

Sachdokumentation:

Signatur: DS 3573

Permalink: www.sachdokumentation.ch/bestand/ds/3573



Nutzungsbestimmungen

Dieses elektronische Dokument wird vom Schweizerischen Sozialarchiv zur Verfügung gestellt. Es kann in der angebotenen Form für den Eigengebrauch reproduziert und genutzt werden (private Verwendung, inkl. Lehre und Forschung). Für das Einhalten der urheberrechtlichen Bestimmungen ist der/die Nutzer/in verantwortlich. Jede Verwendung muss mit einem Quellennachweis versehen sein.

Zitierweise für graue Literatur

Elektronische Broschüren und Flugschriften (DS) aus den Dossiers der Sachdokumentation des Sozialarchivs werden gemäss den üblichen Zitierrichtlinien für wissenschaftliche Literatur wenn möglich einzeln zitiert. Es ist jedoch sinnvoll, die verwendeten thematischen Dossiers ebenfalls zu zitieren. Anzugeben sind demnach die Signatur des einzelnen Dokuments sowie das zugehörige Dossier.

Föderalismus: Ist die «Vielfalt in der Einheit» am Ende?



JÜRIG MARCEL TIEFENTHAL * • September 2021

Zusammenfassung

- Das verfassungsrechtliche Strukturprinzip des Föderalismus wird zwar kaum je grundsätzlich in Frage gestellt. Dennoch handelt es sich laut jüngerer Lehre um den am stärksten gefährdeten tragenden Grundwert der Bundesverfassung.
- Die postulierten Ziele der Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (NFA) sind bislang nicht erfüllt worden. Vielmehr haben die Aufgaben- und Finanzierungsverflechtungen zwischen den beiden obersten Staatsebenen in der Zwischenzeit zugenommen, da die Umsetzung der verfassungsrechtlichen NFA-Grundsätze – namentlich das Subsidiaritätsprinzip und das fiskalische Äquivalenzprinzip – nur ungenügend erfolgt ist.
- In der bundesstaatlichen Zuständigkeitsordnung zeigen sich zunehmend Spannungs- und Konfliktfelder, die auf eine eklatante Erosion des Föderalismusprinzips hinweisen. Verstärkte Zentralisierungstendenzen sowie die Rechtsvereinheitlichung bedingt durch die Internationalisierung, insbesondere die Europäisierung des nationalen Rechts und die Bundespolitik, aber auch die Intensivierung und die Institutionalisierung der interkantonalen Zusammenarbeit haben den Föderalismus sukzessive geschwächt und die kantonale Souveränität unterlaufen.
- Ohne zielgerichtete Massnahmen droht die schweizerische Verfassungskonstruktion mittel- bis langfristig in Schieflage zu geraten. Dementsprechend sollte die verfassungsrechtliche Zuständigkeitsordnung zwingend mittels Schaffung klarer Zuständigkeiten sowie konsequenter Aufgaben- und Finanzierungsentflechtungen reformiert und geschützt werden. Andernfalls läuft der schweizerische Föderalismus Gefahr, seinen ursprünglichen Zweck und seine enorme Wirkungskraft zu verlieren, womit die Vielfalt in der Einheit vor ihrem Ende stünde.

* Der Autor, Dr. iur., gelernter Bankkaufmann, ist Richter am Bundesverwaltungsgericht (90%) in St. Gallen, Lehrbeauftragter für Öffentliches Recht an der Universität Zürich und Mitherausgeber der Fachzeitschrift «Sicherheit & Recht».

Beim Föderalismus handelt es sich um ein *Ordnungsprinzip*, nach welchem eine politische Gemeinschaft in Körperschaften unterteilt wird, wobei Letztere substantielle Autonomierechte erhalten (oder behalten) und am Willensbildungsprozess der entsprechenden politischen Gemeinschaft teilhaben. Dieses Ordnungsprinzip findet im Staat seine Verwirklichung in der *Bundesstaatlichkeit als Staatsform*.¹

Das Wesen des schweizerischen Föderalismus erschliesst sich aber nicht einzig über den verfassungsrechtlichen Rahmen der Staatsorganisation, sondern insbesondere auch über die *Geschichte der Eidgenossenschaft* und damit verbunden über die *gelebte Kultur zwischen den Staatsebenen und ihren Bürgern*. Die Entwicklungslinien der Verfassungsgeschichte zeigen auf, dass die föderalistische Staatsform ihren Ursprung in der Bundesverfassung von 1848 sowie in den Grundlagen der territorialen Grundordnung der Alten Eidgenossenschaft und der Mediations-akte Napoléons besitzt. Mit Bezug auf den tragenden verfassungsrechtlichen Grundwert des Föderalismus hält der Verfassungs- und Föderalmusexperte Bernhard Waldmann treffend fest:

«Obwohl die Bundesverfassung weder den Föderalismus erwähnt noch vom Bundesstaat spricht, handelt es sich hierbei um eine staatspolitische Maxime, ein tragendes Strukturprinzip, das der Verfassungsordnung gewissermassen als Fundament zu Grunde liegt, wobei sich der Inhalt dieses Fundaments aus der Gesamtheit der Verfassungsbestimmungen, welche die staatliche Ordnung und Gliederung regeln, sowie der darauf gestützten Rechtsordnung erschliesst. Zusammen mit der Rechtsstaatlichkeit, der Demokratie und der Sozialstaatlichkeit gehört der Föderalismus zu den konstitutiven Grundpfeilern der schweizerischen Staatsordnung.»²

Das föderalistische Element der schweizerischen Staatsordnung findet denn auch in zahlreichen Verfassungsbestimmungen seinen Ausdruck:

- *Staatlichkeit* der Kantone (Art. 1, Art. 3 und Art. 51 BV);
- dreigliedriger *Staatsaufbau* (3. Titel der BV, namentlich Art. 50 BV);³
- weitgehende *Eigenständigkeit* der Kantone (Art. 46 Abs. 3, Art. 47 und Art. 48 Abs. 1 BV);⁴
- Gewährleistung der *Bestandes- und Gebietsgarantie sowie verfassungsmässigen Ordnung* jedes einzelnen Kantons durch den Bund (Art. 1 und Art. 52 f. BV);

¹ Zum Ganzen WALDMANN BERNHARD, Föderalismus unter Druck, Eine Skizze von Problemfeldern und Herausforderungen für den Föderalismus in der Schweiz, in: Gredig Markus et al. (Hrsg.), Peters Dreibratt, Festschrift für Peter Hänni zum 60. Geburtstag, Bern 2010, S. 3 ff., 4.

² WALDMANN (FN 1), S. 4; vgl. ferner HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, N 168 f. (m.H. auf den bewussten Verzicht einer Aufzählung der strukturbestimmenden Merkmale in der BV von 1999).

³ Die dritte, kommunale Ebene besteht jedoch lediglich nach Massgabe des kantonalen (Verfassungs-)Rechts.

⁴ Nach dem Verfassungswortlaut sind dies namentlich die Aufgaben-, Organisations-, Finanz-, Kooperations- und Vollzugsautonomie.

- *Aufgabenteilung* zwischen Bund und Kantonen nach dem Grundsatz des Verfassungsvorbehalts für neue Bundeszuständigkeiten (Art. 42 BV) und der subsidiären Generalkompetenz der Kantone (Art. 3 BV);⁵
- *Umsetzung* der Bundesaufgaben durch die Kantone, sofern die Bundesverfassung oder ein Bundesgesetz nicht anderes vorsehen (Art. 46 BV);⁶
- *Mitwirkung* der Kantone an der *politischen Willensbildung* des Bundes (Art. 45 BV), insbesondere durch Teilhabe an der verfassungsgebenden Gewalt (Art. 1, Art. 140 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 142 Abs. 2 BV) sowie Beteiligung an der Gesetzgebung (Art. 45, Art. 141, Art. 147, Art. 150 und Art. 160 BV) und an der Aussenpolitik (Art. 55 BV);
- *solidarisches Zusammenwirken* und *gegenseitige Rücksichtnahme* zwischen Bund und Kantonen bzw. unter den Kantonen (Art. 44 BV) sowie *verstärkte Zusammenarbeit* unter denselben im Rahmen ihrer Aufgabenerfüllung (Art. 48 BV);
- *rechtliche Gleichbehandlung* der Kantone sowie *Finanz- und Lastenausgleich* zwischen Bund und Kantonen sowie zwischen Kantonen (Art. 135 BV).⁷

Die aufgeführten Verfassungsgrundlagen zeugen von der starken Ausbildung des föderalistischen Strukturelements. Obschon dieses kaum je grundsätzlich in Frage gestellt worden ist, handelt es sich wohl um denjenigen aller vier tragenden Grundwerte der Bundesverfassung, der *am stärksten gefährdet* ist, wie auch die jüngere Lehre einräumt.⁸

Zweiter Teil einer Föderalismusreform

Die Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (NFA) war – im Anschluss an die 1999 erfolgte Nachführung der Bundesverfassung – als *zweiter Schritt* einer umfassenden *Föderalismusreform* konzipiert. Die zentralen Ziele der NFA bildeten gemäss der bundesrätlichen Botschaft⁹ die Steigerung der Wirksamkeit des Ausgleichssystems, die Klärung der Aufgaben und Verantwortlichkeiten zwischen Bund und Kantonen sowie die Stärkung der bundesstaatlichen Zusammenarbeit.¹⁰ Aus *staatspolitischer Perspektive* handelt es sich dabei um vielschichtige Ziele, die allesamt darauf ausgerichtet sind, die *föderalen Strukturen der Schweiz zu stärken und weiterzuentwickeln*.¹¹

Demgegenüber wurde aus *finanzpolitischer Sicht* mehr Transparenz und Einfachheit, Effizienz und Wirksamkeit angestrebt. Der Abbau von Doppelspurigkeiten

⁵ Anstatt von «*subsidiärer Generalkompetenz*» wird synonym auch vom «*Prinzip der Einzelermächtigung*» gesprochen.

