BV ein derart unüberwindbares Hindernis

dar, dass jede Klage vor Bundesgericht von vornherein fruchtlos erscheint. Tatsache ist, dass die staatsrechtliche Klage kaum genutzt wird und ihre Möglichkeiten vor Bundesgericht nicht hinreichend ausgelotet sind, obwohl sie zur Klärung föderaler Konflikte an sich geeignet scheint.

- 49 Diese Zurückhaltung mag damit zusammenhängen, dass die staatsrechtliche Klage schlicht *unterschätzt* wird. Denkbar ist auch, dass die an sich begrüßenswerte und auch im geltenden Verfassungsrecht (Art. 44 Abs. 3 BV) verankerte Tradition von Bund und Kantonen, Streitigkeiten einvernehmlich und nicht vor Gerichten zu lösen, die Klage als weit entfernte *ultima ratio* erscheinen lässt. Ein Indiz für diese These dürfte sein, dass es an einem konzertierten rechtlichen Vorgehen der Kantone gegen den Bund bisher gefehlt hat. Soweit aus der bundesgerichtlichen Praxis ersichtlich waren es im Wesentlichen vereinzelte Kantone, die sich rechtlich gegen den Bund zur Wehr gesetzt haben.

D. PRÜFUNGSMÖGLICHKEITEN DER FÖDERALISTISCHEN GRUNDSÄTZE DE LEGE FERENDA

1. Verfassungsrechtliche Vorgaben

a) *Bedeutung von Art. 190 BV und weiteren Vorgaben der Verfassung*

50 Stehen zur Verbesserung der Prüfung der föderalistischen Grundsätze Gesetzesanpassungen zur Verfügung, ist zunächst zu klären, in welchem Umfang Art. 190 BV und weitere Bestimmungen der Verfassung den entsprechenden Änderungen entgegenstehen. Es gilt mit anderen Worten den Spielraum des Gesetzgebers auszuloten.

51 Klar ist dabei zunächst, dass das Bundesgericht (oder eine andere Prüfinstanz) einem Bundesgesetz nicht die Anwendung versagen kann. Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut von Art. 190 BV.

52 Verfassungsrechtlich möglich sollte die Einführung einer *Prüfungspflicht* durch das Bundesgericht sein. Das Bundesgericht prüft bereits heute zum Teil die Verfassungsmässigkeit von Bundesgesetzen und lädt den Bundesgesetzgeber gegebenenfalls zur Anpassung ein. Diese Praxis ist unbestritten. "Der Bundesgesetzgeber könnte und sollte daher das BGER verpflichten, im Rahmen der Erledigung von Streitfällen die Verletzung der BV oder von Völkerrecht durch ein BG förmlich festzustellen und dem Gesetzgeber zur Kenntnis zu bringen" (HANGARTNER/LOOSER, St. Galler Kommentar, Art. 190 N. 11). In der Tat ist nicht einsichtig, weshalb das Bundesgericht zwar von sich aus die Verfassungsmässigkeit von Bundesgesetzen prüfen kann, nicht aber vom Bundesgesetzgeber dazu angehalten werden könnte. Verlangt der Bundesgesetzgeber im Bundesgerichtsgesetz eine Prüfung, erscheint dies als organische Erweiterung und Klärung der bisherigen bundesgerichtlichen Praxis. Aus meiner Sicht ist eine solche Regelung ohne Verankerung in der Bundesverfassung zulässig.

53 Unsicherer sind *Begutachtungen* durch das Bundesgericht. Im Zusammenhang mit der Einführung einer präventiven Rechtskontrolle von Bundesgesetzen hat der Bundesrat die Auffassung vertreten, es bedürfe einer Verfassungsrevision, wenn das Bundesgericht zur Begutachtung von Verfassungs- und Völkerrechtsfragen im Gesetzgebungsverfahren verpflichtet würde: "Aufgrund der staatspolitischen Bedeutung einer solchen neuen Zuständigkeit des Bundesgerichts und auch im Hinblick auf Artikel 190 BV erachtet der Bundesrat eine allfällige Ver-

ankerung in der Verfassung als notwendig" (Bericht präventive Rechtskontrolle, S. 2251; offen in diesem Punkt HANGARTNER/LOOSER, St. Galler Kommentar, Art. 190 N. 9).

Empfehlungen des Bundesgerichts tangieren an sich nicht die *Letztzuständigkeit der Bundesversammlung*, und das Bundesgericht wendet Bundesrecht weiterhin an, wie dies Art. 190 BV vorschreibt. Begründet werden können die verfassungsrechtlichen Bedenken mit dem Hinweis, dass eine Begutachtung neu wäre und das Bundesgericht in aller Regel "Recht spricht" (Art. 188 Abs. 1 BV), nicht Empfehlungen abgibt. Allerdings darf nicht übersehen werden, dass es die Bundesverfassung dem Bundesgesetzgeber überlässt, "weitere Zuständigkeiten" des Bundesgerichts zu begründen (Art. 189 Abs. 3 BV) – vielleicht allerdings nur solche der Rechtsprechung ("Streitigkeiten").

