



ZfR

Zentrum für Rechtsetzungslehre (ZfR)
Felix Uhlmann (Hrsg.)

Band 2

Die Rolle von Bund und Kantonen beim Erlass und bei der Umsetzung von Bundesrecht

**12. Jahrestagung des Zentrums
für Rechtsetzungslehre**



DIKE

Zentrum für Rechtsetzungslehre (ZfR)

Felix Uhlmann (Hrsg.)

Band 2

Die Rolle von Bund und Kantonen beim Erlass und bei der Umsetzung von Bundesrecht

**12. Jahrestagung des Zentrums
für Rechtsetzungslehre**



Bibliografische Information der «Deutschen Bibliothek».

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen 2013

ISBN 978-3-03751-530-3

www.dike.ch

Vorwort

Am 13. September 2012 fand in Zürich die 12. Jahrestagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre unter dem Titel «Die Rolle von Bund und Kantonen beim Erlass und bei der Umsetzung von Bundesrecht» statt. Der vorliegende Tagungsband präsentiert die Ergebnisse dieser Tagung.

Die Rechtsetzungs- und Verwaltungstätigkeit in den Kantonen ist stark durch das übergeordnete Bundesrecht geprägt. Umgekehrt sind die Kantone für den Bund meist die zentralen Ansprechpartner beim Erlass und bei der Umsetzung von Bundesrecht. Dieses wichtige Mehrebenenverhältnis der Rechtsetzung verursacht sowohl in theoretischer wie auch in praktischer Hinsicht Schwierigkeiten. Die Tagung hat sich einiger dieser Problemstellungen mittels Referaten und Workshops angenommen.

FELIX UHLMANN

Inhaltsübersicht

Verfassungsrechtliche Grundlagen 7

Pierre Tschannen

Prof. Dr. iur., Ordinarius für Staats- und Verwaltungsrecht, Universität Bern

Gesetzgebungstechnische und -methodische Überlegungen 35

Felix Uhlmann

Prof. Dr. iur., Ordinarius für Staats- und Verwaltungsrecht sowie
Rechtsetzungslehre, Universität Zürich

Umsetzung von Bundesrecht durch die Kantone: jüngste Entwicklungen 63

Sandra Maissen

Dr. iur., Generalsekretärin der Konferenz der Kantonsregierungen (KdK)

Luzius Mader

Prof. Dr. iur., Stellvertretender Direktor, Bundesamt für Justiz

Robert Baumann

RA Dr. iur., Wissenschaftlicher Mitarbeiter, Bundesamt für Justiz

Erlass und Umsetzung von Bundesrecht im Bereich Raumplanung und Umwelt – Bericht aus dem Workshop 83

Ursula Brunner

Dr. iur. Dr. h.c., Partnerin bei ettlersutter Rechtsanwälte

Erlass und Umsetzung von Bundesrecht im Bereich öffentliche Sicherheit – Bericht aus dem Workshop 95

August Mächler

Prof. Dr. iur., Vorsteher Rechts- und Beschwerdedienst,
Sicherheitsdepartement des Kantons Schwyz

Verfassungsrechtliche Grundlagen

Pierre Tschannen

Inhaltsübersicht

I.	System der bundesstaatlichen Aufgabenteilung	8
1.	Ausgangspunkt: Art. 3 BV (Kantone)	8
a)	Verfassungsvorbehalt zulasten und Kompetenzhoheit zugunsten des Bundes	9
b)	Subsidiäre Generalkompetenz der Kantone und Lückenlosigkeit der Aufgabenteilung	9
2.	Ermittlung und Umschreibung der Bundesaufgaben	10
a)	Orte der Kompetenznormen und übliche Umschreibungstechniken	10
b)	Ausdrückliche und stillschweigende Bundeskompetenzen	11
3.	Rechtliche Bedeutung der Aufgabenzuweisung an den Bund	12
a)	Bedeutung für die Zuständigkeit der Kantone	12
b)	Bedeutung für die Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers	13
4.	Zwei Sonderfälle: Regelung kantonaler Aufgaben in der Bundesverfassung und bundesrechtlicher Zwang zur interkantonalen Rechtsvereinheitlichung	14
a)	Regelung kantonaler Aufgaben in der Bundesverfassung	14
b)	Bundesrechtlicher Zwang zur interkantonalen Rechtsvereinheitlichung	15
II.	Bundesstaatliche Verfassungsaussagen für den Erlass von Bundesrecht	15
1.	Ausgangspunkt: Art. 47 BV (Eigenständigkeit der Kantone)	16
a)	Organisations-, Aufgaben- und Finanzautonomie	16
b)	Mehr als «Autonomie»?	17
2.	Subsidiarität der Bundesregelung und fiskalische Äquivalenz	18
a)	Subsidiarität der Bundesregelung	18
b)	Fiskalische Äquivalenz	19
3.	Pflicht des Bundes zur Rücksichtnahme auf die Kantone	20
a)	Rücksichtnahme auf die Kantone	20
b)	Rücksichtnahme auf Gemeinden sowie auf die besondere Situation der Städte, Agglomerationen und Berggebiete	21
4.	Mitwirkung der Kantone an der Willensbildung des Bundes	21
a)	Mitwirkung «nach Massgabe der Bundesverfassung»	21
b)	Mitwirkung «insbesondere an der Rechtsetzung»	22
III.	Bundesstaatliche Verfassungsaussagen für die Umsetzung von Bundesrecht	23
1.	Ausgangspunkt: Art. 46 BV (Umsetzung des Bundesrechts)	23
a)	Umsetzung durch die Kantone «nach Massgabe von Verfassung und Gesetz»	23
b)	Die Kantone «setzen ... um», der Bund belässt «Gestaltungsfreiheit»	24
2.	Modelle der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen bei der Umsetzung von Bundesrecht	26

a) Regelung bereits auf Verfassungsstufe	26
b) Regelung erst auf Gesetzesstufe	27
3. Gestaltungsfreiheiten der Kantone bei der Umsetzung von Bundesrecht	28
a) Gestaltungsspielräume in der Rechtsetzung	28
b) Gestaltungsspielräume in der Rechtsanwendung?	30
4. Aufsicht des Bundes über die Umsetzung von Bundesrecht durch die Kantone	30
a) Genehmigungsvorbehalt und Ersatzvornahme	31
b) Behördenbeschwerde	32
Literatur	32

Der Beitrag handelt von den verfassungsrechtlichen Grundlagen zur Rollenverteilung von Bund und Kantonen beim Erlass (Ziff. II) und bei der Umsetzung (Ziff. III) von Bundesrecht. Zum Verständnis dieser Grundlagen muss vorweg ein kurzer Blick auf das System der bundesstaatlichen Aufgabenteilung geworfen werden (Ziff. I).

I. System der bundesstaatlichen Aufgabenteilung

Ziff. I resümiert in gebotener Kürze das übliche Lehrbuchwissen zur Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen sowie zur Typologie der Bundeskompetenzen.

1. Ausgangspunkt: Art. 3 BV (Kantone)

Art. 3 BV¹ erklärt die Kantone für «souverän, soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist»; folgerichtig stehen ihnen alle Rechte zu, «die nicht dem Bund übertragen sind». Art. 42 Abs. 1 und Art. 43 BV wiederholen den Grundsatz mit anderen Worten; in der Sache fügen sie nichts hinzu, was sich nicht schon aus Art. 3 BV ergäbe.² Die Mechanik umfasst vier *Elemente*, die im Folgenden paarweise skizziert werden, nämlich: Genehmigungsvorbehalt zulasten und Kompetenzhoheit zugunsten des Bundes (Bst. a), so-

¹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV), SR 101.

² So auch SCHWEIZER, SG-Komm., Art. 42 N 9 und Art. 43 N 6.

dann subsidiäre Generalkompetenz der Kantone und Lückenlosigkeit der Aufgabenteilung (Bst. b).³

a) Verfassungsvorbehalt zulasten und Kompetenzhoheit zugunsten des Bundes

Der Bund darf nur solche Aufgaben erfüllen, die ihm von der Bundesverfassung zugewiesen werden. Jede neue Bundesaufgabe erfordert eine neue Verfassungsgrundlage, d.h. eine von Volk und Ständen abgeseignete Teilrevision der Bundesverfassung; es gilt das Prinzip der Einzelermächtigung. Mit dem Begriff *Verfassungsvorbehalt* ist genau dieser prozedurale Umweg gemeint, den Art. 3 BV dem Bund auferlegt. Unzulässig ist mithin die Begründung von Bundesaufgaben durch blosses Bundesgesetz (abgesehen vom Sonderfall nach Art. 165 Abs. 3 BV; vgl. unten Ziff. 2b), auf dem Wege der Lückenfüllung, unter Berufung auf Gewohnheitsrecht oder mittels Vereinbarung zwischen Bund und Kantonen. Der Verfassungsvorbehalt soll die Kantone vor Kompetenzverlusten schützen, die lediglich von einer Volksmehrheit, nicht aber auch von einer Mehrheit der Kantone gebilligt werden.

Allerdings bestimmt der Bund in eigenständiger Weise, welche Aufgaben er übernehmen will. Die einhellige Zustimmung der Kantone ist nicht verlangt; opponierende Kantonsminderheiten (Volksmehr vorausgesetzt) fallen insofern ausser Betracht. Dieses Systemelement nennt sich *Kompetenzhoheit des Bundes* (das ältere Schrifttum spricht gelegentlich von «Kompetenzkompetenz»⁴).

b) Subsidiäre Generalkompetenz der Kantone und Lückenlosigkeit der Aufgabenteilung

Was nicht dem Bund zugewiesen ist, verbleibt den Kantonen. Ob und wieweit sie diese *subsidiäre Generalkompetenz* ausschöpfen, ist ihrer Entscheidung überlassen (so ausdrücklich Art. 43 BV). Aus Art. 3 BV, wonach die Kantone «alle Rechte aus[üben], die nicht dem Bund übertragen sind», folgt nichts anderes – sie dürfen diese Rechte ausüben, müssen es aber nicht, ausser besondere

³ Vgl. zu dieser Mechanik die gängige Lehrbuchliteratur: AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N 977 ff.; HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 1049 ff.; JAAG, Staatsrecht, § 12 N 2 f.; RHINOW/SCHEFER, N 694 ff.; TSCHANNEN, § 19 N 4 ff.

⁴ FLEINER/GIACOMETTI, S. 38, 65. Der Begriff erscheint mitunter auch im neueren Schrifttum; vgl. JAAG, Staatsrecht, § 12 N 2.

Bestimmungen der Bundesverfassung würden sie dazu verpflichten (vgl. unten Ziff. 4a). Die subsidiäre Generalkompetenz der Kantone bedeutet, dass neue Staatsaufgaben zunächst den Kantonen zufallen. Mit Rücksicht auf diesen Mechanismus kann man den Kantonen nach wie vor originäre Hoheitsgewalt zubilligen (auch wenn sie letztlich nur dank Art. 3 BV besteht).

Verfassungsvorbehalt zulasten des Bundes, Kompetenzhoheit zugunsten des Bundes und subsidiäre Generalkompetenz der Kantone sorgen – zumindest im Grundsatz – für ein klares Entweder-oder. Die *Lückenlosigkeit der Aufgabenteilung* schliesst negative oder positive Kompetenzkonflikte zwischen Bund und Kantonen zwar nicht völlig aus, mindert aber doch erheblich das Risiko, dass es zu solchen kommt.⁵

2. Ermittlung und Umschreibung der Bundesaufgaben

a) Orte der Kompetenznormen und übliche Umschreibungstechniken

Die einzelnen Bundeskompetenzen wird man vorab *im 3. Titel über Bund, Kantone und Gemeinden* suchen (Art. 42 ff. BV): die Sachkompetenzen im 2. Kapitel des genannten Titels (Art. 54 ff. BV, «Zuständigkeiten»), die Finanzkompetenzen im 3. Kapitel (Art. 126 ff. BV, «Finanzordnung»). Die Verfassungssystematik darf allerdings nicht zu Fehlschlüssen führen: Bundeskompetenzen (immerhin nicht allzu viele) finden sich auch andernorts.⁶

Bei den *Umschreibungstechniken* herrscht – zurückhaltend ausgedrückt – redaktionelle Vielfalt. In groben Zügen lässt sich Folgendes festhalten:⁷

- Grundsätzlich dominiert die Umschreibung nach *Sachgebieten* (der Bund «fördert» dieses oder jenes, «sorgt für», «erlässt Vorschriften über»; mitunter erklärt die Verfassung bestimmte Dinge zur «Sache des Bundes»).

⁵ Beispiele für – alles in allem seltene – Kompetenzkonflikte zwischen Bund und Kantonen u.a. bei RHINOW/SCHEFER, N 762 ff.; TSCHANNEN, § 22 N 5 ff.

⁶ So die Bundeszuständigkeiten im Bereich des Bürgerrechts, der politischen Rechte und der Auslandschweizer (Art. 38–40 BV), im Bereich der eidgenössischen Staatshaftung (Art. 146 BV) oder ganz allgemein im Bereich von Organisation und Verfahren der Bundesbehörden (Art. 148 ff., 174 ff. und 188 ff. BV).

⁷ Angelehnt an HANGARTNER, Kompetenzverteilung, S. 92 ff.

- Bundeskompetenzen können aber auch nach *Staatsprogrammen* und *Staatsfunktionen* definiert werden; oft treten diese Umschreibungstechniken zur Umschreibung nach Sachgebieten ergänzend hinzu. Mit «Staatsprogrammen» sind an dieser Stelle Zielbestimmungen gemeint (so dient die Konjunkturpolitik gemäss Art. 100 Abs. 1 BV der «Verhütung und Bekämpfung von Arbeitslosigkeit und Teuerung»). «Staatsfunktionen» spielen kompetenzrechtlich gesehen dort eine Rolle, wo sich die Verfassung zu Vollziehungs- und Rechtsprechungsbefugnissen von Bund und Kantonen äussert (vgl. unten Ziff. III.2).

b) Ausdrückliche und stillschweigende Bundeskompetenzen

Aus dem System der Einzelmächtigung folgt, dass Bundeskompetenzen im Verfassungstext *ausdrücklich festgehalten* werden müssen (die Begriffe «übertragen» und «zuweisen» in den Art. 3 und 42 Abs. 1 BV lassen keinen anderen Schluss zu). Dank der Figur des dringlichen Bundesgesetzes ohne Verfassungsgrundlage (Art. 165 Abs. 3 BV) kann der Bund eine Kompetenzlücke immerhin für begrenzte Zeit überbrücken, während eines Jahres gar ohne Zustimmung von Volk und Ständen.⁸ Nur nebenbei seien zwei Selbstverständlichkeiten erwähnt: nämlich erstens, dass Grundrechte keine Gesetzgebungskompetenzen des Bundes stiften,⁹ und zweitens, dass auch blanke Staatszielbestimmungen wie Art. 41 (Sozialziele) oder 73 BV (Nachhaltigkeit) nicht als Zuständigkeitsnormen gedeutet werden dürfen.¹⁰

Aufgaben «zuweisen» (oder «übertragen») kann die Bundesverfassung freilich auch *stillschweigend*. Stillschweigende Bundeskompetenzen – sie sind heute kaum mehr von Bedeutung¹¹ – müssen sich aber stets der geschriebenen Verfassung entnehmen lassen; es wäre unzulässig, sie aus herbeigezauberten Grundsätzen abzuleiten. Stillschweigende Bundeskompetenzen können sich kraft Sachzusammenhangs ergeben (so leitete sich die Aussenkompetenz des Bundes unter der BV 1874 von der Ermächtigung her, Krieg zu erklären und Frieden zu schliessen sowie Bündnisse und Staatsverträge einzugehen); denkbar sind stillschweigende Bundeskompetenzen aber auch mit Blick auf die verfassungsrechtliche Grundentscheidung für einen föderativen Staatsaufbau (wer

⁸ AUBERT, Petit commentaire, Art. 165 N 7.

⁹ BIAGGINI, Komm. BV, Vorbem. Art. 7–36 N 6.

¹⁰ So etwa mit Bezug auf Art. 73 BV (Nachhaltigkeit) VALLENDER, SG-Komm., Art. 73 N 24.

¹¹ RHINOW/SCHEFER, N 721, mit Hinweis auf den Nachführungsanspruch der geltenden BV.

sonst als der Bund sollte befugt sein, das schweizerische Hoheitszeichen festzulegen?).¹² Bundeskompetenzen aus Gewohnheitsrecht, es sei an dieser Stelle wiederholt, lassen sich auch unter Rückgriff auf die Kategorie der stillschweigenden Bundeskompetenz niemals rechtfertigen.¹³

3. Rechtliche Bedeutung der Aufgabenzuweisung an den Bund

Bundeskompetenzen können nach zwei Richtungen hin typisiert werden. Zum einen stellt sich die Frage nach den Auswirkungen einer Kompetenzzuweisung an den Bund auf den bisherigen Kompetenzbestand der Kantone (Bst. a); zum andern ist von Bedeutung, in welchem Mass der Bundesgesetzgeber eine erworbene Bundeskompetenz nutzen darf (Bst. b).

a) Bedeutung für die Zuständigkeit der Kantone

Die erste Typisierung stellt auf den Zeitpunkt ab, zu welchem die Kantone ihre subsidiäre Generalkompetenz an den Bund verlieren.¹⁴

- Von *ausschliesslicher* Bundeskompetenz (oder ursprünglich derogierender Bundeskompetenz) spricht man, wenn die kantonale Zuständigkeit schon mit Aufnahme einer entsprechenden Kompetenznorm in die Bundesverfassung verdrängt wird – somit ganz unabhängig davon, ob und wieweit eine ausführende Bundesgesetzgebung bereits besteht. Ausschliessliche Bundeskompetenzen erkennt man – freilich nicht mit letzter Sicherheit – an der Wendung «ist Sache des Bundes»¹⁵. Sie bergen das Risiko eines Regelungsvakuums; sie sind deshalb selten. Zu den oft genannten Beispielen zählen die auswärtigen Angelegenheiten (Art. 54 BV), das Heerwesen (Art. 58 ff. BV) oder die Geld- und Währungspolitik (Art. 99 BV).
- In der Regel wirken Bundeskompetenzen *konkurrierend*, d.h. nachträglich derogierend. Kantonales Recht im «konkurrierenden» Aufgabenbereich tritt erst mit dem Erlass der eidgenössischen Ausführungsgesetzgebung ausser

¹² Einlässlich dazu HANGARTNER, Kompetenzverteilung, S. 75 ff. Aus der Lehrbuchliteratur z.B. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N 991 f.

¹³ Vgl. aber BBl 1997 I 285 zum (mittlerweile dank Art. 69 Abs. 2 BV überholten) Versuch, Kulturförderung als gewohnheitsrechtliche Bundeskompetenz zu etablieren.

¹⁴ Zum Folgenden statt vieler HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 1091 ff.

¹⁵ Dahinter können sich auch bloss konkurrierende Kompetenzen verbergen; vgl. BIAGGINI, Komm. BV, Vorbem. Art. 42–135 N 16.

Kraft (also nicht schon durch blosser Begründung der Bundeskompetenz), und verdrängt wird es auch nur in dem Masse, als der Bund seine Zuständigkeit ausschöpft. Solange und soweit der Bundesgesetzgeber untätig bleibt, dürfen die Kantone selbst neue Vorschriften erlassen.

- *Parallele* Bundeskompetenzen – der Name sagt es – lassen kantonale Zuständigkeiten im selben Sachbereich unberührt. Förderungskompetenzen gehören dazu (z.B. Art. 64 und 64a BV, Forschung und Weiterbildung), die Zuständigkeit zur Errichtung öffentlicher Werke (Art. 81 BV), ausserdem auch das Recht zur Erhebung direkter Steuern (Art. 128 BV).

b) Bedeutung für die Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers

Das zweite Kriterium stellt auf die Intensität ab, in welcher der Bundesgesetzgeber regulatorisch tätig werden darf.¹⁶

- *Umfassende* Kompetenzen vermitteln dem Bund Zugriff in voller Breite und Tiefe, d.h. auf den gesamten zugewiesenen Aufgabenbereich mit all seinen Einzelheiten. Ausschliessliche Kompetenzen sind begriffsnotwendig umfassender Natur, konkurrierende meistens; bei parallelen Kompetenzen stellt sich die Frage von vornherein nicht.
- Gelegentlich erhält der Bund nur *Grundsatzgesetzgebungskompetenzen* zugewiesen (oder was dasselbe meint: Rahmengesetzgebungskompetenzen). Zu erkennen sind solchermaßen beschränkte Kompetenzen zumeist daran, dass der Verfassungstext ausdrücklich festhält, der Bund lege «Grundsätze» fest. Art. 75 BV (Raumplanung) und Art. 77 BV (Wald) fallen unter diese Kategorie. Grundsatzgesetze des Bundes sollen zwar eine gewisse Harmonisierung bewirken, gleichzeitig aber den Kantonen einen substanziellen Regelungsspielraum in der Sache belassen. Dem Bund ist es allerdings nicht verwehrt, in einzelnen (nicht allen!) Fragen abschliessend zu legislieren.¹⁷
- Als dritten Typus erwähnen Teile der Lehre die *fragmentarische* Bundeskompetenz. «Fragmentarisch» soll bedeuten, dass der Bund nur einzelne, sachlich begrenzte Ausschnitte aus einem bestimmten Lebensbereich regeln darf (diese dann aber durchaus umfassend). Der Begriff ist fragwürdig; es kommt ja auf die Bezugsgrösse an, die man zum Vergleich heranzieht. Als «fragmen-

¹⁶ Zum Folgenden wiederum statt vieler RHINOW/SCHEFER, N 724 ff.

¹⁷ Vgl. etwa BIAGGINI, Komm. BV, Art. 75 N 3. Zurückhaltender AUBERT, Petit commentaire, Art. 42 N 10.

tarische» gelten etwa die Bundeszuständigkeiten in den Bereichen Waffen und Kriegsmaterial (Art. 107 BV) und Schutz der Gesundheit (Art. 118 BV).

4. **Zwei Sonderfälle: Regelung kantonalen Aufgaben in der Bundesverfassung und bundesrechtlicher Zwang zur interkantonalen Rechtsvereinheitlichung**

Wie eingangs bemerkt: In den Grenzen ihrer subsidiären Generalkompetenz bestimmen die Kantone selbständig, welche Aufgaben an die Hand genommen werden sollen (Art. 43 BV). Es gibt aber Ausnahmen: An verschiedener Stelle äussert sich die Bundesverfassung zu kantonalen Aufgaben (Bst. a); neuerdings können die Kantone gar zur interkantonalen Rechtsvereinheitlichung verpflichtet werden (Bst. b).

a) **Regelung kantonalen Aufgaben in der Bundesverfassung**

Besieht man sich die zahlreichen *Vorgaben des Bundes* über die Art und Weise, wie *originär kantonale Aufgaben* erfüllt werden müssen (oder nicht erfüllt werden dürfen), so kommt man nicht umhin festzustellen, dass Art. 43 BV zu viel verspricht.¹⁸

- *Direktiven zur Aufgabenerfüllung* an die Adresse der Kantone gibt es etwa im Schulwesen (Art. 62 Abs. 2 und 3 BV) oder zur Frage der kantonalen Amtssprachen (Art. 70 Abs. 2 BV).
- Hin und wieder werden den Kantonen *bestimmte Tätigkeiten verboten*, beispielsweise «Abweichungen» vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 Abs. 4 BV), die interkantonale Doppelbesteuerung (Art. 127 Abs. 3 BV) oder die Erhebung bestimmter Steuern (Art. 134 BV).
- Schliesslich scheut der Bundesverfassungsgeber auch nicht vor *Aufträgen an die Kantone* zurück. So zählen die Gewährleistung innerer Sicherheit (Art. 57 Abs. 1 BV), die Sorge für ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht (Art. 62 Abs. 2 Satz 1 BV) sowie die Raumplanung (Art. 75 Abs. 1 Satz 2 BV) explizit zu den vom Bund dekretierten (wenn auch als selbstverständlich vorausgesetzten) Obliegenheiten der Kantone.

¹⁸ Zu den bundesverfassungsrechtlichen Relativierungen der kantonalen Aufgabenautonomie auch BIAGGINI, Komm. BV, Art. 43 N 4.

b) Bundesrechtlicher Zwang zur interkantonalen Rechtsvereinheitlichung

Aufgabenkompetenzen der Kantone umfassen nicht zuletzt das Recht, mit anderen Kantonen Verträge zu schliessen. Solche Verträge (Konkordate) können dazu genutzt werden, eine *interkantonale Rechtsvereinheitlichung* herbeizuführen. Nun sind Verträge freiwillig. Stehen sachlich betroffene Kantone abseits, droht die angestrebte Rechtsharmonisierung zu scheitern; am Ende riskieren die Kantone den Kompetenzverlust an den Bund. Um diesem Dilemma zu entgehen, gibt Art. 48a BV dem Bund das Recht, Kantone zum Beitritt zu zwingen oder interkantonale Verträge allgemeinverbindlich zu erklären. Die Befugnis ist zwar auf abschliessend aufgezählte Sachbereiche beschränkt; es braucht den Antrag einer bestimmten Anzahl Vertragskantone; schliesslich müssen die entsprechenden Beschlüsse von der Bundesversammlung gefasst werden, im Falle der Allgemeinverbindlicherklärung gar in Gestalt eines ordentlichen (referendumpflichtigen) Bundesbeschlusses.¹⁹ Gleichwohl muss man von einem staatsrechtlichen Exotikum sprechen; Art. 48a BV statuiert nichts weniger als einen eidgenössisch verordneten Kontrahierungszwang im kantonalen Kompetenzbereich. Es verwundert nicht, dass sich die Lehre eher unfreundlich äussert.²⁰

II. Bundesstaatliche Verfassungsaussagen für den Erlass von Bundesrecht

Vorweg sind zwei Punkte zu verdeutlichen. Erstens: Bewusst wird von Verfassungs«aussagen» gesprochen (und nicht von Verfassungs«vorgaben»). Der untechnische Begriff soll signalisieren, dass die *Bindungskraft* der Aussagen zur Rolle von Bund und Kantonen beim Erlass von Bundesrecht durchaus *nicht uniform* ist – teils handelt es sich um Regeln, teils nur um Grundsätze, mitunter bleibt es gar bei politischen Maximen. Zweitens, unter «Erlass von Bundesrecht» fällt an dieser Stelle nicht nur der *Erlass einfachen Bundesrechts*, sondern ebenso der *Erlass von Bundesverfassungsrecht* – dies deshalb, weil über die Aufga-

¹⁹ Einzelheiten in Art. 14 f. des Bundesgesetzes vom 3. Oktober 2003 über den Finanz- und Lastenausgleich (FiLaG), SR 613.2.

²⁰ Skepsis etwa bei ABDERHALDEN, SG-Komm., Art. 48a N 36 ff.; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 48a N 3; JAAG, Staatsrecht, § 14 N 12; RHINOW/SCHEFER, N 898.

benteilung zwischen Bund und Kantonen nicht erst durch Bundesgesetz, sondern zuvorderst auf dem Wege der Verfassungsgebung entschieden wird.

1. Ausgangspunkt: Art. 47 BV (Eigenständigkeit der Kantone)

Art. 47 BV zufolge «wahrt» der Bund die «Eigenständigkeit der Kantone» (Abs. 1); er belässt den Kantonen «ausreichend eigene Aufgaben», beachtet ihre «Organisationsautonomie» und belässt ihnen «ausreichende Finanzierungsquellen» (Abs. 2).

a) Organisations-, Aufgaben- und Finanzautonomie

Art. 47 Abs. 2 BV spricht offenkundig die klassischen Säulen der gliedstaatlichen Gestaltungsfreiheit an, nämlich (hier in traditioneller Reihenfolge) die Organisationsautonomie, die Aufgabenautonomie und die Finanzautonomie.²¹ Auf das vierte Element – die Autonomie der Kantone bei der Umsetzung des Bundesrechts – ist unter Ziff. III näher einzugehen.

- *Organisationsautonomie* meint den Freiraum der Kantone bei der Bestimmung ihrer rechtlichen Gestalt (darunter fallen Dinge wie: politische Struktur, politisches System, Organisation und Verfahren der Staatsorgane, politische Rechte der Bürger). Beschränkt wird die Organisationsautonomie durch Art. 51 Abs. 1 BV, wonach die Kantone gehalten sind, sich eine «demokratische» Verfassung zu geben und den Bürgern ein Mindestmass an politischen Rechten zu gewähren. Dass die Organisationsautonomie auch sonst nur in den Grenzen des Bundesrechts genutzt werden darf (Art. 51 Abs. 2 Satz 2 und Art. 49 Abs. 1 BV), liegt auf der Hand.
- Die *Aufgabenautonomie* zeigt sich als Freiheit der Kantone bei der Bestimmung, Gestaltung und Besorgung ihrer Aufgaben. Die Aufgabenautonomie entfaltet sich selbstredend nur in jenen Bereichen, die der Bund nicht bereits für sich in Anspruch genommen hat (Art. 3 und 43 BV).
- Die *Finanzautonomie* umschliesst die Freiheit der Kantone, ihre Einnahmequellen zu bestimmen und die Verwendung der Einnahmen zu regeln. Wirklich «finanzautonom» können freilich nur jene Kantone handeln, die auf ein kräftiges Steuersubstrat zurückgreifen und beim Steuerwettbewerb

²¹ Zum Folgenden KÄGI-DIENER, SG-Komm., Art. 47 N 13 ff.; RHINOW/SCHEFER, N 798 ff.

mithalten können; strukturschwache Bundesglieder sind auf Leistungen aus dem Finanz- und Lastenausgleich angewiesen (Art. 135 BV).

b) Mehr als «Autonomie»?

Art. 47 Abs. 1 BV verwendet den Begriff «Eigenständigkeit». Auch wenn Abs. 2 anschliessend von «Autonomie» spricht, stellt sich doch die Frage, ob Eigenständigkeit anderes meint als Autonomie. Dass der französische und der italienische Verfassungstext durchwegs das Wort «autonomie» verwenden, lässt die Frage nicht obsolet werden: Tatsächlich erscheint «autonomie» für «Eigenständigkeit» gewissermassen *faute de mieux*, es fand sich im Französischen und Italienischen offenbar kein passender Begriff.²² Die Bestimmung soll ein «klares verfassungsrechtliches Bekenntnis zur kantonalen Aufgaben-, Finanz- und Organisationsautonomie» ausdrücken; sie garantiere einen «substanziellen Föderalismus, insbesondere eine wesentliche Gestaltungsfreiheit der Kantone auf dem Gebiet der Organisation und der Finanzen».²³ Teile der Lehre scheinen dazu zu neigen, der «Eigenständigkeit» einen Mehrwert beizulegen: Sie meine zwar weniger als Selbständigkeit oder Selbstbestimmung, jedoch mehr als Autonomie im bisher üblichen Sinn.²⁴ Worin dieses «Mehr» konkret bestehen soll, bleibt aber trotz aller interpretativer Kreativität nur schwer fassbar.²⁵ Im Grunde kann man sich die Mühe sparen. Mit den tradierten Figuren der Aufgaben-, Organisations- und Finanzautonomie ist sehr wohl auszukommen; und dass diese kantonalen Autonomien (oder wer es vorzieht: Hoheiten) qualitativ nicht mit den minderen Handlungsfreiheiten nach Art der Gemeindeautonomie gleichgesetzt werden dürfen, bedarf wohl keiner weiteren Worte.²⁶ Ausserdem ist Art. 47 BV so allgemein gehalten, dass der Wortlaut allein nur wenig normative Substanz hergibt. Allenfalls lässt er sich als rechtspolitische Maxime verstehen: Der Bund soll die Eigenständigkeit der Kantone «wahren», d.h. «konservierend» respektieren (dass er sie aktiv schützt, wird wohl nicht verlangt).²⁷

²² AUBERT, Petit commentaire, Art. 47 N 1.

²³ BBl 1997 I 213 und ähnlich BBl 2002 2460.

²⁴ BIAGGINI, Komm. BV, Art. 47 N 2.

²⁵ Vgl. HANGARTNER, Eigenständigkeit, S. 152 ff.

²⁶ Vgl. KÄGI-DIENER, SG-Komm., Art. 47 N 5.

²⁷ BIAGGINI, Komm. BV, Art. 47 N 3; KÄGI-DIENER, SG-Komm., Art. 47 N 7. Weitergehend HANGARTNER, Eigenständigkeit, S. 155 («... dass der Bund verpflichtet ist, die Eigenständigkeit der Kantone zu wahren und, darüber hinaus, im Sinn von Art. 47 Abs. 2 BV zu fördern»).

Letztlich entscheidet aber die Bundespolitik, wie weit der konservierende Respekt gehen soll. Oder anders gewendet: Die *Aufgabenautonomie* der Kantone schmälert die Kompetenzhoheit des Bundes nicht; in die *Organisationsautonomie* darf eingegriffen werden, um die richtige und einheitliche Anwendung des Bundesrechts sicherzustellen; die *Finanzautonomie* endlich kann dadurch schrumpfen, dass der Verfassungsgeber neue Bundesabgaben einführt oder die Sätze bestehender Abgaben erhöht.