⁶ In Lehre und Praxis wird hierfür häufig der Begriff «*Vollzugsföderalismus*» verwendet.

⁷ Die Aufzählung ist angelehnt an BELSER EVA MARIA/WALDMANN BERNHARD/WIEDERKEHR RENÉ, Staatsorganisationsrecht, Zürich/Basel/Genf 2017, Kap. 6 N 11.

⁸ Vgl. etwa u.a. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (FN 2), N 184.

⁹ Botschaft zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen (NFA) vom 14. November 2001 (zit.: BOTSCHAFT NFA I), BBI 2002 2291 ff.

¹⁰ BOTSCHAFT NFA I (FN 9), 2314.

¹¹ Vgl. BOTSCHAFT NFA I (FN 9), 2293, 2305, 2539.

und von undurchsichtigen Finanzierungsgeflechten sollte den Finanzausgleich wieder steuerbar machen, nachdem die historisch über Jahrzehnte gewachsene Kompetenz- und Aufgabenverteilung zwischen den beiden staatlichen Ebenen zu einem schwer durchschaubaren Komplex mit Fehlanreizen und verdeckten Finanztransfers verwischt worden war. Die Kompetenz- und Aufgabenverteilung entsprach so dem Subsidiaritätsprinzip¹² nur noch ungenügend und erschwerte eine rationale und effiziente Bewirtschaftung der öffentlichen Haushalte. Dementsprechend sollte die *Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen wieder klar und übersichtlich* gestaltet werden.¹³

Volk und Stände stimmten dem *Bundesbeschluss zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (NFA)*¹⁴ am 28. November 2004 deutlich mit einem Ja-Anteil von 64,4 Prozent (und 20,5 Ständen) zu.¹⁵ Dadurch wurden die Verfassungsgrundlagen für die Umsetzung der Aufgabenentflechtung bzw. -teilung und den neuen Finanz- und Lastenausgleich geschaffen.

Bereichsübergreifende verfassungsrechtliche Prinzipien und Maximen

Neben dem System der Kompetenz- und Aufgabenteilung nach den Prinzipien der Einzelermächtigung und des Verfassungsvorbehaltes (Art. 3 und Art. 42 f. BV) sind *zusätzliche Kriterien erforderlich*, nach welchen der Verfassungsgeber neue Bundeszuständigkeiten begründen oder der Bundesgesetzgeber bestehende Kompetenzen in Anspruch nehmen soll bzw. darf. Die Bundesverfassung hält hierfür *bereichsübergreifende Grundsätze bzw. Prinzipien sowie Maximen bzw. Gebote* bereit, die eine zweckmässige und sachgerechte bundesstaatliche Aufgabenteilung garantieren sollen.¹⁶ Diese Verfassungsprinzipien bzw. -maximen wurden mehrheitlich im Rahmen der Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (NFA) per 1. Januar 2008 in der Bundesverfassung eingeführt bzw. dannzumal bereits bestehende Prinzipien wurden entsprechend ergänzt oder geändert.

a) Subsidiaritätsprinzip und dessen Konkretisierung

Das heute in der BV ausdrücklich festgeschriebene Subsidiaritätsprinzip¹⁷ (Art. 5a BV) hat als *Leitgedanke* in der schweizerischen föderalen Bundesstaatsordnung seit jeher eine *hohe Bedeutung*, die Staatspraxis sieht sich denn auch dem Prinzip als *staatspolitische Maxime* verpflichtet.¹⁸ Es dient dem Bundesverfassungsgeber als

¹² Seit jeher ist das Prinzip der Subsidiarität mit dem schweizerischen Föderalismus eng verbunden; vgl. eingehend RICHLI PAUL, Zweck und Aufgaben der Eidgenossenschaft im Lichte des Subsidiaritätsprinzips, ZSR 1998 II, S. 139 ff.

¹³ Eingehend zum Finanzausgleich i.e.S.: vgl. zum Ganzen BOTSCHAFT NFA I (FN 9), 2307 f., 2359 ff.

¹⁴ Bundesbeschluss zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (NFA) vom 3. Oktober 2003, BBI 2003 6591 ff. bzw. AS 2007 5765 ff.

¹⁵ Bundesratsbeschluss vom 26. Januar 2005 über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 28. November 2004, BBI 2005 951 ff., 951, 953.

¹⁶ Zum Ganzen BELSER/WALDMANN/WIEDERKEHR (FN 7), Kap. 6 N 51.

¹⁷ Zur Bedeutung und allgemeingültigen Definition des Subsidiaritätsprinzips: vgl. etwa HALLER WALTER/KÖLZ ALFRED/GÄCHTER THOMAS, Allgemeines Staatsrecht, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, N 531.

¹⁸ BIAGGINI GIOVANNI, BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017, N 6 zu Art. 5a BV; ferner SCHWEIZER RAINER J./MÜLLER LUCIEN, in: Die schweizerische Bundesverfassung,

Richtschnur bei der Zuweisung einer Aufgabe an den Bund oder die Kantone («*Kompetenzzuweisungsmaxime*»), während es den Bundesgesetzgeber in der Inanspruchnahme bestehender verfassungsrechtlicher Zuständigkeiten beschränkt («*Kompetenzausübungsmaxime*»).¹⁹ Dem Prinzip liegt die Idee zugrunde, dass der Bund nicht Aufgaben übernehmen soll, welche die Kantone ebenso gut oder nachweislich besser erfüllen können und wofür es infolgedessen keinen zwingenden Grund zur bundesweiten Vereinheitlichung gibt.²⁰

Der Bund darf von vornherein eine Aufgabe nur übernehmen, wenn er über eine entsprechende Zuständigkeit verfügt (Art. 3 i.V.m. Art. 42 BV). Art. 43a Abs. 1 BV formuliert darüber hinaus zwei alternative weitere Voraussetzungen. Die zu übernehmende Aufgabe muss entweder *die Kraft der Kantone übersteigen* oder *einer einheitlichen Regelung durch den Bund bedürfen*. Im Ergebnis verlangt Art. 43a Abs. 1 BV (wie auch Art. 5a BV) vom Bundesgesetzgeber, sorgfältig zu überprüfen und überzeugend darzulegen, weshalb eine einheitliche Bundesregelung erforderlich ist.²¹

b) Prinzip der fiskalischen Äquivalenz

Das Prinzip der fiskalischen Äquivalenz hat seinen *Ursprung in den Finanzwissenschaftler*²² und bildete eines der Hauptanliegen der NFA-Reform²³. Zusammen mit dem Subsidiaritätsprinzip kommt ihm im Verhältnis zwischen Bund und Kantonen *besondere Bedeutung* zu.²⁴ Das fiskalische Äquivalenzprinzip trägt *zentralen Anliegen eines modernen Föderalismus Rechnung*, namentlich der Nichtzentralisierung, der Autonomieschonung untergeordneter Gebietskörperschaften, der Nichtausbeutung des zentralen Budgets, der strukturellen Stabilität, der Innovationsfähigkeit und der vertikalen Machthemmung.²⁵

Der Grundsatz enthält Leitlinien sowohl für die Zuweisung neuer Aufgaben an den Bund als auch für die Gesetzgebung und den Vollzug innerhalb bestehender Bundeskompetenzen.²⁶ Der Verfassungsgeber verwendet in Art. 43a Abs. 2–3 BV jeweils

St. Galler Kommentar, Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014 (zit.: SGK), N 9 zu Art. 5a BV (m.w.Verw.) und N 7 zu Art. 43a BV.

¹⁹ Vgl. BELSER/WALDMANN/WIEDERKEHR (FN 7), Kap. 6 N 52; ferner AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, *Droit constitutionnel suisse*, Vol. I, L'Etat, 3. Aufl., Bern 2013, N 1078. Allerdings bereits früh m.H. auf die *fehlende Justiziabilität* des Subsidiaritätsprinzips: vgl. statt vieler BIAGGINI (FN 18), N 14 zu Art. 5a BV (m.Verw. auf die Botschaft zur NFA sowie m.H. auf Voten aus den parlamentarischen Beratungen).

²⁰ BOTSCHAFT NFA I (FN 9), 2306 u. 2458; Urteil des BGer 2C_887/2010 vom 28. April 2011 E. 3.

