

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 142 (2023)

Artikel: Der schweizerische Bundesstaat und seine Verfassungen : Versuch einer verfassungsrechtlichen und verfassungstheoretischen Standortbestimmung aus Anlass des 175. Doppelgeburtstags

Autor: Biaggini, Giovanni

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-1052946>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 11.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Der schweizerische Bundesstaat und seine Verfassungen

Versuch einer verfassungsrechtlichen und verfassungstheoretischen
Standortbestimmung aus Anlass des 175. Doppelgeburtstags

GIOVANNI BIAGGINI*

* Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor für Staats-, Verwaltungs- und Europarecht an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. – Der Verfasser dankt den Lehrstuhlmitarbeiterinnen und -mitarbeitern Frau Mei Yi Lew, MLaw, Herrn RA Thomas Schaad, MLaw, Herrn Gabriel Schürch, MLaw, und Frau Carolin Ehrentraut, MLaw, für die Unterstützung bei den Recherchen und bei der Fertigstellung des Texts.

Inhaltsverzeichnis

A.	Die Bundesstaatlichkeit: das Sorgenkind unter den verfassungsrechtlichen Strukturprinzipien	11
I.	Rückschrittsgeschichte inmitten einer Fortschrittserzählung?	11
II.	Über die Schwierigkeiten einer Standortbestimmung in Sachen Bundesstaatlichkeit	12
1.	Konturlosigkeit des Föderalismusbegriffs	12
2.	Unsicherheiten und Unschärfen beim Bundesstaatsbegriff	14
3.	Ein deskriptiv-additives Verständnis des Bundesstaatsprinzips	15
4.	Fehlen einer breit abgestützten Bundesstaatstheorie	16
III.	Perspektivenwechsel (Zum weiteren Vorgehen)	17
B.	«Der Bund hat zum Zweck ...»: Die Bundesstaatsgründung im Spiegel der Bundesverfassung von 1848	20
I.	Die Bundesverfassung: Hauptinstrument der Bundesstaatsgründung	20
1.	Eine Pionierleistung	20
2.	Die Bundesverfassung von 1848 als rechtliche Grundordnung eines neuartigen Gebildes	21
3.	Leitfragen und Lösungsansätze	23
4.	Die Grundlegung der bundesstaatlichen Methode als Kern des Verfassungsgebungsakts von 1848	25
II.	Die bundesstaatlichen Grundbausteine näher betrachtet	26
1.	Das (implizite) Versprechen der Weiterexistenz der Kantone als eigenständige politische Einheiten	26
2.	Zuweisung von Aufgaben sowie von bundesstaatlichen Rechten und Pflichten	29
3.	Besonderheiten bei den Bundesbehörden aus bundesstaatlicher Sicht	30
4.	Die bundesstaatliche Dimension des Verfahrens der Verfassungsrevision	31
III.	Das Ergebnis von 1848: Kontinuitäten, Neues und «Unfertiges»	32
1.	Konzeptionell: Kontinuitäten und Mehrdeutigkeiten	33
2.	Institutionell: eine neue Behördenarchitektur mit dynamischem Potenzial	35
3.	Materiell: ein «unfertiges» Projekt	36
IV.	Ausblick: Was soll und kann die Bundesverfassung als Bundesstaatsverfassung leisten?	37
C.	Die Weiterentwicklung des Bundesstaatsprojekts von 1848	39
I.	Die Schweizerische Eidgenossenschaft und die Kantone	39
1.	Die Schweizerische Eidgenossenschaft: ein stabiles Gesamtgebilde	39
2.	Die Kantone als eigenständige politische Einheiten: zunehmend unter Druck	40
a.	Kantonsvolk und Kantonsbürgerrecht: schwindende Bedeutung	41
b.	Die Kantonsverfassungen und der Bund: ambivalente Tendenzen und schwankender Respekt	43
c.	Vielfalt der politischen Systeme unter Druck: die Rechtsprechung zur Wahlrechtsgleichheit	46
d.	Die kantonale Staatsorganisation: zunehmend bundesrechtlich mitbeeinflusst	48
e.	Die kantonalen Finanzen: schwindendes Steuersubstrat und die Verlockung der Subventionen	49
3.	Zwischenfazit: ein ambivalentes Bild der kantonalen Staatlichkeit in der Verfassungspraxis	51
II.	Veränderungen im bundesstaatlichen Aufgabengefüge	51
1.	Quantitative Veränderungen: starke Zunahme der Bundeskompetenzen	51
2.	Qualitative Veränderungen: jenseits der Kompetenzübertragungslogik	55