2. Subsidiarität der Bundesregelung und fiskalische Äquivalenz

Zur Klasse der bloss rechtspolitischen Maximen gehören auch die zwei folgenden Figuren: Subsidiarität der Bundesregelung (Bst. a) und fiskalische Äquivalenz (Bst. b).

a) Subsidiarität der Bundesregelung

Der *Subsidiaritätsgedanke* erscheint zunächst in Art. 5a BV. Bei der Zuweisung und Erfüllung staatlicher Aufgaben, so der Wortlaut, «ist der Grundsatz der Subsidiarität zu beachten». Die Bestimmung bleibt weitgehend rätselhaft. Entgegen dem Wortlaut zielt sie nicht auf das Verhältnis Staat–Gesellschaft, sondern nur auf das Verhältnis der Staatsebenen zueinander (wobei auch das Verhältnis der Kantone zu ihren Gemeinden miterfasst sein soll,²⁸ was mit Blick auf die hochgehaltene Organisationsautonomie der Kantone doch etwas seltsam anmutet). Fassbarer scheint Art. 43a Abs. 1 BV, wonach der Bund «nur die Aufgaben [übernimmt], welche die Kraft der Kantone übersteigen oder einer einheitlichen Regelung durch den Bund bedürfen». Die Norm steht für den Versuch, ein bundesstaatliches Subsidiaritätsprinzip einzuführen: Die zentralstaatliche Ebene soll nichts an sich ziehen, was die Gliedstaaten ebenso gut selbst besorgen können.²⁹ Oder genauer: Der Bundesverfassungsgeber soll nicht unnötig Kompetenzen an sich ziehen (im Sinne einer Kompetenzzuweisungsmaxime), der Bundesgesetzgeber die gegebenen Bundeskompetenzen nicht über Gebühr ausschöpfen (im Sinne einer Kompetenzausübungsmaxime). Was den Verfassungsgeber betrifft, so handelt es sich um eine reine Selbstbindung; nur der Bundesgesetzgeber mag eine gewisse Fremdbindung erfahren. Im Übrigen

²⁸ BBl 2002 2458.

²⁹ BBl 2002 2458 f.

statuiert Art. 43a Abs. 1 BV weder Schranken der Verfassungsrevision (der Bund kann also auf dem Wege der Verfassungsrevision auch «Unnötiges» beanspruchen) noch Pflichten zur Verfassungsrevision (der Bund kann selbst «Nötiges» völlig straflos ungeregelt lassen).³⁰ Freilich scheint es nicht ausgeschlossen, Missachtungen der Subsidiaritätsmaxime auf dem Wege der Klage vor das Bundesgericht zu tragen (Art. 120 Abs. 1 Bst. a BGG³¹). Allerdings hilft die Klage nur gegen Bundesverordnungen; Bundesgesetze bilden wegen Art. 190 BV keinen zulässigen Anfechtungsgegenstand.³² Noch dann dürften die Aussichten gering sein, eine überschüssende Bundesverordnung zu Fall zu bringen – einerseits wegen der von Art. 190 BV ausgehenden Immunität der Bundesgesetzgebung (wovon die bundesgesetzskonforme Bundesverordnung mit profitiert),³³ andererseits aber auch wegen des Rechtsetzungsermessens des Verordnungsgebers, welches – sofern zweckmässig ausgeübt – vom Bundesgericht respektiert wird.³⁴

b) Fiskalische Äquivalenz

Zum bundesstaatlichen Subsidiaritätsprinzip gesellt sich – gewissermassen als finanzpolitische Variante – das Prinzip der *fiskalischen Äquivalenz*: Das Gemeinwesen, in dem der Nutzen einer staatlichen Leistung anfällt, soll auch deren Kosten tragen; und umgekehrt soll das Gemeinwesen, das die Kosten einer staatlichen Leistung trägt, auch über diese Leistung bestimmen können (Art. 43a Abs. 2 und 3 BV). In einem Satz: Nutzniesser, Kostenträger und Entscheidungsträger sollen möglichst übereinstimmen. Auf die bundesstaatliche Aufgabenteilung gemünzt hätte man also anzustreben, dass staatliche Leistungen von nationaler Bedeutung vom Bund geregelt, finanziert und vollzogen werden, während umgekehrt Leistungen von bloss regionalem Nutzen vollumfänglich in die Aufgaben- und Finanzkompetenz der Kantone zu legen wären.³⁵

³⁰ Zurückhaltung auch in der Lehre; vgl. nur AUBERT, Petit commentaire, Art. 42 N 21. Optimistischer RICHLI, S. 47 ff.

³¹ Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG), SR 173.110. In diese Richtung wohl auch BIAGGINI, Komm. BV, Art. 47 N 5.

³² HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 2057.

³³ BGE 136 II 337 E. 5.1 S. 348 (allerdings im Kontext der akzessorischen Kontrolle von Bundesratsverordnungen).

³⁴ BGE 136 II 337 E. 5.1 S. 348 f. (wiederum bezogen auf die akzessorische Normenkontrolle).

³⁵ BBl 2002 2459.

Das mag vernünftig klingen. In der Pflicht steht aber wiederum zuerst der Bundesverfassungsgeber. Ob die «fiskalische Äquivalenz» wie von Art. 43a Abs. 2 und 3 BV erhofft zum Tragen kommt, hängt einzig und allein vom guten Willen der Bundespolitik ab.³⁶

3. Pflicht des Bundes zur Rücksichtnahme auf die Kantone

Durchsucht man die Bundesverfassung auf die Buchstabenfolge «rücksicht» (damit werden neben den Substantiven «Rücksicht», «Berücksichtigung» und «Rücksichtnahme» auch die Verbformen «berücksichtigt» und «berücksichtigen» erfasst), so stösst man auf rund zehn Verfassungsstellen, die den Bund zu einer wie irgend gearteten «Courtoisie» gegenüber Kantonen, Regionen oder Landesgegenden aufrufen. Im Zentrum stehen die Art. 44 Abs. 2 und 50 Abs. 3 BV. Ganz nebenbei: Die Buchstabenfolge «kanton» erscheint im Verfassungstext mehr als 300-mal!

a) Rücksichtnahme auf die Kantone

Bund und Kantone «schulden einander *Rücksicht und Beistand*» (Art. 44 Abs. 2 Satz 1 BV). Die Formel nimmt nicht nur den Bund im Verhältnis zu den Kantonen in die Pflicht, sondern ebenso die Kantone im Verhältnis zum Bund sowie zu den anderen Kantonen; sie handelt vom legendären «Tropfen Öl», ohne den – so WALTHER BURCKHARDT – «das juristische Räderwerk» des Schweizer Bundesstaats alsbald ins Stocken geraten würde.³⁷ In der Sache geht es um bedachtsame Nutzung der verfassungsrechtlich gegebenen Zuständigkeiten sowie um verlässliches Verhalten im Behördenverkehr (und an die Adresse der Kantone zumindest auch um das Verbot, den Bund in der Erfüllung seiner Aufgaben zu behindern).³⁸ Verstärkung erfährt die Verpflichtung zur Rücksichtnahme – nun einseitig an den Bund gerichtet – durch Wiederholung des Aufrufs in einigen Kompetenzartikeln, die aus Sicht der Kantone besonders heikel erscheinen mögen (so namentlich in Art. 54 Abs. 3 BV für den Bereich der Aussenpolitik).

³⁶ Die fehlende Justiziabilität wird überall vermerkt; vgl. etwa SCHWEIZER/MÜLLER, SG-Komm., Art. 43a N 16.

³⁷ BURCKHARDT, S. 17.

³⁸ BIAGGINI, Komm. BV, Art. 44 N 8.

b) Rücksichtnahme auf Gemeinden sowie auf die besondere Situation der Städte, Agglomerationen und Berggebiete

Art. 50 Abs. 2 BV hält den Bund an, bei seinem Handeln die möglichen *Auswirkungen auf die Gemeinden* zu beachten (die Kantone sind zu entsprechender Rücksicht den eigenen Gemeinden gegenüber jedenfalls nicht qua Bundesverfassung verpflichtet). Ableiten lässt sich daraus wenig – allein schon deswegen, weil sich der Bund im föderativen Rechtsverkehr an die Kantone (und nicht direkt an die Gemeinden) zu richten hat. Ausserdem müsste man sich fragen, welche Gemeinden der Verfassungsgeber denn im Auge hatte; in Tat und Wahrheit unterscheiden sich die Kommunen ganz erheblich voneinander. Noch seltsamer mutet Abs. 3 an: Danach nimmt der Bund «Rücksicht auf die besondere Situation der *Städte* und der *Agglomerationen* sowie der *Berggebiete*». Ursprünglich hätte es sich nur darum handeln sollen, an die spezifische Situation der urbanen Regionen zu erinnern. Durch Zufügung der «Berggebiete» im Lauf der parlamentarischen Beratungen ist jedoch eine vollends konturlose Kompromissformel entstanden.³⁹ Substanzielle Beiträge zur Stützung von Städten, Agglomerationen und Berggebieten sind ohnehin nicht von Art. 50 Abs. 3 BV zu erwarten; massgeblich ist vielmehr das mehr oder weniger gegebene Potenzial der sachlich einschlägigen Aufgabennormen im Kompetenzteil der Verfassung.

4. Mitwirkung der Kantone an der Willensbildung des Bundes

Die Mitwirkungsrechte der Kantone im Bund nehmen ihren Ausgang in Art. 45 Abs. 1 BV (Bst. a). Von zentraler Bedeutung ist die Mitwirkung der Kantone «an der Rechtsetzung», wie schon der Verfassungstext mit dem Wort «insbesondere» deutlich macht (Bst. b).

a) Mitwirkung «nach Massgabe der Bundesverfassung»

Art. 45 Abs. 1 BV firmiert unter der Sachüberschrift «Mitwirkung an der Willensbildung des Bundes». Der Ankündigung folgt aber nur wenig Substanz. Gemäss Abs. 1 wirken die Kantone «nach Massgabe der Bundesverfassung» mit – *nur* nach Massgabe der Verfassung, wäre hinzuzufügen. Art. 45 Abs. 1 BV ist

³⁹ Vgl. AUBERT, Petit commentaire, Art. 50 N 9.

mit anderen Worten reine Verweisungsnorm; die *einzelnen Mitwirkungsrechte* müssen sich *aus besonderen Verfassungsbestimmungen* ergeben.⁴⁰ Zu solchen Rechten gehören – dies nur pro memoria und in der Reihenfolge der einschlägigen Verfassungsartikel – die Mitwirkung an aussenpolitischen Entscheiden (Art. 55 BV), der Vorbehalt des Ständemehrs bei Verfassungsrevisionen (Art. 140 Abs. 1 BV), das Kantonsreferendum (Art. 141 Abs. 1 BV), die Wahlen in den Ständerat (Art. 150 BV), die Standesinitiative (Art. 160 Abs. 1 BV) sowie – wovon gleich die Rede sein soll – die Mitwirkung der Kantone bei Rechtsetzungsprojekten und übrigen Vorhaben des Bundes (Art. 45 Abs. 2 und Art. 147 BV). Die Mitwirkung bei der Umsetzung des Bundesrechts (Art. 46 BV) bildet Gegenstand von Ziff. III.

b) Mitwirkung «insbesondere an der Rechtsetzung»

«Mitwirkung» verdient ihren Namen nur, wenn Einfluss- und Gestaltungsmöglichkeiten schon in *frühen Projektphasen* eröffnet werden. Folgerichtig ist der Bund gehalten, die Kantone «rechtzeitig und umfassend» über seine Rechtsetzungs- oder Sachvorhaben zu informieren; auch muss er ihre Stellungnahmen einholen, «wenn ihre Interessen betroffen sind» (Art. 45 Abs. 2 BV). Bestätigung erfährt die Regel mit Art. 147 BV über das Vernehmlassungsverfahren, wonach neben anderen Akteuren insbesondere die Kantone «bei der Vorbereitung wichtiger Erlasse und anderer Vorhaben von grosser Tragweite sowie bei wichtigen völkerrechtlichen Verträgen zur Stellungnahme eingeladen» werden.⁴¹ Die Informations- und Mitgestaltungsrechte sind von besonderer Bedeutung, wenn der spätere Vollzug den Kantonen obliegen soll. Nun bezieht sich das Vernehmlassungsverfahren auf verwaltungsintern bereits verfestigte Vorlagen. Es ist deshalb kein Zufall, dass die Kantone oft schon in früheren Projektphasen beigezogen werden. Gelegenheit bieten z.B. die mit Vorentwürfen betrauten Expertenkommissionen, in die meist auch Kantonsvertreter berufen werden. Mitwirkungsmöglichkeiten eröffnen sich aber auch noch im Zuge der parlamentarischen Beratung; so ist es nicht unüblich, Kantonsvertreter zur Anhörung in die vorberatenden Parlamentskommissionen einzuladen.

⁴⁰ Vgl. AUBERT, Petit commentaire, Art. 45 N 1; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 45 N 2 (der normative Gehalt der Bestimmung liege «bei null»). Für eigenständige Bedeutung dagegen KNAPP/SCHWEIZER, SG-Komm., Art. 45 N 16.

⁴¹ Einzelheiten im Bundesgesetz vom 18. März 2005 über das Vernehmlassungsverfahren (Vernehmlassungsgesetz, VIG), SR 172.061.

III. Bundesstaatliche Verfassungsaussagen für die Umsetzung von Bundesrecht

Wiederum ist ausdrücklich nur von Verfassungs«aussagen» die Rede; die Gründe für diese Wortwahl wurden bereits genannt (vgl. oben Ziff. II am Anfang). Im Unterschied zu Ziff. II über den Erlass von Bundesrecht handelt Ziff. III über die Umsetzung von Bundesrecht ausschliesslich vom einfachen Bundesrecht; «umzusetzen» haben die Kantone ja nur Bundesgesetze und Bundesverordnungen, nicht aber unmittelbar die Bundesverfassung.

1. Ausgangspunkt: Art. 46 BV (Umsetzung des Bundesrechts)

«Die Kantone setzen das Bundesrecht nach Massgabe von Verfassung und Gesetz um»: So lautet Art. 46 Abs. 1 BV. Mit «Umsetzung» meint die Verfassung mehr als nur «Vollzug» im Sinne von «Rechtsanwendung». Im Fokus steht vielmehr der gesamte Prozess der Gesetzesverwirklichung, beginnend beim Erlass der nötigen Ausführungsvorschriften über die Anwendung im Einzelfall bis hin zur richterlichen Streiterledigung.⁴² Die «Umsetzung» des Bundesrechts durch die Kantone berührt also nicht nur Verwaltungsbefugnisse der Kantone, sondern ebenso deren Rechtsetzungs- und Rechtsprechungsbefugnisse. Freilich ist die Verfassung terminologisch nicht immer konsequent; mitunter spricht sie weiterhin von «Vollzug» (so etwa in Art. 74 Abs. 3 BV). Gemeint ist aber auch an solchen Stellen «Umsetzung» im umfassenden Sinne.

a) Umsetzung durch die Kantone «nach Massgabe von Verfassung und Gesetz»

Die Bedeutung der Textpassage «nach Massgabe von Verfassung und Gesetz» ist nicht völlig klar. Zwar liess der Verfassungsentwurf keine Zweifel aufkommen. Art. 37 Abs. 1 der Bundesratsvorlage lautete nämlich: «Die Kantone setzen das Bundesrecht um und vollziehen es, soweit dieses nichts anderes bestimmt. Nur die Verfassung oder ein Gesetz kann die Kantone verpflichten, Bundesrecht umzusetzen oder es zu vollziehen.»⁴³ Die Räte empfanden aber den Vorbehalt,

⁴² AUBERT, Petit commentaire, Art. 46 N 2; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 46 N 2; KÄGI-DIENER, SG-Komm., Art. 46 N 11.

⁴³ BBl 1997 I 211 f., 596.

wonach das «Bundesrecht» (also auch Bundesrecht der Verordnungsstufe) den Grundsatz des kantonalen Vollzugs durchbrechen dürfe, als zu large.⁴⁴ So kam es zur heute geltenden Fassung. Am Grundsatz – *Umsetzung primär durch die Kantone* – sollte freilich nichts geändert werden, auch wenn der Einschub «nach Massgabe von Verfassung und Gesetz» den Grundsatz heute mehr verhüllt als klarstellt.⁴⁵

Im Ergebnis ändert allerdings nicht viel. Eine Sachkompetenz des Bundes umschliesst nicht nur die Befugnis zur Bundesgesetzgebung, sondern auch die Befugnis zur Umsetzung der bundesgesetzlichen Vorschriften durch Bundesverwaltungsbehörden mit Einschluss der Rechtspflege durch eidgenössische Instanzen. Wegen Art. 46 Abs. 1 BV muss sich aber spätestens der (formelle) Gesetzgeber zur Frage äussern, wer für die Umsetzung zuständig ist – also auch für den Fall, dass sie dem Bund obliegen soll. Insofern verankert die Verfassung ein *bundesstaatliches Legalitätsprinzip*.⁴⁶ Indirekt ergibt sich dieses Prinzip bereits aus Art. 164 Abs. 1 Bst. e BV (grundlegende Bestimmungen über «die Aufgaben ... des Bundes» sind durch Bundesgesetz zu erlassen), übrigens auch – soweit die Kantone zur Umsetzung verpflichtet und nicht nur berechtigt sein sollen – aus Art. 164 Abs. 1 Bst. f BV (ins Bundesgesetz gehören ebenso die grundlegenden Bestimmungen über «die Verpflichtungen der Kantone bei der Umsetzung und beim Vollzug des Bundesrechts»). Meines Erachtens vermittelt Art. 46 Abs. 1 BV für sich allein genommen keine selbständige Umsetzungs-kompetenz der Kantone; massgeblich bleibt das jeweils einschlägige Verfassungs- und Gesetzesrecht. Insofern fungiert Art. 46 Abs. 1 BV doch wieder als Verweisungsnorm, wenn auch als Verweisungsnorm mit föderalistischem Prinzipgehalt.

b) Die Kantone «setzen ... um», der Bund belässt «Gestaltungsfreiheit»

Mit dem Recht und der Pflicht zur Umsetzung des Bundesrechts treten die Kantone zugleich in ein bundesverfassungsrechtlich generiertes föderatives

⁴⁴ Vgl. die Hinweise auf die Entstehungsgeschichte bei AUBERT, *Petit commentaire*, Art. 46 N 4; KÄGI-DIENER, *SG-Komm.*, Art. 46 N 4 f.

⁴⁵ RHINOW/SCHEFER, N 822. Vgl. auch KÄGI-DIENER, *SG-Komm.*, Art. 46 N 21 f.

⁴⁶ BIAGGINI, *Komm. BV*, Art. 46 N 7.

Rechtsverhältnis. Dieses «*bundesstaatliche Vollzugsverhältnis*»⁴⁷ umfasst im Wesentlichen zwei Pflichten, nämlich:

- erstens eine *Umsetzungspflicht*: Soweit die Umsetzung des Bundesrechts den Kantonen obliegt, sind sie zu korrektem Handeln gehalten. Sie können sich dieser Pflicht nicht unter Hinweis auf ihre Aufgabenautonomie (Art. 43 BV) entziehen. Umsetzungspflichten sind wie bemerkt grundsätzlich durch Bundesgesetz zu statuieren (Art. 164 Abs. 1 Bst. f BV); auf Verordnungsebene darf nur mehr Sekundäres hinzugefügt werden.
- Die Umsetzungspflicht schliesst eine *Kostentragungspflicht* ein: Die Kantone müssen für die Vollzugskosten selbst aufkommen; die Verfassung kennt keine generelle Abgeltungspflicht des Bundes. Eine Kostenbeteiligung des Bundes ergibt sich indirekt über die Beteiligung der Kantone an gewissen Bundeseinnahmen (vgl. z.B. Art. 128 Abs. 4 BV) und teils auch über den Finanzausgleich (Art. 135 BV). Ausserdem kann sich der Bund – nun direkt – mit Abgeltungen oder im Rahmen von Programmvereinbarungen (Art. 46 Abs. 2 BV) an den Umsetzungskosten beteiligen. Abgeltungen und Programmvereinbarungen benötigen allerdings eine hinreichende sachgesetzliche Grundlage.

Art. 46 Abs. 3 BV hält den Bund an, den Kantonen «möglichst grosse *Gestaltungsfreiheit*» zu belassen sowie den «kantonalen *Besonderheiten*» Rechnung zu tragen. Ausserdem soll er die *Organisationsautonomie* der Kantone beachten (Art. 47 Abs. 2 Satz 1 BV). Dies bedeutet in der Sache, dass der Bundesgesetzgeber bürgernahe, regionalspezifische Nuancierungen nicht unnötig verbauen soll; und bezüglich Organisation und Verfahren, dass die Kantone grundsätzlich selbst festlegen sollen, durch welche Behörden und in welchen Verfahren Bundesrecht verwirklicht wird. Kurzum: Die Kantone sollen frei bleiben, zur Umsetzung der Bundesvorschriften eigene Ausführungsbestimmungen zu erlassen; das Bundesrecht soll den Kantonen nicht die Möglichkeit nehmen, den Vollzug auf die örtlichen Verhältnisse abzustimmen. Diese Postulate haben aber lediglich Prinzipcharakter. In den Grenzen seiner Sachzuständigkeiten ist der Bund weiterhin frei, den kantonalen Vollzug soweit nötig bis in die Einzelheiten zu regeln (näher dazu unten Ziff. 3).

⁴⁷ BIAGGINI, Komm. BV, Art. 46 N 6.

2. Modelle der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen bei der Umsetzung von Bundesrecht

Die Umsetzungskompetenzen werden oft schon in der einschlägigen Aufgabennorm der Verfassung angesprochen (Bst. a), wobei die definitive Arbeitsteilung zumeist erst auf Stufe Gesetz erfolgt. Es kommt aber auch vor, dass die Verfassung schweigt; dann ist es allein am Bundesgesetzgeber, die Dinge zu regeln (Bst. b).

a) Regelung bereits auf Verfassungsebene

Die Bundesverfassung hat drei Möglichkeiten, die Umsetzungskompetenzen zu regeln.

- *Umsetzung ausschliesslich durch den Kanton.* Von vornherein Sache der Kantone sind z.B. die Veranlagung und Einziehung gewisser Bundesabgaben. So bestimmt Art. 128 Abs. 4 Satz 1 BV über die direkte Bundessteuer: «Die Steuer wird von den Kantonen veranlagt und eingezogen.»
- *Umsetzung teils durch den Kanton, teils durch den Bund.* Hierbei handelt es sich gewissermassen um das Grundmodell. Art. 74 Abs. 3 BV (Umweltschutz) hält in typischer Weise fest: «Für den Vollzug der Vorschriften sind die Kantone zuständig, soweit das Gesetz ihn nicht dem Bund vorbehält.» In einem solchen Fall obliegen Recht und Pflicht zur Umsetzung grundsätzlich dem Kanton; und es ist Sache des Bundesgesetzgebers, die Umsetzungszuständigkeiten ausdrücklich zurückzuholen, soweit er sie für den Bund beanspruchen will (so zählt Art. 41 Abs. 1 USG⁴⁸ jene Gesetzesartikel auf, deren Vollzug dem Bund vorbehalten bleibt). Es versteht sich von selbst, dass der Ausführungsgesetzgeber den Hauptentscheid des Verfassungsgebers – Umsetzung grundsätzlich durch die Kantone – nicht aushöhlen darf.
- *Umsetzung ausschliesslich durch den Bund.* Dieses letzte Arbeitsteilungsmodell kommt eher selten vor; die Verfassung statuiert soweit ersichtlich nur vereinzelt das exklusive Recht des Bundes zur Umsetzung des Bundesrechts. Als Beispiel sei Art. 83 Abs. 2 Satz 1 BV genannt, wonach der Bund die Nationalstrassen «baut, betreibt und unterhält» (vgl. dazu auch Art. 40a NSG⁴⁹).

⁴⁸ Bundesgesetz vom 7. Oktober 1983 über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz, USG), SR 814.01.

⁴⁹ Bundesgesetz vom 8. März 1960 über die Nationalstrassen (NSG), SR 725.11.

Immerhin kann sich die Umsetzungskompetenz des Bundes auch aus der Natur der Bundesaufgabe ergeben, besonders bei ausschliesslichen Bundeskompetenzen. Aus Gründen der Rechtsklarheit sollte die Frage gleichwohl vom Bundesgesetzgeber geregelt werden. So hält etwa Art. 94 ZG⁵⁰ fest, der Vollzug der Zollgesetzgebung obliege der eidgenössischen Zollverwaltung (Art. 133 BV über die Zölle und andere Abgaben auf dem grenzüberschreitenden Warenverkehr zählt zu den ausschliesslichen Bundeskompetenzen).

b) Regelung erst auf Gesetzesstufe

Gewöhnlich äussert sich die Bundesverfassung nicht oder nicht abschliessend zur Vollzugsordnung im betreffenden Aufgabenbereich. Dann ist es am Bundesgesetzgeber, das Nähere zu bestimmen. Auch hier gibt es drei Möglichkeiten, die nun aber – das ist der Unterschied – in der Hand des einfachen Gesetzgebers liegen.

- *Umsetzung ausschliesslich durch den Kanton.* Dieses Modell läuft auf eine Blankodelegation des Gesetzesvollzugs durch alleinigen Entscheid des Bundesgesetzgebers hinaus (vorausgesetzt ist ja, dass die Verfassung zur Umsetzungskompetenz schweigt). Selbst bei kantonsfreundlichster Lesart von Art. 46 BV muss man von einer atypischen, jedenfalls besonders begründungsbedürftigen Situation sprechen; der Bund darf die Verantwortung für den richtigen Vollzug seiner Gesetzgebung nicht einfach abtreten. Die Umsetzung eines Bundesgesetzes restlos den Kantonen zu überlassen ist allenfalls im Bereich von Grundsatzgesetzgebungskompetenzen denkbar (aber auch dort nicht typisch).
- *Umsetzung teils durch den Kanton, teils durch den Bund.* Auch wo die verfassungsrechtliche Aufgabennorm zur Umsetzungsfrage schweigt, greift der Bundesgesetzgeber regelmässig zum Standardmodell des geteilten Vollzugs. Ein Beispiel stehe für viele: Gemäss Art. 98 AuG⁵¹ ist das Bundesamt für Migration für alle Aufgaben zuständig, die nicht ausdrücklich anderen Bundesbehörden oder den kantonalen Behörden vorbehalten sind; die Kompetenznorm selbst beschränkt sich darauf, die Ausländergesetzgebung zur «Sache des Bundes» zu erklären (Art. 121 Abs. 1 BV).

⁵⁰ Zollgesetz vom 18. März 2005 (ZG), SR 631.0.

⁵¹ Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (Ausländergesetz, AuG), SR 142.20.

- *Umsetzung ausschliesslich durch den Bund.* Schliesslich kann der Gesetzgeber bei Stillschweigen der Kompetenznorm die Umsetzung vollständig beim Bund ansiedeln, und zwar auch im Bereich gewöhnlicher, also nicht ausschliesslicher Bundeskompetenzen. Dies trifft beispielsweise auf die Luftfahrt zu (die Luftfahrtkompetenz gemäss Art. 87 BV gilt als konkurrierende Kompetenz⁵²): Die Aufsicht über die Luftfahrt im gesamten Gebiet der Eidgenossenschaft hat im Rahmen der Bundeszuständigkeit der Bundesrat (Art. 3 Abs. 1 LFG⁵³); das zuständige Bundesamt kann (muss jedoch nicht) einzelne Aufsichtsbereiche oder -befugnisse an den Flugplatzleiter und mit dessen Einverständnis an Kantone, Gemeinden oder geeignete Organisationen und Einzelpersonen übertragen (Art. 4 Abs. 1 LFG).

3. Gestaltungsfreiheiten der Kantone bei der Umsetzung von Bundesrecht

Wie bereits bemerkt (vgl. oben Ziff. 1b) soll der Bund den Kantonen bei der Umsetzung des Bundesrechts «möglichst grosse Gestaltungsfreiheit» belassen und deren Organisationsautonomie beachten (Art. 46 Abs. 3 und Art. 47 Abs. 2 Satz 1 BV). Im Folgenden geht es um die Frage, was dies den Kantonen an «Freiheiten» tatsächlich eintragen kann. Dabei ist zwischen Rechtsetzung (Bst. a) und Rechtsanwendung (Bst. b) zu unterscheiden.

a) Gestaltungsspielräume in der Rechtsetzung

Was die Gestaltungsspielräume beim *Erlass kantonalen Ausführungsvorschriften* betrifft, ist wiederum zwischen materiellem Recht einerseits und organisations- und verfahrensrechtlichen Vorschriften andererseits zu differenzieren.

Die Umsetzungszuständigkeit der Kantone ist primär eine Rechtsanwendungszuständigkeit, d.h. eine Zuständigkeit zum Vollzug des materiellen Bundesrechts. Die Kantone sind somit nicht ohne weiteres zum Erlass eigener Ausführungsvorschriften *in der Sache* berechtigt; eine solche Befugnis muss vielmehr ausdrücklich im jeweiligen Bundeserlass erwähnt sein. Diese «föderative», gewissermassen «vertikale» Rechtssetzungsdelegation erscheint gewöhnlich in

⁵² LENDI, SG-Komm., Art. 87 N 27.

⁵³ Bundesgesetz vom 21. Dezember 1948 über die Luftfahrt (Luftfahrtgesetz, LFG), SR 748.0.

Gestalt eines Vorbehalts zugunsten des kantonalen Rechts. Ein solcher Vorbehalt (man spricht von «echten», weil kompetenzrechtlich konstituierenden Vorbehalten) liegt vor, wenn der Bund zwar eine abschliessende Ordnung trifft, dabei aber dem kantonalen Recht bewusst Raum für ergänzende oder abweichende Vorschriften geben will.⁵⁴ Es gibt zahlreiche Beispiele dafür. So können die Kantone auf dem Wege der Gesetzgebung einschränkende Bestimmungen zu den Ausnahmen ausserhalb der Bauzonen erlassen (Art. 27a RPG⁵⁵) oder innert bestimmter Grenzen festlegen, ab welcher Breite, welcher Fläche und welchem Alter eine einwachsende Fläche als Wald gilt (Art. 2 Abs. 4 WaG⁵⁶).

Grundsätzlich anders verhält es sich für *Organisations- und Verfahrensfragen*. Aufgrund ihrer Organisationsautonomie sind die Kantone ohne weiteres berechtigt (und auch verpflichtet), die zum Vollzug erforderlichen Organisations- und Verfahrensbestimmungen zu erlassen. Im Interesse einer richtigen und einheitlichen Anwendung des Bundesrechts kann der Bund die kantonalen Handlungsfreiheiten allerdings auch einschränken, sei es durch Rechtsetzungsverpflichtungen und Rechtsetzungsdirektiven, sei es durch unmittelbar anwendbare Bestimmungen zum kantonalen Vollzug. Zur ersten Gruppe gehört die verbreitete Vorschrift, die Kantone hätten eine besondere Fachstelle zu bezeichnen (Art. 31 RPG; Art. 42 Abs. 1 USG), zur zweiten beispielsweise die Anweisung, die zuständige kantonale Behörde habe bei allen Bauvorhaben ausserhalb der Bauzonen darüber zu befinden, ob sie zonenkonform sind oder ob für sie eine Ausnahmegewilligung erteilt werden kann (Art. 25 Abs. 2 RPG).

Welche Behörde im Kanton die Rechtsetzungsbefugnisse wahrzunehmen hat, bestimmt sich regelmässig nach *kantonalem Staatsrecht*; die Regelung «wichtiger» Dinge dürfte (sofern das kantonale Recht keine abweichenden Bestimmungen kennt) regelmässig dem kantonalen Gesetzgeber zufallen.⁵⁷ Um zu gewährleisten, dass die delegierte Legislativkompetenz ohne Verzug genutzt wird, kann der Bund aber auch unmittelbar die Kantonsregierung ermächtigen, die erforderlichen Vorschriften soweit nötig auf dem Verordnungsweg zu erlassen (ein Beispiel findet sich in Art. 36 Abs. 2 RPG). Solche Eingriffe in die kan-

⁵⁴ Vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 1158; TSCHANNEN, § 21 N 20 f.

⁵⁵ Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG), SR 700.

⁵⁶ Bundesgesetz vom 4. Oktober 1991 über den Wald (Waldgesetz, WaG), SR 921.0.

⁵⁷ TSCHANNEN, § 21 N 23.

tonale Organisationsautonomie werden allerdings nicht gern gesehen; sie rechtfertigen sich nur aus entsprechend gewichtigen Gründen.

b) Gestaltungsspielräume in der Rechtsanwendung?

Soweit die Kantone Bundesrecht anwenden, sind sie primär zu *rechtsrichtiger Anwendung* verpflichtet. Oder anders: Es gilt der *Grundsatz von der einheitlichen Anwendung des Bundesrechts*.⁵⁸ Rechtsanwendungsspielräume kann es von vornherein nur im Bereich offener Normen geben, d.h. wo das Bundesrecht Ermessen einräumt oder unbestimmte Gesetzesbegriffe verwendet.

Die Ausübung des *Ermessens* kann von Kanton zu Kanton differieren, solange Sinn und Geist des einschlägigen Bundesgesetzes respektiert sind. Beim Umgang mit *unbestimmten Gesetzesbegriffen* ist zu unterscheiden.

- Bezweckt der unbestimmte Gesetzesbegriff nach gehöriger Auslegung, dass die Behörde auf *örtliche Besonderheiten* Rücksicht nehmen kann, mag es kantonspezifisch unterschiedliche Konkretisierungen geben.
- Dient der unbestimmte Gesetzesbegriff hingegen – nur – der *Einzelfallgerechtigkeit*, müsste die Handhabung landesweit nach den gleichen Massstäben erfolgen.

4. Aufsicht des Bundes über die Umsetzung von Bundesrecht durch die Kantone

Die Umsetzungskompetenzen der Kantone ändern nichts an der Verantwortung des Bundes für den richtigen Vollzug. Diese Verantwortung äussert sich als Bundesaufsicht: Art. 49 Abs. 2 BV zufolge «wacht» der Bund «über die Einhaltung des Bundesrechts durch die Kantone». Das Instrumentarium beginnt mit Vollzugshilfen und Kreisschreiben und reicht bis zur – heute praktisch irrelevanten – militärischen Bundesexekution.⁵⁹ Es kann an dieser Stelle nur darum gehen, einen kurzen Blick auf einige ausgewählte Aufsichtsmittel zu werfen: Ge-

⁵⁸ BGE 107 Ib 89 E. 3c S. 93: «Das Bundesgericht hat von Amtes wegen dafür zu sorgen, dass eine öffentlichrechtliche Norm richtig und in der ganzen Schweiz gleich angewendet wird ...».