Aus historischer Perspektive ist interessant, dass das Bundesgericht noch im 19. Jahrhundert regelmässig vom Bundesrat eingeladen wurde, sich zu Rechtsfragen und Gesetzesprojekten zu äussern (vgl. beispielsweise Geschäftsbericht des schweiz. Bundesgerichts an die hohe Bundesversammlung über seine Geschäftsführung im Jahre 1880 vom 4. März 1881, S. 5). Dass solche Anfragen heute nicht mehr vorkommen, dürfte mehr mit dem Ausbau der Bundesverwaltung und der Belastung des Bundesgerichts zu tun haben als mit verfassungsrechtlichen Bedenken (zur Rechtslage vgl. Art. 106 ff. BV vom 29. Mai 1874).

Aus meiner Sicht spricht deshalb vieles für die Zulässigkeit von Empfehlungen des Bundesgerichts betreffend die Verfassungsmässigkeit von Bundesgesetzen, soweit der Bundesgesetzgeber eine solche Aufgabe für das Bundesgericht einführen will. Die verfassungsrechtliche Unsicherheit ist bei der Analyse der folgenden Modelle aber im Auge zu behalten.

54 Besondere Verfassungsfragen wirft die mögliche *Schaffung eines gemischten Organs* auf (vgl. unten Ziff. 75 f.). Soweit man ein solches als reines Hilfsorgan der Bundesversammlung betrachtet, bedarf dessen Schaffung keiner Verfassungsänderung. Sieht man darin eine Übertragung wesentlicher Staatskompetenzen, erscheint eine Verfassungsänderung geboten. Die Rechtslage ist ungeklärt.

b) Bedeutung von Art. 189 Abs. 4 BV

55 Neben den vorgenannten Punkten ergeben sich verfassungsrechtliche Unsicherheiten auch aus der Bestimmung in Art. 189 Abs. 4 BV, welche vorsieht,

dass "Akte der Bundesversammlung und des Bundesrates ... beim Bundesgericht nicht angefochten werden" können; "Ausnahmen bestimmt das Gesetz." Die Bestimmung war in ihrer Entstehungsgeschichte und in der heutigen Anwendung umstritten (vgl. HALLER, St. Galler Kommentar, Art. 189 N. 60; SEFEROVIC, BSK-BV, Art. 189 N. 59; vgl. zur Entstehung auch BGE 129 II 193 ff., 203 f. E. 4.2.1).

- 56 Unbestritten ist zunächst, dass Art. 189 Abs. 4 BV der staatsrechtlichen Klage nach Art. 120 BGG nicht entgegensteht. Im Falle einer Klage ist etwa die Anfechtung einer Bundesratsverordnung möglich (HALLER, St. Galler Kommentar, Art. 189 N. 59; SEFEROVIC, BSK-BV, Art. 189 N. 63; BIAGGINI, Art. 189 N. 21; vgl. auch oben Ziff. 34).
- 57 Unbestritten ist weiter, dass Art. 189 Abs. 4 BV nur die direkte, abstrakte Anfechtung ausschliesst. Soweit es in einem konkreten Anwendungsfall um die vorfrageweise Überprüfung eines Aktes von Bundesrat oder Parlament geht, kommt Art. 189 Abs. 4 BV nicht zur Anwendung (vgl. HALLER, St. Galler Kommentar, Art. 189 N. 59; SEFEROVIC, BSK-BV, Art. 189 N. 60). In diesem Sinne sind alle Erweiterungen der Anfechtungsmöglichkeiten der Kantone bei der konkreten Normenkontrolle vom Geltungsbereich von Art. 189 Abs. 4 BV ausgeschlossen und ihre Einführung durch den Gesetzgeber verfassungsrechtlich problemlos.
- 58 Unsicherheiten ergeben sich, in welchem Umfang der Gesetzgeber *allgemeine Beschwerdemöglichkeiten* einführen dürfte, die sich direkt gegen einen Erlass der Bundesversammlung oder des Bundesrates richten. Man kann sich die Frage stellen, ob es sich dabei noch um eine "Ausnahme" im Sinne von Art. 189 Abs. 4 Satz 2 BV handeln würde. Von einer Ausnahme könnte man sicher in quantitativer Hinsicht sprechen, da damit zu rechnen ist, dass die Kantone ein solches Rechtsmittel weiterhin selten anrufen würden. Wertungsmässig wäre überdies kaum einsichtig, weshalb den Kantonen wie bis anhin eine generelle Klagemöglichkeit zur Verfügung steht, aber ihnen eine generelle Beschwerdemöglichkeit nicht ohne Verfassungsänderung eingeräumt werden könnte. Aus meiner Sicht steht Art. 189 Abs. 4 BV solchen Änderungen nicht entgegen (einschränkender möglicherweise BIAGGINI, Art. 189 N. 21), doch sollten auch diese Unsicherheiten bei der Entscheidung über das weitere Vorgehen berücksichtigt werden.

2. Staatsrechtliche Klage

a) *Pflicht zur Feststellung der Verfassungswidrigkeit*

59 Nach der hier geäusserten Auffassung ist es durchaus denkbar und angezeigt, dass das Bundesgericht auf Antrag eines Kantons im Klageverfahren hin die Verfassungswidrigkeit eines Bundesgesetzes feststellt und den Gesetzgeber zu einer Korrektur einlädt. Soweit man eine solche Praxis des Bundesgerichts sichern will, wäre an eine Klärung im Bundesgerichtsgesetz zu denken, die folgenden Wortlaut haben könnte:

Art. 120 Abs. 2^{bis} BGG

Das Bundesgericht stellt auf Antrag eines Kantons die Verfassungswidrigkeit eines Bundesgesetzes fest.