²¹ BIAGGINI GIOVANNI, in: Basler Kommentar, Bundesverfassung, Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basel 2015 (zit.: BSK), N 20 zu Art. 43a BV.

²² BLANKART CHARLES B., *Öffentliche Finanzen in der Demokratie, Eine Einführung in die Finanzwissenschaft*, 9. Aufl., München 2017, S. 434 f.; m.Verw. auf dessen Ursprung ferner BELSER/WALDMANN/WIEDERKEHR (FN 7), Kap. 6 N 53; WALDMANN BERNHARD, *Subsidiarität und fiskalische Äquivalenz als Garanten für einen substanziellen Föderalismus?*, Newsletter Institut für Föderalismus 4/2015, S. 1 ff., S. 13.

²³ Mit Kritik an der Aufnahme dieses Prinzips in die BV: vgl. insb. BIAGGINI, in: BSK (FN 21), N 27 u. N 31 zu Art. 43a BV; ähnlich ferner RHINOW RENÉ/SCHEFER MARKUS/UEBERSAX PETER, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 3. Aufl., Basel 2016, N 607; TSCHANNEN PIERRE, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 4. Aufl., Bern 2016, § 19 N 8a.

²⁴ BOTSCHAFT NFA I (FN 9), 2305.

²⁵ Vgl. LINDER WOLF, *Schweizerischer und europäischer Föderalismus – Gemeinsamkeiten und Unterschiede*, in: Linder Wolf et al. (Hrsg.), *Schweizer Eigenart – eigenartige Schweiz, Der Kleinstaat im Kräftefeld der europäischen Integration*, Bern 1996, S. 181 ff.; ferner so etwa zitiert vom Bundesrat in seiner Botschaft zum NFA in Verbindung mit dem Prinzip der fiskalischen Äquivalenz (BOTSCHAFT NFA I [FN 9], 2306 f.).

²⁶ BOTSCHAFT NFA I (FN 9), 2330. Der Grundsatz wurde unter dem Titel «*Grundsätze für die Zuweisung und Erfüllung staatlicher Aufgaben*» von Art. 43a BV aufgenommen.

den Begriff «*Gemeinwesen*», der sonst in der Bundesverfassung nicht vorkommt. Der Wortlaut alleine lässt darauf schliessen, dass die Anwendung des fiskalischen Äquivalenzprinzips auch für das vertikale Verhältnis zwischen Kantonen und Gemeinden offensteht.²⁷ Mit Blick auf die systematische Stellung von Art. 43a BV unter dem ersten Abschnittstitel «*Aufgaben von Bund und Kantonen*»²⁸ der Verfassungsurkunde wird allerdings deutlich, dass dem nicht so ist, sondern die *Anwendung des Prinzips unmittelbar auf das Verhältnis von Bundesstaat und Gliedstaaten beschränkt bleibt*.²⁹

Das Prinzip der fiskalischen Äquivalenz nach Art. 43a Abs. 2–3 BV besteht aus zwei Teilgrundsätzen: «*Das Gemeinwesen, in dem der Nutzen einer staatlichen Leistung anfällt, trägt deren Kosten*» (Abs. 2), und «*das Gemeinwesen, das die Kosten einer staatlichen Leistung trägt, kann über diese Leistung bestimmen*» (Abs. 3).³⁰ Das verfassungsrechtliche Erfüllungsprinzip verlangt die Übereinstimmung zwischen Nutzniessern und Kostenträgern bzw. Steuerzahlern sowie Entscheidungsträgern von öffentlichen Leistungen («*institutionelle Kongruenz*»), wenn unerwünschte externe Effekte vermieden werden sollen.³¹

c) Organisations- und Finanzautonomie der Kantone

Im Rahmen der NFA wurde auch der Grundsatz der Eigenständigkeit der Kantone (Art. 47 Abs. 2 BV) erweitert und präzisiert.³² Der Bund hat den Kantonen ausreichend eigene Aufgaben zu belassen³³ und deren Organisationsautonomie zu beachten³⁴. Er ist zudem verpflichtet, den Kantonen ausreichend Finanzierungsquellen zu belassen und dazu beizutragen, dass diese über die notwendigen finanziellen Mittel zur Erfüllung ihrer Aufgaben verfügen.³⁵ Der Bund hat weiters die kantonale Eigenständigkeit auch dann zu beachten, wenn er seine eigenen Kompetenzen und Aufgaben wahrnimmt.³⁶

²⁷ BIAGGINI macht – sollten auch die Gemeinden unter den Begriff des Gemeinwesens fallen – in Bezug auf den vorliegend betroffenen Fiskalbereich einen «*ganz erheblichen Einbruch in die kantonale Organisationsautonomie*» geltend (BIAGGINI, in: BSK [FN 21], N 28 zu Art. 43a BV).

²⁸ Demgegenüber ist die Gemeindeautonomie in Art. 50 BV unter dem dritten Abschnittstitel «*Gemeinden*» der BV geregelt.

²⁹ Gl.M. ferner SCHWEIZER/MÜLLER, in: SGK (FN 18), N 6 zu Art. 43a BV und WALDMANN (FN 22), S. 13.

³⁰ Art. 43a Abs. 3 BV bringt den «*Grundsatz der Konnexität*» zum Ausdruck und wir mitunter mit der Wendung «*Wer zahlt, befiehlt – wer befiehlt, zahlt*» wiedergegeben (BELSER/WALDMANN/WIEDERKEHR [FN 7], Kap. 6 N 53; BIAGGINI [FN 18], N 8 zu Art. 43a BV; SCHWEIZER/MÜLLER, in: SGK [FN 18], N 4 zu Art. 43a BV; WALDMANN [FN 22], S. 13).

³¹ BOTSCHAFT NFA I (FN 9), 2294, 2306, 2459, 2544; vgl. ferner TSCHANNEN (FN 23), § 19 N 8a; SCHWEIZER/MÜLLER, in: SGK (FN 18), N 14 f. zu Art. 43a BV. Näheres zur institutionellen Kongruenz und dem fiskalischen Äquivalenzprinzip: vgl. BLANKART (FN 22), S. 434 f.

³² Vgl. BOTSCHAFT NFA I (FN 9), 2460 f.

³³ Es geht dabei nicht einzig darum, im Rahmen von Aufgabenzuweisungen das Subsidiaritätsprinzip zu beachten, sondern vielmehr eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen, um so einer schleichenden Aushöhlung der kantonalen Aufgabenverantwortung entgegenzuwirken (BIAGGINI [FN 18], N 7 zu Art. 47 BV).

³⁴ EGLI PATRICIA, in: SGK (FN 18), N 21 zu Art. 47 BV, stellt in Bezug auf die Organisationsautonomie eine «*erhebliche Beschränkung der eigenverantwortlichen Regelungsbereiche der Kantone*» fest, was im Widerspruch zu der mit der NFA noch verstärkten Eigenständigkeit der Kantone steht.

³⁵ Das bedeutet, dass der Bund nicht nur verpflichtet ist, das Steuersubstrat der Kantone zu schonen, sondern gleichermaßen eine Garantiefunktion zur Sicherstellung einer genügenden finanziellen Ausstattung der Kantone zu übernehmen hat (BIAGGINI [FN 18], N 9 zu Art. 47 BV; EGLI, in: SGK [FN 18], N 24 f. zu Art. 47 BV).

³⁶ Vgl. zum Ganzen eingehend EGLI, in: SGK (FN 18), N 15 ff. zu Art. 47 BV.

d) Umsetzung des Bundesrechts durch die Kantone

Neben den vorgenannten seit der NFA-Reform (2008) geltenden NFA-Grundsätzen existiert bereits seit langer Zeit *der Grundsatz der Umsetzung des Bundesrechts durch die Kantone* (sog. «Vollzugsföderalismus»). Der Grundsatz galt zunächst als ungeschriebenes Verfassungsrecht, bis er dann mit der Nachführung der BV (1999) in Art. 46 Abs. 1 BV festgeschrieben wurde.³⁷ Es handelt sich um das wichtige Prinzip des schweizerischen Bundesstaates, dass Leistungen für Bürgerinnen und Bürger in erster Linie durch Kantone und Gemeinden und nicht durch dezentrale Verwaltungsstellen des Bundes erbracht werden. Die Vollzugskosten sind grundsätzlich von den Kantonen zu tragen. Die Kantone haben die entsprechenden Aufgaben nur umzusetzen und besitzen keinen umfassenden Handlungsspielraum. M.a.W. haben die Kantone nur innerhalb des vom Bund vorgegebenen Rahmens Gestaltungsfreiraum.³⁸

Notwendige Fortführung der Aufgaben- und Finanzierungsentflechtung

Mehrere parlamentarische Vorstösse haben dazu geführt, dass der Bundesrat mit den Kantonen die Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen gemeinsam untersuchten. Diese Untersuchung ergab, dass die Aufgabenteilung vor allem im Bereich der *individuellen Prämienverbilligung (IPV)*, bei den *Ergänzungsleistungen zur AHV/IV*, beim *regionalen Personenverkehr* sowie bei der *Finanzierung und dem Ausbau der Bahninfrastruktur (FABI)* überprüft werden sollte.³⁹ Bund und Kantone sprachen sich für eine regelmässige Überprüfung der Aufgabenteilung aus. Dabei erblickte man den Ansatzpunkt einer Aufgabenentflechtung in der *Umsetzung der verfassungsrechtlichen Grundsätze der Subsidiarität und der fiskalischen Äquivalenz*. Mit einer Entflechtung sollte die Zuordnung der Verantwortlichkeiten verbessert und die Effizienz der staatlichen Leistungserbringung erhöht werden.⁴⁰

Die Resultate des besagten Untersuchungsberichts haben den Bundesrat und die Kantonsregierungen dazu veranlasst, ihren *politischen Willen* deutlich zu bekräftigen, die im Rahmen der NFA begonnene *Aufgaben- und Finanzierungsentflechtung fortzusetzen* und ein entsprechendes *Mandat für ein gemeinsames Projekt* am 14. Juni respektive 28. Juni 2019⁴¹ zu verabschieden. Bund und Kantone tun dies im Wissen darum, dass ein gut funktionierender Bundesstaat voraussetzt, dass Zuständigkeiten zwischen den verschiedenen Staatsebenen möglichst klar abgegrenzt und Aufgaben sowie deren Finanzierung eindeutig zugewiesen sind, klare Verantwortlichkeiten

³⁷ EGLI, in: SGK (FN 18), N 1 zu Art. 46 BV.