⁵⁹ Übersichten über das Instrumentarium z.B. bei HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 1211 ff.; JAAG, Staatsrecht, § 15 N 17 ff.; TSCHANNEN, § 26 N 11 ff.

nehmungsvorbehalt und Ersatzvornahme einerseits (Bst. a), Behördenbeschwerde andererseits (Bst. b).

a) **Genehmigungsvorbehalt und Ersatzvornahme**

Zu den praktisch wichtigsten präventiv wirkenden Aufsichtsmitteln gehört die *Genehmigung kantonaler Erlasse durch den Bund*. Kantonale Gesetze und Verordnungen (es gibt noch andere Genehmigungsfälle) sind dem Bund zur Genehmigung zu unterbreiten, wenn ein Bundesgesetz dies ausdrücklich bestimmt. So bedürfen Ausführungsvorschriften der Kantone über die Umweltverträglichkeitsprüfung, den Katastrophenschutz, die Sanierung, den Schallschutz bei Gebäuden sowie die Abfälle zu ihrer Gültigkeit der Genehmigung des Bundes (Art. 37 USG). Der Gesetzgeber darf eine Genehmigungspflicht aber nur vorsehen, «wo es die Durchführung des Bundesrechts verlangt» (Art. 186 Abs. 2 BV). Die Erteilung der Genehmigung obliegt dem sachlich zuständigen Departement; in streitigen Fällen entscheidet der Bundesrat (Art. 61b Abs. 2 und 3 RVOG⁶⁰). Für die Verweigerung der Genehmigung ist von vornherein nur der Bundesrat zuständig (Art. 61b Abs. 2 RVOG e contrario).

Die *Ersatzvornahme* gehört vorab ins Verwaltungsrecht; dort dient sie der Vollstreckung formell rechtskräftiger Verfügungen. Im Kontext der Bundesaufsicht bedeutet Ersatzvornahme die Erfüllung einer dem Kanton obliegenden Bundespflicht durch den Bund an Stelle und auf Kosten des säumigen Kantons. Sie ist mitunter sachgesetzlich vorgesehen, z.B. durch Art. 59a TSG⁶¹ im Bereich der Tierseuchenbekämpfung. Nach freilich nicht unbestrittener Auffassung ist die bundesstaatliche Ersatzvornahme auch ohne ausdrückliche Grundlage im Sachgesetz zulässig – dies deshalb, weil sie keine neuen Pflichten begründet, sondern nur dazu dient, die Erfüllung einer sachgesetzlich bereits bestehenden Pflicht sicherzustellen.⁶²

⁶⁰ Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (RVOG), SR 172.010.

⁶¹ Tierseuchengesetz vom 1. Juli 1966 (TSG), SR 916.40.

⁶² So auch der Bundesrat in BBl 1997 I 421. Aus der Literatur: BELLANGER, Verfassungsrecht der Schweiz, § 80 N 17; HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 1236; JAAG, Staatsrecht, § 15 N 40 (ich teile die Meinung ebenso; vgl. TSCHANNEN, § 26 N 32). Strenger dagegen BIAGGINI, Theorie und Praxis, S. 163.

b) Behördenbeschwerde

Departemente des Bundes (und soweit sachgesetzlich vorgesehen auch die Bundesämter) sind zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht berechtigt, wenn der angefochtene Akt die Bundesgesetzgebung in ihrem Aufgabenbereich verletzen kann (Art. 89 Abs. 2 Bst. a BGG). Das Beschwerderecht ist *abstrakter Natur*; es erfordert also weder ein «besonderes Berührtsein» noch ein spezifisches «schutzwürdiges Interesse» im Sinne von Art. 89 Abs. 1 BGG.⁶³ Der Rekurs des Bundes an das Bundesgericht dürfte zu den wirksamsten und zugleich auch am besten akzeptierten Aufsichtsmitteln zählen: zum einen, weil von gerichtlichen Korrekturen eine breite Präjudizwirkung zu erwarten ist, zum andern aber auch, weil mit dem Bundesgericht eine neutrale Instanz auf den Plan tritt.

Literatur

- AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MAHON PASCAL, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zürich/Basel/Genf 2003 [zit. BEARBEITER, *Petit commentaire*, Art. ... N ...]
- AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, *Droit constitutionnel suisse*, Volume I: *L'Etat*, 2. Aufl., Bern 2006
- BIAGGINI GIOVANNI, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zürich 2007 [zit. *Komm. BV*, Art. ... N ...]
- BIAGGINI GIOVANNI, *Theorie und Praxis des Verwaltungsrechts im Bundesstaat*, Basel 1996
- BIAGGINI GIOVANNI/GÄCHTER THOMAS/KIENER REGINA (Hrsg.), *Staatsrecht*, Zürich/St. Gallen 2011 [zit. BEARBEITER, *Staatsrecht*, § ... N ...]
- BURCKHARDT WALTHER, *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874*, 3. Aufl., Bern 1931
- EHRENZELLER BERNHARD/MASTRONARDI PHILIPPE/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung*, *Kommentar*, 2. Aufl., Zürich et al. 2008 [zit. BEARBEITER, *SG-Komm.*, Art. ... N ...]
- FLEINER FRITZ/GIACOMETTI ZACCARIA, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zürich 1949 (Nachdruck 1978)
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012
- HANGARTNER YVO, *Begriff und Bedeutung der Eigenständigkeit der Kantone (Art. 47 BV)*, ZSR 131/2012 I, S. 145 ff.

⁶³ BGE 135 II 338 E. 1.2.1 S. 341 f.

HANGARTNER YVO, *Die Kompetenzverteilung* zwischen Bund und Kantonen, Bern 1974

RHINOW RENÉ/SCHEFER MARKUS, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl., Basel 2009

RICHLI PAUL, Zum rechtlichen Gehalt und zur Prozeduralisierung des Subsidiaritätsprinzips,
ZSR 126/2007 I, S. 47 ff.

THÜRER DANIEL/AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MÜLLER JÖRG PAUL (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zürich 2001 [zit. BEARBEITER, *Verfassungsrecht der Schweiz*, § ... N ...]

TSCHANNEN PIERRE, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 3. Aufl., Bern 2011

Gesetzgebungstechnische und -methodische Überlegungen

Felix Uhlmann*

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	35
II.	Bundesrechtliche Vorgaben	36
	1. Abschliessendes Bundesrecht	37
	2. Einseitig zwingendes Bundesrecht	41
	3. Grundsatz- oder Rahmengesetzgebung	42
	4. Vorbehaltenes Bundesrecht	48
	5. Dispositives Bundesrecht	48
III.	Bundesrechtliche Durchsetzung	50
	1. Information und Genehmigung	51
	2. Organisatorische Vorkehrungen in den Kantonen	52
	3. Beschleunigungen in den Kantonen	52
	4. Direkte Anwendbarkeit	54
IV.	Kantonales Umsetzungsrecht	55
	1. Zweck und Ziel	55
	2. Normstufe	56
	3. Regelungsarchitektur	58
	4. Wiederholungen	58
V.	Zusammenfassung	59
	Literatur	60

I. Einleitung

Die nachfolgenden Ausführungen betreffen die Rolle von Bund und Kantonen beim Erlass und bei der Umsetzung von Bundesrecht unter gesetzgebungstechnischen und -methodischen Gesichtspunkten. Die Überlegungen gliedern sich in drei Abschnitte.

* Ich danke Herrn BLaw Marc Wohlwend bestens für das Erstellen einer ersten Fassung des Textes ab Band sowie die Bearbeitung der Fussnoten.

Erstens werden aus dem Blickwinkel des Bundes die bundesrechtlichen Vorgaben und deren Abfassung betrachtet.

Immer noch mit Blick auf den Bund wird zweitens die Thematik der bundesrechtlichen Durchsetzung vertieft. Hat der Bund legiferiert, so hat er eine gewisse Erwartung, dass die Kantone ebenfalls aktiv werden. Wie kann der Bund darauf hinwirken, dass in den Kantonen auch das geschieht, was er sich erhofft?

Im dritten Fragenkreis wechselt die Perspektive: Welche besonderen Fragen sich ergeben, wenn der Kanton anknüpfend an bundesrechtliche und kantonrechtliche Grundlagen umsetzt und legiferiert, steht sodann im Zentrum des Interesses.

II. Bundesrechtliche Vorgaben

Bei der Schaffung bundesrechtlicher Vorgaben hat sich der Bund mit den Fragen auseinanderzusetzen, welchen *Spielraum* er den Kantonen belässt und welche Erwartungen er allenfalls an die kantonale Rechtsetzung hat. Dem Bund steht dabei die ganze Bandbreite unterschiedlicher bundesrechtlicher Reichweiten – vom abschliessenden bis hin zum dispositiven Bundesrecht – zur Verfügung.

Der Gesetzgebungsleitfaden empfiehlt zur Verbesserung und zur Vereinheitlichung der Vollzugsnormen in den Kantonen die Beachtung folgender Grundsätze für die Bundesgesetzgebung:

- «1. Die sinnvolle Verteilung der Vollzugsaufgaben zwischen Bund und Kantonen muss mindestens auf Gesetzesstufe bereits grundsätzlich entschieden worden sein.
2. Der Geltungsbereich der Bundesgesetzgebung muss klar sein.
3. Normen des Bundes, die von den Kantonen umgesetzt werden sollen, sollen lediglich das Wesentliche enthalten.
4. Die kantonale Organisationsautonomie darf nicht unnötig oder unverhältnismässig beschränkt werden.
5. Die unterschiedlichen, tatsächlichen kantonalen Gegebenheiten müssen genügend berücksichtigt werden. Mittel dazu:
 - Einräumung von Gestaltungsspielräumen;
 - Ermächtigung des Bundes an die Kantone zur eigenen Rechtsetzung in Teilgebieten;
 - Bundesrechtliche Vorbehalte zu Gunsten des bisherigen kantonalen Rechts;

- Bundesrechtliche Erlaubnis an die Kantone, innerhalb klarer Schranken abweichende Regelungen aufzustellen.»¹

Vorliegend soll es nicht um die viel diskutierte Thematik gehen, welchen Spielraum der Bund den Kantonen belassen soll (Ziff. 3 u. 4, teilweise Ziff. 5 vorstehend); dies ist sowohl eine verfassungs- wie auch eine rechtspolitische Frage.² Vielmehr geht es darum, *wie* der Bund den Geltungsbereich (besser vielleicht: die Reichweite) seiner Gesetzgebung gegenüber den Kantonen zum Ausdruck bringen kann (Ziff. 1 u. 2, teilweise Ziff. 5 vorstehend). Wie trifft der Bundesgesetzgeber diese wichtigen Entscheidungen?

Meines Erachtens hat der Bundesgesetzgeber die Wahl zwischen abschliessendem Bundesrecht (nachfolgend Ziff. 1), einseitig zwingendem Bundesrecht (nachfolgend Ziff. 2), Grundsatz- und Rahmengesetzgebung (nachfolgend Ziff. 3), vorbehaltenem Bundesrecht (nachfolgend Ziff. 4) und dispositivem Bundesrecht (nachfolgend Ziff. 5).

1. Abschliessendes Bundesrecht

Abschliessendes Bundesrecht belässt den Kantonen keinen Regelungsspielraum³. In der Theorie ist dessen Qualifikation einfach. Praktisch schwieriger ist die Frage, ob eine Regelung tatsächlich abschliessend ist. Als Beispiel kann eine beliebige Verordnung des Bundes betrachtet werden, etwa die Verordnung des UVEK über Luftfahrzeuge besonderer Kategorien⁴. Über Hängegleiter finden sich darin auszugsweise folgende Bestimmungen:

¹ Gesetzgebungsleitfaden, N 370. Nicht zitiert wurden Ziff. 6 und 7, die folgendermassen lauten: «Die verschiedenen Regelungen (in ähnlichen Sachbereichen sowie zwischen Bund und Kantonen) müssen aufeinander abgestimmt werden. Die Vollzugsaufgaben und -massnahmen müssen (gegebenenfalls unter Mitwirkung der Kantone) praktikabel, wirksam und so einfach wie möglich sein.»

² RHINOW/SCHEFER, N 797; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 16 N 11 f.; STEIMEN, Umsetzung, S. 168 ff. Vgl. auch AUER, S. 395; KLEY, Staatsrecht, § 12 N 18; TSCHANNEN, Grundlagen, S. 8 ff.

³ Siehe BGE 138 I 410 E. 3.1 S. 414 f.: «En outre, même si, en raison du caractère exhaustif de la législation fédérale, le canton ne peut plus légiférer dans une matière, il n'est pas toujours privé de toute possibilité d'action. Ce n'est que lorsque la législation fédérale exclut toute réglementation dans un domaine particulier que le canton perd toute compétence pour adopter des dispositions complétives, quand bien même celles-ci ne contrediraient pas le droit fédéral ou seraient même en accord avec celui-ci [...].»

⁴ Verordnung des UVEK vom 24. November 1994 über Luftfahrzeuge besonderer Kategorien (VLK), SR 748.941.

«Art. 1

Diese Verordnung gilt für Hängegleiter, Drachen, Drachenfallschirme, Fesselballone, Fallschirme und unbemannte Luftfahrzeuge.

Art. 3 Start- und Landeort

¹ Für Luftfahrzeuge nach Artikel 1 besteht kein Zwang, auf einem Flugplatz abzufliegen oder zu landen.

² Die Rechte der an einem Grundstück Berechtigten auf Abwehr von Besitzstörungen und Ersatz ihres Schadens bleiben in allen Fällen vorbehalten.

Art. 6 Begriff

Hängegleiter sind alle zum Fussstart geeigneten Fluggeräte, namentlich Deltas und Gleitschirme, soweit sie unmittelbar nach dem Start zur Ausführung von Gleit- oder Segelflügen eingesetzt werden.

Art. 7 Mindestalter, Ausweise und Prüfungen

[...]

Art. 8 Verkehrs- und Betriebsregeln

¹ Starts und Landungen auf öffentlichen Strassen und Skipisten sind untersagt.

² Menschenansammlungen im Freien, Gebäude, öffentliche Strassen, Skipisten, öffentliche Transportanlagen wie Bahnen, Luftseilbahnen und Skilifte sowie elektrische Freileitungen und andere Kabel sind in einem genügenden Abstand zu überfliegen oder zu umfliegen.

³ Flüge über die Landes- und Zollgrenze sind gestattet, wenn keine Waren mitgeführt werden; die für den Grenzübertritt erforderlichen Papiere sind mitzuführen. Das ausländische Recht bleibt vorbehalten.

⁴ Für den Einsatz von Hängegleitern auf öffentlichen Gewässern bleiben die Bundesgesetzgebung über die Binnenschifffahrt und das entsprechende kantonale Recht vorbehalten.

⁵ Für das Schleppen von Hängegleitern mit Winden, Fahrzeugen oder Schiffen in eine Höhe von mehr als 150 m über Grund ist eine Bewilligung des BAZL erforderlich.

⁶ Im Übrigen sind die für Segelflugzeuge geltenden Bestimmungen der Verordnung des UVEK vom 4. Mai 1981 über die Verkehrsregeln für Luftfahrzeuge⁵, mit Ausnahme der Vorschriften über die Mindestflughöhen, sinngemäss anwendbar.

Art. 9 Flugbeschränkungen

¹ Der Betrieb von Hängegleitern ist untersagt:

- a. in einem Abstand von weniger als 5 km von den Pisten eines für Flugzeuge bestimmten zivilen Flugplatzes;
- b. während der militärischen Flugdienstzeiten in einem Abstand von weniger als 5 km von den Pisten eines für Flugzeuge bestimmten militärischen Flugplatzes;
- c. in einem Abstand von weniger als 2,5 km von Helikopterflugplätzen.

⁵ SR 748.121.11.

² Der Flugplatzleiter oder die Flugverkehrsleitstelle kann Ausnahmen von diesen Einschränkungen bewilligen.»⁶

Die Verordnung gilt also für (legaldefinierte, Art. 6 VLK) Hängegleiter (Art. 1 VLK), regelt unter anderem deren Start- und Landeort (Art. 3 VLK), beantwortet die Frage der Landung auf Seen (Art. 8 Abs. 4 VLK) und in der Nähe von Flugplätzen und Helikopterlandeplätzen (Art. 9 VLK). Ist diese Regelung abschliessend oder darf der Kanton im Bereich von Luftfahrzeugen besonderer Kategorien resp. Hängegleitern noch ergänzend legiferieren?

Er darf. Bei der Auseinandersetzung mit dieser Frage kam das Bundesgericht zu folgendem Ergebnis:

«Art. 57 VIL⁷ und Art. 3 VLK legen nur fest, dass für Starts und Landungen von Hängegleitern die spezifisch flugrechtliche Aussenlandungsbewilligung nicht erforderlich ist, schliessen aber nicht aus, dass an bestimmten Orten gestützt auf andere einschlägige Gesetzgebungen Start- und Landebeschränkungen zu beachten sind. Die Verordnung über Luftfahrzeuge besonderer Kategorien enthält zwar explizite Einschränkungen oder Vorbehalte nur für öffentliche Strassen und Skipisten, Gewässer sowie für die privaten Rechte an Grundstücken. Doch müssen über diese Regelungen hinaus weitere Einschränkungen zulässig sein; so ist das Starten und Landen mit Hängegleitern zum Beispiel auch unzulässig auf Eisenbahngrundstücken (Art. 1 des Bundesgesetzes vom 18. Februar 1878 betreffend Handhabung der Bahnpolizei, SR 742.147.1) oder im Schweizerischen Nationalpark, jedenfalls abseits der markierten Wege und Routen (Art. 2 der Nationalparkordnung des grossen Rates des Kantons Graubünden vom 23. Februar 1983, erlassen gestützt auf das Nationalparkgesetz vom 19. Dezember 1980, SR 454). Diese Einschränkungen sind zu beachten, obwohl sie nicht in der Verordnung über Luftfahrzeuge besonderer Kategorien oder sonstwie in der Luftfahrtgesetzgebung, sondern in anderen einschlägigen Erlassen enthalten sind. Regelt somit das Luftfahrtrecht des Bundes klarerweise das Starten und Landen mit Hängegleitern nicht abschliessend, so sind nicht nur die übrigen bundesrechtlichen, sondern auch die kompetenzgemäss erlassenen kantonalrechtlichen Einschränkungen massgeblich. Das gilt namentlich für die Einschränkungen aus Gründen des Natur- und Landschaftsschutzes.»⁸

Ob eine Regelung abschliessender Natur ist, ist oftmals schwierig zu beantworten. Dies hängt damit zusammen, dass das Bundesrecht *keine äussere Erkennbarkeit* aufweist, ob es abschliessend gelten soll oder nicht.⁹ Im Recht der europäi-

⁶ Art. 1, 3, 6, 8 und 9 VLK.

⁷ Verordnung vom 23. November 1994 über die Infrastruktur der Luftfahrt (VIL), SR 748.131.1.

⁸ BGE 122 I 70 E. 4e/bb S. 79. Es ging im Wesentlichen um das Abfliegen und Landen auf Alpweiden, wobei der Kanton eine kantonalrechtliche Regelungskompetenz zum Schutz der Alpweiden in Anspruch genommen hatte, was vom Bundesgericht geschützt wurde.

⁹ BIAGGINI, Rechtsetzung, S. 178 ff.

schen Union sind Verordnungen unmittelbar anwendbar und verdrängen widersprechende Regelungen im Recht der Mitgliedstaaten, wogegen die Richtlinien nur ausnahmsweise unmittelbare Wirkungen entfalten.¹⁰

Selbst wenn eine äussere Erkennbarkeit bestünde, blieben praktische Unsicherheiten, wie das obige Beispiel illustriert.¹¹ Der Konflikt entsteht nämlich aus dem *unterschiedlichen Regelungszugang zur gleichen Thematik*. Der Bund regelt die Hängegleiter, der Kanton den Schutz der Alpweiden, wobei sich die Regelungsgebiete bei Starts und Landungen von Hängegleitern überschneiden.

Einen aktuelleren Konflikt, in dem die Grenze zwischen Bundesstrafrecht und kantonalem Polizeirecht zu ziehen war, beurteilte das Bundesgericht im Entscheid über das sog. «Nacktwandern»¹². Sowohl bei der – bekannten – Konflikt-

¹⁰ BORCHARDT, N 520 ff.; JAAG, N 2108 ff. Sind die Bestimmungen nicht fristgerecht und korrekt in das innerstaatliche Recht umgesetzt worden, genügend bestimmt und unbedingt und räumen sie den Bürgerinnen und Bürgern Rechte gegenüber dem Staat ein, so sind auch Richtlinien unmittelbar anwendbar (JAAG, N 2119 ff.).

¹¹ Eine gute abstrakte Umschreibung des Vorrangs von Bundesrecht findet sich in BGE 138 I 410 E. 3.1 S. 414 f.: «Le principe de la primauté du droit fédéral, consacré par l'art. 49 al. 1 Cst., fait obstacle à l'adoption ou à l'application de règles cantonales qui éludent des prescriptions de droit fédéral ou qui en contredisent le sens ou l'esprit, notamment par leur but ou par les moyens qu'elles mettent en œuvre, ou qui empiètent sur des matières que le législateur fédéral a réglementées de façon exhaustive. Cependant, même si la législation fédérale est considérée comme exhaustive dans un domaine donné, une loi cantonale peut subsister dans le même domaine si elle poursuit un autre but que celui recherché par le droit fédéral. Par ailleurs, dans la mesure où une loi cantonale renforce l'efficacité de la réglementation fédérale, le principe de la force dérogatoire n'est pas violé.»

In BGE 138 II 537 E. 4.2 S. 559 f. kam das Bundesgericht zum Schluss, dass sich der Betroffene in einem prinzipiell dem Kanton zustehenden Rechtsgebiet sowohl auf das Bundesrecht als auch auf das kantonale Recht berufen kann, wenn neben einer direkt anwendbaren spezifischen Bundesregelung eine weitergehende, für den Betroffenen günstigere kantonale Norm existiert.

¹² Siehe BGE 138 IV 13, wonach für kantonales Übertretungsstrafrecht kein Raum bleibt, soweit das schweizerische Strafgesetzbuch die Angriffe auf ein Rechtsgut durch ein geschlossenes System von Normen abschliessend regelt (E. 3.3.1). Nach der Revision des fünften Titels des schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311) durch das Bundesgesetz vom 21. Juni 1991, in Kraft seit 1. Oktober 1992, ist die nicht sexuell motivierte Entblössung im öffentlichen Raum nicht nach StGB strafbar (E. 3.3.2). Somit fiel die Bestrafung des sog. «Nacktwanderns» in den Kompetenzbereich der Kantone, welche nach Art. 335 Abs. 1 StGB das Rechtsgut der «öffentlichen Sittlichkeit» durch ihr jeweiliges Übertretungsstrafrecht schützen können (E. 3.3.2).

linie zwischen Bundesprivatrecht und kantonalem öffentlichem Recht¹³ wie auch bei schlichtem Bundesverwaltungsrecht wie der Regelung der Hängegleiter besteht die Unsicherheit, ob nicht eine Regelungsbefugnis des Kantons bestehen bleibt. Es ist deshalb fraglich, ob der Bund seine Regelung ohne Weiteres als abschliessend bezeichnen kann.¹⁴

2. Einseitig zwingendes Bundesrecht

Einseitig zwingendes Bundesrecht belässt den Kantonen Spielraum in eine bestimmte Richtung, verbietet jedoch Regelungstätigkeiten in eine andere. Ty-

Gemäss Art. 335 Abs. 1 StGB bleibt den Kantonen die Gesetzgebung über das Übertretungsstrafrecht insoweit vorbehalten, als es nicht Gegenstand der Bundesgesetzgebung ist. Vgl. BGer Urteil 1C_140/2008 vom 17. März 2009, in dem Art. 49 Abs. 1 BV gerügt wird und sich das Bundesgericht in E. 4 mit der Abgrenzung eines kantonalen polizeilichen Straftatbestandes und Art. 260 StGB auseinandersetzt. Ein weiterer Anwendungsfall diesbezüglich stellt BGE 133 I 286 dar. Darin hatte das Bundesgericht zu entscheiden, ob der Kanton Basel-Stadt in seiner Jugendstrafprozessordnung eine Bestimmung aufnehmen durfte, welche die ausnahmsweise Unterbringung jugendlicher Straftäter in Anstalten für Erwachsene vorsah. Das Bundesgericht qualifizierte die Bestimmung von Art. 6 Abs. 2 des Bundesgesetzes über das Jugendstrafrecht vom 20. Juni 2003 (JStG, SR 311.1), welche die getrennte Unterbringung von jugendlichen und erwachsenen Delinquenten vorsieht, als abschliessend, so dass der Kanton diesbezüglich keine abweichenden Regelungen erlassen kann (BGE 133 I 286 E. 4.5 f. S. 296 ff).

Inwieweit dem kantonalen Gesetzgeber neben der schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO, SR 272) Raum für eine prozessuale Anordnung im Bereich des summarischen Verfahrens verbleibt, hatte das Bundesgericht in BGer Urteil 4A_495/2012 vom 10. Januar 2013 (zur Publikation vorgesehen) zu beurteilen und negierte diesen aufgrund der Materialien.

¹³ Siehe MARTI, Handkommentar Privatrecht, Art. 6 N 1, wonach von einer prinzipiellen Unabhängigkeit und sachlichen Gleichberechtigung von Bundeszivilrecht und öffentlich-rechtlicher Gesetzgebungsbefugnis auszugehen ist, wobei von einem relativen Vorrang des Bundeszivilrechts auszugehen ist, innerhalb welchem jedoch die expansive Kraft des kantonalen öffentlichen Rechts gilt (siehe auch BGE 135 III 633 E. 5 S. 637 ff.). Zur harmonisierenden Auslegung und Anwendung von Art. 6 Abs. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) siehe BGE 132 III 49 E. 2.2 S. 51 f. und BGE 129 III 161 E. 2.6 S. 165 f.

¹⁴ Abschliessende Rechtsetzungskompetenzen liegen gemäss der Begrifflichkeit der Bundesverfassung vor, wenn eine Materie als «Sache des Bundes» (siehe Art. 60 Abs. 1 und Art. 61 Abs. 1 BV) oder die Formulierungen wie «der Bund erlässt Vorschriften» (siehe Art. 74 Abs. 1 BV), «der Bund sorgt dafür» (siehe Art. 104 BV), «der Bund stellt sicher» (siehe Art. 83 Abs. 1 BV) und «der Bund trifft Massnahmen» (siehe Art. 100 Abs. 1 BV) verwendet werden. Vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 1085.

pisch ist das bundesrechtliche Festschreiben von Mindeststandards, die über-, aber nicht unterschritten werden dürfen. So legt Art. 4 des Bundesgesetzes zum Schutz vor Passivrauchen¹⁵ fest, dass die Kantone strengere Vorschriften zum Schutz der Gesundheit erlassen können.¹⁶ Die bundesrechtliche Regelung darf also nicht unterschritten werden, doch können die Kantone die Vorgaben verschärfen.

Unsicher kann sein, ob bei einer Norm, die sich nicht ausdrücklich als einseitig zwingend ausweist, der Kanton noch verbessernd, verstärkend oder verschärfend legiferieren darf. Namentlich mit Blick auf Materialien und Zielsetzung der Bundesregelung ist diese Frage im Rahmen der *allgemeinen Auslegungsmethoden* zu klären. Dementsprechend ist es nützlich und richtig, wenn die Bundesgesetzgebung Klarheit schafft, ob sie zwingend (und abschliessend) oder nur einseitig zwingend ist. Mindestens in den Materialien sollte dies erörtert werden.

3. Grundsatz- oder Rahmengesetzgebung

Nach der hier vertretenen Auffassung sind Grundsatz- und Rahmengesetzgebung gleichbedeutend.¹⁷ In diesem Sinne ist Grundsatzgesetzgebung die neue terminologische Verwendung der gleichen Idee begrenzter Inanspruchnahme der Bundeskompetenz, welche früher unter dem Stichwort der «Oberaufsicht»

¹⁵ Bundesgesetz vom 3. Oktober 2008 zum Schutz vor Passivrauchen, SR 818.31.

¹⁶ Weitere Beispiele finden sich in Art. 3 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1983 über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG), SR 211.412.41, in Art. 4 des Bundesgesetzes vom 13. Dezember 2002 über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (BehiG), SR 151.3, sowie in Art. 3 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 7. Oktober 1983 über den Umweltschutz (USG, SR 814.01), hier aber im Verhältnis zu anderen Bundesgesetzen. Art. 3 Abs. 1 USG geht auf einen Antrag in der Kommission des Nationalrats zurück. Obwohl sich die Verwaltung zunächst gegen diese Fassung aussprach, weil es keine strengeren Vorschriften in Spezialgesetzen gebe, erachtete die Kommission die Präzisierung als sinnvoll, wobei die strenge Kausalhaftung nach dem damaligen Art. 36 des Bundesgesetzes vom 24. Januar 1991 über den Schutz der Gewässer (GSchG), SR 814.20 in der Fassung von 1971 (AS 1972 950) weitergelten sollte. Das Plenum hiess den Antrag diskussionslos gut (Amtl. Bull. N 1982 S. 343 ff.), während er vom Ständerat zunächst abgelehnt (Amtl. Bull. S 1983 S. 259 f.), in der Differenzbereinigung aber schliesslich angenommen (Amtl. Bull. S 1983 S. 518) wurde.

¹⁷ So auch TSCHANNEN, Staatsrecht, § 20 N 37.

diskutiert wurde.¹⁸ Es gibt aber durchaus Lehrmeinungen, welche die beiden Begriffe differenzierter verwenden.¹⁹

Drei Indizien sprechen dafür, dass Bundesrecht lediglich die Grundsätze regelt:²⁰

- Es besteht weiterer Umsetzungsbedarf,
- den Kantonen verbleibt ein Regelungsbereich von substanziellem Gehalt und
- die Regelungsdichte ist tief.

Ein Grundsatzgesetz des Bundes schliesst aber nicht aus, dass einzelne Bestimmungen durchaus «tief» oder «dicht» normieren können und dem Kanton keinen oder einen geringen Umsetzungsspielraum lassen, wie etwa die Rodungsbewilligung (detaillierte Bestimmung) im Waldgesetz²¹ (Grundsatzgesetz).²²

Im Bereich der Grundsatzgesetzgebung stellen sich meines Erachtens zwei Fragen: Was sind «Grundsätze» und wer ist berechtigt, die Grundsätze weiter auszuführen?

Der Begriff des Grundsatzes ist zwar moderner und verfassungsrechtlich vorgegeben, aber nicht frei von Doppeldeutigkeit.

¹⁸ BIEDERMANN, S. 61 ff.

¹⁹ Siehe hierzu MÄCHLER, S. 49 f.: «Insbesondere treffen wir neben den Kompetenznormen mit der Umschreibung «Oberaufsicht» und «Grundsätze» auch auf solche, bei denen sich ihre Natur als beschränkte Gesetzgebungskompetenzen nicht aus dem Gebrauch eines einheitlichen Begriffes, sondern durch Auslegung ergibt. Der Umstand, dass in der Lehre sich eine lebhaftere Diskussion entfachte [...] zeigt, dass dieser Terminologiewechsel mehr Verwirrung als zur Klärung beigetragen hat. [...] Die Bezeichnung Rahmengesetzgebung bzw. Rahmengesetzgebungskompetenz erweist sich aber auch als treffender als Grundsatzgesetzgebung oder Grundsatzgesetzgebungskompetenz. Während bei Grundsätzen die Betrachtungsweise hauptsächlich auf die einzelne Norm beschränkt bleibt, gelingt es mit der Umschreibung Rahmengesetzgebung besser, den Blick auf den gesamten Regelungsbereich zu richten. Die Vorstellung von einem Rahmen eignet sich viel eher zur Charakterisierung einer Regelungsverteilung, bei welcher der Bund das Gerüst einer durch die Kantone auszufüllenden Regelung schafft.»

²⁰ LANGHART, S. 28.

²¹ Bundesgesetz vom 4. Oktober 1991 über den Wald (WaG), SR 921.0. Die Ausnahmebewilligung für Rodungen ist in Art. 5 WaG geregelt.

²² TSCHANNEN, Staatsrecht, § 20 N 39, ist der Ansicht, dass eine Grundsatzgesetzgebungskompetenz dem Bund nicht verbiete, aus eidgenössischer Sicht zentrale Rechtsfragen bis ins Detail zu regeln.