Ein solcher (minimaler) Eingriff erlaubt es dem Bundesgericht weiterhin, die entsprechende Feststellung bei Beschwerden von Privaten vorzunehmen oder davon abzusehen, sofern kein schützenswertes Interesse vorhanden ist. Auch bei einer Einfügung von Art. 120 Abs. 2^{bis} BGG müsste das Bundesgericht keine theoretischen Streitigkeiten zwischen Bund und Kantonen entscheiden, sondern könnte unvermindert eine praktische Relevanz der entsprechenden Feststellung für den Kanton verlangen.

60 Nicht geregelt wäre bei diesem Vorschlag, ob das Bundesgericht auch bei der *Beschwerde* eines Kantons eine entsprechende Feststellung treffen müsste. Eine solche Ausdehnung liegt nahe, weil das Feststellungsinteresse des Kantons im Beschwerde- und im Klageverfahren vergleichbar sein kann. Diese Fallkonstellation ist aber derart selten (vgl. oben Ziff. 43 ff.), dass sie ohne weiteres der Praxis überlassen werden kann.

61 Nicht angesprochen wäre im vorliegenden Vorschlag auch, ob das Bundesgericht die Verfassungswidrigkeit von *völkerrechtlichen Akten* feststellen könnte. Der Bedarf an gesetzlichen Anpassungen dürfte massgeblich mit der Frage zusammenhängen, wie überhaupt im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten der Rechtsschutz konkret aussehen könnte (vgl. zu einer Einschätzung de lege lata WALDMANN, *Angelegenheiten*, S. 203). Klar ist, dass bei bereits abgeschlossenen Staatsverträgen eine Korrektur offensichtlich schwieriger wäre als bei der Änderung eines Bundesgesetzes (vgl. oben Ziff. 42).

b) **Verfahrensvereinfachungen?**

62 Ansonsten drängen sich bei Art. 120 BGG keine Änderungen auf. Man kann sicher die Frage aufwerfen, ob gewisse Bestimmungen des BZP im Lichte neuerer Prozessgesetze noch zeitgemäss sind; solche Anpassungen würden aber eine Gesamtbetrachtung der Streitigkeiten nach Art. 120 BGG sowie eine Analyse des BZP notwendig machen, was den Rahmen des vorliegenden Anliegens der Kantone klarerweise sprengt. Immerhin könnte eine grobe Vereinfachung in der Weise in Betracht gezogen werden, dass die Instruktionsrichterin oder der Instruktionsrichter verschiedene Verfahrensschritte des BZP auslöst. Art. 120 BGG könnte wie folgt geändert werden:

Art. 120 BGG

³ Das Klageverfahren richtet sich nach dem BZP. *Der Instruktionsrichter oder die Instruktionsrichterin kann von Amtes wegen oder auf Antrag einer Partei das Verfahren auf einen einfachen Schriftenwechsel und eine mündliche Verhandlung beschränken.*

In der Tat dürfte es in Kompetenzstreitigkeiten oft nicht notwendig sein, ein *Vorbereitungsverfahren* nach Art. 34 f. BZP durchzuführen; schon jetzt kann im Übrigen eine entsprechende Verhandlung unterbleiben (Art. 35 Abs. 4 BZP). Tatsachen dürften in diesen Fällen nur selten umstritten sein, und wenn doch, schliesst der vorgeschlagene Art. 120 Abs. 3 Satz 2 BGG ausführlichere Beweissmassnahmen nicht aus. Eine mündliche Verhandlung scheint effizient, da damit weitere – auch unaufgeforderte – Eingaben vermieden werden und eine Gelegenheit zur Klärung offener Punkte geboten wird. Auch ein Kompromiss zwischen Bund und Kantonen anlässlich der Schlussverhandlung ist nicht ausgeschlossen und wird durch das mündliche Verfahren eher begünstigt.

3. **Beschwerdeverfahren**

63 Alternativ zum Klageverfahren nach Art. 120 BGG könnte in Betracht gezogen werden, die Beschwerdemöglichkeiten der Kantone gegen Akte des Bundes auszuweiten. Zu denken ist sowohl an eine *abstrakte Normenkontrolle von Bundeserlassen* als auch an eine *Behördenbeschwerde der Kantone*. Erstere wirft gewisse Verfassungsfragen auf (vgl. oben Ziff. 58).

a) **Erlassbeschwerde**

64 Im Falle einer *abstrakten Normenkontrolle von Bundeserlassen* müsste Art. 82 BGG etwa im folgenden Sinne ergänzt werden:

Art. 82 BGG

[...]

a^{bis}. gegen Erlasse des Bundes, sofern ein Kanton Beschwerde führt;

[...]