a. Kantonale Pflichtaufgaben: Bundesvorgaben betreffend das «Ob» und das «Wie» der Aufgabenwahrnehmung im kantonalen Zuständigkeitsbereich	55
b. Standardisierung bei den Kompetenzbestimmungen	57
c. Konkurrenz für die bundesstaatliche Methode: Verfassungsinitiative, Internationalisierung des Rechts, Verfassungsfortbildung ohne Textänderung	59
3. Zwischenfazit: Aufgabengefüge im quantitativen und qualitativen Wandel	62
III. Bundesstaatlich bedeutsame Veränderungen im Bereich des Umsetzungsapparats	63
1. Veränderungen in institutionell-funktioneller Hinsicht	63
2. Weiterungen bei den kantonalen Mitwirkungsrechten	65
3. Exkurs: Vorboten einer vierten bundesstaatlichen Ebene?	68
IV. Das Verfahren betreffend die Revision der Bundesverfassung	69
1. Eine grundsätzlich bewährte Methode?	69
2. Das ungelöste Problem der «Paketbildung»	71
3. Konstanz und Wandel bei den Erfordernissen des Volks- und des Ständemehrs	72
4. Eine auch bundesstaatlich folgenreiche Neuerung: die Partialrevisionsinitiative	73
5. Eine Asymmetrie: das Fehlen der «Kantonsinitiative»	75
6. Zwischenfazit	76
V. Bundesstaatliche Entwicklungsdynamik in ausgewählten Bereichen	76
1. Das Verhältnis «Bundesrecht/kantonales Recht» im Wandel: zwiespältiger Pragmatismus	76
a. «Bundesrecht bricht kantonales Recht»?	77
b. Pragmatismus zugunsten des Bundes und ein asymmetrisches verfassungsmässiges Recht	78
2. Bundesaufsicht im Wandel: Verschiebungen und Verwerfungen im Aufsichtsgefüge	80
a. Verlagerung der Bundesaufsicht aus der staatsrechtlichen in die verwaltungsrechtliche Sphäre	81
b. Zunehmende Justizialisierung der Bundesaufsicht	82
c. Verwerfungen im Aufsichtsgefüge	83
(1) Der Fall «Fextal» als Weckruf	84
(2) Der Fall «Walchwil» als Rückfall	86
d. Zwischenfazit: Ein sich hartnäckig haltendes atavistisches Verständnis der Aufsichtsfunktion	88
3. Die ambivalente Rolle der Bundesgrundrechte	89
a. Bundesstaatliche Funktionen der Bundesgrundrechte und die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit	89
b. Die expansive Kraft der Bundesgrundrechte: Einzelgrundrechte	91
(1) Ausdehnung des Schutzbereichs und/oder der Wirkungen von Freiheitsrechten	92
(2) Ableitung rechtsstaatlicher Garantien aus dem allgemeinen Rechtsgleichheitsgebot	92
(3) «Vergrundrechtlichung» objektiver Verfassungsnormen im Bundesstaat	94
(4) Anerkennung ungeschriebener Grundrechte im Bundesstaat	94
c. Die expansive Kraft der Bundesgrundrechte: allgemeine Grundrechtslehren	95
(1) Das Kantons- und das Konsenskriterium bei der richterlichen Grundrechtsfortbildung	96