Im Jagdgesetz²³ hat der Bundesgesetzgeber in Art. 1 Abs. 1 festgehalten, dass dieses Grundsätze aufstellt, nach denen die Kantone die Jagd zu regeln haben – ob der Bundesgesetzgeber dies hätte sagen müssen, ist mit Blick auf Art. 79 BV²⁴ fraglich. Das explizite Bekenntnis in Art. 1 JSG mag immerhin eine Hilfestellung bieten, dass die Reichweite des Bundesgesetzes zurückhaltend *auszulegen* ist.²⁵

Ausserhalb des Verhältnisses Bund-Kantone versteht man unter dem Stichwort des Grundsatzes etwas anderes. Bekannte Grundsätze sind die rechtsstaatlichen in Art. 5 BV, welche nichts mit der kantonalen Gesetzgebungskompetenz zu tun haben, sondern Grundsätze im Sinne allgemeiner staatlicher Handlungspflichten darstellen. Das ist im Jagdgesetz offensichtlich nicht gemeint. Der Begriff des Rahmens wäre deshalb vielleicht klarer gewesen; der Verfassungsgeber hat sich anders entschieden.²⁶

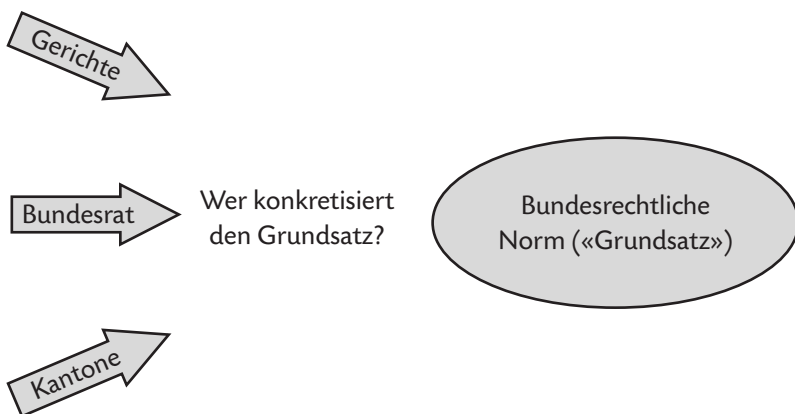
Die wichtigere (und schwierigere) Frage ist jedoch, wer beim Vorliegen einer Grundsatzgesetzgebung konkretisierend legiferieren darf. Der Bund wird im Rahmen seiner Grundsatzgesetzgebung – aber auch ausserhalb dieser – oft mit offenen Normen arbeiten. *Wer* soll diese Offenheit ausfüllen? In Frage kommen Gerichte, Bundesrat und Kantone.

²³ Bundesgesetz vom 20. Juni 1986 über die Jagd und den Schutz wildlebender Säugetiere und Vögel (JSG), SR 922.0.

²⁴ Art. 79 BV lautet wie folgt: «Der Bund legt Grundsätze fest über die Ausübung der Fischerei und der Jagd, insbesondere zur Erhaltung der Artenvielfalt der Fische, der wild lebenden Säugetiere und der Vögel.»

²⁵ Nach BIAGGINI, Komm. BV, Art. 79 N 3 wäre der Bund bspw. nicht befugt, ein generelles Jagd- oder Fischereiverbot zu verhängen. Zudem gehören Fischerei und Jagd zu den traditionellen Regalbereichen, in welchen die Kantone Monopole errichten dürfen, was vom Bund zu respektieren ist (BIAGGINI, Komm. BV, Art. 79 N 2).

²⁶ BIAGGINI, Umsetzung, S. 7 f. argumentiert dahingehend, dass die Disziplinierung der Mitgliedstaaten als zentrales Problem wahrgenommen werde und sich die Gemeinschaftsrechtslehre und -praxis deshalb mangels eigentlicher aufsichtsrechtlicher Interventionsmöglichkeiten darauf konzentriere, Grundsätze und Gebote zu postulieren, die dann vor allem über die Rechtsprechung zur Geltung kommen. Mit weiteren Hinweisen VAN GESTEL ROB, The «Deparliamentarisation» of Legislation: Framework Laws and the Primacy of the Legislature (noch nicht publiziert).



Wird eine Norm nicht weiter durch generell-abstrakte Regeln konkretisiert, sind es die Gerichte, welche die offene Norm auf den Einzelfall anwenden – soweit die Norm überhaupt ohne Umsetzungsrecht anwendbar erscheint. Kommt es zur Normsetzung,²⁷ können zwei Instanzen eine Zuständigkeit in Anspruch nehmen, nämlich der Bundesrat und die Kantone. Der Bundesrat kann sich auf den Standpunkt stellen, dass er aufgrund seiner Kompetenz zum Erlass von Vollzugsvorschriften (Art. 182 Abs. 2 BV) ermächtigt sei, die Grundsatzgesetzgebung zu konkretisieren. Die Kantone können auf die verfassungsrechtliche Ausgangslage hinweisen, wonach der Bund den Kantonen «möglichst grosse Gestaltungsfreiheit» bei der Umsetzung von Bundesrecht belässt (Art. 46 Abs. 3 BV) und dass es im Zweifel die Kantone sind, die den Spielraum in einem Bundesgesetz auszufüllen haben, wenn sie zur Umsetzung und zum Vollzug des Bundesrechts aufgerufen sind.²⁸ Das Vorliegen einer offenen Normierung im Bundesrecht führt dazu, dass sich zur Konkretisierung zwei Behörden konfligierend zur sekundären Normsetzung zuständig fühlen können. BIAGGINI argumentiert verfassungslogisch mit dem Subsidiaritätsprinzip nach Art. 5a BV und weist darauf hin, dass nach der Wahlfreiheit des Bundesgesetzgebers (Art. 46 Abs. 1 BV) überwiegend durch kantonale Verwaltungsbehörden umgesetzt und vollzogen wird.²⁹

²⁷ Wie dargelegt, ist es ein typisches Element der Grundsatzgesetzgebung, dass sie ein spezifizierendes Gesetz benötigt (vgl. SCHWEIZER, S. 11 f.).

²⁸ KÄGI-DIENER, SG-Komm., Art. 46 N 34.

²⁹ BIAGGINI, Rechtsetzung, S. 179 f.

Zu diesem Konflikt besteht wenig gerichtliche Praxis. Das Bundesgericht hatte immerhin einen Streit zwischen dem Bundesrat und dem Kanton St. Gallen im Bereich des Glückspielwesens zu entscheiden.³⁰ Der Bundesrat regelte die Bewilligung von Glückspielautomaten strenger, als dies der Absicht des Kantons entsprach. Der Kanton St. Gallen focht die Verordnung des Bundesrates im Rahmen einer staatsrechtlichen Klage vor Bundesgericht erfolglos an. Das Bundesgericht entschied den Fall unter Hinweis auf die gesetzliche Ausgangslage und in zurückhaltender Anwendung des Grundsatzes der Bundestreue³¹. Wie der Fall unter der neuen Bundesverfassung zu beurteilen wäre, erscheint offen, ebenso die generelle Frage, ob bei offener Normierung des Bundesgesetzgebers eigentlich primär der Bundesrat als Ordnungsgeber oder die Kantone als typische Umsetzungsinstanzen angesprochen sind. Regeln darüber fehlen meines Erachtens.³²

Wenig Praxis zu dieser Frage besteht zunächst deswegen, weil Bund und Kantone von Verfassungen wegen verpflichtet sind, eine friedliche Konfliktbeilegung zu praktizieren (Art. 44 Abs. 3 BV) und dies in der Praxis auch funktioniert.³³ Zu bedenken ist auch, dass Private Übergriffe des Bundes in kantonale Kompetenzbereiche traditionellerweise nicht rügen können – dies im Gegensatz zum umgekehrten Fall, in dem der Kanton in Kompetenzen des Bundes eingreift; in diesem Fall steht den Privaten die Rüge der derogatorischen Kraft des Bundesrechts zur Verfügung.³⁴ Die derogatorische Kraft des Bundesrechts ist als verfassungsmässiges Individualrecht anerkannt, nicht aber als Anspruch auf kompetenzgemäss erlassenes Bundesrecht. Übergriffe des Bundesgesetzgebers, auch zu weite Delegationsnormen an den Bundesrat, sind unter Art. 190 BV

³⁰ BGE 125 II 152.

³¹ Der Grundsatz der Bundestreue stellt gemäss Bundesgericht 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 (BGE 125 II 152 E. 4c/bb S. 163 f.). Aus der beschränkten Justiziabilität des Grundsatzes der Bundestreue folgt eine Beschränkung der Kognition des Bundesgerichts.

³² Vgl. dazu auch BIAGGINI, Theorie und Praxis, S. 60 ff. Ähnlich verhält es sich bei der Frage, ob offene Normierungen in Bundesgesetzen durch Ordnungsbestimmungen des Bundesrates, durch Verwaltungsverordnungen oder aber durch die Praxis der Gerichte ausgefüllt werden sollen; vgl. hierzu UHLMANN/HOFSTETTER, S. 459 ff.

³³ BIAGGINI, Komm. BV, Art. 44 N 10 ff. weist unter anderem darauf hin, dass das Bundesgericht nur selten mit bundesstaatlichen Streitigkeiten befasst wird.

³⁴ Zur derogatorischen Kraft des Bundesrechts siehe HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 1171 ff.; RHINOW/SCHEFER, N 743 ff.; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 22 N 13 ff.

geschützt.³⁵ Allerdings: Das Bundesgericht zeigt – mit Blick auf Art. 95 BGG³⁶ zu Recht – eine gewisse Tendenz, auch die Verletzung von einfachem Bundesverfassungsrecht zu korrigieren.³⁷ Es wäre somit denkbar, dass Private versuchen könnten, eine Bundesratsverordnung vorfrageweise auf ihre Übereinstimmung mit Art. 46 Abs. 3 BV überprüfen zu lassen.³⁸

Mit Blick auf diese Unsicherheiten in der Zuständigkeit erscheint es richtig, dass *der Gesetzgeber selbst* die Kompetenzabgrenzung vornimmt. Gemäss Art. 32 Abs. 1 TSchG³⁹ erlässt der Bundesrat die Vollzugsvorschriften, wobei gemäss Abs. 2 desselben Artikels der Vollzug den Kantonen obliegt, sofern das Tierschutzgesetz nichts anderes vorsieht. Diese Norm ist im Hinblick auf die Vervollständigung der gesetzlichen Regelung nicht rein deklaratorischer Natur.

³⁵ Vgl. hierzu HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 1180; RHINOW/SCHÉFER, N 769; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 22 N 18.

³⁶ Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG), SR 173.110.

³⁷ Siehe hierzu BGE 138 I 378, welcher zur Rechtmässigkeit der kantonalen Glarner Sachversicherung in E. 6.2.3 darlegt, dass die angefochtenen Gesetzesbestimmungen nicht die rechtliche Befugnis der Beschwerdeführer einschränken, Versicherungen anzubieten, sondern der kantonalen Sachversicherung Glarus erlaube, in bestimmten Bereichen gleich wie die Beschwerdeführenden als konkurrierende Versicherungsanbieterin tätig zu sein. Die Glarner Sachversicherung trete damit bloss als *zusätzliche* Konkurrentin auf dem Markt auf, sodass unter Vorbehalt einer Verletzung der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden keine Einschränkung von Art. 27 BV vorliege (E. 6.2.2). Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten könne aber auch die Verletzung objektiv-rechtlicher Normen gerügt und in diesem Zusammenhang eingewendet werden, durch die staatliche Wirtschaftstätigkeit werde Art. 94 BV verletzt, unabhängig davon, ob eine Einschränkung der individualrechtlichen Komponente (Art. 27 BV) vorliege.

³⁸ Denkbar wäre eine Praxis, die eine Berufung des Privaten wie bei der Gemeindeautonomie zulässt (BGE 114 Ia 291 E. 3a S. 292). Die hilfsweise Anrufung der Gemeindeautonomie ist immer dann zulässig, wenn der Beschwerdeführer legitimiert ist, eine Verletzung anderweitiger verfassungsmässiger Rechte zu rügen (BGE 102 Ia 430 E. 8a S. 436 f.; bestätigt in BGE 105 Ia 47 E. 2 S. 48 und BGE 108 Ia 264 E. 8 S. 269 f.). Vom Grundsatz der Zulässigkeit der vorfrage- oder hilfsweise gerügten Verletzung der Gemeindeautonomie zur Unterstützung einer anderweitigen Verfassungsrüge muss aber dann eine Ausnahme gemacht werden, wenn dasjenige Organ, das für die Vertretung der Gemeinde zuständig ist, ausdrücklich oder stillschweigend (durch konkludentes Handeln) darauf verzichtet hat, sich auf die behauptete Verletzung der Gemeindeautonomie zu berufen (BGE 107 Ia 96 E. 1c S. 96). Können neben Art. 46 Abs. 3 BV weitere Verfassungsrügen vorgebracht werden und verzichtet der Kanton nicht ausdrücklich oder stillschweigend darauf, sich auf die Verletzung der kantonalen Gestaltungsfreiheit zu berufen, könnten Private zu dieser Beschwerde legitimiert sein.

³⁹ Tierschutzgesetz vom 16. Dezember 2005 (TSchG), SR 455.

Nach Art. 42 TSchG sind nämlich die Kantone dazu aufgerufen, die entsprechenden Regelungen zu erlassen, soweit das Tierschutzgesetz zu seiner Ausführung der Ergänzung durch kantonales Recht bedarf. Durch eine solche Regulationsverteilung sind die sekundären Regelungszuständigkeiten von Bundesrat und Kantonen weitgehend geklärt.

4. Vorbehaltenes Bundesrecht

Vorbehaltenes Bundesrecht bedeutet, dass der Bund die Regelungszuständigkeit an sich in Anspruch nimmt, aber mindestens für eine Übergangszeit kantonale Regelungen (weiterhin) akzeptiert. Ein Beispiel für einen solchen Vorbehalt findet sich im Umweltschutzrecht des Bundes, ein Bereich mit nachträglich derogatorischer Regelungskompetenz des Bundes.⁴⁰ Art. 65 Abs. 1 USG lautet: «Solange der Bundesrat von seiner Verordnungskompetenz nicht ausdrücklich Gebrauch gemacht hat, können die Kantone im Rahmen dieses Gesetzes nach Anhören des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation eigene Vorschriften erlassen.»⁴¹ Eine solche Technik kann das Problem der möglichst raschen Umsetzung entschärfen und den Kantonen einen Spielraum mindestens für eine Übergangszeit zusichern.

5. Dispositives Bundesrecht

Dispositives Bundesrecht beansprucht Geltung in den Kantonen, solange diese nicht abweichend legisferieren. Ein Beispiel dafür ist der heute nicht mehr in Kraft stehende Art. 472 ZGB⁴². Da man sich beim Erlass des ZGB nicht einigen konnte, ob die Geschwister einen Pflichtteil bekommen und wie hoch dieser sein soll, hat der Bundesgesetzgeber eine Quote von einem Viertel «vorgeschlagen». Gemäss Art. 472 ZGB beliess der Bund den Kantonen die Befugnis, den Pflichtteilsanspruch der Geschwister entweder aufzuheben oder ihn auf die Nachkommen der Geschwister auszudehnen.

⁴⁰ BIAGGINI, Komm. BV, Art. 74 N 3.

⁴¹ Gemäss KELLER, Komm. USG, Art. 65 N 13, stellt Art. 65 Abs. 1 USG in zeitlicher Hinsicht auf den «Gebrauch» der Verordnungskompetenz des Bundesrates ab, womit gemeint sei, dass die kantonale Kompetenz im Zeitpunkt des Inkrafttretens der betreffenden Ausführungsvorschriften zum Umweltschutzgesetz durch den Bundesrat dahinfalle.

⁴² BBl 1979 II 1191 ff., 1353 ff.; AS 1986 122.

Diese (wichtige) Gesetzgebungstechnik sichert das Gesetz gegen Lücken ab und ist an sich unproblematisch – allerdings verursachte gerade die besagte Bestimmung im ZGB den Streit, ob ein Kanton auch 65 Jahre nach Erlass derselben in diesem Bereich noch legiferieren darf.⁴³

Neben punktuellen Regelungen gibt es auch grössere Bereiche, in welchen das Bundesrecht nur dispositiver Natur ist und durch Regelungen der Kantone verdrängt werden kann. Gemäss Art. 37 Abs. 1 DSG⁴⁴ gelten die Normen des bundesrechtlichen Datenschutzgesetzes, soweit keine kantonalen Datenschutzvorschriften bestehen, die einen angemessenen Schutz gewährleisten. Ob nun kantonales oder Bundesrecht zur Anwendung gelangt, wird dadurch zu einer anspruchsvollen Abwägung, da eine materielle Wertung vorzunehmen ist, um festzustellen, ob das kantonale Recht das geforderte Schutzniveau erreicht und damit das dispositive Recht des Bundes zu ersetzen vermag.

Ein erwähnenswertes Projekt im Zusammenspiel von kantonalem Recht und von Bundesrecht war die geplante Revision des BöB⁴⁵, welches eine weitgehende Vereinheitlichung des Beschaffungsrechts der Kantone anstrebte. Die Vorlage ist nach der Vernehmlassung nicht weiter verfolgt worden.⁴⁶

Geplant war eine komplexe Durchmischung von kantonalem und Bundesrecht. Art. 6 Abs. 1 VE-BöB sah vor, dass Kantone in bestimmten Bereichen eigene Vorschriften erlassen können, soweit das BöB dies vorsieht. Dabei ist auch Abs. 3 desselben Artikels interessant; gemäss jener Bestimmung wären Bund und Kantone dazu angehalten gewesen, sich rechtzeitig und umfassend über geplante Änderungen ihrer Vorschriften zu informieren.

Gemäss Art. 59 Abs. 2 VE-BöB hätten Bundesrat und Kantone für ihren Zuständigkeitsbereich bestimmen können, dass Vorschriften, die für die Ausschreibungsverfahren gelten, auf das Einladungsverfahren anwendbar sind. Die Kan-

⁴³ Bejahend BGE 103 Ia 288.

⁴⁴ Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG), SR 235.1.

⁴⁵ Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB), SR 172.056.1.

⁴⁶ Die Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 19. Mai 2010, BBl 2010 4051, enthält lediglich noch die verfahrensrechtliche Anpassung der aufschiebenden Wirkung von Beschwerden. Die ursprüngliche, ausführliche Vorlage findet sich unter www.admin.ch > Dokumentation > Gesetzgebung > Vernehmlassungen > Abgeschlossene Vernehmlassungen > 2008 > Eidgenössisches Finanzdepartement.

tone hätten also die strengeren Vorschriften des Ausschreibungsverfahrens für das Einladungsverfahren für anwendbar erklären können.

Welche Regeln sind nun solche des Bundesrechts und welche solche des kantonalen Rechts? Mit Blick auf den Erlass des Bundesgerichtsgesetzes hat die Zuordnung an Bedeutung verloren;⁴⁷ sie ist aber unvermindert von grosser Bedeutung etwa für das Rügespektrum und die Kognition des Bundesgerichts.⁴⁸ Die Verschachtelung der beiden Rechtssphären von Bund und Kantonen sollte deshalb nicht übertrieben werden.

III. Bundesrechtliche Durchsetzung

Nachfolgend interessiert die Frage, wie der Bund die Umsetzung seines Rechts in den Kantonen durchsetzt, namentlich welche Vorkehren er dafür allenfalls schon auf gesetzlicher Stufe trifft. Im Vergleich dazu kommen der Richtlinie als Harmonisierungsinstrument des EU-Rechts gefestigte Umsetzungsanforderungen zu, namentlich das Gebot der fristgerechten Umsetzung, das Gebot der Publizität, der Klarheit und der Bestimmtheit und das Gebot der Verbindlichkeit des entsprechenden Normaktes.⁴⁹ Diese technischen Hilfsmittel kennt die Bundesgesetzgebung nicht.⁵⁰

⁴⁷ RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, N 1855. In BGer Urteil 2C_528/2012 vom 2. November 2012 führte das Bundesgericht aus, dass es anders als bei der Abgrenzung zwischen der früheren Verwaltungsgerichtsbeschwerde und der staatsrechtlichen Beschwerde bei der Zulässigkeit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 82 ff. BGG ausschliesslich darauf ankomme, ob die im Streit liegende Angelegenheit des öffentlichen Rechts unter einen Ausschlussgrund gemäss Art. 83 BGG falle oder nicht. Mit der staatsrechtlichen Beschwerde konnten kantonale Erlasse und Verfügungen hingegen nur auf verfassungsmässige Rechte hin überprüft werden (Art. 84 und 85 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege [OG], durch Art. 131 Abs. 1 BGG mit Wirkung auf den 1. Januar 2007 aufgehoben), wogegen die Verwaltungsgerichtsbeschwerde auf Bundesrecht gestützte Verfügungen zum Objekt hatte und gemäss Art. 104 lit. a OG sämtliche Bundesrechtsverletzungen geltend gemacht werden konnten.

⁴⁸ RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, N 1956 ff.

⁴⁹ BIAGGINI, Umsetzung, S. 6 f.; BORCHARDT, N 517, m.H.a. EuGH Rs. C-429/01, KOM/Frankreich, Slg. 2003 I-14355 N 83 und Rs. C-354/98, KOM/Frankreich, Slg. 1999 I-4853 N 11.

⁵⁰ HANGARTNER, Kompetenzverteilung, S. 212 ff.

1. Information und Genehmigung

Gemäss Gesetzgebungsleitfaden stehen dem Bund verschiedene Mittel zur Verfügung.⁵¹ Je einschneidender der Eingriff des Bundes ist, desto höher sind die Anforderungen an die entsprechende Rechtsgrundlage. Dabei hat der Bund auf die unterschiedlichen tatsächlichen Begebenheiten in den Kantonen Rücksicht zu nehmen.

Informationspflichten sind rechtlich relativ unproblematisch. Keine grösseren Probleme bereiten offenbar auch Genehmigungsvorbehalte des Bundes. Die frühere Verordnung über die Genehmigung kantonaler Erlasse gilt nicht mehr.⁵² Die allgemeinen Grundlagen finden sich heute in Art. 61b RVOG und Art. 27k–27n RVOV. Sie lauten wie folgt:

RVOG⁵³:

Art. 61b

¹ Soweit ein Bundesgesetz es vorsieht, unterbreiten die Kantone dem Bund ihre Gesetze und Verordnungen zur Genehmigung; die Genehmigung ist Voraussetzung der Gültigkeit.

² In nichtstreitigen Fällen erteilen die Departemente die Genehmigung.

³ In streitigen Fällen entscheidet der Bundesrat. Er kann die Genehmigung auch mit Vorbehalt erteilen.

RVOV⁵⁴: 3a. Kapitel: Genehmigung kantonaler Erlasse:

Art. 27k Einreichung

Art. 27l Weiterleitung an das zuständige Departement

Art. 27m Genehmigung in nichtstreitigen Fällen

Art. 27n Genehmigung in streitigen Fällen

Die Genehmigung durch den Bundesrat hat keine präjudizielle Wirkung vor Gericht, ist aber Voraussetzung für die Gültigkeit des kantonalen Erlasses.⁵⁵ Die Anfechtung kantonalen Rechts bleibt vorbehalten, da die Genehmigung des Bundes das kantonale Recht nicht schützt.⁵⁶

⁵¹ Gesetzgebungsleitfaden, N 404.

⁵² AS 2006 1271. So noch Gesetzgebungsleitfaden, N 410.

⁵³ Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (RVOG), SR 172.010.

⁵⁴ Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 (RVOV), SR 172.010.1.

⁵⁵ TSCHANNEN, Staatsrecht, § 26 N 18.

⁵⁶ BGE 103 Ia 130 E. 3a und 3b S. 133. Siehe auch SÄGESSER, Art. 61b N 31 f.

2. Organisatorische Vorkehren in den Kantonen

Heikler als Information und Genehmigung sind spezifische *organisatorische Anweisungen* des Bundes an die Kantone; in der Literatur finden sich kritische Stimmen.⁵⁷ Diese beziehen sich vor allem auf Eingriffe in das kantonale Rechtssetzungsverfahren.

Als Beispiel sei Art. 61 Abs. 3 BVG⁵⁸ erwähnt. Diese Bestimmung besagt, dass die kantonale Aufsichtsbehörde über die Vorsorgeeinrichtungen eine öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit sein muss und in ihrer Tätigkeit keinen Weisungen unterliegen darf. Mit dieser Bundesvorschrift wird den Kantonen vorgegeben, wie sie die Aufsichtsbehörden zu organisieren haben. Ob die Vorgabe der Organisationsform mit Blick auf das verfolgte Ziel zwingend ist, erscheint offen. Mit der Regelung wollte der Bund vermeiden, dass die kantonalen Regierungen ihre eigenen Pensionskassen beaufsichtigen. Das Problem ist allerdings nicht gelöst, da verschiedene Aufsichtsbehörden mit Regierungsratsmitgliedern bestückt worden sind. Ob dies den Anforderungen der bundesrechtlichen Regelung genügt, ist derzeit zwischen Oberaufsichtskommission und einigen Kantonen streitig.⁵⁹ Die spezifische Organisationsvorschrift hat damit ihr Ziel gerade nicht erreicht, mindestens noch nicht.⁶⁰

3. Beschleunigungen in den Kantonen

Aus Sicht des Bundes ist es ein grosses Anliegen, dass Bundesrecht zügig umgesetzt wird. In der Regel setzt das Bundesrecht dem Kanton eine Frist. Falls diese

⁵⁷ BIAGGINI, Staatsrecht, § 8 N 50 f.; DERS., Theorie und Praxis, S. 122 f. (strenger Massstab betreffend Vorgaben des Bundes an die gliedstaatliche Rechtssetzungsorganisation); DERS., Umsetzung, S. 13 f.; HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 945 ff.; HANGARTNER, Kompetenzverteilung, S. 159 (der Eingriff muss notwendig und zwingend erforderlich sein); DERS., Eigenständigkeit, S. 154; ausführlich MÜLLER, Ausführungserlasse, passim; SCHWEIZER, S. 11 f.; STEIMEN, Rechtsetzungsaufträge, S. 98 ff.; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 16 N 10 ff.

⁵⁸ Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (AHVG), SR 831.40.

⁵⁹ Siehe hierzu die Medieninformationen vom 19. Juni 2012, erhältlich auf www.oak-bv.admin.ch > Aktuell > Oberaufsichtskommission OAK BV mit voller Agenda [zuletzt besucht am 6. März 2013].

⁶⁰ So im Ergebnis auch CAMINADA, S. 107, die von systembedingter Unzulänglichkeit spricht, die sich nicht vollständig lösen lasse.

Frist nicht eingehalten wird, sieht das Bundesrecht verschiedene Massnahmen vor.⁶¹ Illustrativ ist folgendes Beispiel:

Art. 52 Abs. 2 ZGB Schlusstitel⁶² lautet wie folgt:

«Soweit das neue Recht zu seiner Ausführung notwendig der Ergänzung durch kantonale Anordnungen bedarf, sind die Kantone verpflichtet, solche aufzustellen, und können sie vorläufig auf dem Verordnungswege erlassen.»

Die Bestimmung sieht ein Verordnungsrecht der kantonalen Regierung vor, falls der kantonale Gesetzgeber mit der Umsetzung im Verzug ist. Art. 52 Abs. 2 ZGB Schlusstitel wurde am 15. Dezember 1989 revidiert und um das Wort «vorläufig» ergänzt. Hintergrund dieses Zusatzes war, dass der Kanton Zürich einschneidende – und damit offensichtlich gesetzeswürdige – Regelungen im Bereich des fürsorgerischen Freiheitsentzuges auf dem Verordnungsweg erlassen hatte. Das Bundesgericht hat die Vorgängerregelung ohne den Zusatz «vorläufig» zwar mit Blick auf Art. 190 BV geschützt, aber als rechtsstaatlich problematisch angesehen.⁶³

Art. 52 Abs. 2 ZGB Schlusstitel ist eine von verschiedenen Möglichkeiten⁶⁴, um den Prozess in den Kantonen zu beschleunigen.⁶⁵ Eine weitere Form zur Beschleunigung wird aus Art. 53 Abs. 1 ZGB Schlusstitel ersichtlich:

«Hat ein Kanton die notwendigen Anordnungen nicht rechtzeitig getroffen, so erlässt der Bundesrat vorläufig die erforderlichen Verordnungen an Stelle des Kantons unter Anzeige an die Bundesversammlung.»

Auch diese Form von Beschleunigung ist nicht unumstritten.⁶⁶

⁶¹ Gemäss BIAGGINI, *Rechtsetzung*, S. 186 kann das Instrumentarium in zeitlicher Hinsicht in Mittel, die ex ante einwirken, und Mittel, die ex post einwirken, unterschieden werden. Der Gesetzgebungsleitfaden, N 404 ff. zählt Weisungen, die periodische Berichterstattung, die Inspektion, die Erlassgenehmigung, die Behördenbeschwerde und die Aufhebung von Anwendungsakten zum Instrumentarium.

⁶² In der ursprünglichen Fassung des ZGB waren die Schlusstitel noch gar nicht vorhanden. Sie wurden erst später durch das Parlament eingeführt.

⁶³ BGE 108 Ia 178 E. 3c S. 182 ff. Vgl. zum Werdegang dieser Bestimmung auch BRÄNDLI, *Handkommentar Privatrecht*, Art. 52 SchlT N 2 (m.w.H.). Siehe auch KLEY, Art. 52 SchlT N 5 f.

⁶⁴ Siehe zu den Möglichkeiten Fn. 61.

⁶⁵ In diesem Zusammenhang legt Art. 54 Abs. 3 LVG fest: «Der Bundesrat beaufsichtigt den Vollzug durch die Kantone. Er handelt im Einzelfall anstelle eines säumigen Kantons auf dessen Kosten.» Man könnte erwägen, dass der Bund bei Säumnis des Kantons auch Rechtsregelungen erlässt und dafür Rechnung stellt.

⁶⁶ Gemäss BIAGGINI, *Rechtsetzung*, S. 186 f. ist der Selbsteintritt ein Instrument der Bundesaufsicht, welcher in die Organisationsautonomie des Kantons eingreift und auf-

4. Direkte Anwendbarkeit

Der Bund sieht verschiedentlich vor, dass Bundesrecht in den Kantonen direkt anwendbar wird, falls die Kantone in der Umsetzung im Verzug sind. So lautet etwa Art. 72 Abs. 2 StHG⁶⁷:

«Nach Ablauf dieser Frist findet das Bundesrecht direkt Anwendung, wenn ihm das kantonale Steuerrecht widerspricht.»

Trotz der simplen Logik dieser Bestimmung kam es zu einer Rechtsstreitigkeit. Der Kanton Schaffhausen hatte das Problem, dass während der Übergangsfrist eine Initiative eingereicht wurde, welche das kantonale Recht mit Blick auf die bundesrechtliche Regelung «entharmonisiert» hätte. Das Bundesgericht entschied, dass eine Ungültigerklärung der Initiative zu Recht erfolgt war⁶⁸ – was mit Blick auf das Verbot der positiven Vorwirkung (von Art. 72 StHG) mindestens nicht selbstverständlich ist.⁶⁹ Bei lang bemessenen Anpassungsfristen kann es für den Bundesgesetzgeber deshalb angezeigt sein, diese Frage explizit anzugehen.

Der Fall der direkten Anwendbarkeit kann sogar eintreten, ohne dass der Bundesgesetzgeber dies ausdrücklich vorgesehen hat. Art. 98a OG⁷⁰ bot hierzu ein anschauliches Beispiel. Die Bestimmung lautete:

«¹ Die Kantone bestellen richterliche Behörden als letzte kantonale Instanzen, soweit gegen deren Entscheide unmittelbar die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht zulässig ist.

² Sie regeln deren Zuständigkeit, Organisation und Verfahren im Rahmen des Bundesrechts.

grund der potentiellen Erosion der gliedstaatlichen Organisationsautonomie problematisch erscheint.

⁶⁷ Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG), SR 642.14.

⁶⁸ BGE 124 I 101.

⁶⁹ HANGARTNER, Schaffhausen, S. 1106 schliesst sich der Meinung des Bundesgerichtes an, indem er betont, dass kein Grund bestehe, Art. 72 Abs. 2 StHG über seinen Wortlaut hinaus in dem Sinn auszulegen, dass die Kantone während der achtjährigen Frist neues widersprechendes Steuerrecht erlassen könnten. Hätte der Gesetzgeber eine solche Anordnung gewollt, hätte er bestimmen müssen, das Harmonisierungsgesetz trete in acht Jahren und nicht schon auf den 1. Januar 1993 in Kraft.

Im EU-Recht haben die Mitgliedstaaten sämtliche Massnahmen zu unterlassen, welche die Erreichung des mittels Richtlinie angestrebten Ziels innerhalb der Umsetzungsfrist ernstlich gefährden würde (vgl. BORCHARDT, Rz. 521).

⁷⁰ Vgl. zum OG Fn. 47.

³ Beschwerdelegitimation und Beschwerdegründe sind mindestens im gleichen Umfang wie für die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht zu gewährleisten.»

Die Kantone waren teilweise säumig, innerhalb der Zweijahresfrist die entsprechenden organisatorischen und prozessualen Vorkehrungen zu treffen. Als nach Ablauf der Übergangsfrist keine kantonale Regelung vorhanden war, überwies das Bundesgericht Beschwerden zur Behandlung an obere kantonale Gerichte; diese wurden zuständig, auch wenn das kantonale Recht keine entsprechenden prozessualen Bestimmungen enthielt.⁷¹ Die an sich «mildere» Rechtsfolge des Bundesgesetzes führte hier im Ergebnis zu grösserer Rechtsunsicherheit und einem tieferen Einschnitt in die kantonale Verfahrensautonomie.

IV. Kantonales Umsetzungsrecht

Nach den bundesrechtlichen Fragestellungen ist nun das kantonale Umsetzungsrecht zu behandeln. «Umsetzung» und «Vollzug» können dabei nicht immer klar auseinandergelassen werden.⁷² Nach dem hier vertretenen Verständnis ist Umsetzung ein Oberbegriff, der den Begriff des «Vollzugs» einschliesst. Da auch *materielle* Probleme vom Gesetzgeber zu klären sind, stellt die Umsetzung mehr als nur den Vollzug bundesrechtlicher Anordnungen dar.

Die Kantone sind grundsätzlich frei, neben dem unmittelbaren Vollzug des Bundesrechts weitere Massnahmen zu treffen. Neben der Rechtsetzung und dem administrativen Vollzug selbst umfasst die Umsetzung auch politische Gestaltung, den Einsatz von Förderungsmitteln finanzieller Art sowie die gerichtliche Durchsetzung.⁷³

1. Zweck und Ziel

Gesetze enthalten oftmals Zweckbestimmungen, die namentlich für die Auslegung des Gesetzes von Bedeutung sein können.⁷⁴ Bei Umsetzungserlassen sind gewisse Besonderheiten zu berücksichtigen, hier dargelegt an einem Beispiel aus dem Kanton Schaffhausen aus dem Bereich der Berufsbildung:

⁷¹ BGE 135 II 94 E. 6.4 S. 104.