Der Begriff des "Erlasses" wäre im Wesentlichen gleich zu verstehen wie im Fall von Erlassen der Kantone, d.h. Gesetze, Verordnungen und Verwaltungsverordnungen, wenn letztere Aussenwirkungen haben und eine Anfechtung im Einzelfall nicht möglich oder zumutbar wäre. Kantonale Verfassungen unterliegen aufgrund der Gewährleistung durch die Bundesversammlung (Art. 51 Abs. 2 i.V.m. Art. 172 Abs. 2 BV) nicht der abstrakten Anfechtung vor Bundesgericht; eine vergleichbare Ausnahme müsste für Bestimmungen der Bundesverfassung gelten, über deren Zulässigkeit ebenfalls die Bundesversammlung zu befinden hat (vgl. Art. 173 Abs. 1 lit. f BV betreffend Initiativen).

65 Dass das Bundesgericht im Fall einer Beschwerde eines Kantons nur die Verfassungswidrigkeit feststellen könnte, dürfte aufgrund von Art. 190 BV eine Selbstverständlichkeit sein. Eine Anpassung von Art. 89 BGG (Beschwerdelegitimation) scheint nicht zwingend, weil das Bundesgericht bereits heute den Kantonen unter bestimmten Voraussetzungen die Beschwerdelegitimation nach Art. 89 Abs. 1 BGG zugesteht und die Verfassung ausdrücklich eine Zuständigkeit des Bundesgerichts für Auseinandersetzungen zwischen Bund und Kantonen vorsieht (Art. 189 Abs. 2 BV).

66 Im Übrigen kämen die Vorschriften über die Erlassbeschwerde zur Anwendung. Eine kleinere, sprachliche Anpassung wäre in Art. 101 BGG (Beschwerdefrist) notwendig. Ähnlich wie bei der Klage könnte in Betracht gezogen werden, die Feststellung der Verfassungswidrigkeit durch das Bundesgericht explizit vorzusehen (wohl in Art. 107 BGG). Keiner Ergänzung bedarf Art. 87 BGG (Vorinstanzen bei Beschwerden gegen Erlasse).

b) Behördenbeschwerde durch die Kantone

67 Neben der Möglichkeit der Erlassanfechtung könnte eine *Behördenbeschwerde der Kantone* eingeführt werden. Vorbild wären hier Art. 89 Abs. 2 lit. a BGG (Behördenbeschwerde des Bundes) und Art. 89 Abs. 2 lit. c BGG (Autonomiebeschwerde). Dabei bestünden mehrere Varianten, nämlich die Anfechtung von Entscheiden des Bundesverwaltungsgerichts, der eigenen kantonalen Gerichte sowie der Gerichte anderer Kantone. Der Beschwerdegrund müsste entweder auf die "Garantien" gerichtet sein, welche die Bundesverfassung den Kantonen

gewährt (ähnlich Art. 89 Abs. 2 lit. c BGG), oder die Beschwerde müsste sich gegen Akte richten, welche die "Kompetenzen der Kantone verletzen" (ähnlich Art. 89 Abs. 2 lit. a BGG).

68 Eine einfache Anpassung könnte wie folgt lauten:

Art. 89 Abs. 2 BGG

[...]

a^{bis}. die Kantone, sofern sie eine Verletzung ihrer verfassungsmässigen Kompetenzen geltend machen;

[...]

Diese Formulierung wäre weiter als eigentliche "Garantien" und würde meines Erachtens alle justiziablen Gehalte der Bundesverfassung als mögliche Beschwerdegründe beinhalten (vgl. ähnlich die Formulierung in Art. 189 Abs. 2 E-BV im Rahmen der Botschaft NFA, BBl 2001, 2560 ff., 2564). Die Beschwerde müsste bei dieser offenen Formulierung grundsätzlich gegen alle Entscheide aller Vorinstanzen gemäss Art. 86 BGG möglich sein. In der Regel wäre es dem Kanton nicht möglich, an dem entsprechenden Verfahren teilzunehmen, womit die Voraussetzung nach Art. 89 Abs. 1 lit. a BGG erfüllt wäre. Sichergestellt werden müsste, dass die Kantone – wie die entsprechenden Bundesstellen im Sinne von Art. 89 Abs. 2 lit. a BGG – über die relevanten Entscheide informiert wären, dies auf jeden Fall dann, wenn man annimmt, dass jeder Kanton auch Urteile in anderen Kantonen anfechten kann. Im Ergebnis führt ein mindestens weites Verständnis (alle Kantone gegen alle Entscheide aller Vorinstanzen des Bundesgerichts) zu einer erheblichen Komplexität möglicher Anfechtungen.

c) Würdigung

69 Der Vorteil einer Beschwerde gegen Bundeserlasse und einer Behördenbeschwerde der Kantone liegt vor allem darin, dass auf das erprobte Verfahren der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zurückgegriffen wird. Das Verfahren ist weniger aufwändig als ein Verfahren nach dem BZP.

70 Es bestehen allerdings auch Nachteile. So begegnen die Kantone dem Bund nicht mehr auf "Augenhöhe", sondern erscheinen wie Gemeinden und Private als "Rechtsunterworfenen". Die Kantone verzichten auch auf offensichtliche Vorteile der staatsrechtlichen Klage, nämlich die freie Sachverhaltswürdigung durch das Bundesgericht sowie die Fristenfreiheit. Im Fall einer Beschwerde ist der Erlass auch bereits verabschiedet bzw. der Entscheid gefällt, was für die staatsrechtliche Klage nicht der Fall sein muss, weil dort kein eigentliches An-

fechtungsobjekt notwendig ist. Schliesslich wirft die Einführung von Beschwerderechten auch eine Vielzahl offener prozessualer Fragen auf, die vorstehend nur im Sinne einer kurzen Übersicht angeschnitten wurden und die im Falle einer Weiterverfolgung der Vertiefung bedürften.