(2) Bundesstaatliche Grenzen der Grundrechtsinstrumentalisierung für sozialpolitische Zwecke	97
(3) Bundesstaatliche Grenzen der Grundrechtsinstrumentalisierung für umweltpolitische Zwecke	99
d. Zwischenfazit: Bundesgrundrechte als Disziplinierungsmittel und als Unsicherheitsfaktor	101
VI. Die Bundesverfassung von 1999 als Spiegelbild der ambivalenten Bundesstaatsentwicklung	102
1. Vorgeschichte(n)	102
2. Das Ergebnis der Totalrevision von 1999 aus bundesstaatlicher Sicht . . .	104
a. Die «Allgemeinen Bestimmungen» (Art. 1 ff. BV 1999 sowie Titel und Präambel)	104
b. Das «Verhältnis von Bund und Kantonen» (Art. 42 ff. BV 1999) . . .	106
c. Institutionelles (Art. 136 ff. BV 1999)	108
3. Das Ergebnis des NFA-Projekts aus allgemein-bundesstaatlicher Sicht . .	108
4. Dynamische Bundesstaatsentwicklung und schwindendes Bundesstaatsverständnis	110
D. Elemente einer Verfassungstheorie des Bundesstaats	113
I. Bundesstaatstheorie(n): ein tauglicher «Kompass»?	113
1. Eine fragmentierte schweizerische Theorielandschaft	113
2. Theorienvielfalt als Problem	114
3. Von der Bundesstaatstheorie zur Verfassungstheorie des Bundesstaats . .	117
a. Allgemeine Bundesstaatstheorie und spezielle Bundesstaatstheorien . .	117
b. Die verfassungsrechtliche Basis von Bundesstaatstheorien: kein Bundesstaat ohne Verfassung	118
II. Elemente einer allgemeinen Theorie der Bundesverfassung	121
1. Konstituieren und limitieren: die Bundesverfassung als rechtliche Grundordnung	121
2. Bundesstaatsspezifische Funktionen (Bundesverfassungsfunktionen) . .	121
3. Bundesstaatsspezifische Eigenschaften	122
4. Neuralgische Punkte: Was kann eine Bundesstaatsverfassung leisten (und was nicht)?	123
III. Die schweizerische Bundesverfassung als Bundesstaatsverfassung	124
1. Eigenheiten der schweizerischen Bundesverfassung im Licht der Verfassungsfunktionen	124
a. Beschränkte Konstituierungsfunktion	124
b. Differenzierte Limitierungsfunktion	124
c. Aufgabenzuweisungsfunktion	126
d. Regelung des Zusammenwirkens und Streitbeilegungsfunktion	126
e. Garantiefunktion	128
f. Fortbildungsfunktion	129
g. Vergegenwärtigung des Bundeszwecks als weitere Bundesverfassungsfunktion?	131
2. Charakterisierung der schweizerischen Bundesverfassung aus verfassungstheoretischer Sicht	132
a. Die Dreifachnatur der Bundesverfassung: Verfassung für die Schweizerische Eidgenossenschaft, für den Bund und für die Kantone	132
b. Exkurs: Das Individuum im Bundesstaat	134
c. Eine Bundesstaatsverfassung, die Raum lässt für die staatenbündische Methode	134
d. Die Bundesverfassung als ergänzungsbedürftige, von den Kantonsverfassungen abhängige rechtliche Grundordnung des Bundesstaats . . .	135

e. Eine Bundesverfassung, die sich der Einordnung in die gängigen Bundesstaatstheorien entzieht	136
IV. An den Leistungsgrenzen des Verfassungsrechts	137
E. Der schweizerische Bundesstaat: ein verfassungsrechtlich fundiertes und flan- kiertes politisches Projekt	139
Abgekürzt zitierte Literatur	144
Abgekürzt zitierte Materialien und Verfassungen	149

«Der schweizerische Föderalismus erweckt heute sowohl in seinen Erscheinungsformen als auch in seinen Begründungen einen uneinheitlichen, verwirrenden Eindruck.»

YVO HANGARTNER, 1974¹

A. Die Bundesstaatlichkeit: das Sorgenkind unter den verfassungsrechtlichen Strukturprinzipien

I. Rückschrittsgeschichte inmitten einer Fortschrittserzählung?

175 Jahre nach der Bundesstaatsgründung präsentiert sich die Schweizerische Eidgenossenschaft als wohlgeordnetes Staatswesen mit einer stabilen Verfassung, die hohen demokratischen, freiheitlichen und sozialen Standards entspricht. Die 1848 geschaffenen organisatorischen Grundstrukturen blieben bis heute im Wesentlichen unverändert. Im Einzelnen hat sich allerdings seit der Bundesstaatsgründung viel getan. Das politische System im Bund entwickelte sich von einer fast rein repräsentativen Demokratie zu einer direktdemokratisch geprägten Ordnung mit ausdifferenzierten Volksrechten und zahlreichen Volksabstimmungen. In Sachen Rechtsstaatlichkeit sind seit 1848 grosse Fortschritte zu verzeichnen, namentlich bei den Grundrechten und beim Rechtsschutz. Die 1848 kaum ausgebildete Sozialstaatlichkeit gilt heute als ein eigenständiges verfassungsrechtliches Strukturprinzip. Die Ökologisierung der Verfassungsordnung ist im Gang.²