⁷² Gesetzgebungsleitfaden, N 355 mit Beispielen.

⁷³ Gesetzgebungsleitfaden, N 356.

⁷⁴ MÜLLER, Rechtssetzungslehre, N 342.

«Art. 1

¹ Das Gesetz dient dem Vollzug des Bundesgesetzes über die Berufsbildung vom 13. Dezember 2002⁷⁵ und regelt für sämtliche Berufsbereiche ausserhalb der Hochschulen:

- a) die berufliche Grundbildung, einschliesslich der Berufsmaturität;
- b) die höhere Berufsbildung;
- c) die Weiterbildung;
- d) die Qualifikationsverfahren;
- e) die Bildung von Bildungsverantwortlichen;
- f) die Zuständigkeit und die Grundsätze der Berufs-, Studien- und Laufbahnberatung.

² Der Regierungsrat kann den Geltungsbereich dieses Gesetzes oder bestimmter Gesetzesteile auf Bereiche ausdehnen, die dem Berufsbildungsgesetz nicht unterstellt sind, und die erforderlichen Ausführungsbestimmungen erlassen.»⁷⁶

Art. 1 Abs. 1 EG BBG SH definiert als Ziel des kantonalen Gesetzes den Vollzug von Bundesrecht. Art. 1 Abs. 2 EG BBG SH erlaubt dem Regierungsrat, den Geltungsbereich des Gesetzes auf Bereiche auszudehnen, die dem Berufsbildungsgesetz (des Bundes) nicht unterstellt sind. Mit einer solchen Ausdehnung ist aber das Gesetzesziel gemäss Abs. 1 eben gerade überschritten, da in diesen weiteren Bereichen der Kanton nicht bloss Bundesrecht vollzieht, sondern eine eigene (mit dem Bund identische?) Zielsetzung verfolgt. Das ist ohne Weiteres zulässig, deckt sich aber nicht mehr mit der selbst erklärten Zielsetzung.

Kantone können den Erlass von Umsetzungsrecht mit eigenen Zielsetzungen anreichern. Diese Zielsetzungen sollten mindestens in den Materialien niedergelegt werden. Empfehlenswert erscheint auch, dass sich die Materialien dazu äussern, welchen Spielraum der Kanton bei der Umsetzung hat und welche Ziele er innerhalb dieses Spielraumes verfolgt.

2. Normstufe

Der Kanton hat über die Normstufe des Umsetzungserlasses zu befinden. Dabei ist die Normstufe des Bundes von derjenigen des Kantons zu unterscheiden.

Die Stufenfolge der Bundesgesetzgebung ergibt sich aus Art. 164 BV. Dies gilt auch für Art. 164 Abs. 1 lit. f BV, der die Gesetzesstufe verlangt für die grundlegenden Bestimmungen betreffend «die Verpflichtungen der Kantone bei der

⁷⁵ BBG, SR 412.10.

⁷⁶ Einführungsgesetz zum Berufsbildungsgesetz des Kantons Schaffhausen vom 8. Mai 2006 (EG BBG SH), SHR 412.100.

Umsetzung und beim Vollzug des Bundesrechts». Diese Bestimmung betrifft aber nur den Bund und zeigt gerade, dass die Kriterien der Normstufe des Bundes mit denjenigen der Kantone nicht deckungsgleich sein müssen. Der Kanton kann von der Regelungsstufe des Bundes nicht direkt ableiten, welche Normstufe er selbst zu wählen hat.⁷⁷ Die Frage der Normstufe beim Umsetzungsrecht ist eine kantonalrechtliche Frage, solange der Bund nicht – wie oben dargelegt – eingreift.⁷⁸ Der Kanton hat die Frage der Normstufe eigenständig zu beantworten.

Dabei ist denkbar, dass der Kanton direkt auf Verordnungsstufe legiferiert, wie der nachfolgende Ingress beispielhaft zeigt:

«Der Regierungsrat,

gestützt auf Art. 54 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 8. Oktober 1982 über die wirtschaftliche Landesversorgung⁷⁹ und Art. 17 Abs. 2 der Verordnung vom 6. Juli 1983 über die Organisation der wirtschaftlichen Landesversorgung⁸⁰, [...]»⁸¹

Der Regierungsrat erlässt direkt die (kantonale) Verordnung. Im Ergebnis ist diese Praxis nicht zu beanstanden.⁸² Der Regierungsrat muss aber darlegen können, auf welche gesetzliche Grundlage er sein Handeln stützt – sei es die allgemeine Verordnungs- und Vollzugskompetenz gemäss kantonalem Verfas-

⁷⁷ BIAGGINI, Umsetzung, S. 4 ff.

⁷⁸ KÄGI-DIENER, SG-Komm., Art. 46 N 18. Vgl. zu den Vorgaben des Bundes an die Kantone auch oben S. 52 sowie die Nachweise in Fn. 57.

⁷⁹ LVG, SR 531.

⁸⁰ SR 531.11.

⁸¹ Ingress der Verordnung des Kantons Zürich zum Bundesgesetz über die wirtschaftliche Landesversorgung vom 24. November 2010, LS 172.4.

⁸² Das Bundesgericht überzeugte in BGE 130 I 26 E. 5.3.2 S. 48 der vom Beschwerdeführer geltend gemachte Einwand, wonach der Zulassungsstopp auf kantonaler Ebene einer formellgesetzlichen Grundlage bedürfe, nicht: «Wenn die Zulassungsverordnung und die Erläuterungen des Bundesamts hierzu hinsichtlich des den Kantonen zustehenden Spielraums auch nicht völlig klar erscheinen, ergibt sich aus Wortlaut, Systematik und Entstehungsgeschichte von Art. 55a KVG doch, dass der Bundesrat damit eine unmittelbar anwendbare bundesrechtliche Zulassungsregelung aufgestellt hat, die im Einzelfall von den Kantonen vollzogen wird und durch entsprechende Ausführungsverordnungen nur noch konkretisiert werden kann[.]» Das Bundesgericht stützte sich auf die Ausführungen der Parlamentarier (E. 5.3.2.1), wonach die Kantone die Ausführungsdetails zu regeln befugt seien, und den von der herrschenden Lehre vorgezeichneten Beschwerdeweg (E. 5.3.2.2), welcher nur möglich sei, falls es sich beim Zulassungsentscheid um eine unmittelbar anwendbare bundesrechtliche Regelung handle und deren kantonale Umsetzung bloss unselbständiges Ausführungsrecht dazu bilde.

sungsrecht, eine sachbereichsspezifische Grundlage im eidgenössischen oder kantonalen Recht oder reine Rechtspraxis.

3. Regelungsarchitektur

Es bestehen keine Vorgaben, ob der Kanton bei der Umsetzung von Bundesrecht mit eigenen Einführungsgesetzen zu operieren oder Umsetzungserlasse in die bestehende Regelungsarchitektur zu integrieren hat. So ist etwa das Strassenverkehrsrecht des Bundes teilweise als «EG SVG», teilweise als Teil der Strassenverkehrsgesetzgebung umgesetzt worden.⁸³

Der Begriff des Einführungsgesetzes hat in diesem Sinne keine normative Relevanz. Es gibt keinen Grund dafür, Einführungsgesetze als besondere Kategorie zu führen. Ob nun bei der Umsetzung ein neues Gesetz erlassen wird oder neue Normen in bestehende Erlasse eingefügt werden, sollte in Anwendung der allgemeinen Kriterien⁸⁴ entschieden werden.

4. Wiederholungen

Im Bundesrecht ausgeführte Regelungen sollten vom Kanton nicht nachgeführt werden. Wiederholungen sind abzulehnen, weil die Regelung auf Bundesstufe genügt und dem kantonalen Recht kein normativer Gehalt zukommt.⁸⁵

Soll der Kanton «schlechtes» Bundesrecht verbessern? Dieser Meinung war offenbar der Kanton Graubünden, als er Begriffsbestimmungen abweichend vom Bund vornahm. In der Botschaft wird durch den Regierungsrat ausgeführt:

«Angesichts der Bedeutung der Begriffe Niederlassungsgemeinde, Aufenthaltsgemeinde und Kollektivhaushalt wird die Wiederholung der Definitionen aus dem Bundesgesetz insbesondere von den Gemeinden und vom Amt für Gemeinden ausdrücklich be-

⁸³ Bspw. das Einführungsgesetz zum Strassenverkehrsgesetz des Kantons Appenzell Innerrhoden vom 26. April 1992, GSAI 741.000; vgl. dagegen Strassengesetz des Kantons Luzern vom 21. März 1995, SRL 755.

⁸⁴ Siehe MÜLLER, Rechtssetzungslehre, N 98 ff.; Gesetzgebungsleitfaden, N 643 ff.

⁸⁵ So auch MÜLLER, Rechtssetzungslehre, N 392. Gemäss BIAGGINI, Komm. BV, Art. 49 N 10 zweites Lemma, handelt es sich bei wiederholenden kantonalen Vorschriften rechtlich um ein «nullum». Nur am Rande sei erwähnt, dass sich für den Bund ähnliche (ungelöste) Fragen bei der Umsetzung von internationalem, namentlich europäischem, Recht stellen.

grüsst. Die Definition der Aufenthaltsgemeinde ist im ERG⁸⁶ praxisfreundlicher und prägnanter formuliert. [...]

Die [vom Bund] festgelegten Definitionen gelten aufgrund des Vorrangs des Bundesrechts somit auch im kantonalen Recht. Insbesondere die Begriffe Niederlassungsgemeinde (auch Wohnsitzgemeinde) und Aufenthaltsgemeinde (auch Nebenwohnsitzgemeinde oder Zweitwohnsitzgemeinde) sind erst im RHG⁸⁷ gesamtschweizerisch definiert worden, wobei auf die Begriffsbestimmung des [ZGB] sowie auf die Praxis der Kantone und Gemeinden abgestützt wurde.

Aufgrund ihrer Wichtigkeit werden gewisse Definitionen teilweise im ERG wiederholt und praxisfreundlicher, aber ohne inhaltliche Abweichungen, präzisiert.»⁸⁸

Es ist fraglich, ob Argumente der Wichtigkeit und der Verbesserung («Praxisfreundlichkeit») Wiederholungen rechtfertigen können. Unterschiedliche Formulierungen werfen sofort Auslegungsfragen auf. Deshalb sollte der Kanton Wiederholungen vermeiden – auch wenn er die Begriffe besser definiert als der Bund.⁸⁹

V. Zusammenfassung

Der Bund muss bei der Gesetzgebung reflektieren, in welchem Umfang die Kantone noch legiferieren können und sollen. Er hat diesen Spielraum in seiner Gesetzgebung so gut als möglich zu *kennzeichnen*. Mögliche Formen sind abschliessendes Bundesrecht, einseitig zwingendes Bundesrecht, Grundsatzgesetzgebung, vorbehaltenes Bundesrecht und dispositives Bundesrecht.

⁸⁶ Gesetz des Kantons Graubünden über die Einwohnerregister vom 15. Juni 2010, BRGR 171.200.

⁸⁷ Bundesgesetz vom 23. Juni 2006 über die Harmonisierung der Einwohnerregister und anderer amtlicher Personenregister (Registerharmonisierungsgesetz, RHG), SR 431.02.

⁸⁸ Botschaft der Regierung an den Grossen Rat Heft Nr. 12/2009–2010, S. 713.

⁸⁹ Gemäss N 195 der Zürcher Richtlinien zur Rechtsetzung hat dies folgende Gründe: Dem Organ, das einen untergeordneten Erlass beschliesst, sollen nur Normen vorgelegt werden, bei denen es über Entscheidungsspielraum verfügt. Wird das übergeordnete Recht geändert, besteht die Gefahr, dass der untergeordnete Erlass nicht nachgetragen wird. Wiederholungen erwecken den stets unzutreffenden Eindruck, der untergeordnete Erlass enthalte alle Normen, die für einen Sachbereich zu beachten sind. Wiederholungen bergen die Gefahr, dass bei der Rechtsanwendung auf die wiederholte Norm statt auf die (einzig massgebende) Norm des höherrangigen Erlasses abgestellt wird.

Auf die Umsetzung von Bundesrecht nimmt der Bund auf vielfältige Weise Einfluss, so über Information und Genehmigung kantonaler Erlasse, den Erlass organisatorischer Vorkehren und mit Beschleunigungsmechanismen im Bundesrecht, welche für die Kantone verbindlich sind. Der richtige Einsatz solcher Vorgaben ist anspruchsvoll. Vielfach sieht das Bundesrecht auch – implizit oder explizit – die direkte Anwendbarkeit vor.

Umsetzungsrecht in den Kantonen ist *mehr als blosser Vollzugsgesetzgebung*, da auch materielle Fragen davon betroffen sein können. Rechtsetzungstechnisch handelt es sich um «gewöhnliche» Rechtsetzung, mit gewissen Besonderheiten hinsichtlich Zweck und Ziel, Stufe sowie Regelungsarchitektur. Wiederholungen von Bundesrecht sind zu vermeiden.

Literatur

- AUER ANDREAS, Les cantons comme piliers de la Confédération suisse, in: Markus Rüssli/Julia Hänni/Reto Häggi Furrer (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, Festschrift für Tobias Jaag, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 383 ff.
- BIAGGINI GIOVANNI, *Rechtsetzung und Vollzug des Bundesrechts*, in: Thomas Bruha (Hrsg.), Europäischer Föderalismus im Licht der Verfassungsgeschichte, Schaan 2011, S. 173 ff.
- BIAGGINI GIOVANNI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2007 [zit. Komm. BV, Art. ... N ...]
- BIAGGINI GIOVANNI, Allgemeine Pflichten und Rechte bei der *Umsetzung* von Bundesrecht durch die Kantone, in: Peter Hänni (Hrsg.), Mensch und Staat, Festschrift für Thomas Fleiner, Freiburg i.Ue. 2003, S. 3 ff.
- BIAGGINI GIOVANNI, *Theorie und Praxis des Verwaltungsrechts im Bundesstaat – Rechtsfragen der «vollzugsföderalistischen» Gesetzesverwirklichung am Beispiel des schweizerischen Bundesstaates unter vergleichender Berücksichtigung der Rechtsverwirklichungsstrukturen in der Europäischen Gemeinschaft*, Habil. 1995, Basel 1996
- BIAGGINI GIOVANNI/GÄCHTER THOMAS/KIENER REGINA (Hrsg.), Staatsrecht, Zürich 2011 [zit. BEARBEITER, Staatsrecht, § ... N ...]
- BIEDERMANN DIETER, Oberaufsicht, Rahmen- und Grundsatzgesetzgebung: kongruente oder differierende Begriffe für eine beschränkte Rechtsetzungskompetenz des Bundes?, *LeGes* 1995/3, S. 43 ff.
- BORCHARDT KLAUS-DIETER, *Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union*, 5. Aufl., Wien 2012
- BREITSCHMID PETER/RUMO-JUNGO ALEXANDRA (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 1–456 ZGB, 641–977 ZGB, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012 [zit. BEARBEITER, Handkommentar Privatrecht, Art. ... N ...]
- BUNDESAMT FÜR JUSTIZ (Hrsg.), Gesetzgebungsleitfaden – Leitfaden für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes, 3. Aufl., Bern 2007

- CAMINADA PETRA, Staatliche Aufsicht in der beruflichen Vorsorge – Neuregelung infolge der Strukturreform, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2012
- EHRENZELLER BERNHARD/MASTRONARDI PHILIPPE/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich et al. 2008 [zit. BEARBEITER, SG-Komm., Art. ... N ...]
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012
- HANGARTNER YVO, Begriff und Bedeutung der *Eigenständigkeit* der Kantone (Art. 47 BV), ZSR 2012 I, S. 145 ff.
- HANGARTNER YVO, Bundesgericht, I. öffentlichrechtliche Abteilung, 25.3.1998, O. Windler, W. Rüegg und Mieterinnen- und Mieterverband Schaffhausen und Umgebung c. Grosser Rat des Kantons *Schaffhausen* (1P.42/1997), staatsrechtliche Beschwerde, AJP 1998, S. 1105 f.
- HANGARTNER YVO, Die *Kompetenzverteilung* zwischen Bund und Kantonen, Habil. St. Gallen 1972, Bern/Frankfurt am Main 1974
- JAAG TOBIAS, Europarecht, Die europäischen Institutionen aus schweizerischer Sicht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2010
- KELLER HELEN/VEREINIGUNG FÜR UMWELTRECHT (Hrsg.), Kommentar zum Umweltschutzgesetz, 2. Aufl., Zürich 2004 [zit. BEARBEITER, Komm. USG, Art. ... N ...]
- KLEY ANDREAS, Kommentar zu Art. 51–54 und Art. 57–61 SchlT ZGB, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Schweizerisches Zivilgesetzbuch II: Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 2003
- LANGHART ALBRECHT, Rahmengesetz und Selbstregulierung – kritische Betrachtungen zur vorgeschlagenen Struktur eines Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel unter Berücksichtigung des amerikanischen und englischen Börsenrechts, Diss. Zürich 1993
- MÄCHLER AUGUST, Rahmengesetzgebung als Instrument der Aufgabenteilung, Diss. Zürich 1987
- MÜLLER GEORG, Elemente einer *Rechtssetzungslehre*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006
- MÜLLER GEORG, Darf der Bund die Rechtsform kantonaler *Ausführungserlasse* bestimmen?, ZBl 75/1974, S. 369 ff.
- RHINOW RENÉ/KOLLER HEINRICH/KISS CHRISTINA/THURNHERR DANIELA/BRÜHL-MOSER DENISE, Öffentliches Prozessrecht, 2. Aufl., Basel 2010
- RHINOW RENÉ/SCHEFER MARKUS, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Basel 2009
- REGIERUNGSRAT DES KANTONS ZÜRICH (Hrsg.), Zürcher Richtlinien der Rechtsetzung vom 21. Dezember 2005, Zürich 2005
- SÄGESSER THOMAS, Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz RVOG, Handkommentar, Bern 2007
- SCHWEIZER RAINER J., Rechtssetzungsprobleme des Bundes im Hinblick auf den Vollzug durch die Kantone, ZBl 78/1977, S. 1 ff.
- STEIMEN URS, Die *Umsetzung* von Bundesrecht durch die Kantone gemäss Art. 46 Abs. 1 und 2 der neuen Bundesverfassung, in: Thomas Gächter/Martin Bertschi (Hrsg.), Neue Akzente der «nachgeführten» Bundesverfassung, Zürich 2000, S. 168 ff.

STEIMEN URS, *Rechtsetzungsaufträge* des Bundes an die Kantone, Diss. Zürich 1999

TSCHANNEN PIERRE, *Verfassungsrechtliche Grundlagen*, in diesem Band, S. 7 ff.

TSCHANNEN PIERRE, *Staatsrecht* der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. Aufl., Bern 2011

UHLMANN FELIX/HOFSTETTER DAVID, Die Verordnung aus dem Blickwinkel der Rechtssetzungslehre, ZBI 113/2012, S. 455 ff.

Umsetzung von Bundesrecht durch die Kantone: jüngste Entwicklungen

Sandra Maissen/Luzius Mader/Robert Baumann*

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	64
	1. Ausgangslage	64
	2. Rechtliche Rahmenbedingungen	66
	3. Gegenstand des Berichts und Massnahmen	68
II.	Einbezug der Kantone bei der Planung und der Ausarbeitung des Vorentwurfs	70
	1. Allgemeines	70
	2. Problematik	70
	3. Massnahmen 1–3	71
III.	Berücksichtigung von Umsetzungsfragen im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens	72
	1. Allgemeines	72
	2. Problematik	73
	3. Massnahmen 4–7	73
IV.	Rückkoppelung zu den Kantonen in der parlamentarischen Phase	75
	1. Allgemeines	75
	2. Problematik	75
	3. Massnahmen 8–10	77
V.	Festlegung der Umsetzungsfristen	78
	1. Allgemeines	78
	2. Problematik	78
	3. Massnahmen 11–14	79
VI.	Weiteres Vorgehen	80
VII.	Fazit	82

* Mit herzlichem Dank für die Mitarbeit an Nicole Gysin, stv. Bereichsleiterin Innenpolitik, KdK, sowie Carmen Grand, wissenschaftliche Mitarbeiterin, KdK.

I. Einleitung

1. Ausgangslage

Der Bund ist nur dort zur Gesetzgebung zuständig, wo ihm in der Bundesverfassung eine entsprechende Kompetenz eingeräumt wird. Die Umsetzung der Bundesgesetzgebung ist in der Regel Sache der Kantone (Art. 46 BV¹). Die Bedeutung der Umsetzung eines Rechtsaktes darf nicht unterschätzt werden. Die Qualität eines Erlasses misst sich auch an seiner Umsetzbarkeit. Wenn sich ein Erlass nicht umsetzen lässt, bleibt er wirkungslos. Ein Gesetz, das einen politisch erwünschten Zustand beschreibt, aber nicht umgesetzt und durchgesetzt werden kann, führt zu einem Spannungsverhältnis zwischen dem Soll-Zustand und den tatsächlichen Verhältnissen. Dies untergräbt die Autorität der Rechtsordnung und damit des ganzen Staatswesens; es gefährdet die Rechtssicherheit, die nicht nur ein wesentliches Gut jeder Bürgerin und jedes Bürgers ist, sondern auch einen wichtigen Standortvorteil der Schweiz darstellt. Die Umsetzung des Bundesrechts zu gewährleisten, ist deshalb ein gemeinsames Anliegen von Bund und Kantonen.

In Zusammenhang mit der Auseinandersetzung zwischen Bundesrat und Kantonsregierungen über den Zeitpunkt der Inkraftsetzung des Bundesgesetzes über die Neuordnung der Pflegefinanzierung vom 13. Juni 2008² hatte die KdK-Plenarversammlung ihrem Sekretariat im Dezember 2009 den Auftrag erteilt, eine Übersicht über die auf kantonaler Ebene erforderlichen Fristen für die Umsetzung von Bundesrecht zu erstellen. In der Folge wurden im Frühling 2010 alle Kantone schriftlich zu den Rechtsetzungsverfahren bei der Umsetzung von Bundesrecht befragt. Die Auswertung der Rückmeldungen machte deutlich, dass die Problematik der Umsetzung von Bundesrecht durch die Kantone weit über die Frage der Festlegung des Inkraftsetzungszeitpunkts hinausgeht. Die Kantone meldeten weitere Problemfelder und schlugen Verbesserungen vor. Die Umfrageergebnisse wurden in einem Workshop mit Vertreterinnen und Vertretern der kantonalen Verwaltungen diskutiert und konkretisiert. Gestützt auf diese Vorarbeiten beauftragte die KdK Felix Uhlmann, in einem Kurzgutach-

¹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV), SR 101.

² AS 2009 3517.

ten darzulegen, wie die Anliegen der Kantone zur Umsetzung von Bundesrecht in der Zusammenarbeit mit dem Bund verbindlicher geregelt werden könnten.

In der Folge haben eine Delegation des Bundesrates und der Konferenz der Kantonsregierungen (KdK) am Föderalistischen Dialog vom 18. März 2011 beschlossen, eine gemeinsame Arbeitsgruppe Bund-Kantone einzusetzen, um auf technischer Ebene Verbesserungsvorschläge zu Umsetzungsfragen zu erarbeiten. Die elfköpfige Arbeitsgruppe bestand aus Mitarbeitenden der kantonalen Verwaltungen, des Sekretariats der KdK, der Parlamentsdienste des Bundes und der Bundesverwaltung.³ Die Arbeitsgruppe hat einen gemeinsamen Bericht verfasst, der verschiedene Massnahmen zur Verbesserung der Umsetzung des Bundesrechts durch die Kantone vorschlägt. Diese Massnahmen sind am Föderalistischen Dialog vom 16. März 2012 genehmigt worden.

Die Problematik der Umsetzung von Bundesrecht durch die Kantone ist indes nicht neu. Die Suche nach Verbesserungen für die Umsetzung des Bundesrechts hat Bund und Kantone in den letzten 40 Jahren immer wieder beschäftigt. In den 1970er Jahren beispielsweise hat Rainer J. Schweizer eine Untersuchung zu den Rechtsetzungsproblemen des Bundes im Hinblick auf den Vollzug durch die Kantone durchgeführt. Mitte der 1990er Jahre griff die Geschäftsprüfungskommission (GPK) des Ständerates die Thematik auf und formulierte zehn Empfehlungen zur Verbesserung der Zusammenarbeit zwischen dem Bund und den Kantonen beim Vollzug von Bundesrecht. Der Bundesrat schloss sich in der Folge vielen Empfehlungen an.⁴

Ausserdem beschäftigte sich das Parlament jüngst erneut mit einer einzelnen Phase des Rechtsetzungsprozesses: dem Anhörungs- und Vernehmlassungsverfahren. Aufgrund der wiederholten Kritik der betroffenen Kreise am Konsultationsverfahren beauftragten die Geschäftsprüfungskommissionen der eidgenössischen

³ Die Arbeitsgruppe wurde gemeinsam von Sandra Maissen (Generalsekretärin KdK) und Luzius Mader (Stellvertretender Direktor Bundesamt für Justiz) geleitet und setzte sich wie folgt zusammen: Von Seiten der Kantone: Simon Affolter (Délégué aux affaires intercantionales et européennes, VD), Markus Bucheli (Leiter Dienststelle Recht und Legistik, SG), Nicole Gysin (Stellvertretende Bereichsleiterin Innenpolitik KdK), Christian Schuhmacher (Leiter Gesetzgebungsdienst, ZH), Frank Schuler (Projektleiter Justiz- und Verfassungsfragen, GR); von Seiten des Bundes: Robert Baumann (Verantwortlicher Föderalismusfragen, Bundesamt für Justiz), Stephan Brunner (Leiter Sektion Recht, Bundeskanzlei), Martin Graf (Sekretär der Staatspolitischen Kommissionen), Peter Périnat (Leiter Abteilung Recht, Bundesamt für Gesundheit).

⁴ BBl 1998 3787.

nössischen Räte 2010 die Parlamentarische Verwaltungskontrolle (PVK) mit einer Evaluation der aktuellen Anhörungs- und Vernehmlassungspraxis des Bundes. Gestützt auf die Ergebnisse⁵ verabschiedete die GPK des Nationalrates Empfehlungen⁶ zuhanden des Bundesrats, die in die gleiche Stossrichtung zielen wie verschiedene Lösungsvorschläge der gemeinsamen Arbeitsgruppe. Namentlich empfiehlt die GPK-N, das geltende Recht so zu ändern und zu präzisieren, dass die Effizienz und die Transparenz des Konsultationsverfahrens verbessert werden, um dieses für die schweizerische Rechtsetzung zentrale Instrument zu festigen.

2. Rechtliche Rahmenbedingungen

Die Umsetzung des Bundesrechts ist ein Recht und eine Pflicht der Kantone. Bund und Kantone müssen sich absprechen, damit unser föderalistischer Rechtsstaat funktioniert, bei dem die Bundesgesetzgebung vom Bund erlassen, aber von den Kantonen umgesetzt wird. Die Bundesverfassung räumt den Kantonen deshalb grundsätzlich das Recht ein, an der Willensbildung des Bundes mitzuwirken und ihre Interessen einzubringen. Dieses Recht ist in den Artikeln 45 und 55 der Bundesverfassung verankert, wobei Art. 45 BV die allgemeinen Mitwirkungsrechte regelt und Art. 55 speziell die Mitwirkung in der Aussenpolitik.

Das Mitwirkungsrecht bedingt, dass die Kantone sich aktiv am Prozess der Willensbildung beteiligen können. Der Bund hat die Kantone deshalb rechtzeitig und umfassend über seine Vorhaben zu informieren und ihre Stellungnahmen einzuholen, wenn ihre Interessen betroffen sind (Art. 45 Abs. 2 sowie Art. 55 Abs. 1 und 2 BV). In auswärtigen Angelegenheiten kommt den Stellungnahmen der Kantone besonderes Gewicht zu, wenn sie in ihren Zuständigkeiten betroffen sind. In solchen Fällen wirken die Kantone auch in geeigneter Weise direkt an internationalen Verhandlungen mit (Art. 55 Abs. 3 BV). Das Bundesgesetz über die Mitwirkung der Kantone an der Aussenpolitik des Bundes (BGMK)⁷ konkretisiert diese Mitwirkung auf Gesetzesstufe.

⁵ Vgl. Evaluationsbericht der PVK vom 9. Juni 2011, abrufbar unter www.parlament.ch > Dokumentation > Berichte > Berichte Aufsichtskommissionen > Geschäftsprüfungskommission-GPK > Berichte 2011.

⁶ Vgl. Bericht der GPK-N vom 7. September 2011 über die Evaluation der Anhörungs- und Vernehmlassungspraxis des Bundes, abrufbar a.a.O.

⁷ Bundesgesetz vom 22. Dezember 1999 über die Mitwirkung der Kantone an der Aussenpolitik des Bundes (BGMK), SR 138.1.

Die Bundesverfassung (Art. 147) räumt den Kantonen ausserdem das Recht ein, zu Entwürfen wichtiger Erlasse und anderen Vorhaben von grosser Tragweite sowie bei völkerrechtlichen Verträgen durch das Vernehmlassungsverfahren Stellung zu beziehen.

Bund und Kantone sind des Weiteren ganz allgemein verpflichtet, einander bei der Erfüllung ihrer Aufgaben zu unterstützen und zusammenzuarbeiten. Diese Pflicht zur gegenseitigen Unterstützung kommt im Grundsatz der Bundestreue zum Ausdruck, der in Art. 44 der Bundesverfassung verankert ist. Er manifestiert sich aber auch in Art. 45 BV, wonach der Bund die Kantone rechtzeitig über seine Vorhaben informiert und ihre Stellungnahme einholt, wenn ihre Interessen betroffen sind. Die Kantone wiederum sind gemäss Art. 46 der Bundesverfassung verpflichtet, das Bundesrecht umzusetzen. Der Grundsatz der Bundestreue ist eine wesentliche Grundlage für das Funktionieren des föderalistischen Staatswesens nach schweizerischer Prägung.

Bund und Kantone könnten eine Verletzung der Treuepflicht mit einer Klage nach Art. 120 Abs. 1 Bst. b Bundesgerichtsgesetz (BGG)⁸ geltend machen. In erster Linie aber ist die Bundestreue eine politische Verhaltensmaxime. Aus ihr werden von der Lehre und der Praxis weitere Pflichten und Gebote abgeleitet. In diesem Zusammenhang sind drei Grundsätze von besonderer Bedeutung:

1. *Grundsatz der schonenden Kompetenzausübung*: Weder der Bund noch die Kantone dürfen ihre Kompetenzen mit dem Ziel ausüben, dass dem anderen die Erfüllung seiner Aufgaben verunmöglicht wird. Das heisst ganz allgemein, dass der Bund im Auge behalten muss, ob ein Erlass von den Kantonen überhaupt umgesetzt werden kann. Es bedeutet auch, dass die Kantone ihre Kompetenz und ihre Pflicht zur Umsetzung so wahrnehmen müssen, dass die Bundesgesetzgebung so schnell und so wirksam wie möglich zum Tragen kommt.
2. *Abklärung der finanziellen Tragfähigkeit*: Aus der Bundestreue folgt, dass der Bund nicht Aufgaben an die Kantone delegieren darf, ohne sich vorgängig zu vergewissern, ob alle Kantone *finanziell* zur Erfüllung dieser Aufgaben in der Lage sind. Auf der andern Seite müssen die Kantone zur Abklärung der finanziellen Aspekte beitragen und darauf achten, dass sie in der Lage sind,

⁸ Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG), SR 173.110.

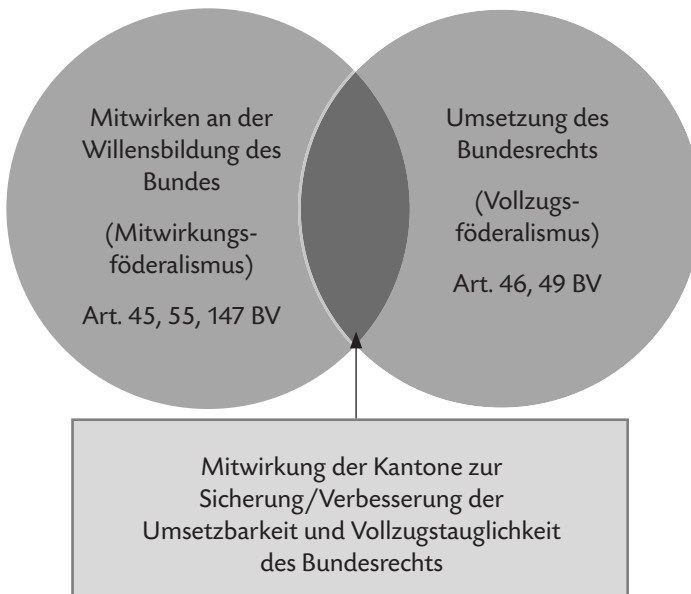
ihre Aufgaben zu erfüllen. Zu diesen Aufgaben gehören auch die Umsetzung und der Vollzug des Bundesrechts.

3. *Informations- und Konsultationspflicht*: Bund und Kantone müssen sich gegenseitig informieren und konsultieren, wenn eine Aufgabe auch den anderen Partner betrifft.