- 71 Eine Erweiterung der Beschwerdemöglichkeiten birgt auch die Gefahr einer *Schwächung* der staatsrechtlichen Klage; schon heute sieht Art. 120 Abs. 2 BGG nur die Beschwerdemöglichkeit vor, wenn ein Bundesgesetz eine Behörde zum Erlass einer Verfügung über solche Streitigkeiten ermächtigt. Es ist anzunehmen, dass das Bundesgericht beim Ausbau der Beschwerdemöglichkeiten parallele Klagen unterbinden würde. Potentiell könnte es zu "Gabelungen" zwischen Beschwerden und Klagen kommen. Schon heute ist die Abgrenzung vom Klage- zum Beschwerdeweg nicht immer einfach; es ist damit zu rechnen, dass solche Schwierigkeiten mit dem Ausbau von Beschwerdemöglichkeiten zunehmen.
- 72 Zusammenfassend kann man sagen, dass neue Beschwerdemöglichkeiten den Kantonen kaum neue Möglichkeiten eröffnen, die nicht auch schon im Rahmen der staatsrechtlichen Klage möglich wären. Sie führen zu höherer Komplexität und neuen Zweifelsfragen, ohne dass sich der Rechtsschutz der Kantone markant verbessern würde. Aus meiner Sicht ist die staatsrechtliche Klage geeigneter.

4. Andere Prüfungsmöglichkeiten

- 73 Im Bericht des Bundesrates vom 5. März 2010 betreffend Stärkung der präventiven Rechtskontrolle (BBI 2010, 2187 ff.) werden die möglichen Prüfungsorgane unter Einbezug rechtsvergleichender Ausführungen ausführlich dargestellt. Von Interesse dürften für die Kantone insbesondere eine unabhängige "Eidge-nössische Rechtsetzungskontrolle" (vgl. Bericht präventive Rechtskontrolle, S. 2245 f.), eine "Parlamentarische Verfassungsdelegation" oder ein "Gemischtes Hilfsorgan der Bundesversammlung" (vgl. Bericht präventive Rechtskontrolle, S. 2246 f.) sowie eine gerichtliche Instanz, namentlich das Bundesgericht, sein (vgl. Bericht präventive Rechtskontrolle, S. 2248 ff.). Beim Einsatz des Bundesgerichts stellen sich wie dargelegt auch Verfassungsfragen (vgl. oben Ziff. 53 ff.). Die Letztentscheidungsbefugnis des Parlaments bliebe in jedem Fall unangetastet.

74 Aus meiner Sicht brächten vor allem der *Einsatz eines gemischten Hilfsorgans der Bundesversammlung* oder der *Einbezug des Bundesgerichts* eine echte Verstärkung der föderalistischen Grundsätze, beschränkt allerdings auf eine präventive Kontrolle.

a) Gemischtes Hilfsorgan der Bundesversammlung

75 Zum gemischten Hilfsorgan hält der Bundesrat fest (Bericht präventive Rechtskontrolle, S. 2247):

"Ein solches Hilfsorgan könnte sich etwa aus je einem Mitglied des Stände- und des Nationalrats, aus einer Richterin oder einem Richter des Bundesgerichts sowie aus je einer Vertretung der Rechtswissenschaft und der Kantone zusammensetzen. Zu den Beratungen könnten auch die Vorsteherin oder der Vorsteher des EJPD, Vertreterinnen oder Vertreter des BJ oder anderer Ämter beigezogen werden. Dem Organ käme die Aufgabe zu, auf Antrag die Verfassungs- und Völkerrechtskonformität von Erlassentwürfen, Änderungsanträgen oder beschlossenen Änderungen zu begutachten, wobei die Gutachten rechtlich nicht bindend wären. [...] Dieses Hilfsorgan könnte administrativ bei den Parlamentsdiensten angesiedelt werden."

Eine entsprechende Regelung wäre ins Parlamentsgesetz aufzunehmen. Die Einberufung des Organs könnte in Analogie zu Art. 141 Abs. 1 BV (fakultatives Referendum) auf Antrag von acht Kantonen erfolgen. Gegenstand der Prüfung wäre die Einhaltung der föderalistischen Grundsätze. Erwogen werden müsste, ob eine Einberufung auch durch eine bestimmte Anzahl von Mitgliedern des National- und Ständerates erfolgen könnte und wenn ja, welche zusätzlichen Verfassungsfragen dem Organ vorgelegt werden sollten. Zu klären wäre auch der Zeitpunkt der Anrufung. Zu denken wäre an eine Anrufung nach Verabschiedung der bundesrätlichen Botschaft und bei namhaften Änderungen der Vorlage im parlamentarischen Verfahren.