In dieser Fortschritts- und Erfolgsgeschichte tanzt ein traditionsreiches Strukturprinzip aus der Reihe: die *Bundesstaatlichkeit*. Die Geschichte des Bundesstaats ist nach allgemein geteilter Auffassung geprägt durch eine nicht enden wollende, ja sich beschleunigende Zentralisierung, die den zur «DNA der Eidgenossenschaft»³ gehörenden Föderalismus auszuhöhlen droht. Diese Sorge ist nicht neu. YVO HANGARTNER sah in seiner 1974 erschienenen Habilitationsschrift die Eidgenossenschaft auf dem Weg «zum dezentralisierten Einheitsstaat» und befürchtete eine «Umwandlung der Kantone in Selbstverwaltungskörper des Bundes».⁴

Kurz: Unter den verfassungsrechtlichen Strukturprinzipien ist die Bundesstaatlichkeit das grosse Sorgenkind, und dies nicht erst seit heute. Lässt sich der unaufhaltsam scheinende Niedergang der Kantone und der Bundesstaatlichkeit noch stoppen? Soll man ihn überhaupt stoppen? Die Frage mag ketzerisch klingen. Doch angesichts negativer Bewertungen – «Flickenteppich», «Über-

1 HANGARTNER, Kompetenzverteilung, S. 31.

2 Vgl. ANNE-CHRISTINE FAVRE, La constitution environnementale, in: VDS III, S. 2121 ff.

3 Formulierung bei BERNHARD WALDMANN, Perspektiven des Föderalismus, in: VDS I, S. 797 ff., Rz. 1.

4 HANGARTNER, Kompetenzverteilung, S. 27 ff. (Zitate: S. 30).

forderung der Kantone» usw. –, die der Föderalismus regelmässig, in Krisenzeiten vermehrt, auf sich zieht, erweist sich das «helvetische Malaise»⁵ heute vor allem als ein föderalistisches Malaise.

Allerdings scheinen nicht nur die Klagelieder über den Föderalismus, sondern auch die Loblieder nicht verstummen zu wollen. Föderalistische Systeme werden nach wie vor gepriesen: Wegen ihrer Bürgernähe, weil sie günstige Rahmenbedingungen bieten – für kulturelle Vielfalt, für Minderheitenschutz, für lokale Demokratie usw.⁶ – und nicht zuletzt wegen ihrer Innovationsfähigkeit, können doch die Gliedstaaten «serve as a laboratory[,] and try novel social and economic experiments without risk to the rest of the country», wie es Justice LOUIS BRANDEIS vor gut 90 Jahren aus US-amerikanischer Perspektive formulierte.⁷ In der Schweiz ist diese Überzeugung weiterhin stark verbreitet.

Zusammenfassend bietet der schweizerische Föderalismus derzeit ein ambivalentes Bild. Was YVO HANGARTNER 1974 konstatierte, trifft weiterhin zu: «Der schweizerische Föderalismus erweckt heute sowohl in seinen Erscheinungsformen als auch in seinen Begründungen einen uneinheitlichen, verwirrenden Eindruck».⁸

Woher rühren die Schwierigkeiten, den Zustand der Schweizerischen Eidgenossenschaft als Bundesstaat zu erfassen und einzuordnen?

II. Über die Schwierigkeiten einer Standortbestimmung in Sachen Bundesstaatlichkeit

Eine aussagekräftige Standortbestimmung ist auf konsolidierte und konsentrierte Kriterien angewiesen. Mit Blick auf Föderalismus und Bundesstaatlichkeit stehen diese heute nicht, jedenfalls nicht im erforderlichen Mass, zur Verfügung.

1. Konturlosigkeit des Föderalismusbegriffs

Der Begriff «Föderalismus» steht gewöhnlich für das Zusammenwirken kleinerer politischer Einheiten in Gestalt eines übergeordneten Verbands. Der Bun-

5 In MAX IMBODENS einflussreicher Schrift gegen den Reformstau, die 1964 unter dem Titel «Helvetisches Malaise» erschien, geht es bemerkenswerterweise nur am Rand um klassisch föderalistische Fragen (wieder abgedruckt in GEORG KREIS [Hrsg.], Das «Helvetische Malaise». Max Imbodens historischer Zuruf und seine überzeitliche Bedeutung, Zürich 2011, S. 85 ff.).