3. Gegenstand des Berichts und Massnahmen

Der Bericht der gemeinsamen Arbeitsgruppe Bund-Kantone bzw. die am Föderalistischen Dialog genehmigten Massnahmen haben die Umsetzung des Bundesrechts durch die Kantone zum Gegenstand. Sie behandeln also nicht die Mitwirkung der Kantone an der Willensbildung des Bundes im Allgemeinen. Es geht auch nicht um die kantonale Umsetzung des Bundesrechts in einem umfassenden Sinn. Im Zentrum steht vielmehr das Anliegen, die Mitwirkung der Kantone an der Willensbildung des Bundes so auszugestalten, dass Fragen der Umsetzbarkeit und der Vollzugstauglichkeit gebührend berücksichtigt werden. Dies ist ein wichtiger Aspekt der Qualität der Gesetzgebung und damit auch ein gemeinsames Anliegen des Bundes und der Kantone.

Folgende Grafik mag dies veranschaulichen:



Andere Fragen, die auch die Umsetzung des Bundesrechts betreffen, bleiben dabei ausgeklammert: die Umsetzungs- und Vollzugspflicht der Kantone, die Finanzierung der Umsetzung und die Durchsetzung der kantonalen Umsetzungspflicht durch den Bund.

1. *Umsetzungs- und Vollzugspflicht der Kantone:* Die Kantone sind zur Umsetzung und zum Vollzug des Bundesrechts verpflichtet. Diese Pflicht bezieht sich auch auf die Umsetzung völkerrechtlicher Verpflichtungen der Schweiz. Die einzelnen Verpflichtungen, die den Kantonen bei der Umsetzung und beim Vollzug des Bundesrechts obliegen, sind nach Art. 164 BV als wichtige rechtsetzende Bestimmungen im Gesetz vorzusehen.
2. *Finanzierung der Umsetzung:* Die gemeinsame Arbeitsgruppe Bund-Kantone verabschiedete keine Empfehlungen zur Kostentragung, weil diese klar geregelt ist. Im Bericht der Arbeitsgruppe wird deshalb bloss festgehalten, dass aus Art. 46 BV hervorgeht, dass die Kantone grundsätzlich keine Abgeltung für die Umsetzung des Bundesrechts erhalten. Die Kantone müssen die erforderlichen Ressourcen bereitstellen. Eine Abgeltung erfolgt nur dann, wenn dies ein Bundesgesetz oder die Bundesverfassung vorsehen.
3. *Durchsetzung der kantonalen Umsetzungspflicht durch den Bund:* Der Bericht macht keine Empfehlungen zu den Möglichkeiten des Bundes, die Umsetzung von Bundesrecht durchzusetzen, wenn ein Kanton seiner Pflicht nicht nachkommt. Der Bericht erwähnt, dass in der Praxis informelle Kontakte und institutionalisierte Aussprachen im Vordergrund stehen, insbesondere im Rahmen des schon erwähnten Föderalistischen Dialogs. Daneben steht dem Bund wie erwähnt die Möglichkeit offen, gegen eine Verletzung der Treupflicht Klage ans Bundesgericht zu führen. Er kann auch gegen letztinstanzliche kantonale Entscheide oder kantonale Erlasse Klage führen.

Die Arbeitsgruppe sah Handlungsbedarf in vier Bereichen:

1. beim Einbezug der Kantone bei der Planung und der Entwurfserarbeitung;
2. bei der Berücksichtigung von Umsetzungsfragen im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens (einschliesslich Anhörung);
3. bei der Rückkoppelung zu den Kantonen in der parlamentarischen Phase;
4. bei der Festlegung der Umsetzungsfristen.

Zu diesen vier Bereichen hat die Arbeitsgruppe insgesamt 14 Massnahmen erarbeitet. Diese werden nachfolgend dargestellt. Eine Massnahme kommt dabei in allen vier Teilbereichen vor: die Sensibilisierung. Die Mängel, die bestehen,

haben zum Teil auch mit der fehlenden Sensibilisierung bzw. dem fehlenden Problembewusstsein zu tun.

II. Einbezug der Kantone bei der Planung und der Ausarbeitung des Vorentwurfs

1. Allgemeines

Die Phase der Planung und Erarbeitung des Vorentwurfs beginnt mit der Initiierung des Rechtsetzungsprojekts und endet damit, dass der Bundesrat oder eine parlamentarische Kommission den Vorentwurf sowie den erläuternden Bericht zuhanden der Vernehmlassung verabschiedet. Die Zweckmässigkeit des Einbezugs der Kantone bereits in dieser Phase der Rechtsetzung ergibt sich nur schon daraus, dass im erläuternden Bericht zu einer Vernehmlassungsvorlage auch Ausführungen zur Umsetzung zu machen sind, insbesondere über die personellen und finanziellen Auswirkungen des Erlasses für Bund, Kantone und Gemeinden.

2. Problematik

Für die Phase der Erarbeitung des Vorentwurfs gibt es weder für die Bundesverwaltung noch für das Parlament verbindliche Vorgaben, die den frühen, systematischen Einbezug der Kantone bzw. die Prüfung von Umsetzungs- und Vollzugsfragen zwingend vorschreiben. Die Verwaltung sowie die parlamentarischen Kommissionen haben somit einen sehr grossen Gestaltungsspielraum bei der Entscheidung, ob, wie und wann die Kantone einbezogen werden und in welchem Umfang Umsetzungs- und Vollzugsfragen geprüft werden. Nicht selten fehlen deshalb im erläuternden Bericht substanzielle Ausführungen über die geplante Umsetzung und über die personellen, finanziellen und organisatorischen Auswirkungen des Erlasses und seines Vollzugs auf Bund, Kantone und Gemeinden.

Teilweise zieht die Bundesverwaltung bereits heute bei der Planung und Entwurfserarbeitung Kantonsvertretungen bei, um Fragen der Umsetzung und des Vollzugs frühzeitig zu diskutieren. Die von den Kantonen (oftmals von den Direktorenkonferenzen) in diese Gremien delegierten Personen sind jedoch nicht immer genügend mit den praktischen Umsetzungsproblemen vertraut. Zudem

funktioniert der Informationsfluss zu den anderen, in die Vorarbeiten nicht einbezogenen Kantonen nicht immer gleich gut. Handlungsbedarf besteht auch in Bezug auf die Bestimmung von Kantonsvertretungen für Arbeitsgruppen oder Kommissionen: Zum Teil erfolgt die Auswahl dieser Kantonsvertretungen durch die Bundesverwaltung ohne Absprache mit den Kantonsregierungen bzw. mit den thematisch betroffenen Direktorenkonferenzen.

3. Massnahmen 1–3

Soll die spätere Umsetzung von Bundesrecht sichergestellt werden, ist es wichtig, Umsetzungs- und Vollzugsfragen von Beginn eines Rechtsetzungsprozesses an mit zu berücksichtigen. Deshalb empfiehlt die gemeinsame Arbeitsgruppe Bund-Kantone folgende drei Massnahmen:

1. *Mitarbeit der Kantone in vorbereitenden Gremien:* Bei Vorhaben des Bundes, die wesentliche Interessen der Kantone betreffen, sollen die Kantone bei der Erarbeitung des Vorentwurfs verbindlich zur Prüfung von Vollzugsfragen einbezogen werden. Auf diese Weise kann sichergestellt werden, dass die politischen Entscheidungsträger bereits in dieser frühen Phase des Rechtsetzungsprozesses konkrete Informationen über die Umsetzung und den Vollzug erhalten. Die Arbeitsgruppe hält dies für die wichtigste aller hier vorgesehenen Massnahmen. Die Massnahme soll durch eine Ergänzung der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung⁹ (Art. 15a RVOV neu) sowie der Parlamentsverwaltungsverordnung¹⁰ (Art. 18a ParlVV neu) umgesetzt werden:

Art. 15a RVOV Zusammenarbeit mit den Kantonen (neu)

¹ Die Verwaltungseinheiten des Bundes arbeiten mit kantonalen und interkantonalen Verwaltungseinheiten zusammen, sofern Vorhaben des Bundes wesentliche Interessen der Kantone betreffen, namentlich hinsichtlich der Umsetzung und des Vollzugs von Bundesrecht.

² Sie orientieren die Kantone über geplante Rechtsetzungsvorhaben und ziehen bei der Vorbereitung in der Regel eine Vertretung der Kantone bei. Sobald feststeht, dass ein solcher Beizug nicht möglich oder nicht angezeigt ist, informieren sie unverzüglich den Auftraggeber des Rechtsetzungsvorhabens darüber.

⁹ Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 (RVOV), SR 172.010.1.

¹⁰ Verordnung der Bundesversammlung vom 3. Oktober 2003 zum Parlamentsgesetz und über die Parlamentsverwaltung (Parlamentsverwaltungsverordnung, ParlVV), SR 171.115.

Art. 18a ParlVV Zusammenarbeit mit den Kantonen (neu)

Dienststellen der Parlamentsdienste, die im Auftrag einer Kommission einen Vorentwurf für einen Erlass der Bundesversammlung ausarbeiten, sorgen für einen Beizug kantonaler und interkantonalen Verwaltungsstellen, wenn der spätere Vollzug des Erlasses ganz oder teilweise den Kantonen obliegen wird.

Diese Massnahme macht natürlich nur Sinn, wenn die Kantone ihrerseits sicherstellen, dass sie das entsprechende Wissen über Umsetzungs- und Vollzugsfragen zur Verfügung stellen können. Hier setzen die nächsten von der Arbeitsgruppe vorgeschlagenen Massnahmen an:

2. *Kompetentes Einbringen von Informationen über den Vollzug durch die Kantone:* Die Kantone delegieren Personen, die über das entsprechende Knowhow aus der Praxis verfügen. Gleichzeitig sorgen sie dafür, dass die Kantonsvertretungen nicht den Standpunkt ihres jeweiligen Kantons allein geltend machen, sondern auch denjenigen der Kantone, die nicht vertreten sind.
3. *Sensibilisierung der Bundesstellen für die Umsetzungsfragen:* Sowohl die Bundesverwaltung wie auch die Parlamentsdienste werden dafür sensibilisiert, dass die Kantone bereits in der Phase der Erarbeitung des Vorentwurfs mit einzubeziehen sind, um Umsetzungs- und Vollzugsfragen rechtzeitig zu behandeln. Entsprechende Vorgaben sind in die Merkblätter und Arbeitshilfen der Bundesstellen aufzunehmen (z.B. Gesetzgebungsleitfaden des Bundesamtes für Justiz, Commguide für parlamentarische Kommissionen).

III. Berücksichtigung von Umsetzungsfragen im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens

1. Allgemeines

Für die Rechtsetzung im Allgemeinen und die Berücksichtigung von Umsetzungsfragen im Besonderen ist das Vernehmlassungsverfahren von zentraler Bedeutung. Mit der Vernehmlassung sollen in der vorparlamentarischen Phase die Kantone, die politischen Parteien und die interessierten Kreise in die Gestaltung der Bundespolitik einbezogen werden. Das Vernehmlassungsverfahren erfüllt dabei eine Vielzahl von Funktionen: Es dient der Informationsbeschaffung; es trägt zur Legitimierung politischer Entscheide bei; es ist ein wichtiger Praktikabilitätstest; es erleichtert die Beurteilung der politischen Akzeptanz einer Vorlage; es ermöglicht den Betroffenen, ihr Verhalten auf allfällige Rechts-

änderungen auszurichten, und es ist ein wichtiger Moment der Öffentlichkeitsarbeit, welche die gesetzgeberischen Massnahmen begleiten muss. Das Vernehmlassungsverfahren ist somit ein Schlüsselmoment der Gesetzgebung und kann mit Blick auf die Verbesserung der Umsetzbarkeit und der Vollziehbarkeit der Bundesgesetzgebung einen sehr wertvollen, ja unerlässlichen Beitrag leisten. Es gibt Gesetzesvorhaben, die aufgrund der Rückmeldungen in der Vernehmlassung abgebrochen oder wesentlich verändert wurden.

2. Problematik

Die Erläuterungen des Bundes zu Vernehmlassungsvorlagen enthalten nur selten Ausführungen zur Umsetzung. Das Vernehmlassungsverfahren soll aber insbesondere Aufschluss geben über die Umsetzbarkeit eines Erlasses. Das geht vielfach vergessen. Oft ist es auch schwierig abzuschätzen, was alles für die Umsetzung in die Wege geleitet werden muss und welche Kosten sie verursacht; oder es wäre aufwendig, dies sauber herauszuarbeiten. Weil es in der Vernehmlassung um einen Vorentwurf und nicht um ein definitives Gesetz geht, wird dieser Aufwand bisweilen gescheut. Die Stellungnahmen der Kantone äussern sich häufig nicht sehr eingehend zu Fragen der Umsetzbarkeit oder Vollziehbarkeit von geplanten Massnahmen des Bundes. Meistens wird in erster Linie zu politischen Aspekten Stellung genommen.

Es war deshalb in der Arbeitsgruppe unumstritten, dass es einen Effort braucht, um im Vernehmlassungsverfahren von den Kantonen fundierte Antworten zur Vollzugstauglichkeit eines Erlasses zu erhalten.

3. Massnahmen 4–7

Zur Verbesserung der Berücksichtigung von Umsetzungsfragen im Vernehmlassungsverfahren empfiehlt die gemeinsame Arbeitsgruppe Bund-Kantone folgende vier Massnahmen:

4. *Sensibilisierung und Schulung*: Bund und Kantone sensibilisieren und schulen die mit der Vernehmlassung betrauten Personen für die Bedeutung der Umsetzungsfragen. Dies ist die wichtigste Voraussetzung dafür, dass der Bund fundierte, praxisrelevante Antworten bekommt. Seitens des Bundes werden die mit Rechtsetzungsvorhaben betrauten Personen intern geschult

und sensibilisiert, insbesondere im Rahmen einer verwaltungsinternen Weiterbildungsplattform, dem Forum für Rechtsetzung.¹¹

5. *Spezifische Fragen zur Umsetzung*: Den Vernehmlassungsadressaten werden spezifische Fragen zur Umsetzung und zum Vollzug des geplanten Erlasses gestellt. Die Fragen werden ins Begleitschreiben zur Vernehmlassungsvorlage integriert oder in einem separaten Fragenkatalog aufgeführt. Ziel ist, inskünftig nicht nur eine politische Stellungnahme von den Kantonen zu erhalten, sondern vermehrt auch nützliche Hinweise für die Umsetzung eines Erlasses. Diese Massnahme soll mit einer Anpassung der geltenden Bestimmungen unterstützt werden (kursiv die vorgeschlagenen Änderungen):

Art. 7 VIV¹² Beilagen zum Antrag an den Bundesrat

² Die Vernehmlassungsunterlagen umfassen:

- a. die Vernehmlassungsvorlage;
- b. den erläuternden Bericht;
- c. die Begleitschreiben an die Adressaten;
- d. *einen Fragenkatalog gemäss den Vorgaben der Bundeskanzlei betreffend die Umsetzung der Vorlage durch die Vollzugsorgane;*
- e. die Adressatenliste.

Art. 9 VIV Begleitschreiben an die Adressaten

¹ Das Begleitschreiben enthält:

- a. einen Hinweis auf den Eröffnungsentscheid;
- b. die Angabe der Vernehmlassungsfrist;
- c. gegebenenfalls Fragen zu den wesentlichen Punkten der Vorlage, *insbesondere betreffend die Umsetzung;*
- d. die elektronische Bezugsquelle für die Vernehmlassungsunterlagen.

6. *Richtige Adressierung des Begleitschreibens*: Das Begleitschreiben an die Kantone wird nur an die Staatskanzlei oder an den Regierungsrat adressiert und nicht an eine andere Stelle der kantonalen Verwaltung. Der Kanton sorgt für die kantonsinterne Koordination. Im Gesetzgebungsleitfaden soll dies präzisiert werden.
7. *Veröffentlichung der Vernehmlassungsergebnisse*: Im Ergebnisbericht wird der Umsetzung des geplanten Erlasses ein besonderes Kapitel gewidmet. Dies trägt auch der Massnahme 5 Rechnung, wonach im Vernehmlassungsverfahren spezifische Fragen zur Umsetzung gestellt werden sollen. Die Neuerung soll in der Vernehmlassungsverordnung festgehalten werden:

¹¹ www.ejpd.admin.ch > Themen > Staat & Bürger > Legistik.

¹² Verordnung vom 17. August 2005 über das Vernehmlassungsverfahren (Vernehmlassungsverordnung, VIV), SR 172.061.1.

Art. 20 VIV Ergebnisbericht

¹ Der Ergebnisbericht informiert über die eingereichten Stellungnahmen und fasst deren Inhalte übersichtlich und wertungsfrei zusammen. *Die Stellungnahmen zu Fragen der Umsetzung werden in einem eigenen Kapitel dargestellt.*

Auch in der Botschaft des Bundesrates sollen die Umsetzungsfragen in einem separaten Kapitel behandelt werden; im Botschaftsleitfaden könnte dies verdeutlicht werden (vgl. Art. 141 Abs. 2 Bst. d ParlG¹³: Die Botschaft erläutert die geplante Umsetzung des Erlasses, die geplante Auswertung dieser Umsetzung und die Prüfung der Vollzugstauglichkeit im vorparlamentarischen Verfahren).

IV. Rückkoppelung zu den Kantonen in der parlamentarischen Phase

1. Allgemeines

Der Grundsatz der Kooperation, den wir oben erläutert haben, gilt für alle staatlichen Organe, also auch für das Zusammenwirken zwischen den Kantonen und der Bundesversammlung. Die Bundesversammlung hat zwei Kammern, den Nationalrat als Vertretung des Volkes (Art. 149 BV) und den Ständerat als Vertretung der Kantone (Art. 150 BV). Das Zusammenwirken zwischen den Kantonen und dem Parlament sollte deshalb in Bezug auf die Umsetzung besonders gut gelingen, auch wenn die Ständerätinnen und Ständeräte nicht instruktionsgebunden sind. In der Praxis ist dies indes nicht der Fall. Die Rückkopplung zu den Kantonen in der parlamentarischen Phase ist nicht optimal.

«Parlamentarische Phase» meint in diesem Zusammenhang nur die Behandlung von Erlassentwürfen durch die eidgenössischen Räte und ihre Kommissionen, nicht aber die allfällige Vorbereitung solcher Entwürfe durch die Kommissionen. Für diese Phase des Rechtsetzungsverfahrens sind die vorstehenden Kapitel zu beachten, unbeschadet der Urhebererschaft eines Erlassentwurfs.

2. Problematik

In der Botschaft erläutert der Bundesrat die geplante Umsetzung des Erlasses, die geplante Auswertung dieser Umsetzung und die Prüfung der Vollzugstaug-

¹³ Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz, ParlG), SR 171.10.

lichkeit im vorparlamentarischen Verfahren (Art. 141 Abs. 2 Bst. d ParlG). Wenn die Parlamentarierinnen und Parlamentarier neue Vorschläge einbringen, werden die Kantone aber nicht mehr systematisch dazu befragt, was diese Vorschläge für die Umsetzung bedeuten. Das Verfahren, nach dem die Kommissionen und Räte funktionieren, ist im ParlG und in den Geschäftsreglementen von National- und Ständerat¹⁴ genau festgelegt. Für den Aspekt der Umsetzung sind zwei Bestimmungen wichtig:

Nach Art. 45 ParlG können die Kommissionen Kantonsvertreterinnen und -vertreter anhören. Dabei können auch Umsetzungsfragen thematisiert werden. Nach Art. 17 des Geschäftsreglements des Ständerates hören die Kommissionen des Ständerates die Kantone auf deren Ersuchen zur Vollzugstauglichkeit der Erlasse der Bundesversammlung an. Die Kantone müssen eine solche Anhörung also selber verlangen. In der Praxis geschieht dies folgendermassen: Das Büro des Ständerates informiert die KdK alle drei Monate über die Geschäfte, die die Kommissionen behandeln. Die KdK meldet dann, bei welchen Geschäften die Kantone in die Kommissionsarbeit einbezogen werden wollen. Die Kommissionen laden die Kantone daraufhin zu einer mündlichen Anhörung ein. An der Anhörung nimmt in der Regel eine Delegation der zuständigen Fachdirektorenkonferenz oder eine Delegation der KdK teil.

Wenn aber eine Kommission eine Vorlage erst nach der Vernehmlassung oder nach einer solchen Anhörung erheblich abändert, so ist der Einbezug der Kantone (und der übrigen Vernehmlassungsadressaten) nicht sichergestellt. In diesem Fall müssen die Parlamentarierinnen und Parlamentarier – bezüglich der Kantone sind vor allem die Ständerätinnen und Ständeräte angesprochen – aktiv werden. Die Kommissionen kommen aber nur selten auf die Kantone zu, um Umsetzungsfragen anzusprechen. Je dringlicher ein Geschäft ist, desto weniger Interesse ist für Umsetzungsfragen da. Wenn im Parlament ein Kompromiss zu einer umstrittenen Frage gefunden worden ist, so wird dieser wegen allfälliger Umsetzungsschwierigkeiten kaum mehr in Frage gestellt.

Ein Weiteres kommt hinzu: Die Kantone sind unterschiedlich organisiert; die Verhältnisse variieren stark. Daher mag eine Regelung in einem Kanton unproblematisch sein, in einem anderen aber auf grosse Schwierigkeiten stossen. Die Kommissionen sind darauf angewiesen, dass ihnen die Verhältnisse in den Kan-

¹⁴ Geschäftsreglement des Nationalrates vom 3. Oktober 2003 (GRN), SR 171.13 sowie Geschäftsreglement des Ständerates vom 20. Juni 2003 (GRS), SR 171.14.

tonen und die kantonalen Anliegen zusammengefasst und soweit möglich konsolidiert zugetragen werden.

Die von den Kommissionen angehörten Kantonsvertreterinnen und -vertreter vertreten gelegentlich vor der Kommission aber nur die Anliegen ihres eigenen Kantons und tragen den Anliegen und Schwierigkeiten anderer Kantone nicht Rechnung. Auch die Direktorenkonferenzen sind sich nicht immer einig.

3. Massnahmen 8–10

Dem Problem der mangelnden Rückkoppelung zu den Kantonen ist in erster Linie mit einer stärkeren Sensibilisierung des Parlaments für Umsetzungsfragen zu begegnen. Den Parlamentarierinnen und Parlamentariern muss bewusst sein, dass die Kantone die Erlasse umsetzen können müssen und dass auf die verschiedenen kantonalen Verhältnisse deshalb Rücksicht genommen werden muss. Dazu gehört auch, dass die Kantone mit den Parlamentarierinnen und Parlamentariern aus ihrem Kanton in Kontakt sind und diese auf Umsetzungsaspekte hinweisen, die ihnen wichtig sind. Konkret empfiehlt die gemeinsame Arbeitsgruppe Bund-Kantone folgende drei Massnahmen:

8. *Sensibilisierung des Parlaments für Umsetzungsfragen*: Die Parlamentarierinnen und Parlamentarier müssen für die Probleme der Kantone bei der Umsetzung von Bundesrecht sensibilisiert werden. Dies ist Aufgabe der Personen, die an den Kommissionssitzungen teilnehmen. Es braucht dazu aber auch Ausführungen zur Umsetzung in der Botschaft des Bundesrates.
9. *Intensivierung des Kontakts zwischen den Kantonen und den Parlamentsmitgliedern ihres Kantons*: Die Kantone intensivieren die Kontakte zu «ihren» National- und Ständerätinnen und -räten im Hinblick auf Umsetzungsfragen und bringen dabei insbesondere die Umsetzungsproblematik von Bundesrecht zur Sprache.
10. *Anhörungsrecht der Kantone in den Kommissionen nach Behandlung einer Vorlage im andern Rat*: Einer Vertretung der Kantone wird das Recht eingeräumt, in der zuständigen Kommission des einen Rats Stellung zu nehmen zu umsetzungsrelevanten Änderungen, die der andere Rat beschlossen hat. Auf diese Weise erhalten die Kommissionen aus erster Hand konkrete Informationen über die Schwierigkeiten der Umsetzung von Bundesrecht und können gestützt darauf ihre Entscheidungen treffen. Voraussetzung dafür ist, dass die Kantonsvertretung eine Übersicht über die Umsetzungssituation in allen 26

Kantonen hat. Entsprechend sollen das Parlamentsgesetz und die Geschäftsreglemente von National- und Ständerat wie folgt angepasst werden:

Art. 44 Abs. 1 Bst. g ParlG Aufgaben (neu)

¹ Im Rahmen der ihnen durch das Gesetz oder durch die Geschäftsreglemente zugewiesenen Zuständigkeiten haben die Kommissionen folgende Aufgaben:

g. Sie hören eine Vertretung der Kantone auf deren Ersuchen an, wenn sie eine vom anderen Rat in erster oder zweiter Beratung beschlossene Änderung eines Erlassentwurfs vorberaten, die sich auf die Umsetzung durch die Kantone auswirkt.

Art. 30a

Geschäftsreglement des Ständerates *Veröffentlichung der Beschlüsse (neu)*

Art. 36a

Geschäftsreglement des Nationalrates *Veröffentlichung der Beschlüsse (neu)*

Nach jeder Beratung über einen Entwurf für eine Änderung der Bundesverfassung, für eine Gesetzesänderung oder für einen Bundesbeschluss über die Genehmigung eines Staatsvertrags werden die Beschlüsse ohne Verzug im Internet veröffentlicht.

V. Festlegung der Umsetzungsfristen

1. Allgemeines

Zur Festlegung der Umsetzungsfristen von Bundeserlassen sind die allgemeinen verfassungsrechtlichen Anforderungen an das rechtsstaatliche Handeln massgebend. Dieses muss auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein; es darf nicht gegen Treu und Glauben verstossen und muss das Völkerrecht beachten (Art. 5 BV).

2. Problematik

Die Fristen zur Umsetzung von Bundesrecht sind von den Kantonen wiederholt als zu knapp beurteilt worden, insbesondere bei grossen Reformen oder für Vorhaben, die auf kantonaler Ebene mit bedeutenden personellen, finanziellen oder organisatorischen Auswirkungen verbunden sind. Schwierigkeiten ergeben sich häufig auch, wenn die Kantone zuerst den Erlass einer konkretisierenden Vollzugsverordnung durch den Bund abwarten müssen, um ihre eigenen Rechtsetzungsarbeiten vornehmen zu können.

Probleme aufgrund zu knapper Umsetzungsfristen können aber auch dann entstehen, wenn kein Ausführungsrecht zu erlassen ist, denn auch das Budgetierungs- und Ausgabenbewilligungsverfahren oder beispielsweise die Entwicklung und Bereitstellung einer neuen Software benötigen Zeit.

Auf Seiten des Bundes gibt es keine einheitliche Praxis, wann und wie die Kantone zur Bestimmung des Inkraftsetzungszeitpunkts konsultiert werden. Auf Seiten der Kantone wird der Zeitbedarf für die Umsetzung eines Bundeserlasses zudem bisweilen unterschiedlich beurteilt. Dies hängt in erster Linie damit zusammen, dass die Kantone unterschiedlich organisiert sind und je eigene Verfahren der Rechtsetzung, der Ausgabenbewilligung usw. kennen. Auch belässt der Bund den Kantonen bei der Umsetzung grösstmögliche Gestaltungsfreiheit (Art. 46 Abs. 3 BV), denn die Kantone sollen bei der Umsetzung unterschiedliche, mehr oder weniger zeitintensive Ansätze verfolgen können. Die zur Umsetzung benötigte Zeitspanne hängt von verschiedenen Faktoren ab. Zu nennen ist insbesondere die Budgetrelevanz, aber auch weitere politische und organisatorische Auswirkungen wie etwa Fragen der Kompetenzverteilung zwischen Kanton und Gemeinden spielen eine Rolle.

3. Massnahmen 11–14

Zur Lösung des Problems knapper Umsetzungsfristen empfiehlt die gemeinsame Arbeitsgruppe Bund-Kantone folgende vier Massnahmen:

11. *Sensibilisierung und Schulung*: Bund und Kantone sollen ihre Gesetzgebungslaufketten anpassen und die betroffenen Stellen für die Bedeutung der Festsetzung angemessener Umsetzungsfristen sensibilisieren und schulen.
12. *Umsetzungsplanung von Bund und Kantonen*: Nach der Verabschiedung eines Bundesgesetzes erstellen der Bund und parallel dazu die Kantone eine Umsetzungsplanung. Dabei sind namentlich folgende Punkte zu berücksichtigen: Ist Ausführungsrecht auf Stufe Bund und/oder Kantone erforderlich? Sind weitere Vorbereitungs- und Umsetzungsarbeiten seitens der Kantone erforderlich? Gestützt auf diese Planung und in Absprache mit den Kantonen setzt der Bund das Datum des Inkrafttretens fest.

Die Massnahmen liessen sich durch folgende Änderung der RVOV rechtlich verankern:

Art. 15a Abs. 3 RVOV Zusammenarbeit mit den Kantonen (*neu*)

[Abs. 1 und 2 ebenfalls *neu*, vgl. oben, Kap. II.3]

³ *Nach der Verabschiedung eines Gesetzes oder einer Gesetzesänderung erarbeiten sie [die Verwaltungseinheiten des Bundes] eine Umsetzungsplanung. Ist der Erlass von den Kantonen zu vollziehen, werden diese in die Umsetzungsplanung miteinbezogen und insbesondere eingeladen, sich zum Inkrafttretenszeitpunkt zu äussern.*

Die Arbeitsgruppe hat im Sinne von Faustregeln die folgenden Mindestfristen vorgeschlagen:

- zwei Jahre ab Verabschiedung eines Bundesgesetzes und ein Jahr ab Verabschiedung des Ausführungserlasses des Bundes, wenn die Kantone ein Gesetz erlassen oder ändern müssen;
- ein Jahr ab Verabschiedung eines Bundesgesetzes und sechs Monate ab Verabschiedung des Ausführungserlasses des Bundes, wenn die Kantone eine Verordnung erlassen oder ändern müssen.

Als Faustregeln mögen diese Fristen tauglich sein. Es wäre jedoch unzweckmässig, fixe Fristen für die Umsetzung von Bundesrecht vorzusehen, denn es sind je nach Materie mehr oder weniger lange Umsetzungsfristen erforderlich. Entscheidend ist, dass die Fristen in gegenseitiger Absprache festgelegt werden.

13. *Interkantonale Kooperation*: Die Kantone verstärken die interkantonale Zusammenarbeit im Hinblick auf die Umsetzung von Bundesrecht, insbesondere in Bezug auf Vollzugshilfen. Dies schafft Synergien und erleichtert den Vollzug, ohne die föderalistische Vielfalt zu beeinträchtigen.
14. *Vollzugshilfen des Bundes an die Kantone*: Die rasche und einfache Umsetzung von Bundesrecht könnte dadurch unterstützt werden, dass der Bund Vollzugshilfen bereitstellt (z.B. Checklisten). Es muss aber jeweils klar sein, dass es sich tatsächlich lediglich um Hilfsmittel handelt, die auf keinen Fall rechtsetzenden Charakter haben dürfen bzw. den Gestaltungsspielraum der Kantone einschränken.

VI. Weiteres Vorgehen

Wie bereits einleitend erwähnt, haben die Delegationen des Bundesrates und der KdK den im Bericht vorgeschlagenen Massnahmen am Föderalistischen Dialog vom 16. März 2012 zugestimmt und je für ihre Bereiche die Umsetzung der Massnahmen in die Wege geleitet. Anlässlich der politischen Beratungen

des Berichts der gemeinsamen Arbeitsgruppe sprach sich die KdK für zwei ergänzende Massnahmen aus: Erstens soll wie bei Gesetzen die Botschaft auch bei Verordnungen der definitive Bericht zuhanden des Bundesrates den Kantonen systematisch zugänglich gemacht werden. Zweitens seien die Stellungnahmen der Kantone im Vernehmlassungsbericht gesondert in einem separaten Kapitel darzustellen. Dabei soll sich dieses Kantonskapitel nicht nur auf Fragen der Umsetzung und des Vollzugs beschränken, sondern auch die inhaltliche Position der Kantone wiedergeben. Angesichts der Bedeutung der Kantone als konstitutive Elemente des Bundesstaates und primäre Vollzugsträger des Bundesrechts erscheine eine solche Darstellung gerechtfertigt. Der Bundesrat wurde eingeladen, diese zusätzlichen Massnahmen in die Umsetzungsarbeiten einfliessen zu lassen.

Seitens des Bundesrates sind vor allem die legislatischen Hilfsinstrumente betroffen: der Botschaftsleitfaden und der Gesetzgebungsleitfaden, ausserdem das Forum für Rechtsetzung, das eine gute Plattform bietet, um die Personen zu sensibilisieren, die mit Gesetzgebungsarbeiten betraut sind. Angepasst werden sollen ausserdem das Vernehmlassungsgesetz, die Vernehmlassungsverordnung und die Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung; dies wird von der Bundeskanzlei vorbereitet. Betroffen sind aber auch das Parlament und sein Hilfsinstrument, der Commguide, sowie das Parlamentsgesetz, die Parlamentsverordnung und die Geschäftsreglemente.

Bund und Kantone haben sich rasch an die Arbeit gemacht. Ende September 2012 fasste die KdK den Beschluss, die wesentlichen Massnahmen zu den Kantonen in die Rahmenordnung über die Arbeitsweise der KdK und der Direktorenkonferenzen bezüglich der Kooperation von Bund und Kantonen aufzunehmen. Damit wird der Einbezug der Kantone in den Gesetzgebungsprozess des Bundes über die politischen Konferenzen verbessert. Zudem beschloss die KdK eine Stärkung des Netzwerks der Personen, die auf kantonaler Ebene für die Gesetzgebung zuständig sind. So kann die Qualität der Mitwirkung der Kantone am Gesetzgebungsprozess weiter verbessert werden. Schliesslich erarbeiten die Kantone gegenwärtig ein neues Konzept für ihr Föderalismus-Monitoring. Geprüft wird insbesondere, inwieweit sich mit den Instrumenten dieses Monitorings die Geschäfte besser erfassen lassen, die Fragen im Zusammenhang mit der Umsetzung von Bundesrecht aufwerfen.