76 Entscheidend wäre in jedem Fall, dass das Organ über die notwendige Legitimation verfügen würde, damit seine Einschätzungen durch das Parlament auch befolgt würden. Dies hängt mutmasslich auch von verschiedenen ausserrechtlichen Faktoren ab. Notwendig wäre sicher, dass das Parlament das Hilfsorgan nicht als "fremden Richter", sondern eigenes Expertengremium wahrnehmen würde. Der Vertretung von Mitgliedern aus National- und Ständerat in diesem Organ wäre grosse Aufmerksamkeit zu schenken. Zu beachten sind auch Unsicherheiten in verfassungsrechtlicher Hinsicht (vgl. oben Ziff. 54).

b) Bundesgericht

77 Das Bundesgericht ist sich gewohnt, Verfassungsfragen zu beurteilen, und verfügt zweifellos über die notwendige Autorität (so auch Bericht präventive Rechtskontrolle, S. 2249 ff.). Anrufung und Fristen könnten ähnlich geregelt werden wie bei einem gemischten Organ.

78 Die Zurückhaltung gegenüber dieser Lösung dürfte darin liegen, dass das Bundesgericht in der Regel keine "Empfehlungen" abgibt. Allerdings spricht das Bundesgericht auch heute schon "Einladungen" gegenüber dem Gesetzgeber aus, einen verfassungswidrigen Zustand zu beseitigen. Im Falle einer restriktiven Handhabung solcher Begutachtungen besteht auch keine Gefahr der Entwertung des Instruments, wenn das Parlament nicht jeder Empfehlung des Bundesgerichts folgen würde. Ein wohldosierter Einsatz des Bundesgerichts ist durchaus in Betracht zu ziehen und nach der hier vertretenen Auffassung auch mit Art. 190 BV und weiteren verfassungsrechtlichen Vorgaben kompatibel.

5. Würdigung de lege ferenda

79 Die Darlegung der Möglichkeiten de lege ferenda zeigt, dass es durchaus machbar ist, die gerichtliche Überprüfung der föderalistischen Grundsätze in der Schweiz zu verbessern. Für eine Stärkung der staatsrechtlichen Klage – wenn überhaupt notwendig – genügen punktuelle Eingriffe. Auch die Einführung zusätzlicher Beschwerdemöglichkeiten der Kantone liesse sich ins bestehende Bundesgerichtsgesetz einpassen, wobei aus meiner Sicht einiges dafür spricht, den gleichen, wenn nicht besseren Effekt über die Stärkung der staatsrechtlichen Klage zu erzielen. Neue Beschwerdeverfahren führen unweigerlich zu Unsicherheiten.

80 Zieht man grössere Anpassungen in Betracht, sollte der Einsatz eines gemischten Hilfsorgans der Bundesversammlung oder des Bundesgerichts näher geprüft werden. Beide Organe könnten die Einhaltung der föderalistischen Grundsätze prüfen und die Position der Kantone merklich verbessern. Entscheidend wäre, dass den Beurteilungen im politischen Prozess das notwendige Gewicht zukäme. Zu berücksichtigen ist, dass insbesondere die Einführung eines gemischten Organs Verfassungsfragen aufwirft.

E. PRÜFUNGSMÖGLICHKEITEN DER FÖDERALISTISCHEN GRUNDSÄTZE DE CONSTITUTIONE FERENDA

81 Stehen zum Schutz der föderalistischen Grundsätze auch Verfassungsänderungen zur Verfügung, öffnet sich ein weites Feld möglicher Anpassungen. Bei der Einführung einer vollständigen Verfassungsgerichtsbarkeit stellen sich verschiedene Verfahrensfragen, namentlich betreffend die Ungültigerklärung von Bundesgesetzen. Zur Wahl stehen präventive und repressive Normenkontrolle, diffuse und konzentrierte Verfassungsgerichtsbarkeit, abstrakte und konkrete Normenkontrolle, Verfassungsgerichtsbarkeit durch das oberste Gericht oder durch ein spezielles Verfassungsgericht sowie Verfassungsgerichtsbarkeit auf Beschwerde oder auf Vorlage unterer Instanzen hin (Botschaft neue BV, S. 510 ff.; vgl. auch Botschaft NFA, S. 2464 ff.). Für das Anliegen der Kantone erscheint es nicht sachgerecht, alle Varianten zu analysieren. Vielmehr genügt eine Analyse im Zusammenhang mit Art. 190 BV.

1. Streichung von Art. 190 BV

82 Eine Streichung von Art. 190 BV hätte im Wesentlichen zur Folge, dass die Kantone gegen die Verletzung der föderalistischen Grundsätze durch den Bund vorgehen könnten. Ob dies ohne Gesetzesanpassungen mittels staatsrechtlicher Klage auch unmittelbar nach der Verabschiedung eines Bundesgesetzes geschehen könnte, ist nicht restlos klar (vgl. Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 12. August 2011 zu den Parlamentarischen Initiativen 05.445 und 07.476 betreffend Verfassungsgerichtsbarkeit, BBl 2011, 7271 ff., 7285 m.w.H.), meines Erachtens aber zu bejahen (vgl. oben Ziff. 38). Auch nicht sicher wären Auswirkungen auf die Beschwerdebefugnisse Privater, die möglicherweise nunmehr Kompetenzüberschreitungen des Bundes ähnlich wie solche der Kantone (vgl. Art. 49 Abs. 1 BV) als verfassungsmässiges Recht geltend machen könnten (vgl. UHLMANN/HOFSTETTER, Rz. 30). Ungeachtet dieser Fragen würde die Position der Kantone gegenüber dem Bund *ganz erheblich gestärkt*, es wäre ein eigentlicher "Paradigmenwechsel" (vgl. UHLMANN/HOFSTETTER, Rz. 29).