³⁸ Vgl. zum Ganzen eingehend EGLI, in: SGK (FN 18), N 6 ff. (insb. N 14 ff.) zu Art. 46 BV.

³⁹ Bericht des Bundesrates in Erfüllung der Motion 13.3363, Finanzkommission-NR, 12. April 2013, Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen, Bern, 28. September 2018 (zit.: BERICHT AUFGABENTEILUNG), S. 5, 11 ff. (insb. S. 24 ff., 37 ff., 82 ff., 85 ff.).

⁴⁰ Zum Ganzen BERICHT AUFGABENTEILUNG (FN 39), S. 8.

⁴¹ Überprüfung der Aufgabenteilung und Finanzierungsverantwortung Bund – Kantone, Bundesrat/Kantonsregierungen, Mandat, Bern 14./28. Juni 2019 (zit.: BUNDESRAT/KANTONSREGIERUNGEN), elektronisch abrufbar auf der Website des Eidgenössischen Finanzdepartements EFD unter: <https://www.efd.admin.ch/efd/de/home/dokumentation/nsb-news_list.msg-id-75644.html>.

ten zu einer besseren Steuerbarkeit, zu mehr Effizienz und Transparenz bei der Erfüllung staatlicher Aufgaben führen und eine konsequente Aufgabenteilung die Handlungsfähigkeit beider staatlichen Ebenen erhöht sowie die Stellung der Kantone im schweizerischen Bundesstaat und somit den föderalistischen Staatsgedanken stärkt.⁴²

Nachdem die operativen Arbeiten zum von Bund und Kantonen initiierten Projekt «Aufgabenteilung II» im Januar 2020 begonnen hatten, haben Bundesrat und die Konferenz der Kantonsregierungen (KdK) am 19. März 2021 – de facto ohne mediales Aufsehen zu erwecken – offiziell verlautbaren lassen, dass das Einsetzen der Covid-19-Krise im März 2020 für Bund und Kantone rasch neue politische Prioritäten setzte. Anlässlich des Föderalistischen Dialogs vom 6. November 2020 habe die Delegation des Bundesrats und der KdK deshalb entschieden, die Projektarbeiten vorderhand zu sistieren. Voraussichtlich ab Mitte 2022 werde das Eidgenössische Finanzdepartement EFD gemeinsam mit der KdK prüfen, ob und wie das Projekt wiederaufgenommen werde. Bis Mitte 2023 solle darüber entschieden werden.⁴³

Nachgewiesene Spannungs- und Konfliktfelder

1) Individuelle Prämienverbilligung⁴⁴

Der Bundesgesetzgeber hat sich im Bereich der individuellen Prämienverbilligung (IPV) in den vergangenen 25 Jahren vor allem von föderalistischen Gedanken leiten lassen und nachweislich die klare Vorgabe von bundesrechtlichen Leitplanken, einschliesslich Sozialzielen, wiederholt verhindert. Dies führte *nicht zu einer kantonalen Umsetzung der IPV im Sinne des klassischen Vollzugsföderalismus*, sondern es wurde vielmehr weitgehend den Kantonen überlassen, die IPV konkret auszugestalten, was eine sehr heterogene und unübersichtliche Ordnung von kantonalen Prämienverbilligungssystemen entstehen liess. Infolgedessen bleibt auch die *einheitliche Anwendung fundamentaler Prinzipien* wie insbesondere die rechtsgleiche Behandlung (Art. 8 BV) im Einzelfall *nur schwer nachprüfbar*.

Für die *Kantone* ist es ein leichtes Unterfangen, durch die Ausgestaltung eines entsprechenden IPV-Systems und der Vermengung des jährlich gewährten IPV-Bundesbeitrages mit dem jeweils zur Verfügung gestellten kantonalen IPV-Beitrag in einen Gesamtpot von IPV-Finanzmitteln die verschiedenen Geldflüsse zu verschleiern bzw. das *System der Prämienverbilligung an sich und deren Zweck bewusst zu unterwandern*. Die Botschaft des Bundesrates zur NFA hat diesbezüglich unmissverständlich festgehalten, dass die *Kantone verpflichtet* sind, die *jährlichen IPV-Bundesbeiträge zweckgebunden, d.h. vollumfänglich für die IPV nach Krankenversicherungs-*

⁴² Zum Ganzen BUNDESRAT/KANTONSREGIERUNGEN (FN 41), S. 1.

⁴³ Vgl. zum Ganzen Medienmitteilung des Bundesrates vom 19. März 2021: <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-82751.html>>.

⁴⁴ Siehe zum Ganzen TIEFENTHAL JÜRIG MARCEL, Verwendung der Bundesbeiträge zur individuellen Prämienverbilligung (IPV) durch die Kantone – rechtmässig oder zweckentfremdet?, Darstellung und Beurteilung einer grundlegenden Problematik am Beispiel des Kantons Zürich, in: SZS 4/2017, S. 426 ff.

gesetz (KVG), einzusetzen, was im Übrigen auch durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung bestätigt worden ist. Der Einsatz der IPV-Bundesbeiträge namentlich etwa für Sozialhilfebeziehende – die Sozialhilfe steht in der kantonalen Zuständigkeit – wäre somit systemwidrig.

2) Innere Sicherheit⁴⁵

Im Bereich der inneren Sicherheit hat ab den 1960er-Jahren eine zunächst schleichende, im Laufe der Zeit jedoch mit zunehmender Kadenz *problematische Verwischung der verfassungsrechtlichen Zuständigkeiten an verschiedenen Schnittstellen* stattgefunden, und zwar begünstigt namentlich durch personelle Unterbestände der kantonalen Polizeikorps und politische Zweckmässigkeitsüberlegungen, die wiederholt in konzeptlose Rechtsetzungsaktivitäten des Bundes mündeten.⁴⁶ Zahlreiche Entwicklungen mit unterschiedlichen Ursachen haben schliesslich zu einer buchstäblichen *Erosion der kantonalen Polizeihöhe* geführt, sodass heute in Wirklichkeit lediglich noch eine *fragmentarische Vollzugshöhe* besteht.

a) Zentralisierung polizeilicher Aufgaben

Als Hauptursache hierfür verantwortlich ist eine starke Zentralisierung polizeilicher Aufgaben, so vor allem an operationellen Polizeiaufgaben des Bundes im kriminalpolizeilichen Bereich, die seit der Jahrtausendwende zu verzeichnen ist. Dies belegt ferner etwa die zunehmend zentrale Funktion, welche der *Bund als Drehscheibe des nationalen und internationalen Informationsaustausches* unter den verschiedenen Polizeibehörden wahrnimmt.

b) Militäropolizeiliche Kompetenzen

Eine zweite Ursache für die Aushöhlung der kantonalen Polizeihöhe liegt in der extensiven Auslegung der militäropolizeilichen Kompetenzen vor. Die Armee besitzt im Bereich der inneren Sicherheit keine autonomen Kompetenzen, sondern spielt eine komplementäre Rolle. Sie unterstützt die zivilen Behörden bei der Erfüllung ihrer Aufgaben, wenn deren Mittel nicht mehr ausreichen, so etwa bei der Abwehr schwerwiegender Bedrohungen der inneren Sicherheit oder bei der Bewältigung anderer ausserordentlicher Lagen. Der Begriff *«ausserordentliche Lage»* wird weder auf Verfassungs- noch auf Gesetzesebene klar definiert. Die *begriffliche Unschärfe der Verfassungsnorm* hat in der Praxis zu einer *extensiven Auslegung der Bestimmung* geführt. Des Weiteren hat die jüngste Armeereform (WEA) zu einer *subtilen Aufweichung des*