6 Rechtsvergleichend BUSSJÄGER, Föderale Systeme, S. 113 ff.; FLEINER/BASTA FLEINER, Allgemeine Staatslehre, S. 513 ff. – Nicht zuletzt ausländische Beobachter loben den schweizerischen Föderalismus; vgl. z.B. (aus der älteren Literatur) FRIEDRICH, Trends of Federalism, S. 34.

7 Justice LOUIS BRANDEIS (dissenting), in: U.S. Supreme Court, *New State Ice Co. v. Lieberman*, 285 U.S. 262 (1932). Zu den Kantonen als Experimentierlaboratorien stellvertretend FLEINER, Bundesstaatsrecht, S. 24 (Kantone als «die politischen Versuchsfelder für die Eidgenossenschaft»); RAINER J. SCHWEIZER, Entstehung und Entwicklung des schweizerischen Föderalismus, in: VDS I, S. 531 ff., Rz. 47.

8 HANGARTNER, Kompetenzverteilung, S. 31.

desstaat ist die praktisch bedeutsamste Ausprägung des Föderalismus. Zu den föderalen Systemen rechnet man gemeinhin auch weniger intensive Zusammenschlüsse wie die Alte Eidgenossenschaft (vor 1798), die Schweizerische Eidgenossenschaft unter dem Bundesvertrag von 1815 oder die Europäische Union.⁹ Als Kennzeichen föderaler Systeme gilt die Kombination von geteilter (gemeinsamer) Herrschaft (*shared rule*) und Selbstherrschaft (*self-rule*).¹⁰ Als politisches Ordnungsprinzip markiert der «Föderalismus» eine Gegenposition zum «Zentralismus».¹¹ Die Spielarten des Föderalismus sind vielfältig, die Merkmale vage.¹² Die internationale Föderalismusforschung neigt dazu, den Untersuchungsgegenstand weit zu fassen, unbekümmert um die Etymologie (lat. *foedus*, d.h. Bund, Bündnis) und um die Genese des jeweiligen politischen Systems. Mit der Unterscheidung von immer neuen Unterarten des Föderalismus, oft in Form von Gegensatzpaaren¹³, versucht man, das breiter werdende Feld begrifflich zu strukturieren. Das kann interessant und im Einzelfall aufschlussreich sein, läuft aber auf eine gewisse inhaltliche Beliebigkeit hinaus. Für die Beurteilung und Bewertung der schweizerischen Ausprägung des Föderalismus jedenfalls sind solche Ausweitungen nicht förderlich. Aus schweizerischer Perspektive kommt hinzu, dass der Ausdruck «Föderalismus» kein Begriff des positiven Rechts ist¹⁴ und vor allem in politischen Debatten zum Einsatz gelangt.¹⁵ Damit ist die Eignung des Begriffs «Föderalismus» als

-
- 9 Vgl. FORSYTH, *Unions of States*, S. 17 ff.; ORTINO, *Diritto costituzionale federativo*, S. 39 ff., 167 ff.; BEAUD, *Théorie de la fédération*, passim.
 - 10 Stellvertretend WATTS, *Comparing Federal Systems*, S. 8 f. WATTS nennt folgende Merkmale: mindestens zwei Regierungsebenen; Aufgabenverteilung; Repräsentation subnationaler Interessen; Mitwirkung bei der Verfassungsgebung; Streitschlichtungsinstanz; intergouvernementale Zusammenarbeit (a.a.O., S. 9). Vgl. auch EVA MARIA BELSER, *Föderalismuskonzeption*, in: VDS I, S. 667 ff., Rz. 8.
 - 11 Stellvertretend FRITZ FLEINER, *Zentralismus und Föderalismus in der Schweiz* (1918), in: DERS., *Ausgewählte Schriften und Reden*, Zürich 1941, S. 197 ff. Vgl. auch THOMAS FLEINER/ALEXANDER MISIC, *Föderalismus als Ordnungsprinzip der Verfassung*, in: VRS, S. 429 ff. – Im englischsprachigen Raum signalisiert der Begriff *federalism* gewöhnlich die Präferenz für eine starke Zentralgewalt. Vgl. MASTRONARDI, *Verfassungslehre*, S. 246 f.
 - 12 Vgl. FRENKEL, *Föderalismus I*, S. 113 ff. (mit einem «Föderismusalphabet», das nicht weniger als 255 Einträge umfasst). Beispiele für Bindestrich- bzw. Adjektiv-Föderalismen auch bei PERNTHALER, *Verfassungslehre*, S. 287 ff., und bei MASTRONARDI, *Verfassungslehre*, S. 244 f. (separativer, unitarischer, kooperativer, konkurrierender, solidarischer, mehrstufiger Föderalismus). Zu den vielen Gesichtern des Föderalismus im EG/EU-Kontext KOEN LENAERTS, *Constitutionalism and the Many Faces of Federalism*, *The American Journal of Comparative Law* (38) 1990, S. 205 ff.
 - 13 Stellvertretend PALERMO/KÖSSLER, *Comparative Federalism*, S. 38 ff.: *coming-together/holding together; mature/emergent; aggregative (integrative)/devolutionary; dual/cooperative; calm/restless; symmetrical/asymmetrical (federal systems)*. Vgl. auch BUSSJÄGER, *Föderale Systeme*, S. 21 ff.; WATTS, *Comparing Federal Systems*, S. 29 ff.
 - 14 Ausnahme: Art. 3 BV 1999 trägt in der italienischen Fassung eigenartigerweise die Sachüberschrift «Federalismo» (anstelle von dt. «Kantone», franz. «Cantons»).
 - 15 Vgl. ANDREAS KLEY, *Verhältnis von Föderalismus und Demokratie*, in: VDS I, S. 621 ff., Rz. 4.