Am Föderalistischen Dialog vom 28. September 2012 haben sich die Delegationen des Bundesrates und der KdK gegenseitig über den Stand der Umsetzung

informiert. Zudem wurde vereinbart, die Fortschritte in den weiteren Umsetzungsarbeiten gemeinsam zu verfolgen und anlässlich des Föderalistischen Dialogs vom Herbst 2013 den Stand zu überprüfen.

VII. Fazit

Der Bericht der gemeinsamen Arbeitsgruppe Bund-Kantone hat aufgezeigt, dass bei der Umsetzung von Bundesrecht Verbesserungspotenzial besteht. Der Bundesrat und die Kantonsregierungen haben die Lösungsvorschläge der gemeinsamen Arbeitsgruppe positiv aufgenommen. Verbesserungen bei der Umsetzung von Bundesrecht liegen im gemeinsamen Interesse von Bund und Kantonen. Zentral ist, dass das Wissen und die Anliegen der Umsetzungsorgane in einer möglichst frühen Phase und systematisch in den Rechtsetzungsprozess einfließen. Nur so kann die spätere Umsetzbarkeit eines Erlasses gewährleistet werden. Dieser Grundsatz gilt sowohl für Vorlagen, die vom Bundesrat erarbeitet werden, als auch für Erlasse, die das Parlament ausarbeitet.

Der Bundesrat und die Kantonsregierungen sind davon überzeugt, dass mit Blick auf die Umsetzbarkeit von Bundesrecht ein effektiverer und vor allem früh einsetzender Einbezug der Kantone in das Gesetzgebungsverfahren von grundlegender Bedeutung ist. Die Umsetzung der von der gemeinsamen Arbeitsgruppe vorgeschlagenen Massnahmen und die Anpassung der entsprechenden Erlasse werden dazu beitragen, dass Umsetzungsaspekte verstärkt in den Gesetzgebungsprozess auf Bundesebene Eingang finden. Dies trägt zur Verbesserung der Rechtsetzungsqualität des Bundes bei.

Die Bereitstellung von Rechtsgrundlagen kann nicht alles lösen. Die Zusammenarbeit von Bund und Kantonen ist nicht nur eine Frage von Rechtsregeln, sondern entscheidend auch eine Frage der Rechtsetzungskultur. Ebenso wichtig wie die Anpassung von Texten – seien diese nun Bundesgesetze oder interne Leitfäden – ist, dass bei Bund und Kantonen das Bewusstsein geschärft und erhalten wird, dass die Umsetzung ein wesentlicher, ja der letztlich entscheidende Teil des Rechtsetzungszyklus ist: Kann ein Erlass nicht umgesetzt werden, so bleibt die beabsichtigte Wirkung aus und der politische Wille wird nicht verwirklicht. Diese Botschaft muss nicht nur auf dem Papier, sondern vor allem auch in den Köpfen verankert werden, in den Verwaltungen und in der Politik. Wir sind überzeugt, dass es uns so gelingen wird, das Gesetzgebungsverfahren der Schweiz noch besser zu machen.

Erlass und Umsetzung von Bundesrecht im Bereich Raumplanung und Umwelt – Bericht aus dem Workshop

Ursula Brunner

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	83
II.	Vielfalt bei der Kompetenzregelung	84
	1. Übersicht	84
	a) Rechtsetzung	84
	b) Umsetzung	85
	c) Die Bedeutung des Raumbezugs für die Aufgabenzuteilung	86
	2. Beobachtungen zu ausgewählten Regelungsbereichen	87
	a) Raumplanung (Art. 75 BV)	87
	b) Natur- und Heimatschutz (Art. 78 BV)	88
III.	Umsetzung der Revision der Gewässerschutzverordnung vom 4. Mai 2011 durch die Kantone	89
	1. Ausgangslage	89
	2. Kritische Punkte der Rechtsetzung über den Gewässerraum	91
	a) Begriffe und Kategorien	91
	aa) «Gewässerraum» und «dicht überbaut»	91
	ab) Übergangsrecht	91
	b) Entstehung der Vorschriften	92
	ba) Gesetz	92
	bb) Verordnung	93
	c) Anspruchsvolle Umsetzungsmassnahmen	93
IV.	Ausblick	94
	Literatur	94

I. Einleitung

Im Workshop kamen zwei Hauptthemen zur Sprache: Im ersten Teil wurde das Verhältnis von Bundes- und kantonalen Kompetenzen bei Rechtsetzung und Umsetzung anhand ausgewählter Verfassungsartikel aus dem Bereich Raumplanung und Umwelt analysiert und diskutiert (vgl. nachfolgend II.). Im Zentrum

des zweiten Teils stand ein jüngerer Beispiel von Bundesrechtsetzung, bei dem sich mehrere praktische Probleme diskutieren und das Ineinandergreifen von Bundes- und kantonalem Recht anschaulich aufzeigen liessen (III.). Nachfolgend werden die diskutierten Themen – wo sinnvoll – in einen grösseren Zusammenhang eingebettet.

II. Vielfalt bei der Kompetenzregelung

1. Übersicht

Im 4. Abschnitt des Zuständigkeitskapitels der Bundesverfassung¹ mit den unter dem Titel «Umwelt und Raumplanung» stehenden Art. 73–80 BV lassen sich für die meisten Varianten der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen² Beispiele finden. Die wichtigsten Ausprägungen können anhand der vier für die Diskussion im Workshop ausgewählten Kompetenzbestimmungen zu Umweltschutz (Art. 74 BV), Raumplanung (Art. 75 BV), Wasser (Art. 76 BV) sowie Natur- und Heimatschutz (Art. 78 BV) aufgezeigt werden.

a) Rechtsetzung

Die Regelung der Rechtsetzungszuständigkeit zeichnet sich in den vier betrachteten Aufgabenbereichen durch eine erstaunliche Vielfalt aus. Dies ist vor allem darauf zurückzuführen, dass die Kompetenzregelung in den Bereichen Wasser bzw. Natur- und Heimatschutz nach verschiedenen Teilaufgaben differenziert wird. Ausserdem finden sich in diesen Bestimmungen einige untypische Regelungen.

Nähere Ausführungen zu den besonders intensiv und teilweise auch kontrovers diskutierten Versionen der Aufgabenteilung finden sich nachfolgend in Ziff. 2.

¹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV), SR 101.

² Systematisch dazu TSCHANNEN, passim.

b) Umsetzung

Die Umsetzung des Bundesrechts liegt in den behandelten Aufgabenbereichen, wie es dem verfassungsrechtlichen Grundentscheid entspricht,³ hauptsächlich bei den Kantonen.

Je nach den Vorgaben des Bundesrechts in Verfassung und Gesetz (Art. 46 Abs. 1 BV) umfasst die «Umsetzung» Unterschiedliches. Wo der Bund nur eine *Grundsatzgesetzgebungskompetenz*⁴ hat wie in der Raumplanung (Art. 75 BV; vgl. dazu auch Ziff. 2.a), kommt den Kantonen neben der Rechtsanwendung im Einzelfall sowie dem Erlass von Plänen vor allem die Aufgabe zu, das Bau- und Planungswesen in allen Einzelheiten zu regeln. Die Praxis sucht denn auch die anwendbaren Normen primär im meist umfangreichen kantonalen Planungs- und Baurecht. Auch die Erhaltung und Erschliessung von Wasservorkommen sowie die Nutzung der Wasserkraft werden hauptsächlich durch kantonales Recht geregelt (Art. 76 Abs. 2 BV); die Nutzung des Wassers etwa für die Trinkwasserversorgung liegt schliesslich *ganz in der kantonalen Rechtsetzungskompetenz* (Art. 76 Abs. 3 BV). Schöpft hingegen der Bund seine *umfassende Gesetzgebungskompetenz*⁵ aus wie etwa im Umweltschutz (Art. 74 BV) oder Gewässerschutz und Wasserbau (Art. 76 Abs. 3 BV), besteht die Hauptaufgabe der Kantone bei der Umsetzung des Gesetzes- und Ordnungsrechts des Bundes typischerweise in der Rechtsanwendung im Einzelfall. Gerade im Umweltbereich sind sie jedoch öfter auch zur Erarbeitung komplexer Umsetzungskonzepte wie etwa des Massnahmenplans Luftreinhaltung (Art. 44a USG⁶) oder zum Erlass planerischer Massnahmen wie der Zuweisung von Lärm-Empfindlichkeitsstufen (Art. 43 LSV⁷) bzw. der Festlegung des Gewässerraums (Art. 36a GSchG⁸, vgl. dazu Ziff. III.) verpflichtet. Dennoch beschränkt sich die kantonale Rechtsetzung im Wesentlichen auf Fragen der Organisation.

Die Zuweisung von Umsetzungsaufgaben an den Bund erfolgt teils bereits durch die Verfassung, etwa in Art. 76 Abs. 5 BV bezüglich der Rechte an inter-

³ Vgl. die Formulierung in Art. 37 Abs. 1 des bundesrätlichen Entwurfs, zitiert bei TSCHANNEN, S. 23.

⁴ TSCHANNEN, S. 13.

⁵ TSCHANNEN, S. 13.

⁶ Bundesgesetz vom 7. Oktober 1983 über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz, USG), SR 814.01.

⁷ Lärmschutz-Verordnung vom 15. Dezember 1986 (LSV), SR 814.41.

⁸ Bundesgesetz vom 24. Januar 1991 über den Schutz der Gewässer (Gewässerschutzgesetz, GSchG), SR 814.20.

nationalen oder – wenn sich die Kantone nicht einigen – interkantonalen Wasservorkommen. In anderen Bereichen wurde die Festlegung, wie in Art. 46 Abs. 1 BV auch vorgesehen, dem Gesetzgeber überlassen.⁹ Eine Besonderheit stellt Art. 41 Abs. 2 USG dar, wonach Bundesbehörden, die ein anderes Bundesgesetz oder einen Staatsvertrag vollziehen, bei der Erfüllung dieser Aufgabe auch für den Vollzug des Umweltschutzgesetzes zuständig sind. Zur Behebung der mit der Koordination solcher Bewilligungsverfahren verbundenen Probleme wurde vor gut einem Dutzend Jahren das konzentrierte Entscheidungsverfahren nach Art. 62a RVOG¹⁰ eingeführt. Zu verbessern bleibt weiterhin die Zusammenarbeit der Behörden, wo die Kompetenzen verschiedener Ebenen ineinandergreifen wie bei der Richt- und Sachplanung (insbesondere Koordination Raum und Verkehr).¹¹

c) Die Bedeutung des Raumbezugs für die Aufgabenzuteilung

Fragt man nach den Kriterien, die im Aufgabenbereich «Umwelt und Raumplanung» zur Zuweisung der hauptsächlichen Rechtsetzungskompetenz entweder an den Bund oder an die Kantone führten, fällt auf, dass bei raumbezogenen Themen in der Regel hauptsächlich die Kantone zuständig sind. Hier spielen die unterschiedlichen regionalen Gegebenheiten eine wichtige Rolle. Zudem ist oft das Gemeinwesen selber ein wichtiger Grundeigentümer oder es verfügt über Hoheitsrechte, insbesondere an Gewässern.

Bei Aufgaben wie dem Umweltschutz oder dem Schutz der Gewässer vor Verunreinigung geht es hingegen um die Verwirklichung eines gesamtschweizerisch einheitlichen Schutzstandards. Kantonsgrenzen halten bekanntlich Verschmutzungen nicht auf; sie sollen auch nicht den Geltungsbereich von Umweltauflagen an Produkte bestimmen.

⁹ Vgl. für die Begründung der Vollzugszuständigkeiten des Bundes gemäss Art. 41 Abs. 1 USG namentlich die Botschaft zu einem Bundesgesetz über den Umweltschutz (USG), BBl 1979 III 749, 816, oder die Botschaft zu einer Änderung des Bundesgesetzes über den Umweltschutz (USG) vom 7. Juni 1993, BBl 1993 II 1445, 1474 f. und 1535.

¹⁰ Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (RVOG), SR 172.010, Änderung vom 18. Juni 1999 (AS 1999 3071).

¹¹ Nicht zur Sprache kam die Problematik der Umsetzungszuständigkeiten in der Phase des Betriebs von Anlagen, die von Bundesbehörden bewilligt werden. Dieses Thema wurde an einer Tagung der Vereinigung für Umweltrecht im Frühling 2012 behandelt; ein Aufsatz, der auch diese Fragen behandelt, ist in Vorbereitung.

Allerdings könnten sich die Gewichte bei raumrelevanten Fragen verschieben. Die künftigen Herausforderungen dürften stärkere Gestaltungskompetenzen des Bundes oder überkantonale Lösungen nicht nur rechtfertigen, sondern auch nötig machen. Ob tatsächlich bereits ein Umdenken eingesetzt hat, wie mit dem Hinweis auf die Annahme der Zweitwohnungsinitiative in die Diskussion eingeworfen, wurde nicht weiter vertieft. Bereits zeichnet sich die Notwendigkeit einer verstärkten überkantonalen Koordination ausserhalb des Geltungsbereichs des RPG¹² ab. So können einzelne Kantone wohl Prioritäten bezüglich des Schutzes oder der Nutzung ihrer eigenen Gewässer festlegen. Im Hinblick auf die Neuausrichtung der Energiepolitik (Energiestrategie 2050) würde jedoch eine weitsichtige Politik die Standorte von Energie-Grossanlagen nicht nur kantonsintern, sondern landesweit optimieren.

2. Beobachtungen zu ausgewählten Regelungsbereichen

a) Raumplanung (Art. 75 BV)

Die Raumplanung ist ein Paradebeispiel für Aufgaben mit eingeschränkter Zuständigkeit des Bundes, da Art. 75 BV ihm nur den Erlass der «Grundsätze der Raumplanung» zuweist.

Eine kontroverse Diskussion entbrannte über die Frage, ob der neue Art. 18a RPG über die Bewilligung von Solaranlagen als system- und verfassungsgerechte¹³ punktuelle Detailregelung des Bundes gelten kann. Auf der einen Seite wurde geltend gemacht, dass mit der Vorgabe solcher Einzelheiten in die kantonalen Kompetenzen im Bereich der Raumplanung eingegriffen werde, da dieser Regelung der Grundsatzcharakter fehle. Auf der anderen Seite lässt sich vorbringen, dass die Grundsatzgesetzgebungskompetenz punktuelle Detailregelungen, wie wir sie bezüglich des Bauens ausserhalb von Bauzonen (ursprünglich nur Art. 24, heute Art. 24–24d RPG) schon lange kennen, nicht ausschliesst.¹⁴ Zudem kann es sich aufdrängen, das Verhältnis von Raumplanung und anderen Bundesaufgaben in spezifischer, detaillierter Weise zu regeln;

¹² Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (RPG), SR 700.

¹³ Dass die Bestimmung für das Bundesgericht massgeblich ist, stand aufgrund von Art. 190 BV ausser Frage.

¹⁴ TSCHANNEN, S. 13 mit Hinweisen auf die Lehre.

Art. 18a RPG¹⁵ wäre so als Entscheid der Bundesversammlung zu verstehen, die bessere Nutzung erneuerbarer Energien im Sinne von Art. 89 Abs. 2 BV zu erleichtern.

b) Natur- und Heimatschutz (Art. 78 BV)

Obwohl Art. 78 Abs. 1 BV zur Klärung¹⁶ ausdrücklich festhält, dass die Kantone für den Natur- und Heimatschutz zuständig sind, überwiegt heute in diesem Bereich ausser bezüglich Landschaftsschutz von der Bedeutung her das Bundesrecht. Nicht nur enthält Art. 78 Abs. 5 BV – aufgrund einer Volksinitiative in die Verfassung eingefügt – eine umfassende Bundeskompetenz zur Regelung des Moorschutzes mit sehr strengen Anforderungen. Auch die Rechtsetzungskompetenz bezüglich des Arten- und Biotopschutzes gemäss Art. 78 Abs. 4 BV ist eine umfassende.

Eine besondere Rolle spielt Art. 78 Abs. 2 BV, wonach der Bund bei der Erfüllung seiner Aufgaben auf die Anliegen des Natur- und Heimatschutzes Rücksicht nimmt, im Weiteren Landschaften, Ortsbilder, geschichtliche Stätten sowie Natur- und Kulturdenkmäler schont und sie ungeschmälert erhält, wenn das öffentliche Interesse es gebietet. Die Bestimmung ist als Selbstverpflichtung des Bundes formuliert, dem hinsichtlich der Erfüllung seiner eigenen Aufgaben eine umfassende Rechtsetzungskompetenz zusteht.¹⁷ Der Bund hat in der Folge zahlreiche Objekte zur Stärkung ihres Schutzes in Inventare aufgenommen. Mindestens so wichtig war jedoch, dass das Bundesgericht in langjähriger Praxis den Begriff der «Bundesaufgabe» gemäss Art. 2 Abs. 1 NHG¹⁸ konsequent weiterentwickelte. Dies führte dazu, dass sich der Verfassungsauftrag nicht in einer mehr oder weniger verbindlichen Selbstverpflichtung des Bundes erschöpft.¹⁹ Denn gemäss Art. 7 Abs. 2 NHG ist mindestens dann immer ein Gutachten der zuständigen Kommission einzuholen, wenn bei der Erfüllung von Bundesaufgaben ein Objekt, das in einem Inventar des Bundes aufgeführt

¹⁵ Diese Bestimmung wurde erst während der parlamentarischen Verhandlungen eingebracht, und es fand dazu kein Anhörungsverfahren statt; vgl. hinten Kap. III.1. sowie Kap. III.2.ba) zu den damit verbundenen Problemen.

¹⁶ TSCHANNEN, S. 14 f.

¹⁷ Vgl. auch Art. 78 Abs. 3 BV zu den Fördermassnahmen des Bundes.

¹⁸ Bundesgesetz vom 1. Juli 1966 über den Natur- und Heimatschutz (NHG), SR 451.

¹⁹ Interessanterweise müssen die Gerichte auch Bundesämter immer wieder an die Einhaltung der Vorgaben des NHG erinnern, vgl. etwa neuerdings BVer, Urteil A_1187/2011 vom 29. März 2012, URP 2012 590.

ist, erheblich beeinträchtigt werden könnte oder sich in diesem Zusammenhang grundsätzliche Fragen stellen. Die Begutachtung durch die Kommission hat zur Folge, dass das Bundesrecht zum Natur- und Heimatschutz unter Berücksichtigung aller relevanten Interessen auch in kantonalen Verfahren besser beachtet und kohärenter angewendet wird.

III. Umsetzung der Revision der Gewässerschutzverordnung vom 4. Mai 2011 durch die Kantone

1. Ausgangslage

Mit welchen vielfältigen Herausforderungen die Umsetzung von Bundesrecht durch die Kantone in der Praxis verbunden sein kann, hat sich im Zusammenhang mit Art. 41a Abs. 4 GSchV²⁰ und der zugehörigen Übergangsbestimmung gezeigt, die im Mai 2011 in Ausführung von Art. 36a GSchG²¹ erlassen wurden. Darüber wurde im zweiten Teil des Workshops im Hinblick auf Optimierungen (Ziff. 2) diskutiert.

Art. 36a Abs. 1 GSchG verlangt, dass die Kantone nach Anhörung der betroffenen Kreise den Raumbedarf der oberirdischen Gewässer festlegen. Dieser Gewässerraum soll die «natürlichen Funktionen» der Gewässer (Bst. a), den Schutz vor Hochwasser (Bst. b) und die Gewässernutzung (Bst. c) gewährleisten. Abs. 2 verlangt die Berücksichtigung dieser Vorschriften im Rahmen der Richt- und Nutzungsplanung und hält fest, dass diese Räume, in denen nur eine extensive Bewirtschaftung erlaubt ist, nicht als Fruchtfolgeflächen gelten.

Die Dimensionen des Gewässerraums für Fliessgewässer werden in Art. 41a GSchV für verschiedene räumliche Situationen in differenzierter Weise geregelt. Die Art des durchflossenen Gebietes (Abs. 1, 2 und 4: Schutzgebiete, «übrige Gebiete», «dicht überbaute Gebiete») und die Grösse des Fliessgewässers (vgl. die Unterscheidungen in den jeweiligen Buchstaben) sind die hauptsächlichen Kategorien. Zudem werden die Fälle geregelt, in denen die Breite des Gewäs-

²⁰ Gewässerschutzverordnung vom 28. Oktober 1998 (GSchV), SR 814.20; für die Revision vom 4. Mai 2011 siehe AS 2011 1955.

²¹ Siehe Änderung des GSchG vom 11. Dezember 2009, AS 2010 4285.

serraums erhöht werden muss (Abs. 3) oder auf seine Festlegung verzichtet werden kann (Abs. 5, z.B. Wald oder eingedolte Fliessgewässer).

Während im 20. Jahrhundert viele Flüsse als Schutzmassnahme und zur Gewinnung von Landwirtschaftsflächen verbaut und korrigiert wurden, haben Hochwasserschutz und Gewässerschutz seit dem Erlass neuer Gesetze im Jahr 1991²² naturnähere Gewässer zum Ziel. Es wurden denn auch in den letzten Jahren einige sehr grosse Revitalisierungsprojekte durchgeführt, beispielsweise für längere Abschnitte von Thur oder Rhone. Das Konzept des Gewässerraums wurde bereits 2003 mit dem Leitbild Fliessgewässer näher vorgestellt²³ und seither in vielen Kantonen, wenn auch nicht flächendeckend, umgesetzt.

Bei der Bestimmung der Breite des Gewässerraums stützt sich die Praxis auf die so genannte Schlüsselkurve, in der sich sowohl die Anforderungen des Hochwasserschutzes wie auch der Biodiversität widerspiegeln.²⁴ Umstritten sind unter anderem die ökologischen Anforderungen der extensiven Bewirtschaftung: Bei kleinen Fliessgewässern ist der Gewässerraum nach GSchV zwar etwas breiter als der Streifen, der gemäss Stoffrecht²⁵ nicht gedüngt werden darf, aber weniger breit als der Streifen, in dem gemäss den Vorgaben des Landwirtschaftsrechts²⁶ auf Pflanzenschutzmittel zu verzichten ist. Dennoch werden die neuen Vorschriften über den Gewässerraum zurzeit politisch und auf dem Rechtsmittelweg vehement bekämpft. Die Frage drängt sich deshalb auf, welche Lehren aus dem Erlass und der Umsetzung der Vorschriften über den Gewässerraum zu ziehen sind.

²² Einerseits Totalrevision des Gewässerschutzgesetzes (Anm. 8), andererseits Bundesgesetz vom 21. Juni 1991 über den Wasserbau, SR 721.100.

²³ Bafu, Leitbild Fliessgewässer Schweiz – Für eine nachhaltige Gewässerschutzpolitik, Bern 2003 (<http://www.bafu.admin.ch/publikationen/publikation/00404/index.html?lang=de>, besucht am 6.11.2012); vgl. auch Bafu, Schutz- und Nutzungsplanung nach Gewässerschutzgesetz – Erfahrungen, Beurteilungskriterien und Erfolgsfaktoren, Bern 2009 (<http://www.bafu.admin.ch/publikationen/publikation/01071/index.html?lang=de>; besucht am 6.11.2012).

²⁴ Vgl. Bafu, Raumen der Fliessgewässer – Eine neue Herausforderung (Faltblatt), Bern 2000 (<http://www.bafu.admin.ch/publikationen/publikation/00800/index.html?lang=de>, besucht am 6.11.2012), Leitbild Fliessgewässer (Anm. 23).

²⁵ Anhang 2.6 Ziff. 331 Abs. 1 Bst. d Verordnung vom 18. Mai 2005 zur Reduktion von Risiken beim Umgang mit bestimmten besonders gefährlichen Stoffen, Zubereitungen und Gegenständen (Chemikalien-Risikoreduktions-Verordnung, ChemRRV), SR 814.81.

²⁶ Art. 7 Abs. 5 Bst. b Verordnung vom 7. Dezember 1998 über die Direktzahlungen an die Landwirtschaft (Direktzahlungsverordnung, DZV), SR 910.13.

2. Kritische Punkte der Rechtsetzung über den Gewässerraum

a) Begriffe und Kategorien

aa) «Gewässerraum» und «dicht überbaut»

Der Begriff «Gewässerraum» ist neu, ihm entspricht kein bisheriger planungsrechtlicher Terminus. Zuhanden der Praxis wird er wie erwähnt durch Vollzugshilfen des Bafu näher erläutert und operabel gemacht, was die Umsetzung auf kantonaler und kommunaler Ebene erleichtert.

Ein zweiter neuer Begriff mit räumlicher Bedeutung findet sich mit der Qualifizierung «dicht überbaut» in Art. 41a Abs. 4 GSchV. Dass nicht an den bestehenden raumplanerischen Begriff («weitgehend überbaut») angeknüpft wurde, führt zweifelsohne zu Auslegungsbedarf mit entsprechendem Potenzial für Unsicherheiten und Streitigkeiten.²⁷ Der Verordnungsgeber hat aber absichtlich – und zu Recht – einen anderen Begriff gewählt, da es nicht um die Ausscheidung von Bauzonen geht, sondern um die Berücksichtigung von Tatsachen innerhalb bestehender Bauzonen.²⁸

ab) Übergangsrecht

Intertemporal gelten nach Abs. 2 der Übergangsbestimmung zur Änderung vom 4. Mai 2011 zudem in dreierlei Hinsicht andere Regeln bzw. Begriffe als gemäss Art. 41a Abs. 4 GSchV: Solange der «Gewässerraum» noch nicht planungsrechtlich festgelegt ist, soll der faktisch bestehende «Gewässerstreifen» massgeblich sein; statt von der «natürlichen» ist in der Übergangsphase von der «aktuellen» Gerinnsolenbreite auszugehen; schliesslich soll übergangsrechtlich mit gröberen Kategorien als gemäss Art. 41a Abs. 1–4 GSchV gearbeitet werden.

Diese Lösungen sind im Hinblick auf die Umsetzung des Bundesrechts in einer längeren Übergangsphase – die Frist dauert bis zum 31. Dezember 2018 – an sich zweckmässig. Denn so muss beim Vollzug nicht hypothetisches Planungsrecht vorweggenommen, sondern kann auf die real gegebenen Verhältnisse

²⁷ Vgl. etwa Entscheid des Aargauer Verwaltungsgerichts gemäss Bericht «Aargau verstösst gegen Gewässerschutz – Vollzugsnormen aufgehoben» in NZZ vom 20. Oktober 2012, S. 12.

²⁸ Näheres dazu bei STUTZ, S. 103 f. Richtigerweise werden so auch die Gemeinden mit überdimensionierten Bauzonen nicht bevorzugt.

Bezug genommen werden. Die unterschiedliche Terminologie und die abweichenden Kategorien sind daher systemgerecht. Sie verlangen den Vollzugsbehörden (meist Umweltämter) indessen einen ausserordentlichen Kommunikationseinsatz ab im Kontakt mit anderen Fachbehörden (z.B. Raumplanungsämter), den Gemeinden, sodann den betroffenen Grundeigentümern und den in vielen Fällen bei der Umsetzung beratend tätigen Fachleuten. Diese Feststellung warf ein Schlaglicht auf die Bedeutung informeller Umsetzungsakteure wie Fachverbände und andere Netzwerke von Fachleuten (z.B. Wasser-Agenda 21, in anderen Umweltbereichen etwa Cercl'Air oder Cercl'Bruit)²⁹, Anbieter von Tagungen, Fort- und Weiterbildungen (Bildungsinstitutionen wie EAWAG oder Fachhochschulen, Fachorganisationen wie VUR oder VSA)³⁰ sowie Fachmedien. Es wurde ausdrücklich gewünscht, dass das Bafu diese Multiplikatoren gezielt in den Umsetzungsprozess einbezieht.

b) Entstehung der Vorschriften

ba) Gesetz

Gewisse Schwierigkeiten bei der Umsetzung der Vorschriften über den Gewässerraum dürften auf die Entstehungsweise von Art. 36a GSchG zurückzuführen sein. Diese Bestimmung war Teil eines entgegen des ursprünglichen bundesrätlichen Antrags erst vom Parlament erarbeiteten Gegenvorschlags zur Volksinitiative «Lebendiges Wasser».³¹ Erst im Verlauf der Beratung in der ständerätlichen Kommission erarbeitet, durchlief sie verwaltungsintern und in der Anhörung ein weniger gründliches, ausführliches Verfahren als üblich. Es ist zu vermuten, dass gewisse Detailfragen weniger vertieft abgeklärt wurden als im ordentlichen Rechtssetzungsverfahren und dass vor allem auch der Austausch mit den verschiedenen Anspruchsgruppen (Kantone, Gemeinden, interessierte Kreise und Fachorganisationen) zu knapp bemessen war, um Verunsicherungen abzubauen und sie für die neuen Konzepte zu gewinnen.

²⁹ www.wa21.ch (Akteur-Netzwerk der Wasserwirtschaft), www.cerclair.ch bzw. www.cerclbruit.ch (Organisation der Behörden- und Hochschulvertreter in den Bereichen Luftreinhaltung bzw. Lärm).

³⁰ Wasser-Forschungsinstitut des ETH-Bereichs (www.eawag.ch), Vereinigung für Umweltrecht (www.vur-ade.ch), Verband Schweizer Abwasser- und Gewässerschutzfachleute (www.vsa.ch).

³¹ Vgl. BBl 2007 5511 (Bundesrat zur Volksinitiative), BBl 2008 8043 und 8079 (Gegenvorschlag der Bundesversammlung).

Positiv aufgenommen wurden in diesem Zusammenhang die vorgeschlagenen Verbesserungen beim Einbezug der Kantone bei der Planung und Erarbeitung von Erlassentwürfen sowie namentlich hinsichtlich der Rückkoppelung zu den Kantonen in der Phase der parlamentarischen Beratungen.³²

bb) Verordnung

Die grosse Bedeutung des Anhörungsverfahrens für die Qualität der Erlasse kam anhand von Art. 41a Abs. 4 GSchV zur Sprache. Aus von aussen nicht nachvollziehbaren Gründen fehlte in der Vernehmlassungsvorlage zu dieser Bestimmung eine Regelung, wie der Gewässerraum in Städten und Dorfzentren festzulegen ist. Darauf machten erst die Antworten insbesondere von Kantonen aufmerksam.³³ Wäre die Lücke unbemerkt geblieben, müsste beispielsweise in der Stadt Zürich das Limmatquai renaturiert werden.

Die vorgestellten Vorschläge zur Optimierung einerseits der Vorbereitung von Erlassen und andererseits des Anhörungsverfahrens, damit die Kenntnisse und Erfahrungen der Vollzugsinstanzen rechtzeitig einfließen können, fanden einhellig Anklang. Auch in diesem Zusammenhang erweisen sich die verschiedenen intermediären Organisationen (Konferenzen der zuständigen Direktionen oder Amtsvorsteher, Plattformen wie die Wasser-Agenda 21) und die Nutzung informeller Austauschmöglichkeiten als wichtig. Ebenfalls diskutiert wurde die in den Kantonen in sehr unterschiedlicher Weise wahrgenommene Gelegenheit, im Vernehmlassungsverfahren wichtigen Input zu leisten. Der Aufwand, jede vom Bund eingehende Einladung zur Anhörung nicht nur den direkt betroffenen, sondern allen Direktionen mitzuteilen und gegebenenfalls wichtige Punkte herauszuheben, lohnt sich nach den Aussagen Beteiligter. Die Stellungnahmen werden dadurch kohärenter und besser begründet, es lassen sich insbesondere Auswirkungen auf benachbarte Bereiche thematisieren.

c) Anspruchsvolle Umsetzungsmassnahmen

Im Hinblick auf die Umsetzung des Bundesrechts zum Gewässerraum sind vielfältige Aktivitäten von Kantonen und Gemeinden erforderlich: Einführungsrechtsetzung, u.a. betreffend das System der Gewässerraumfestlegung bzw. die

³² MAISSEN/MADER/BAUMANN, S. 70 ff. und 75 ff.

³³ STUTZ, S. 103 Anm. 22.

Aufgabenteilung zwischen Kantonen und Gemeinden;³⁴ planungsrechtliche Verfahren nach Analyse der räumlichen Verhältnisse sowie der verschiedenen Nutzungsanforderungen – wobei das Gesetz ausdrücklich die «Anhörung der betroffenen Kreise» vorschreibt – und in Koordination mit anderen planungsrechtlichen Vorhaben; zahlreiche Einzelfallentscheide in der Übergangsphase mit unter Umständen heiklen Rechtsfragen und einem nicht zu vernachlässigenden Abklärungsbedarf zur Sicherung möglichst grosser Kohärenz dieser Einzelfallentscheide mit den späteren Planungen.

IV. Ausblick

Angesichts der – wie die Erfahrungen bereits gezeigt haben – teilweise knappen Verfügbarkeit beratender Fachleute sind die Kantone froh um die bis zum 31. Dezember 2018 dauernde Übergangsfrist. Auf eine vertiefte Diskussion der mit dieser Vorgabe verbundenen Fragen wurde im Workshop verzichtet, denn dem Übergangsrecht wird die nächste Jahrestagung des Zentrums für Rechtssetzungslehre gewidmet sein.

Literatur

JANSEN LUC, Renaturation et adaptation du droit cantonal aux nouvelles dispositions de la législation fédérale sur la protection des eaux, URP 2012, S. 126 ff.

LUSTENBERGER ERIK, VUR-Tagung vom 4. November 2011 in Fribourg: Bericht zum Workshop Gewässerraum, URP 2012, S. 141 ff.