⁴⁵ Siehe zum Ganzen TIEFENTHAL JÜRIG MARCEL, Kantonales Polizeirecht der Schweiz, Zürich/Basel/Genf 2018, §§ 2, 3, 28, 35 u. 36; TIEFENTHAL JÜRIG MARCEL, Kantonale Polizeihöhe – Grundpfeiler des Föderalismus oder folkloristischer Mythos?, Plädoyer für eine Erneuerung der Sicherheitsverfassung, in: Sicherheit & Recht 3/2017, S. 153 ff.; ferner spezifisch FISCHER RONNY/TIEFENTHAL JÜRIG MARCEL, Die Wahrnehmung polizeilicher Aufgaben im Grenzraum, Einige verfassungsrechtliche Gedanken zur laufenden Zollgesetzrevision, in: Jusletter 20. Oktober 2014, Rz. 1 ff.; PLETSCHER DANIEL/TIEFENTHAL JÜRIG MARCEL, Der Einsatz von Zivilschutzformationen zur Unterstützung der Polizei, Eine Beurteilung nach geltendem und revidiertem Bevölkerungs- und Zivilschutzgesetz (BZG), in: Sicherheit & Recht 1/2020, S. 34 ff.; TIEFENTHAL JÜRIG MARCEL, Wahrnehmung von Sicherheitsaufgaben im (halb-)öffentlichen Raum durch private Sicherheitsdienste, Eine verworrene Rechtslage verlangt dringend nach einer Bundeslösung, in: Jusletter 12. Dezember 2016 Rz. 1 ff.; TIEFENTHAL JÜRIG MARCEL/FISCHER RONNY, Rechtliche Zulässigkeit gemeinsamer Polizeikontrollen von Militärischer Sicherheit und Kantonspolizeien, in: Sicherheit & Recht 2/2014, S. 114 ff.

⁴⁶ Näheres zur Kritik an der mangelhaften Bundesgesetzgebung: vgl. GRIFFEL ALAIN, Qualität der Gesetzgebung im Sinkflug, in: Neue Zürcher Zeitung (NZZ) vom 8. Februar 2013, S. 15, der parallel zur anschwellenden Gesetzesflut eine markante Abwärtsbewegung in deren Qualität moniert.

Subsidiaritätsprinzips geführt und erfordert nur noch einen «*unverhältnismässigen Einsatz von Mitteln*», damit eine Unterstützung durch die Armee erfolgen kann. Während bis vor Kurzem eine *Unmöglichkeit der Aufgabenerfüllung durch die zivilen Behörden* vorzuliegen hatte, ist es nach neuem Gesetzeswortlaut einzig noch notwendig, dass die betreffende *Aufgabenerfüllung* für die Kantone *wirtschaftlich nicht vertretbar* ist, was jedoch *kaum mit Art. 5a und Art. 43a BV vereinbar* ist.

c) Sicherheitspolizeiliche Aufgaben im Grenzraum

Eine dritte Ursache betrifft den Ausbau sicherheitspolizeilicher Aufgaben im Grenzraum mittels Zusammenarbeitsvereinbarungen zwischen der EZV (Grenzwachtkorps) und den Kantonen (kantonale Polizeikorps). Die Kantone dürfen nach geltendem Bundesverfassungs- und Bundesgesetzesrecht – mit Ausnahme von gewissen, ausschliesslich auf den Grenzraum beschränkten Aufgaben – keine Unterstützung des GWK bei der Wahrnehmung von sicherheitspolizeilichen Aufgaben in Anspruch nehmen. Die geltende Rechtsgrundlage im Zollgesetz (Art. 97 ZG) ist deshalb gleich in mehrfacher Hinsicht zu beanstanden: die im Rahmen der Teilrevision eingeführten *Änderungen von Art. 97 ZG laufen der geltenden verfassungsmässigen Zuständigkeitsordnung zuwider*. Darüber hinaus stellen Vereinbarungen gestützt auf Art. 97 ZG eine *Umgehung* der in Art. 164 Abs. 1 BV geforderten *Erlassform des Bundesgesetzes für wichtige rechtsetzende Bestimmungen* dar. Die Rechtspraxis, welche durch den vormals geltenden Art. 97 ZG verankert worden ist, stellt zudem eine der BV klar *widersprechende Zuständigkeitsübertragung* dar. Von Seiten des Bundes tragen Vereinbarungen im Sinne von Art. 97 Abs. 1 ZG weder dem *Verfassungsgrundsatz der Bundestreue* noch dem aus der Subsidiaritätsmaxime fließenden *Prinzip der schonenden Kompetenzausübung* oder dem *Gebot der Eigenständigkeit der Kantone* (Art. 46 Abs. 3 sowie Art. 47 Abs. 1 BV) gebührend Rechnung. Soweit sich die Kantone gegenüber dem Bund vertraglich zur Aufgabe von polizeilichen Befugnissen verpflichten, ignorieren die Vertragsparteien schliesslich auch den *Verfassungsvorbehalt* (Art. 3 und Art. 42 BV) und mithin das *Demokratieprinzip*.

d) Zivilschutz zur polizeilichen Unterstützung

Eine vierte, etwas weniger gewichtige Ursache betrifft den Einsatz des Zivilschutzes. Dem Bund kommt aufgrund des klaren Verfassungswortlauts von Art. 61 BV für die Regelung des Zivilschutzes – sowohl im Fall *bewaffneter Konflikte* als auch *bei Katastrophen und in Notlagen* – eine *umfassende Kompetenz* zu. Demzufolge ist der Bundesgesetzgeber in beiden Fällen befugt, vollständig und abschliessend zu legislieren. Der *Einsatz des Zivilschutzes bzw. spezialisierter Formationen zur Unterstützung der Polizei* findet auf der Grundlage und in den Schranken von Art. 28 Abs. 1 lit. d i.V.m. Art. 46 Abs. 1 BZG statt, d.h. der Einsatz setzt entweder einen *bewaffneten Konflikt* oder eine *Katastrophe bzw. Notlage* voraus. Das kürzlich *revidierte Recht* erachtet jedoch in Art. 46 Abs. 2 BZG im Rahmen der kantonalen Aufgebotskompetenz neben einer Katastrophe oder Notlage *bereits ein Grossereignis als genügende Voraussetzung*, welche den Einsatz des Zivilschutzes zulässt. Bedauerlicherweise hat es der Bundesgesetzgeber im BZG jedoch unterlassen, diese Begriffe genauer zu definieren. Diese neu geschaffene Einsatzart wäre fraglos zu begrüssen,

stünde sie denn nicht im *Widerspruch zum klaren Wortlaut von Art. 61 Abs. 2 BV*, welcher in verpflichtender Weise den Bundesgesetzgeber anhält, «*Vorschriften über den Einsatz bei Katastrophen und in Notlagen*» zu erlassen, wobei durch diese Formulierung das Einsatzfeld des Zivilschutzes bereits in der Verfassung klar abgesteckt wird.

e) Internationalisierung der polizeilichen Zusammenarbeit

Die fünfte und äusserst einschneidende Ursache für die Erosion der kantonalen Polizeihöhe betrifft die internationale Polizeikooperation, auf welche die Schweiz zur wirksamen Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität zunehmend setzt und wofür der *Bund* gestützt auf *Art. 54 Abs. 1 BV* zuständig ist. Im Bereich der Verbrechensbekämpfung findet diese auf *globaler Ebene* insbesondere im Rahmen der internationalen kriminalpolizeilichen Organisation «Interpol» statt. Die internationale Polizeikooperation umfasst *in multilateraler Hinsicht* auch die jeweils spezifisch ausgerichtete Zusammenarbeit mit anderen internationalen Organisationen wie insbesondere den *Vereinten Nationen (UNO)*, dem *Europarat* und der *Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit (OSZE)*. In *bilateraler Hinsicht* verfügt die Schweiz derzeit *mit 15 Staaten über Polizeikooperationsabkommen zum verstärkten Kampf gegen grenzüberschreitende Kriminalität*. Vertragspartner sind die fünf Nachbarstaaten Italien, Frankreich, Deutschland, Liechtenstein und Österreich sowie eine Reihe von süd- und osteuropäischen Staaten.

Das *Europäische Polizeiamt Europol*, als europäische Strafverfolgungsbehörde mit der Verhinderung und Bekämpfung der internationalen organisierten Kriminalität beauftragt, ist auf *regional-europäischer Ebene der wichtigste Partner* der Schweiz im Bereich der grenzüberschreitenden polizeilichen Zusammenarbeit. Ein zwischen der Schweiz und Europol abgeschlossenes *Kooperationsabkommen* bezweckt die verstärkte Zusammenarbeit der EU-Mitgliedstaaten durch Europol mit der Schweiz bei der *Bekämpfung schwerwiegender Formen der internationalen Kriminalität* in verschiedenen Bereichen.