rechtswissenschaftliches Konzept und als Grundlage für eine Standortbestimmung mehr als fraglich.¹⁶

2. *Unsicherheiten und Unschärfen beim Bundesstaatsbegriff*

Wenn der Föderalismusbegriff nicht hilft: Gibt vielleicht der *Bundesstaatsbegriff* Orientierung und Halt?

Auch hier stösst man rasch an Grenzen. Die in der Literatur anzutreffenden Bundesstaatsdefinitionen weisen meist eine erhebliche Abstraktionshöhe auf.¹⁷ Bezeichnend für die Vagheit des Bundesstaatsbegriffs ist, wie unterschiedlich weit der Kreis der Bundesstaaten in der vergleichenden Literatur gezogen wird. BERNHARD WALDMANN (2020) spricht von weltweit «rund 30 Bundesstaaten».¹⁸ Gemäss RONALD L. WATTS (2008) sind gut zwei Dutzend Staaten als «full-fledged federation[s]» einzustufen.¹⁹ MAX FRENKEL (1984) zählt 20 Bundesstaaten.²⁰ Laut KARL LOEWENSTEIN (1968) gibt es nur fünf.²¹ K. C. WHEARE (1953/1963) und MARTIN USTERI (1954) kommen auf die Zahl vier.²² Die erheblichen Differenzen lassen sich durch den Zeitpunkt der Äusserung und durch die seitherigen Entwicklungen in der Staatenwelt nur teilweise erklären. Die Kriterien der Definition wurden offenkundig im Lauf der Zeit gelockert, aus welchen Gründen auch immer.

Aus schweizerischer Perspektive ist es immerhin beruhigend zu sehen, dass die Schweizerische Eidgenossenschaft bei allen erwähnten Autoren zum Kreis der Bundesstaaten gehört, wogegen einige Autoren der Republik Österreich, teils auch der Bundesrepublik Deutschland die Bundesstaatsqualität absprechen.²³ Dies steht in einem auffälligen Kontrast zum Selbstverständnis des

16 Skeptisch auch EVA MARIA BELSER, Föderalismuskonzeption, in: VDS I, S. 667 ff., die von der «Konzeptionsarmut des schweizerischen Föderalismus» spricht (Abschnittstitel vor Rz. 8).

17 Für die Schweiz stellvertretend HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, N 934 f.; aus der älteren Literatur FLEINER, Bundesstaatsrecht, S. 39 (Bundesstaat als Korporation des öffentlichen Rechts, «deren Mitglieder die Staatsangehörigen und die Kantone sind»); eingehend NAWIASKY, Bundesstaat, S. 196 ff.

18 BERNHARD WALDMANN, Perspektiven des Föderalismus, in: VDS I, S. 797 ff., Rz. 2.

19 WATTS, Comparing Federal Systems, S. 9. Vgl. auch FLEINER/BASTA FLEINER, Allgemeine Staatslehre, S. 554 («25 Bundesstaaten auf der Welt»); sowie PALERMO/KÖSSLER, Comparative Federalism, S. 3, die darauf hinweisen, dass einzelne Autoren auf rund 90 Staaten kommen, die als «federal» einzustufen seien oder gewisse föderale Elemente aufwiesen. Näher besehen, dürften sich einige dieser Staaten als «Fino» (*Federation in name only*) entpuppen.