2. Anpassung von Art. 190 BV zugunsten der Kantone

83 Zu überlegen wäre eine Ausdehnung der Verfassungsgerichtsbarkeit nur auf den Schutz der föderalistischen Grundsätze. Der Bundesrat hatte eine solche

Anpassung im Rahmen des NFA noch befürwortet (Botschaft NFA, S. 2464 ff.), in seiner jüngsten Stellungnahme vom 11. Februar 2015 zur Motion 14.4038 von Andrea Caroni jedoch abgelehnt:

"Der Bundesrat ist zudem der Ansicht, dass eine Ausdehnung der Verfassungsgerichtsbarkeit auf Bundesgesetze nicht nur zugunsten der Kantone erfolgen sollte, sondern auch dem Grundrechtsschutz der Bürger und Bürgerinnen dienen müsste. Die Kantone haben zahlreiche Möglichkeiten, im politischen Prozess auf Vorlagen einzuwirken, namentlich im Vernehmlassungsverfahren, durch ihnen nahestehende Personen in den eidgenössischen Räten und nötigenfalls durch ein Kantonsreferendum."

Der Meinungsumschwung des Bundesrates ist aus meiner Sicht nicht überzeugend. Private geniessen heute über den Umweg der Rügen einer Verletzung der EMRK einen gut ausgebauten Grundrechtsschutz, auch wenn zweifellos noch gewisse Lücken bestehen (Wirtschaftsfreiheit, Eigentumsgarantie, Willkür und allgemeiner Gleichheitssatz). "Art. 190 BV schlägt [...] gegenüber den Kantonen, anders als gegenüber den Grundrechtsansprüchen der Bürger, mit voller Wucht durch"; ihnen eilt "kein internationaler richterlicher Rechtsschutz als Ersatzinstrumentarium zu Hilfe" (HANGARTNER, S. 1217). Zweifellos ist auch die Prüfung von Bundesgesetzen unter der EMRK keine vollständige Verfassungskontrolle von Bundesgesetzen, aber doch ein bedeutender Rechtsschutz, der den Kantonen derzeit nicht zur Verfügung steht.

84 Kritisch zu beurteilen ist auch das Argument des Bundesrates, die Kantone könnten sich im politischen Prozess genügend einbringen. Dieser Auffassung wird in einem jüngeren rechtsvergleichenden Beitrag dezidiert widersprochen; der Föderalismus sei vielmehr "das am ehesten und am meisten gefährdete Element der geltenden Bundesverfassung" (vgl. ausführlich EGLI, *Autonomie*, S. 365).

85 In diesem Sinne bestehen durchaus gute Gründe, Art. 190 BV nur im Verhältnis gegenüber den Kantonen abzuschwächen. In technischer Hinsicht bestehen mehrere Möglichkeiten. Denkbar ist ein direkter Eingriff in Art. 190 BV, etwa im folgenden Sinne:

Art. 190 Abs. 2 BV

² Absatz 1 findet keine Anwendung im Falle von Streitigkeiten zwischen Bund und Kantonen.

Der neue Absatz würde damit sinngemäss auf Art. 189 Abs. 2 BV verweisen. Er würde auch hinlänglich klar machen, dass der Verfassungsgeber damit eine

Ausnahme zu Art. 189 Abs. 4 BV intendiert und Bundesgesetze von den Kantonen in Frage gestellt werden könnten. Einzelheiten könnten mittels einer Anpassung der Bestimmungen über die staatsrechtliche Klage geregelt werden (vgl. ähnlich Botschaft NFA, S. 2465 f.).

- 86 Im Zusammenhang mit der Einführung des NFA hat der Bundesrat folgende Anpassung vorgeschlagen (BBI 2001, 2560 ff., 2564, dazu Botschaft NFA, S. 2464 ff.):

Art. 189 Abs. 2 BV

Es beurteilt Streitigkeiten:

- a. zwischen Bund und Kantonen, *einschliesslich wegen Verletzung verfassungsmässiger Kompetenzen der Kantone durch ein Bundesgesetz*

Diese Variante erscheint in wesentlichen Punkten gleichwertig. Sie würde wie die Einfügung von Art. 190 Abs. 2 BV oder die integrale Streichung von Art. 190 zu einer erheblichen Stärkung der Kantone führen. Sie wäre etwas weniger weitreichend, weil Staatsverträge weiterhin anwendbar wären (vgl. oben Ziff. 61). Die Formulierung "Verletzung verfassungsmässiger Kompetenzen der Kantone" dürfte im Sinne der oben dargestellten justiziablen Gehalte der Bundesverfassung zu verstehen sein (vgl. oben Ziff. 10 ff.).