Die wohl unbestritten *stärkste Einbindung in die internationale Zusammenarbeit von Polizei- und anderen Strafverfolgungsbehörden* der Schweiz erfolgte mit dem Inkrafttreten der beiden Assoziierungsabkommen zu «*Schengen*» (SAA) und «*Dublin*» (DAA) im Dezember 2008. Mit dem Beitritt zu Schengen und Dublin ist die Schweiz erstmals eine dynamische völkerrechtliche Vertragsbindung zur EU eingegangen, d.h. die Schweiz übernimmt fortlaufend, aber nicht automatisch die Weiterentwicklung des Schengen/Dublin-Besitzstandes. Den Kantonen kommt bei der Umsetzung und Durchführung von Schengen eine Schlüsselrolle zu. Die durch das SAA eingeführte Kooperation *tangiert* schliesslich aber *wesentliche Kompetenzen der Kantone* wie etwa *deren Souveränität im Polizei- und Justizbereich*, was sich insbesondere auf den polizeilichen Informations- und Datenaustausch ausgewirkt hat: So sind nämlich diesbezügliche Weiterentwicklungen des Schengen-Besitzstandes bis heute von der Schweiz vorbehaltlos übernommen worden. Die *Kantone* sind – ungeachtet ihrer Polizeihöhe – auch in datenschutzrechtlicher Hinsicht *zwingend zur Umsetzung bzw. zum Vollzug des Schengen-Rechts verpflichtet*.

f) Private Sicherheitsdienste

Als sechste Ursache ist die Wahrnehmung von Sicherheitsaufgaben durch private Sicherheitsunternehmen zu nennen, mit denen sich die kantonalen Polizeien im Rahmen der Ausübung ihres staatlichen Gewaltmonopols in der Praxis konfrontiert sehen. Der *Bund* ist gestützt auf *Art. 95 Abs. 1 BV* befugt, bezogen auf die privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit, einheitliche Vorschriften für die Ausübung der privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit von Sicherheitsfirmen zu erlassen und damit die Wirtschaftsfreiheit einzuschränken. Es handelt sich um eine *nachträglich derogatorische Kompetenz des Bundes*, d.h. solange der Bund von seiner Kompetenz nicht Gebrauch macht, ist die Zuständigkeit der Kantone gegeben.

Sowohl die Anstrengungen verschiedener Kantone um eine Regulierung der privaten Sicherheitsdienste im jeweiligen *Polizeigesetz* als auch die Bestrebungen der Westschweizer Kantone einerseits und der Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektoren/innen (KKJPD) andererseits *auf interkantonaler Ebene* um eine *Rechtsharmonisierung der privaten Sicherheitsdienstleistungen* haben vielmehr zu einer *Rechtszersplitterung* geführt, als dass durch all diese Bemühungen eine der Rechtssicherheit dienende Vereinheitlichung der Regulierung der privaten Sicherheitstätigkeit in der Schweiz erreicht worden wäre. Zudem hat auch die stark *unterschätzte Durchschlagskraft des Binnenmarktgesetzes* in der Rechtspraxis dazu geführt, dass die *verschiedenen bestehenden Lösungen* sowohl auf kantonaler als auch interkantonaler Ebene sehr einfach zu umgehen bzw. zu unterlaufen sind und sich inzwischen in der Rechtspraxis als *wirkungsschwache Regulierungsversuche* entpuppt haben. Daran wird sich so lange nichts ändern, als nicht der *Bund* eine *Rechtsvereinheitlichung mit entsprechend hohen Standards in Form eines neuen Bundesgesetzes zwingend durchsetzt*.

Schliesslich ist für den Bereich der inneren Sicherheit festzuhalten, dass der geltende Rechtszustand gleichermassen sowohl der *Stossrichtung* als auch den *verfassungsrechtlich deklarierten Zielen der Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (NFA)* widerspricht. Der verankerte Grundsatz der Subsidiarität (Art. 5a BV) wurde durch Art. 43a BV entsprechend ergänzt und konkretisiert: Der Bund wird namentlich angehalten, nur die Aufgaben zu übernehmen, welche die Kraft der Kantone übersteigen oder einer einheitlichen Regelung durch den Bund bedürfen (Abs. 1). Im Rahmen der NFA ist ebenso der Grundsatz der Eigenständigkeit der Kantone erweitert und präzisiert worden (Art. 47 Abs. 2 BV). Der Bund ist verpflichtet, den Kantonen ausreichend eigene Aufgaben zu belassen, deren Organisationsautonomie zu beachten sowie ihnen ausreichende Finanzierungsquellen zu belassen und dazu beizutragen, dass diese über die notwendigen finanziellen Mittel zur Erfüllung ihrer Aufgaben verfügen. Im Sinne einer *Gesamtbeurteilung* ist der *Bund* angehalten, einer *schleichenden Aushöhlung der kantonalen Aufgabenverantwortung entgegenzuwirken*. Die Föderalismusreform bezweckte die Schaffung klarer Zuständigkeiten und Abgrenzungen. Die *geltende Sicherheitsverfassung* wird jedoch *mitnichten dem Zweck sowie den Zielen der NFA gerecht*, weswe-

gen es dringend einer Neukonzeption mit konsequenter Entflechtung und Neuverteilung der einzelnen Zuständigkeiten bedarf, die sodann durch den Bundesgesetzgeber tunlichst respektiert und verfassungskonform umgesetzt werden sollte. Die Idee einer expliziten verfassungsrechtlichen Verankerung der kantonalen Polizeihöhe könnte hierin zielführend sein.

3) Höhere Berufsbildung⁴⁷

Die Einführung der subjektorientierten Finanzierung in der höheren Berufsbildung stellt einen eigentlichen Paradigmenwechsel dar. Das in Art. 43a BV konkretisierte *Subsidiaritätsprinzip* setzt für die Übernahme einer Aufgabe durch den Bund eine entsprechende Zuständigkeit voraus. Dies trifft in der höheren Berufsbildung unbestritten zu, verfügt doch der *Bund* gestützt auf Art. 63 BV über eine *umfassende Gesetzgebungskompetenz* auf dem gesamten *Gebiet der nicht-hochschulischen Ausbildung*. Die einheitliche Finanzierung der vorbereitenden Kurse auf eidgenössische Prüfungen (Berufsprüfungen und höhere Fachprüfungen) ist insbesondere gerechtfertigt, weil damit ein landesweit gleichmässiger Nutzen generiert wird. Der verfolgte *Zweck* der neuen Subjektfinanzierung besteht darin, im Sinne der *Chancengleichheit* alle Kursabsolvierende direkt bis zu einem maximal gleich hohen Beitragsatz finanziell zu entlasten. Die Stärkung dieses Bereichs der Berufsbildung durch staatliche Gelder rechtfertigt sich auch im direkten Vergleich zum seit jeher staatlich stark finanzierten Hochschulbereich.

Hinsichtlich des *Prinzips der fiskalischen Äquivalenz* ist festzustellen, dass unter Einbezug aller Ebenen vor allem die *Kantone* durch die schlanke Ausgestaltung des neuen Finanzierungsmodells gegenüber dem früheren System *administrativ entlastet* werden und entsprechend einen Vorteil daraus ziehen. Der neu beim Bund anfallende administrative Aufwand wird im Rahmen der Berufsbildungsfinanzierung von Bund und Kantonen gemeinsam getragen.

In Bezug auf die *Organisations- und Finanzautonomie der Kantone*, die als Gehalt des Grundsatzes der Eigenständigkeit der Kantone (Art. 47 Abs. 2 BV) gelten, nimmt die Revision des Berufsbildungsgesetzes (BBG) grundsätzlich die erforderliche Rücksicht. Die *Interessen der Kantone* bleiben insofern *gewahrt*, als sie sich an der bewährten *Lastenverteilung* zwischen *Bund und Kantonen* – der Bund beteiligt sich mit 25 Prozent an den Kosten der öffentlichen Hand für die Berufsbildung – *nichts ändern wird*.

Mit Blick auf den *Grundsatz des Vollzugsföderalismus* (Art. 46 Abs. 1 BV) hat der Paradigmenwechsel von der Objekt- zur Subjektfinanzierung einen *Zuständigkeitswechsel im Rechtsvollzug von den Kantonen zum Bund* zur Folge gehabt. Diese Änderung in der Zuständigkeit ist im Gesamtkontext kritischer zu beurteilen. Eine Umsetzung des Bundesrechts durch die Kantone bildet nämlich die Regel und ist namentlich dann angebracht, wenn sich der Bund auf eine Rechtsetzungs- oder Koor-

⁴⁷ Siehe zum Ganzen TIEFENTHAL JÜRIG MARCEL, Bund und Kantone in der höheren Berufsbildung, in: AJP 2017, S. 1222 ff.

dinationsfunktion beschränken kann. Der Bund hat dies bislang in der höheren Berufsbildung so praktiziert und die Umsetzung mit dem entsprechenden Gestaltungsraum den Kantonen überlassen (Subventionierung der Angebote). Mit der Änderung ist den Kantonen dieser Gestaltungsspielraum faktisch entzogen worden. Durch den Zuständigkeitswechsel im Rechtsvollzug bleiben die *Kantone* im Rahmen der *Umsetzung der neuen Finanzierung* nunmehr *vollständig ausgeschlossen*. Inwiefern dies lediglich mit administrativen Kosteneinsparungen zu rechtfertigen ist, lässt sich *unter dem Aspekt des Vollzugsföderalismus* betrachtet zumindest *kritisch* in Frage stellen.