MAISSEN SANDRA/MADER LUZIUS/BAUMANN ROBERT, Umsetzung von Bundesrecht durch die Kantone: jüngste Entwicklungen, in diesem Band, S. 63 ff.

STUTZ HANS W., Uferstreifen und Gewässerraum – Umsetzung durch die Kantone, URP 2012, S. 90 ff.

STUTZ HANS W./MAISSEN-MANHART VICTORIA, VUR-Tagung vom 4. November 2011 in Fribourg: Podiumsdiskussion «Naturnahe Gewässer – Antworten auf die bundesrechtlichen Herausforderungen», URP 2012, S. 149 ff.

TSCHANNEN PIERRE, Verfassungsrechtliche Grundlagen, in diesem Band, S. 7 ff.

³⁴ Vgl. dazu die Auslegeordnung bei STUTZ, S. 116 ff.

Erlass und Umsetzung von Bundesrecht im Bereich öffentliche Sicherheit – Bericht aus dem Workshop

August Mächler*

Inhaltsübersicht

I.	Die öffentliche Sicherheit im Bundesstaat Schweiz	96
1.	Recht der öffentlichen Sicherheit	96
2.	Aufgabenteilung	97
a)	Übersicht	97
b)	Kompetenzen für Gesetzgebung und Umsetzung	97
II.	Besondere Herausforderungen für das Zusammenwirken von Bund und Kantonen	99
1.	Unsicherheiten über die Kompetenzaufteilung	99
2.	Gesellschaftlich umstrittenes Aufgabengebiet	99
3.	Zunahme von grenzüberschreitenden Bedrohungen der öffentlichen Sicherheit	100
4.	Mittelknappheit	101
5.	Neue technische und wissenschaftliche Entwicklungen	101
III.	Lösungsansätze	101
1.	Konsultationen zwischen Bund und Kantonen sowie Mitarbeit der Kantone auf Fachebene	102
2.	Einvernehmliche Aufgabenverschiebungen	102
3.	Konkordate	103
a)	Flächendeckende Verträge	103
b)	Regionale Konkordate	104
4.	Andere Formen des Zusammenwirkens	104
a)	Vereinbarung über die verdeckte Ermittlung	104
b)	Mustererlasse	105
c)	Konsolidierte Vernehmlassungen	105
IV.	Fazit	106
	Literaturverzeichnis	107

* Der Autor kann auf zahlreiche Anregungen aus den Workshops der Tagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre vom 13. September 2012 zurückgreifen. Dank gebührt dabei vor allem meiner Kollegin im Rechts- und Beschwerdedienst des Schwyzer Sicherheitsdepartements, lic. iur. Ursula Lindauer, für zahlreiche wertvolle Hinweise.

I. Die öffentliche Sicherheit im Bundesstaat Schweiz

1. Recht der öffentlichen Sicherheit

Sicherheit zu gewährleisten ist dem modernen Staat in mannigfacher Hinsicht aufgetragen: Bereits eine lange Tradition kommt dem Schutz der Polizeigüter, wie namentlich dem Schutz des Lebens sowie der Unversehrtheit der physischen und psychischen Integrität der Menschen, zu. Umfangreich und bedeutsam sind im neuzeitlichen Wohlfahrts- und Leistungsstaat auch Massnahmen des Staates zur sozialen Sicherheit. In zunehmendem Masse nimmt der Staat dem Einzelnen aber auch Risiken bei technischen Vorgängen und beim Gebrauch von Konsumgütern ab und schafft auf diese Weise eine gewisse Sicherheit.¹ Der vorliegende Beitrag beleuchtet Fragen um Regelungen und deren Umsetzung von Bund und Kantonen im Bereich der öffentlichen Sicherheit.

Bei der Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit geht es um den Schutz der demokratischen und rechtsstaatlichen Grundlagen in der staatlichen Gemeinschaft sowie um den Schutz der Freiheitsrechte der Bevölkerung.² Geschützt werden sollen die einzelnen Menschen mit ihren persönlichen Gütern wie Leben, Gesundheit, Freiheit, Eigentum und Vermögen, wie auch die Gemeinschaft der Menschen gegen Bedrohungen von innen und von aussen.³

¹ Zur Entwicklung der Aufgaben in modernen Staaten MÄCHLER, Vertrag, § 1 Rz. 24 ff. – Zur Frage, welche Aufgaben der Staat anpacken soll, siehe RICHLI, S. 5 ff.

² Art. 1 des Bundesgesetzes vom 21. März 1997 über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS), SR 120.

³ SCHWEIZER, SG-Komm., Art. 57 N 4. Der Bundesrat orientiert sich in seinem Bericht in Erfüllung des Postulats Malama 10.3045 vom 3. März 2010. Innere Sicherheit. Klärung der Kompetenzen vom 2. März 2012, BBl 2012 4459, 4478, an einem sehr weiten Begriff der öffentlichen Sicherheit, dem er zurechnet:

- «a. Polizeiliche Gefahrenabwehr, Staatsschutz und Strafverfolgung
- b. Vorbeugung, Vorsorge und Bewältigung von natur- und zivilisationsbedingten Katastrophen und Notlagen
- c. Abhalten und Abwehr eines militärischen Angriffs
- d. Wahrung der Interessen der Schweiz im Ausland und Beiträge zum internationalen Krisenmanagement.»

2. Aufgabenteilung

a) Übersicht

Die Bundesverfassung⁴ weist dem Bund im 2. Abschnitt des 2. Kapitels über die Zuständigkeiten einzelne Kompetenzen in den Bereichen Sicherheit, Landesverteidigung sowie Zivilschutz zu. Die Gesetzgebung über die Armee, deren Organisation, Ausbildung und Ausrüstung (Art. 58 und 60 BV), des Militär- und Ersatzdienstes (Art. 59 BV) und über den Zivilschutz (Art. 61 BV) ist Sache des Bundes. Allgemein bestimmt sodann Art. 57 Abs. 1 BV, dass der Bund und die Kantone im Rahmen ihrer Zuständigkeit für die Sicherheit des Landes und den Schutz der Bevölkerung zu sorgen haben. In Abs. 2 von Art. 57 BV wird ihnen aufgetragen, ihre Anstrengungen im Bereiche der inneren Sicherheit zu koordinieren. Wichtig für die Belange der öffentlichen Sicherheit sind die Kompetenzen des Bundes in auswärtigen Angelegenheiten (Art. 54 BV), im Strafrecht (Art. 123 BV) sowie die Zuständigkeiten von Bundesversammlung (Art. 173 Abs. 1 lit. a–c BV) und von Bundesrat (Art. 185 BV) zur Wahrung der inneren und äusseren Sicherheit, die auch als implizite Grundlagen für Verbandskompetenzen des Bundes herangezogen werden.

b) Kompetenzen für Gesetzgebung und Umsetzung

Bei der *militärischen Landesverteidigung* stehen sowohl die Gesetzgebungskompetenz wie im Wesentlichen auch die Umsetzung allein dem Bunde zu.⁵ Der *Zivilschutz* bildet dagegen ein Beispiel für die übliche Aufteilung der Gesetzgebungskompetenz auf den Bund und der Zuweisung der Umsetzung an die Kantone. Der Bund regelt dabei insbesondere die Dienstpflicht, die Ausbildung, die Bereitstellung des Materials, die Alarmierung, die Schutzbaupflicht und die Finanzierung. Die Kantone ihrerseits sind für die Ausbildung und den Einsatz des Zivilschutzes sowie den Vollzug des baulichen Zivilschutzes zuständig.⁶

⁴ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV), SR 101.

⁵ Zur neueren Verschiebung der Kompetenzen im Zuge der Neuordnung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung (NFA) und zu den Restkompetenzen der Kantone im Bereiche der Landesverteidigung siehe MEYER, SG-Komm., Art. 58 N 20 und Art. 60 N 9 f.

⁶ Art. 11 ff. des Bundesgesetzes vom 4. Oktober 2002 über den Bevölkerungsschutz und den Zivilschutz (Bevölkerungs- und Zivilschutzgesetz, BZG), SR 520.1.

Für den *Bevölkerungsschutz* kann sich der Bund nur gerade auf eine Koordinationskompetenz im Bereich der öffentlichen Sicherheit stützen. Soweit es nicht um die Partnerorganisation des Zivilschutzes geht, kommt dem Bevölkerungs- und Zivilschutzgesetz des Bundes der Charakter eines Dachgesetzes zu. Im Bereich des Bevölkerungsschutzes soll mittels Zusammenarbeitsregelungen und Kompetenzabgrenzungen der Gedanke des Systems eines Sicherheitsverbundes Schweiz verankert werden.⁷

Heikler ist die Umschreibung des Zusammenwirkens von Bund und Kantonen in den Belangen der *inneren Sicherheit in einem weiteren Sinne*: Im Wesentlichen nehmen zwar die Kantone die sicherheitspolizeilichen Aufgaben wahr. Aber auch dem Bund kommen gewichtige Aufgaben in diesen Bereichen zu, wie die nachfolgende Aufzählung zeigt:⁸

- Schutz von Personen und Objekten des Bundes;
- Kriminalpolizeiliche Aufgaben (Kriminalpolizeiliche Zentralstellen gegen das organisierte und international tätige Verbrechen, Informationsbeschaffung);
- Gerichtliche Polizei für die Bundesanwaltschaft;
- Verwaltungspolizeiliche Massnahmen (Massnahmen gegen Gewaltpropaganda; einzelne Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen; Massnahmen zur Verhinderung von Straftaten);
- Polizeikoordination (mit dem Ausland und mit den Kantonen).

Aufgeteilt auf Bund und Kantone sind die Gesetzgebungs- und Umsetzungs-kompetenzen beim *Schutz gegen Straftaten*. Dem Bund ist die Gesetzgebungs-kompetenz sowohl im materiellen Strafrecht wie auch im Prozessrecht zugewiesen. Die Regelung der Behördenorganisation obliegt je für sich dem Bund und den Kantonen. Die Prävention vor Straftaten ist dagegen im Wesentlichen Sache der Kantone.

⁷ Siehe Botschaft zur Totalrevision der Zivilschutzgesetzgebung vom 17. Oktober 2001, BBl 2002 1685 ff.

⁸ Siehe dazu den Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die polizeilichen Aufgaben des Bundes vom 9. November 2009, BBl 2009 8478.

II. Besondere Herausforderungen für das Zusammenwirken von Bund und Kantonen

Das Zusammenwirken von Bund und Kantonen bei der Erfüllung von Aufgaben ist naturgemäss nicht immer frei von Konflikten und Problemen. Dies kann für ganz verschiedene Bereiche staatlicher Tätigkeit festgestellt werden, manifestiert sich aber bei der öffentlichen Sicherheit in den letzten Jahren in ganz besonderem Masse. Die Ursachen für diese Schwierigkeiten können namentlich in nachfolgenden Gegebenheiten und Entwicklungen gesehen werden:

1. Unsicherheiten über die Kompetenzaufteilung

Unklar und umstritten ist die Kompetenzaufteilung zwischen dem Bund und den Kantonen vor allem in Bezug auf die innere Sicherheit. Mehrheitlich wird in der Lehre die Meinung vertreten, dass Art. 57 Abs. 2 BV für sich allein dem Bund keine Kompetenzen zuweist. Wo sich der Bund nicht anderweitig auf eine ausdrückliche oder stillschweigende Ermächtigung in der Bundesverfassung abstützen kann, ist es ihm nach der Lehre auch nicht gestattet, koordinierend zu wirken.⁹ Nicht ohne weiteres klar ist aber, was sich aus anderen Kompetenzen des Bundes für die Zuständigkeit des Bundes in Belangen der inneren Sicherheit herleiten lässt. Berührungspunkte bestehen immerhin mit den unbestrittenen Kompetenzen des Bundes zum Schutze eigener Mandatsträger und eigener Einrichtungen, zur Aussenpolitik, zur Armee, zum Zivilschutz und zur Strafverfolgung. Was diese «Gemengelage» an Zuständigkeiten hergibt, ist beileibe nicht so einfach zu überblicken.¹⁰

2. Gesellschaftlich umstrittenes Aufgabengebiet

Die Wahrung der öffentlichen Sicherheit gilt als zentrale Aufgabe von modernen Staaten.¹¹ Erfüllen kann der Staat diese Aufgabe in vielerlei Hinsicht aber nur, wenn er die Freiheit Einzelner beschränkt. Sicherheit und Freiheit geraten

⁹ BIAGGINI, Art. 57 N 10; SCHWEIZER, SG-Komm., Art. 57 N 2. Weitere Hinweise im Bericht des Bundesrates zum Postulat Malama, Anm. 3, S. 4550 f.

¹⁰ Siehe zur theoretischen Erörterung und zur Praxis den Bericht des Bundesrates zum Postulat Malama, Anm. 3, S. 4476 ff. Ferner SCHWEIZER, Kompetenzverteilung, S. 190 f.

¹¹ Art. 2 Abs. 1 BV führt dies denn auch als Zweck der Eidgenossenschaft an.

daher oftmals in ein Spannungsverhältnis, das vor allem der Gesetzgeber auszugleichen hat.¹² Gleichermassen lässt sich feststellen, dass der Staat bei der Erfüllung seiner grundrechtlich gebotenen Schutzpflichten oftmals in die Grundrechte von Menschen eingreifen muss.¹³ Die Gewichtung der Rechtsgüter, die es zu schützen oder einzuschränken gilt, ist in der Gesellschaft häufig stark umstritten. Nicht selten werden daher Auseinandersetzungen darüber gleichsam indirekt geführt, indem vordergründig über die Zuweisung von Regelungsbefugnissen gestritten wird, obschon es eigentlich um Grundrechtsbeschränkungen als solche geht.¹⁴

3. Zunahme von grenzüberschreitenden Bedrohungen der öffentlichen Sicherheit

Die geltende Bundesverfassung ist noch stark vom Bild einer klar scheidbaren äusseren und inneren Bedrohung der öffentlichen Sicherheit geprägt.¹⁵ Die äussere Sicherheit gewährleistet darnach der Bund im Wesentlichen mit der Armee und den Mitteln der Eidgenössischen Zollverwaltung. Für die innere Sicherheit sorgen die Kantone mit ihren kantonalen und städtischen Polizeikorps. Die öffentliche Sicherheit wird aber zunehmend und in vielfältiger Form über Grenzen hinweg bedroht (u.a. als Folge des freien Personenverkehrs, Cyberwar). Eine strikte Unterscheidung in innere und äussere Sicherheit verliert ihre sachliche Begründung. Regelungsbedürfnisse müssen vermehrt auf zwischenstaatlicher Ebene befriedigt werden. Auch wächst der Mittelbedarf in qualitativer und quantitativer Hinsicht an. All das führt zu einer wenigstens tatsächlichen Verlagerung von Zuständigkeiten auf den Bund, der über die Kompetenzen in der Aussenpolitik verfügt, völkerrechtlich auch für die Sicherheit gegen aussen verantwortlich zeichnet und über gewisse wirksame und auch institutionalisierte Instrumente (Armee, inkl. Berufsformationen der militärischen Sicherheit) verfügt.

¹² Siehe dazu KOLLER/SCHINDLER, S. 277 ff.

¹³ BGE 126 II 300 E. 5 S. 314 f.

¹⁴ Für die Diskussionen bei der Verschärfung des Hooligan-Konkordats kann auf die Diskussionen im Zürcher Kantonsrat verwiesen werden (NZZ vom 25. September 2012, S. 15).

¹⁵ Siehe dazu Art. 2 Abs. 1, Art. 173 Abs. 1 lit. a und b sowie Art. 185 BV.

4. Mittelknappheit

Im Frühjahr 2011 hatte die Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren (KKJPD) einen Bericht «Polizeiliche Lücke» verabschiedet, der sich unter anderem mit den Polizeibeständen in der Schweiz befasst. Im Bericht wurde festgehalten, dass in den Kantonen rund 1500 Polizistinnen und Polizisten fehlen. Den Unterbeständen wird mit einer vermehrten interkantonalen Zusammenarbeit, aber auch mit einem verstärkten Zusammenwirken mit Bundesstellen (Armee im Allgemeinen, Berufsformationen der militärischen Sicherheit, Eidgenössische Zollverwaltung mit dem Grenzwachtkorps) zu begegnen versucht. Vereinzelt werden gewisse polizeiliche Aufgaben auch auf Private übertragen und damit ausgelagert.¹⁶ Mittelknappheit bei den kantonalen Polizeikorps führt damit in der Tendenz ebenfalls zu einer Aufgabenverlagerung weg von den Kantonen.

5. Neue technische und wissenschaftliche Entwicklungen

Für Angriffe auf die öffentliche Sicherheit werden hochentwickelte neue Gerätschaften, Übermittlungs- und Kommunikations- sowie Transportmittel eingesetzt. Prävention und Abwehr müssen gleichziehen, was entsprechende Kenntnisse und das erforderliche Reaktionsvermögen voraussetzt. Beides geht den kantonalen Polizeikräften oftmals ab. Der Ruf nach Einsatz von wenigstens interkantonal organisierten Spezialisten oder Spezialkräften des Bundes bildet eine naheliegende Reaktion auf diese Entwicklungen.

III. Lösungsansätze

Unklarheiten in der Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen, gesellschaftlichen Sensibilitäten bei der Regelung der öffentlichen Sicherheit, grenzüberschreitenden Bedrohungen der öffentlichen Sicherheit, der Mittelknappheit der Kantone sowie neuen technischen und wissenschaftlichen Herausforderungen begegnen Bund und Kantone mit unterschiedlichen und teils auch umstrittenen Lösungsansätzen.

¹⁶ Siehe dazu auch den Bericht des Bundesrates zum Postulat Malama, Anm. 3, S. 4592.

1. Konsultationen zwischen Bund und Kantonen sowie Mitarbeit der Kantone auf Fachebene

Dass Konsultationen und vor allem auch Fachgespräche zwischen Bundes- und Kantonsstellen über das Zusammenwirken in gemeinsamen bzw. in angrenzenden Verantwortungsbereichen stattfinden, ist an sich nichts Aussergewöhnliches.¹⁷ In Fragen der öffentlichen Sicherheit scheint das Bedürfnis für solche Kontakte allerdings besonders ausgeprägt zu sein.¹⁸ Dafür lassen sich verschiedene Gründe anführen: Wie sich aus Art. 57 BV ergibt, ist die öffentliche Sicherheit Sache von Bund und Kantonen, womit die beiden Ebenen zwangsläufig miteinander reden müssen. Die ausgemachten Unsicherheiten in der Kompetenzzuteilung lassen sich im gemeinsamen Gespräch sodann vermindern. Vorhandenes Spezialwissen in Belangen der Polizei in einzelnen Polizeikorps kann für den gesamten Sicherheitsverbund der Schweiz genutzt werden. Dass solche informelle Kontakte über die Staatsebenen hinweg allerdings auch Bedenken in Bezug auf die Transparenz und die demokratische Legitimation wecken können, liegt auf der Hand.

2. Einvernehmliche Aufgabenverschiebungen

Die Kantone – so ist oftmals zu hören – seien die eifrigsten Betreiber einer Zentralisierung. Geht es um die Abschiebung einer schwierig zu lösenden Aufgabe, lassen sich mit der Zentralisierung für die Kantone auf einfache Weise Kosten einsparen. Fehlt es an Fach- und Sachwissen auf der kantonalen Ebene, so stimmen die Kantone auch rasch einmal einer Übertragung einer Aufgabe auf den Bund zu. In Belangen der öffentlichen Sicherheit lässt sich dies etwa bei den Massnahmen gegen Gewalt bei Sportveranstaltungen zeigen. Als sich der Bund anschickte, im Hinblick auf die EURO 08 in der Schweiz Vorschriften über Massnahmen zur Verhinderung von Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen

¹⁷ Siehe in ganz allgemeiner Weise Bericht und Anträge vom 13. Februar 2012 der gemeinsamen Arbeitsgruppe Bund-Kantone zum Thema «Die Umsetzung von Bundesrecht durch die Kantone» zuhanden des Föderalistischen Dialogs.

¹⁸ Vgl. die Hinweise im Bericht zum Postulat Malama, Anm. 3, S. 4472 ff. und Bericht der KKJPD vom 14. Oktober 2011 zu einer Änderung des Konkordats vom 15. November 2007 über Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen, S. 12 ff. Zu einem institutionalisierten Konsultations- und Koordinationsmechanismus siehe das Interview mit André Duvillard, Delegierter für den Sicherheitsverbund Schweiz, bei THOMANN, S. 8 f.

gen zu erlassen, stimmten die Kantone trotz erheblicher verfassungsrechtlicher Bedenken, nach welchen es dem Bund für verschiedene Massnahmen an einer Kompetenz fehle, allesamt einer Bundesregelung zu.¹⁹ Als Beispiele für eine schleichende Verlagerung der Kompetenzen zum Bund kann auch auf die umstrittenen Vereinbarungen zwischen den Kantonen und der Eidgenössischen Zollverwaltung über den Einsatz des Grenzwachtkorps für sicherheitspolizeiliche Aufgaben im Grenzraum und ebenfalls in den Binnenkantonen hingewiesen werden.²⁰ Als ausserordentlich bezeichnet werden vereinzelt auch die von der Armee zu Gunsten der Kantone geleisteten Assistenzdienste.²¹

3. Konkordate

a) Flächendeckende Verträge

Zur Erfüllung ihrer Aufgaben in der inneren Sicherheit haben die Kantone Konkordate abgeschlossen, denen alle oder wenigstens ein Grossteil der Kantone beigetreten sind. Als Beispiele zu nennen sind: Das Konkordat über Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen vom 15. November 2007, in welchem die Kantone, gestützt auf Vorarbeiten der KKJPD und in enger Zusammenarbeit mit dem Bund, zur Verhinderung gewalttätigen Verhaltens vorbeugende polizeiliche Massnahmen treffen.²² Hinzuweisen ist weiter auf die Interkantonale Vereinbarung über die computergestützte Zusammenarbeit der Kantone bei der Aufklärung von Gewaltdelikten (ViCLAS-Konkordat) vom 2. April 2009. Die interkantonale Vereinbarung bezweckt in diesem Bereich die effiziente Bekämpfung der (seriellen) Gewalt- und Sexualkriminalität durch interkantonale Zusammenarbeit. Insbesondere wurden damit die rechtlichen Grundlagen für den kantonsübergreifenden Einsatz des Analyseinstruments ViCLAS zur Verhinderung und Aufklärung von Delikten gegen die physische und sexuelle Integrität geschaffen und die überkantonale Zusammenführung und Auswertung kantonaler Ermittlungsergebnisse und Strafverfahren ermöglicht. Das ViCLAS-Konkordat wurde ebenfalls von der KKJPD ausgear-

¹⁹ Siehe dazu Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (Massnahmen gegen Gewaltpropaganda und gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen) vom 17. August 2005, BBl 2005 5613, 5639.

²⁰ Vgl. die vor allem kritischen Hinweise bei MOHLER, N 207, 795 f. und 1202.

²¹ Vgl. dazu MOHLER, N 1217 ff.

²² LS 551.19.

beitet. Der Vereinbarung traten fast alle Kantone und das Fürstentum Liechtenstein bei.²³ Gewalt rund um Sportveranstaltungen ist ein gesamtschweizerisches, ja gar europäisches Phänomen, dem mit einer einheitlichen Regelung für die ganze Schweiz zu begegnen ist. Beim ViCLAS-Konkordat werden die Kräfte der Kantone gebündelt, um die spezielle Infrastruktur mit vertretbaren Kosten zu betreiben und den Kantonen zur Verfügung zu stellen. Mit einem Konkordat in diesen Belangen lässt sich eine Zentralisierung beim Bund vermeiden oder wenigstens hinauszögern.²⁴

b) Regionale Konkordate

Zur Bereitstellung von gemeinsamen Einsatzkräften, zur gegenseitigen Unterstützung sowie zur gemeinschaftlichen Bewirtschaftung der Ausrüstung werden im regionalen Rahmen interkantonale Vereinbarungen abgeschlossen.²⁵

4. Andere Formen des Zusammenwirkens

a) Vereinbarung über die verdeckte Ermittlung

Beim Bundesamt für Polizei (fedpol) besteht seit einigen Jahren eine Koordinationsstelle zur Bekämpfung der Internetkriminalität (KOBIK). Sie führt im Auftrage der Kantone und des Bundes verdeckte polizeiliche Internetrecherchen mit Schwergewicht im Bereiche der Kinderpornographie und Pädophilie durch. Gestützt hat die KOBIK ihre Tätigkeit bis Ende 2010 auf das Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung vom 20. Juni 2003.²⁶ Dieses Bundesgesetz hatte die verdeckte polizeiliche Ermittlung bereits im Vorfeld von Strafverfahren ermöglicht. Die Schweizerische Strafprozessordnung (Strafprozessordnung, StPO) vom 5. Oktober 2007,²⁷ die auf den 1. Januar 2011 in Kraft trat und das Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung ablöste, erlaubt nach Massgabe

²³ LS 551.104. Da die innere Sicherheit in Art. 48a BV als Aufgabe einer interkantonalen Zusammenarbeit nicht genannt wird, kann die Bundesversammlung Konkordate bei Absichtsstehen einzelner Kantone nicht allgemein verbindlich erklären.

²⁴ Zu den Demokratiedefiziten beim Abschluss von interkantonalen Vereinbarungen MÄCHLER, *Föderalismus*, S. 592 ff.

²⁵ Siehe Konkordat über die Grundlagen der Polizei-Zusammenarbeit in der Zentralschweiz (Polizeikonkordat Zentralschweiz) vom 6. November 2009, SRSZ 520.250.1.

²⁶ AS 2004 1409; 2006 5437; 2007 5437.

²⁷ SR 312.0.

ihres Geltungsbereichs die verdeckte Ermittlung nur zum Zwecke begangener Straftaten. Um der KOBIK die Fortsetzung des Chat-Monitoring zu ermöglichen, vereinbarten der Leitungsausschuss KOBIK, das Sicherheitsdepartement des Kantons Schwyz und das Bundesamt für Polizei die Unterstellung der Koordinationsstelle unter § 9d der Verordnung des Kantons Schwyz über die Kantonspolizei vom 22. März 2000.²⁸ Eingesetzt werden die Mitarbeitenden der KOBIK vom Schwyzer Polizeikommando. Der Einsatz der Ermittler wird vom Zwangsmassnahmengericht des Kantons Schwyz jeweils befristet bewilligt.²⁹ Der Kanton Schwyz erbringt damit für Bund und andere Kantone gestützt auf das eigene Polizeigesetz territorial («Ubiquität des Internets») nicht direkt gebundene polizeiliche Aufgaben.³⁰

b) Mustererlasse

Unterstützt werden die Kantone bei der Schaffung von Normen bei der Umsetzung von Bundesrecht und beim Erlass eigenen Rechts auch etwa mit der Ausarbeitung von Musterregelungen. Erwähnt werden kann als Beispiel dafür eine Musterregelung zur präventiven verdeckten Ermittlung, die von der KKJPD ausgearbeitet worden ist.³¹

c) Konsolidierte Vernehmlassungen

Bei der Erarbeitung von Erlassen und von Vorlagen von grosser Tragweite sind die Kantone die wichtigsten Gesprächspartner des Bundes. Sie sind daher auch die primären Adressaten in einem Vernehmlassungsverfahren.³² In der jüngeren Vergangenheit hat es sich eingespielt, dass die Kantone die Abgabe ihrer Ver-

²⁸ SRSZ 520.110.

²⁹ Verfügung vom 14. Januar 2011.

³⁰ Kritisch dazu HANSJAKOB, S. 579 ff. sowie JOSITSCH/MURER MIKOLÁSEK, S. 190. – Die Bundesversammlung hat im Übrigen die Vorschriften in der Strafprozessordnung über die verdeckte Ermittlung und Fahndung präzisiert. Sie reagierte damit auf BGE 134 IV 266 (Parlamentarische Initiative Präzisierung des Anwendungsbereichs der Bestimmungen über die verdeckte Ermittlung. Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats vom 3. Februar 2012, BBl 2012 5591 ff.; Bundesgesetz vom 14. Dezember 2012 über die verdeckte Ermittlung und Fahndung [Änderung der Strafprozessordnung und des Militärstrafprozesses], Referendumsvorlage BBl 2012 9649 ff.).

³¹ Vgl. die Hinweise bei HANSJAKOB, S. 581.

³² Art. 147 BV; Art. 2 Abs. 1 und 4 Abs. 2 lit. a des Bundesgesetzes vom 18. März 2005 über das Vernehmlassungsverfahren (Vernehmlassungsgesetz, VIG), SR 172.061.

nehmlassungen aufeinander abstimmen bzw. gar gemeinsam eine Vernehmlassung eingeben. Häufig werden diese konsolidierten Vernehmlassungen in der Konferenz der Kantonsregierungen (KdK) erarbeitet und auch von dieser den Bundesbehörden eingereicht.³³ Unverkennbar ist, dass mit einem solchen Vorgehen die Kantone ihr Gewicht erhöhen können. Anzunehmen ist aber auch, dass andere Zwecke des Vernehmlassungsverfahrens – neben dem Test der politischen Akzeptanz einer Vorlage – bei einer Stellungnahme der einzelnen Kantone besser verwirklicht werden könnten. So wäre es für die Prüfung der Vollzugstauglichkeit wohl erwünscht, wenn die Kantone den in die Vernehmlassung gegebenen Entwurf zu einem Erlass je aus ihrer spezifischen Warte beurteilen würden.³⁴

IV. Fazit

Auch und in besonderem Masse beim Schutz der öffentlichen Sicherheit ist eine Tendenz zur Zentralisierung in unserem Bundesstaat unübersehbar. Verlagerungen von Kompetenzen von den Kantonen zum Bund in einem grösseren Ausmass oder eine systematische Überprüfung der Aufgabenteilung können für die letzten Jahre nicht ausgemacht werden. Bremsend dürften nicht alleine Kreise wirken, die für starke Kantone eintreten, sondern ebenso gesellschaftliche Gruppierungen, denen der Schutz der individuellen Freiheit ein Anliegen ist. Bund und Kantone versuchen auf verschiedenen Wegen und unter Einsatz unterschiedlicher Mittel Grenzen in der Leistungsfähigkeit der Kantone bei der Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit zu überwinden. Erwähnt werden können Konkordatslösungen, eine extensive Inanspruchnahme von Dienstleistungen des Bundes, verschiedene Dienstleistungen der KKJPD, Auslagerung von Aufgaben auf andere Kantone (und Private). Wohl in absehbarer Zeit werden Bund und Kantone allerdings nicht darum herumkommen, die Zuständigkeitsordnung im Bereich der öffentlichen Sicherheit grundlegend zu überprüfen und neu zu gestalten.

³³ Siehe dazu Ziff. 5.2 der Rahmenordnung über die Arbeitsweise der KdK und der Direktorenkonferenzen bezüglich der Kooperation von Bund und Kantonen vom 28. September 2012.

³⁴ Art. 2 Abs. 2 VIG. Ferner MÜLLER, N 152.

Literaturverzeichnis

- BIAGGINI GIOVANNI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, Zürich 2007
- HANSJAKOB THOMAS, Neuregelung der verdeckten Fahndung und Ermittlung in der Schweiz, Kriminalistik 2011, S. 579 ff.
- JOSITSCH DANIEL/MURER MIKOLÁSEK ANGELIKA, Wenn polizeiliche Ermittler im Chatroom in Teufels Küche kommen – oder wie das Bundesgericht neue Probleme geschaffen hat, AJP 2011, S. 181 ff.
- KOLLER HEINRICH/SCHINDLER BENJAMIN, Umgang des Gesetzgebers mit Risiken im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit, in: Thomas Sutter-Somm/Felix Hafner/Gerhard Schmid/Kurt Seelmann (Hrsg.), Risiko und Recht, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2004, Basel/Genf/München/Bern 2004, S. 277 ff.
- MÄCHLER AUGUST, Vertrag und Verwaltungsrechtspflege, Ausgewählte Fragen zum vertraglichen Handeln der Verwaltung und zum Einsatz des Vertrages in der Verwaltungsrechtspflege, Habil. Zürich 2005
- MÄCHLER AUGUST, *Föderalismus* in der Krise: Geleitete Zusammenarbeit als Ausweg?, ZSR NF 123/I, S. 571 ff.
- MEYER HANSJÖRG, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich et al. 2008, Art. 58–60 BV
- MÜLLER GEORG, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 2. Aufl., Zürich 2006
- MOHLER MARKUS H.F., Grundzüge des Polizeirechts in der Schweiz, Basel 2012
- RICHLI PAUL, Welche Aufgaben soll der Staat erfüllen?, Ein Beitrag zur Rechtsetzungslehre im Anschluss an die Politische Philosophie, Bern 2009
- SCHWEIZER RAINER J., Bundesstaatliche *Kompetenzverteilung* im Polizei- und Sicherheitsrecht, Sicherheit & Recht 2012, S. 185 ff.
- SCHWEIZER RAINER J., in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich et al. 2008, Art. 57 BV
- THOMANN EUGEN, André Duvillard – Delegierter für den Sicherheitsverbund Schweiz, Interview, ASMZ 03/2013, S. 8 f.

Die Rechtsetzungs- und Verwaltungstätigkeit in den Kantonen ist stark durch das übergeordnete Bundesrecht geprägt. Umgekehrt sind die Kantone für den Bund meist die zentralen Ansprechpartner beim Erlass und bei der Umsetzung von Bundesrecht. Dieses wichtige Mehrebenenverhältnis der Rechtsetzung verursacht sowohl in theoretischer wie auch in praktischer Hinsicht Schwierigkeiten. Die 12. Jahrestagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre hat sich unter dem Titel «Die Rolle von Bund und Kantonen beim Erlass und bei der Umsetzung von Bundesrecht» einiger dieser Problemstellungen angenommen. Der vorliegende Band präsentiert die Ergebnisse der Tagung.