F. FAZIT UND EMPFEHLUNGEN

- 87 Aus meiner Sicht bestehen gute Gründe für einen Ausbau der gerichtlichen Überprüfung der Einhaltung der föderalistischen Grundsätze. Der Bundesrat hat schon vor 15 Jahren festgehalten, dass das geltende Recht Bund und Kantone "ungleich lange Spiesse" in die Hand gebe: "Heute kann der Bund die Kantone vor Bundesgericht sanktionieren, wenn ihre Gesetzgebung Bundesrecht verletzt. Umgekehrt ist es den Kantonen aber verwehrt, sich beim Bundesgericht gegen die Missachtung der verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung durch den Bund zu beschweren" (vgl. Botschaft neue BV, S. 509 ff.). Diese Problematik besteht heute unvermindert weiter und bedroht die verfassungsrechtliche Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (so auch EGLI, *Autonomie*, S. 365). "Der Föderalismus lässt sich in seiner Substanz nur erhalten, wenn die Einhaltung der bundesstaatlich-föderalistischen Grundsätze auch gerichtlich überprüfbar ist" (WALDMANN/BORTER, *Monitoringbericht*, S. 39).
- 88 Die Einhaltung der föderalistischen Grundsätze *krankt nicht an den materiellen Bestimmungen der Bundesverfassung*, welche in wesentlichen Teilen justiziabel sind. Haupthindernis ist das *Anwendungsgebot von Bundesgesetzen* (Art. 190 BV). Dieses schliesst aber eine Kontrolle durch das Bundesgericht nicht gänzlich aus, und die Kantone sollten de lege lata prüfen, ob sie dieses Instrument vermehrt und gezielter in Anspruch nehmen wollen.
- 89 Aus meiner Sicht sollte *politisch* entschieden werden, ob eine Anpassung von Art. 190 BV in Angriff genommen werden soll. Die Erfahrungen der letzten zwanzig Jahre lassen Zweifel aufkommen, ob eine solche Revision Mehrheiten finden wird. Wenn ja, stellen sich eine Vielzahl von Folgefragen, die möglicherweise über das Rechtsverhältnis zwischen Bund und Kantonen hinausgreifen. Klar ist auch, dass eine solche Revision mehrere Jahre in Anspruch nehmen würde.
- Für eine Abschaffung oder Anpassung von Art. 190 BV gibt es gute Argumente. Dabei scheint es durchaus sachgerecht, die Verfassungsgerichtsbarkeit nur zugunsten der Kantone auszudehnen, nicht aber gegenüber den Privaten.
- 90 Sieht man von Bestrebungen auf Verfassungsstufe (vorderhand) ab, steht für mich der *vermehrte Einsatz von staatsrechtlichen Klagen* im Vordergrund. Aus Sicht der Kantone ist die Klage einem (neu eingeführten) Beschwerdeweg vorzuziehen.

Bei vermehrten Klagen ist zu entscheiden, ob diese mit oder ohne *Veränderungen auf Gesetzesstufe* angestrebt oder ob allenfalls beide Wege parallel beschritten werden sollen. Aus juristischer Sicht ist die derzeit geltende Regelung offen genug, dass das Bundesgericht Übergriffe des Bundes schon heute sanktionieren oder mindestens feststellen kann. Für eine zuverlässige Prognose fehlt es aber an einer ausreichenden Zahl an Präjudizien. Auf jeden Fall scheinen gesetzliche Änderungen derzeit nicht zwingend, und es kann sich als effizient erweisen, zunächst einige Entscheidungen des Bundesgerichts abzuwarten, um allfällige Schwächen gezielt angehen zu können.

Die sofortige Anstrebung von Gesetzesänderungen könnte sich sogar als kontraproduktiv erweisen, falls der Gesetzgeber die entsprechenden Änderungsvorschläge ablehnt. Aus einer Ablehnung ergibt sich zwar technisch keine Änderung des geltenden Rechts, aber es kann nicht ausgeschlossen werden, dass ein solcher Entscheid mindestens als Signal des Gesetzgebers an das Bundesgericht gedeutet würde, dass eine Verrechtlichung von Kompetenzstreitigkeiten zwischen Bund und Kantonen nicht erwünscht ist.

Umgekehrt kann angeführt werden, dass der Gesetzgeber teilweise auf Schwierigkeiten stösst, eine einmal entstandene Gerichtspraxis zu ändern (z.B. Willkürprüfungen vor Bundesgericht, Ermessenskontrolle durch das Bundesverwaltungsgericht). Dies spricht für eine vorgängige gesetzgeberische Klärung. Insgesamt erscheinen mir diese Nachteile aber weniger wahrscheinlich, so dass mindestens rechtlich eine vermehrte Klageerhebung vor Bundesgericht ohne gesetzgeberische Anpassungen empfehlenswerter erscheint. Politisch ist selbstverständlich ein anderer Weg gut vertretbar und juristisch absolut gangbar.

- 91 Klarerweise der Gesetzesweg müsste angestrebt werden, wenn neben der Klage ein neuartiges Prüfverfahren (gemischtes Organ, Gutachten Bundesgericht) angestrebt werden soll. Die hier erörterten Möglichkeiten stellen juristisches Neuland dar und werfen gewisse Verfassungsfragen auf. Ihre Opportunität sollte in erster Linie politisch beurteilt werden. Mit der Opportunität verknüpft sich

eine politische Einschätzung, ob solche Verfahren im politischen Prozess auf genügend Akzeptanz stossen, um eine echte Verbesserung des Schutzes zu bewirken.

* * *



Prof. Dr. Felix Uhlmann