Zwingend erforderliche Massnahmen

1) Schutz der verfassungsrechtlichen Zuständigkeitsordnung

Die Synthese der verschiedenen Spannungsfelder zeigt mit einschlägigen Belegen auf, welche vordringliche politische Aufgabe es ist, die verfassungsrechtliche Zuständigkeitsordnung zu schützen. Die *Zuständigkeiten des Bundes* wachsen unaufhörlich und vermengen sich häufig mit den kantonalen Staatsaufgaben.⁴⁸ Dazu kommt, dass *Bundesverwaltung* und *Bundespolitik* die Bundeskompetenzen äusserst extensiv auslegen. Wo keine expliziten Vorbehalte, Schranken oder Vorgaben für kantonale Zuständigkeiten bestehen, trifft der Bund hemmungslos Regulierungen, die über die Einzelmächtigung der BV hinausgehen. Nicht nur der *Verfassungsgeber* hält sich nicht mehr konsequent an die Selbstverpflichtung gemäss Subsidiaritätsprinzip, sondern auch der *Bundesgesetzgeber* setzt sich nachweislich immer öfters mit einer verblüffenden Nonchalance über sie hinweg. Die BV *versagt* schlechthin *als Schranke oder Bremse der Zentralisierung*, solange es den Kantonen verwehrt bleibt, sich gegen Bundesgesetze sowie auf diese gestützte Bundesverordnungen zur Wehr zu setzen, die ihre Autonomie auf verfassungswidrige Weise einschränken (Art. 190 BV).⁴⁹

Die *Kantone* benötigen infolgedessen zwingend einen effektiven *Rechtsschutz gegenüber dem Bund*. *Unabhängige Gerichte* müssen überprüfen können, ob Normen und Entscheide des Bundes das verfassungsrechtliche *Prinzip der Subsidiarität* und/oder das *Prinzip der fiskalischen Äquivalenz* beachten und den Kantonen zumutbar sind.⁵⁰ Diesbezüglich hält das eingehende und aufschlussreiche Gutachten von Uhlmann zuhanden der Konferenz der Kantonsregierungen (KdK) zur Frage der gerichtlichen Überprüfung der föderalistischen Grundsätze mehrere Vorschläge zugunsten der Kantone bereit. Vorab stellt der Gutachter fest, dass die *Einhaltung der*

⁴⁸ Vgl. statt vieler HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (FN 2), N 184, die namentlich auf die unüberblickbare Verflechtung der Zuständigkeiten von Bund und Kantonen hinweisen, die auf die verstärkte Zentralisierung zurückzuführen ist.

⁴⁹ So explizit BELSER EVA MARIA, Föderalismuskonzeption der Bundesverfassung, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. 1, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 667 ff., N 22.

⁵⁰ Zur Kritik an der mangelhaften Wirkung beider im Rahmen der NFA-Reform eingeführten Verfassungsprinzipien: vgl. WALDMANN (FN 22), S. 15; ferner SCHALTEGGER CHRISTOPH A./WINISTÖRFER MARC M./FÄSSLER LUCA, Verflechtungen bedrohen Föderalismus, in: Die Volkswirtschaft 10/2017, S. 42 ff., S. 45; explizit zum ungenügenden gerichtlichen Rechtsschutz der Kantone gegenüber dem Bund: vgl. SCHWEIZER RAINER J., Verteilung der Staatsaufgaben zwischen Bund und Kantonen, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. 1, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 691 ff., N 18.

föderalistischen Verfassungsgrundsätze in wesentlichen Teilen freilich justiziabel ist und die Bestimmung des Umfangs einzelner Bundeskompetenzen eine geläufige Rechtsfrage darstellt.⁵¹ Des Weiteren wird mit einschlägigen Hinweisen auf die Materialien und die Lehre anerkannt, dass für die vorliegend offengelegte Problematik der vorwiegend durch den Bund missachteten verfassungsrechtlichen Zuständigkeitsordnung unbestritten *Handlungsbedarf* besteht und es sich beim *Föderalismus* um das *am ehesten und am meisten gefährdete Strukturelement* der geltenden *Bundesverfassung* handelt.⁵² Nach geltender Rechtslage stünde den Kantonen die *staatsrechtliche Klage* auf Feststellung einer *Verfassungsverletzung* offen, wobei ein solches Urteil des Bundesgerichts aufgrund von Art. 190 BV, der die Anwendung einer bundesgesetzlichen Norm auch dann schützt, wenn sie verfassungs- oder völkerrechtswidrig ist, im Ergebnis wohl *wirkungslos* wäre.⁵³ De lege ferenda bestünde die Möglichkeit, die staatsrechtliche Klage durch punktuelle gesetzliche Eingriffe zu stärken; zieht man hingegen grössere Gesetzesanpassungen in Betracht, die auf eine Stärkung der Position der Kantone abzielten, würde dies grundlegendere Diskussionen auf Verfassungsstufe aufwerfen.⁵⁴

Die zielführendste Lösung bestünde darin, die *gerichtlichen Prüfungsmöglichkeiten* beschränkt auf sämtliche *föderalistischen Verfassungsgrundsätze* zu stärken und dadurch namentlich den Schutz der verfassungsrechtlichen Zuständigkeitsordnung zugunsten der Kantone sicherzustellen. Ein solch massvoller Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit könnte durch Ergänzung von *Art. 190 BV* geschehen, indem erklärt würde, dass dieser im Falle von *Streitigkeiten zwischen Bund und Kantonen keine Anwendung* fände. Eine ziemlich gleichwertige Variante bestünde in der Formulierung, wie sie damals der Bundesrat für Art. 189 Abs. 2 BV über die Zuständigkeiten des Bundesgerichts in Zusammenhang mit der Einführung der NFA vorgeschlagen hatte: «*Es beurteilt Streitigkeiten zwischen Bund und Kantonen, einschliesslich wegen Verletzung verfassungsmässiger Kompetenzen der Kantone durch ein Bundesgesetz*».⁵⁵

2) Konsequente Aufgaben- und Finanzierungsentflechtung

Selbstverständlich sollte das gemeinsam von Bundesrat und der Konferenz der Kantonsregierungen im Juni 2019 erteilte *Mandat zur Fortsetzung* der im Rahmen der NFA begonnenen *Aufgaben- und Finanzierungsentflechtung* und Erarbeitung konkreter Vorschläge für die Neuordnung der Aufgabenteilung (Projekt «*Aufgabenteilung II*») unbedingt und mit aller Konsequenz umgesetzt werden. Dabei gilt es, sich strikt an den *strategischen Zielen* des Mandats zu orientieren, die da namentlich sind: die Einhaltung der Grundsätze der Subsidiarität und der fiskalischen Äquivalenz bei der Verantwortungszuweisung für die staatliche Aufgabenerfüllung und deren Finanzierung, die Stärkung des Föderalismus und die Eindämmung der Zentralisierungstendenzen.

⁵¹ UHLMANN FELIX, Gerichtliche Überprüfung der föderalistischen Grundsätze in der Schweiz – Gutachten zuhanden der Konferenz der Kantonsregierungen (KdK), 18. Juli 2016, S. 17 (f.).

⁵² UHLMANN (FN 51), S. 40 (m.Verw.).

⁵³ Zum Ganzen UHLMANN (FN 51), S. 20 ff.

⁵⁴ Vgl. zum Ganzen UHLMANN (FN 51), S. 27 ff. (insb. S. 36).

⁵⁵ Zum Ganzen UHLMANN (FN 51), S. 37 ff. (m.Verw. auf BOTSCHAFT NFA I [FN 9], 2464 ff.).

Standortbestimmung

1) Bewährte Staatsidee

Die Schweizerische Eidgenossenschaft ist mit der formellen Inkraftsetzung der ersten Bundesverfassung am 16. November 1848 als *Europas erster Bundesstaat* entstanden. Sie hat in ihrer bis heute weltweit *einzigartigen Form* sämtliche Stürme – namentlich die beiden Weltkriege – der vergangenen 172 Jahre mehr oder minder schadlos überstanden. Mit ihrer föderalen Staatsorganisation stellt sie par excellence den *lebendigen Beweis eines friedenssichernden Projekts* dar, die seinesgleichen sucht. So erkennt man in ihr die beiden zentralen Funktionen des Föderalismus «*Einheit in der Vielfalt*» (d.h. Vereinigung unterschiedlicher Völker und Regionen unter gemeinsamer Verfassung) und «*Vielfalt in der Einheit*» (d.h. Schutz der Minderheiten vor einer systematischen Majorisierung durch zugewiesenen Spielraum für Selbstbestimmung) vorzüglich verwirklicht. Ähnliches lässt sich zu den weiteren für die bundesstaatliche Organisationsform bzw. das Föderalismusprinzip typischen Funktionen feststellen, die da sind: *Vertikale Machthemmung* bzw. *Gewaltenteilung*, *Stärkung der Demokratie* durch Mitwirkung der Stimmberechtigten und Parlamente in den Gliedstaaten, *bürgernahe Entscheidungsfindung und Aufgabenerfüllung* sowie *Förderung des Innovationsgeistes* zwischen den Gliedstaaten dank zugestanderener Autonomie. Zudem wirkt sich die bestehende föderale Ordnung grundsätzlich positiv auf die *Wettbewerbsfähigkeit* der gesamten Eidgenossenschaft aus, wie ihr durch die aktuelle politisch-ökonomische Föderalismusforschung nachweislich attestiert wird.⁵⁶