20 FRENKEL, Föderalismus I, S. 134 f.

21 LOEWENSTEIN, Verfassungslehre, S. 475 (Nachtrag von 1968).

22 WHEARE, Federal Government, S. 25; USTERI, Theorie des Bundesstaates, S. 340.

23 Der gebürtige Australier WHEARE bejaht die Bundesstaatlichkeit von Australien uneingeschränkt, jene der USA für die Zeit bis 1913 mit gewissen Abstrichen (Federal Government, S. 15 f.). Bei der Schweiz zögert er kurz (dies wegen gewisser Abhängigkeiten der Mitglieder des Ständerats von den Kantonen und wegen Art. 113 Abs. 3 BV 1874), um dann die Bundesstaatlichkeit zu bejahen (S. 17). Kanada verfüge zwar nur über eine «quasi-föderale» Verfassung, verdiene jedoch aufgrund der gelebten föderalen Praxis gleichwohl die Bezeichnung Bundesstaat (S. 17 ff.). Wie bei WHEARE finden Deutschland und Österreich auch bei USTERI keine

österreichischen Bundes-Verfassungsgesetzes (Art. 2) und des deutschen Grundgesetzes (Art. 20 Abs. 1), aber auf «Selbstdeklarationen» allein darf man bekanntlich nicht abstellen.²⁴ Der Schweizerischen Eidgenossenschaft hat es umgekehrt nicht geschadet, dass die Bundesverfassungen von 1848, 1874 und 1999 den Begriff «Bundesstaat» nicht verwenden.²⁵ Omnipräsent ist stattdessen der Begriff «Bund». Gewöhnlich meint er die Bundesebene, im Gegensatz zu den Kantonen (*la Confédération et les cantons*), manchmal aber das Gesamtgebilde (z.B. Art. 2 BV 1848/1874, Präambel BV 1999). Der unscharfe Sprachgebrauch in der Bundesverfassung ist für das Verfassungsverständnis nicht sehr hilfreich.

3. *Ein deskriptiv-additives Verständnis des Bundesstaatsprinzips*

Wenn der Bundesstaatsbegriff nicht hilft: Gibt vielleicht das verfassungsrechtliche *Strukturprinzip der Bundesstaatlichkeit*²⁶ – auch: Bundesstaatsprinzip oder Föderalismusprinzip²⁷ – mehr Orientierung und Halt?

In der schweizerischen Literatur pflegt man die Bundesstaatlichkeit typischerweise nach der deskriptiv-additiven Methode zu charakterisieren. Das in dieser Weise gebildete Bundesstaatsprinzip ist ein Konglomerat aus einzelnen Instituten in der derzeit gerade geltenden (verfassungs-)rechtlichen Gestalt. Das Strukturprinzip der Bundesstaatlichkeit dient somit in erster Linie der zusammenfassenden Benennung des Ist-Zustands, taugt jedoch nicht als Massstab für eine Standortbestimmung oder als Kompass für die künftige Entwicklung. Hier macht sich bemerkbar, dass es – anders als im Fall von Rechtsstaatlichkeit und Demokratie – *keine etablierte Idealvorstellung der Bundesstaatlichkeit* gibt, die als allgemeine Richtschnur dienen könnte. Auch gibt es – anders als im Fall von Rechtsstaatlichkeit und Demokratie – kaum Anlass und Bedürfnis,

Aufnahme in den Kreis der Bundesstaaten (Theorie des Bundesstaates, S. 340: bundesähnliche dezentralisierte Einheitsstaaten), was HESSE nicht davon abhielt, die Arbeit von USTERI zu loben (Der unitarische Bundesstaat, S. 2, Fn. 3). Bei LOEWENSTEIN zählt Österreich nicht zu den Bundesstaaten (Verfassungslehre, S. 475, Nachtrag von 1968).

24 Eine ähnliche Selbstkennzeichnung des Staatswesens enthält auch die koordinierte belgische Verfassung von 1994 (Art. 1): «Belgien ist ein Föderalstaat» («un État fédéral», «een federale Staat»). Zum belgischen Föderalstaat MALTE WOYDT, Dissoziativer Föderalismus (1): Belgo-Föderalismus, in: Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Band IV, S. 745 ff.