2) Föderalismus unter zunehmendem Druck

Seit der Jahrtausendwende befindet sich der schweizerische Föderalismus allerdings immer mehr unter Druck, und zwar insbesondere bedingt durch die *stärkere Integration* der Schweiz in ihrem bilateralen Verhältnis zur Europäischen Union und damit einhergehend die *zunehmenden innerstaatlichen Zentralisierungstendenzen*, die *verstärkte Zuwanderung* seit Einführung der Personenfreizügigkeit sowie das allgemein veränderte *mobile Wohn-, Arbeits- und Freizeitverhalten der Menschen*, welches zu einer fehlenden lokalen Verwurzelung und mangelhaften Identifikation mit einem Kanton führt. Dementsprechend häufen sich in jüngerer Zeit die Stimmen, welche nach *grundlegenden Reformen* rufen, die im Wesentlichen auf eine Änderung der territorialen Grundstruktur der Bundesstaates und eine neue Austarierung des föderalen Gleichgewichts abzielen.⁵⁷ Die verstärkten innerstaatlichen Zentralisierungstendenzen, vor allem verursacht durch die mehrheitlich faktisch zwingende Anpassung an das EU-Recht, sind der unwiderlegbare Beleg dafür, dass sich der Druck auf die bestehende föderale Ordnung auch in der jüngeren Geschichte der modernen Eidgenossenschaft fortwährend *zuungunsten der Kantone* erhöht hat.

⁵⁶ FELD LARS P./SCHALTEGGER CHRISTOPH A. ET AL., Föderalismus und Wettbewerbsfähigkeit in der Schweiz, Staatsstrukturen für eine erfolgreiche Schweiz im 21. Jahrhundert, Zürich 2017, *passim*.

⁵⁷ Näheres zum Ganzen WALDMANN BERNHARD, Perspektiven des schweizerischen Föderalismus, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. 1, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 797 ff., N 33 ff. u. N 37 f. (jeweils m.w.Verw.).

Angesichts der bedingt durch die Corona-Pandemie globalen Wirtschafts- und Arbeitsmarktkrise, welche auch die Volkswirtschaften Europas hart getroffen hat, der durch die Zentralbanken seit Jahren praktizierten expansiven Geldpolitik, der ungebrochen fortschreitenden Verschuldung vieler Mitglieder der Euro-Währungsunion sowie der noch nicht vollständig abschätzbaren Folgen des Brexits und des jüngst abgeschlossenen und in Kraft getretenen Handels- und Kooperationsabkommens zwischen Grossbritannien und der EU (TCA) herrschen derzeit *Spannung und Unsicherheit über die weitere Fortsetzung der politischen Agenda* sowohl im bilateralen Verhältnis EU–Schweiz als auch aus innerstaatlicher Perspektive. Der politisch-ökonomische Druck auf die Schweiz wird höchstwahrscheinlich massgeblich mit der künftigen wirtschaftlichen Entwicklung der Euro-Zone bzw. der EU korrelieren. Sollte die EU bzw. die Euro-Zone an der gigantischen Verschuldungskrise mit ihren vielfältigen Auswirkungen wirtschaftlich und politisch nicht zerbrechen, wovor nicht wenige führende Ökonomen schon seit Beginn der Finanz- und Eurokrise (2008) wiederholt und immer eindringlicher warnen, wird seitens der EU der Druck auf die Schweiz zur weiteren vertraglichen Anbindung aufrechterhalten bleiben. Damit steht nicht nur ihre *Souveränität* als solche, sondern gleichzeitig der ihrer *einzigartigen Staatsform immanente Föderalismus* zur Disposition.

Ausblick

Wie die verschiedenen Spannungs- und Konfliktfelder und aktuellen Herausforderungen belegen, befindet sich der schweizerische Föderalismus bereits seit geraumer Zeit in der *Defensive*. Der *enorme aussen- wie innenpolitische Zentralisierungsdruck*, der sich durch die Corona-Pandemie noch weiter verstärkt und beschleunigt hat, lässt die beschriebenen zwingend benötigten Massnahmen zum Schutz der verfassungsrechtlichen Zuständigkeitsordnung noch umso dringender erscheinen. Der *Föderalismus* als verfassungsrechtliches Strukturelement *läuft Gefahr, gänzlich untergraben und ausgehöhlt zu werden*. Nicht nur die *Rechtsvereinheitlichung* bedingt durch die Internationalisierung, insbesondere die Europäisierung des nationalen Rechts und die *Bundespolitik*, sondern auch die *Intensivierung und Institutionalisierung der interkantonalen Zusammenarbeit* während der letzten rund 25 Jahren sind hierfür verantwortlich. Letztgenannte hätte im Gegenteil die Position der Kantone eigentlich stärken sollen. Die Kantone und ihre Regierungs- und Ständevertreter haben sich jedoch nicht oder schlicht nur ungenügend für ihre ureigenen Zuständigkeiten stark gemacht und haben sich in ihren Entscheidungen oftmals von praktischen Zweckmässigkeitsüberlegungen leiten lassen bzw. auf opportunistische Art gehandelt. In einer Zeit, in welcher reflexartig nach einheitlichen Lösungen gerufen wird, haben der *Föderalismus* und die *kantonale Souveränität* einen *schweren Stand*. Zudem findet der Föderalismus auch *nur wenige engagierte Fürsprecher in der Wissenschaft*.

Auf der einen Seite präsentiert sich heute eine innen- wie vor allem aussenpolitisch verfahrenere Drucksituation, in die sich die Bundespolitik etwa um die Jahrtausendwende und nach Abschluss der bilateralen Verträge mit der EU langsam, aber

stetig hineinmanövriert hat. Auf der anderen Seite liegt die enorme politische Herausforderung vor, die notwendigen Massnahmen zu ergreifen, um die verfassungsrechtliche Zuständigkeitsordnung wirksam zu schützen. Die jüngste Verlautbarung von Bundesrat und KdK betreffend Fortführung der NFA stellt jedoch faktisch das vorzeitige Ende einer dringend und zwingend *notwendigen Reform zum Schutz der verfassungsrechtlichen Zuständigkeitsordnung* dar. Bund und Kantone bringen damit den *politischen Unwillen* zum Ausdruck, den Föderalismus als verfassungsrechtliches Strukturelement zu stärken. Angesichts dieser Tatsachen ist nüchtern betrachtet dementsprechend in näherer Zukunft vielmehr mit einer sich beschleunigenden *materiellen Aushöhlung der verfassungsrechtlichen föderalen Strukturen* zu rechnen, als dass ein echter, wirkungsvoller Befreiungsschlag aus dieser Sackgasse erkennbar wäre.

Der *Föderalismus* ist in der Geschichte der modernen Schweiz jedoch bis heute stets *Garant für ein friedliches und selbstbestimmtes Zusammenleben verschiedener Sprachen, Religionen und Kulturen* gewesen und hat ihr zu ansehnlichem *Wohlstand* verholfen. Sein Gedankengut sollte nicht nur den inneren Aufbau gestützt auf das Subsidiaritätsprinzip und eine klare Zuweisung und Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen den verschiedenen Staatsebenen, sondern ebenso dessen Stellung in einer global vernetzten Welt prägen. Der Föderalismus steht weder offenen, globalen Märkten noch zwischenstaatlicher Zusammenarbeit im Wege; er stösst allerdings gemessen an der geltenden Verfassungsordnung zweifellos an seine Grenzen, was die mögliche Einbindung in eine supranationale Organisation wie die Europäische Union betrifft.⁵⁸

⁵⁸ So ähnlich bereits LETSCH HANS, Freiheitliche Ordnungspolitik: Garant für direkte Demokratie, Marktwirtschaft und Föderalismus, in: Hirt Walter/Nef Robert/Ritter Richard C. (Hrsg.), *Die Schweiz – ein Sonderfall*, S. 162 ff., 165.



LIBERALES INSTITUT

Impressum

Liberales Institut
Hochstrasse 38
8044 Zürich, Schweiz
Tel.: +41 (0)44 364 16 66
institut@libinst.ch

Bei diesem Text handelt es sich um ein Gesamtüberblick des im Juli 2021 beim juristischen Fachverlag EIZ Publishing des Europa Institutes an der Universität Zürich erschienenen Werks *«Vielfalt in der Einheit» am Ende?*

Alle Publikationen des Liberalen Instituts finden Sie auf www.libinst.ch.

Disclaimer

Das Liberale Institut vertritt keine Institutspositionen. Alle Veröffentlichungen und Verlautbarungen des Instituts sind Beiträge zu Aufklärung und Diskussion. Sie spiegeln die Meinungen der Autoren wider und entsprechen nicht notwendigerweise den Auffassungen des Stiftungsrates, des Akademischen Beirates oder der Institutsleitung.

Die Publikation darf mit Quellenangabe zitiert werden.
Copyright 2021, Liberales Institut.