25 Vereinzelt wird auf unterer Normstufe das Adjektiv «bundesstaatlich» beiläufig verwendet, so z.B. in Art. 6 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 Bst. a der Organisationsverordnung für das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement vom 17. November 1999 (SR 172.213.1) bei der Umschreibung der Aufgaben des Bundesamtes für Justiz («Stärkung der bundesstaatlichen Ordnung»; «Einhaltung [...] der bundesstaatlichen Kompetenzordnung»).

26 Stellvertretend TSCHANNEN, Staatsrecht, § 6 («Die Strukturprinzipien der Bundesverfassung»), insb. Rz. 242 ff.; EVA MARIA BELSER, Föderalismuskonzeption, in: VDS I, S. 667 ff., Rz. 8 ff. («Föderalismus als Strukturprinzip der Bundesverfassung»).

27 Z.B. BERNHARD WALDMANN, Perspektiven des Föderalismus, in: VDS I, S. 797 ff., Rz. 14. Vgl. auch SALADIN, Bund und Kantone, S. 587 («Bundesstaatlichkeit» als «Konstitutionsprinzip»).

den Begriff und das Konzept der Bundesstaatlichkeit im Hinblick auf Anforderungen des internationalen Rechts zu schärfen.²⁸

4. *Fehlen einer breit abgestützten Bundesstaatstheorie*

Wenn das Bundesstaatsprinzip nicht hilft: Hilft vielleicht die *Bundesstaatstheorie*, deren Aufgabe es laut KONRAD HESSE ist, «das Ganze verständlich [zu] machen»?²⁹

Nur: Welche Bundesstaatstheorie passt zum schweizerischen Bundesstaat? Denn es gibt eine Vielzahl konkurrierender Theorien: monistische, dualistische, trialistische (dreigliedrige) u.a.m.³⁰

Während sich in Deutschland ein «unitarisches» Bundesstaatsverständnis durchgesetzt hat,³¹ ist für die Schweizerische Eidgenossenschaft derzeit keine breit akzeptierte Bundesstaatstheorie in Sicht (was auch der vorliegende Beitrag nicht ändern kann). Nimmt man das 2020 erschienene dreibändige Handbuch «Verfassungsrecht der Schweiz» als Spiegel, so interessiert sich die schweizerische Staatsrechtslehre hauptsächlich für die Demokratietheorie, für die Gewaltenteilungstheorie und für die Grundrechtstheorie, weniger jedoch für die Bundesstaatstheorie.³² Der praktisch-pragmatische Umgang, den die Staatsrechtslehre mit Fragen der Bundesstaatlichkeit pflegt, hat immerhin nützliche Systematisierungen und Klärungen hervorgebracht. Erwähnt sei hier namentlich das von PETER SALADIN in seinem Bericht für den Juristentag von 1984

28 Die Bundesstaatsklausel in völkerrechtlichen Verträgen erfordert gewöhnlich keine exakte Abgrenzung des Bundesstaats. Exemplarisch Art. 41 der Genfer Flüchtlingskonvention (SR 0.142.30): «Bei Bundesstaaten oder Staaten, die nicht Einheitsstaaten sind [...]». Näher VALENTIN ZELLWEGER, *Völkerrecht und Bundesstaat*, Diss. Basel, Berlin 1992.

29 HESSE, *Der unitarische Bundesstaat*, S. 2.

30 Vgl. PERNTHALER, *Verfassungslehre*, S. 294 ff.; GAMPER, *Staat und Verfassung*, S. 94 ff.; HANGARTNER, *Kompetenzverteilung*, S. 34 f.; ALFRED KÖLZ, *Bundestreue als Verfassungsprinzip?*, ZBl 1980, S. 145 ff., insb. S. 163 ff. (mit einer gewissen Sympathie für die Dreigliedrigkeitslehre). Siehe auch hinten D.I.1.

31 Prägend KONRAD HESSE, *Der unitarische Bundesstaat*, Karlsruhe 1962. Zum Unitarismus als Gestaltungstyp des deutschen Bundesstaats siehe auch schon GERHARD ANSCHÜTZ, *Der deutsche Föderalismus in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft*, VVDStRL 1, Berlin/Leipzig 1924, S. 11 ff. – Kritisch zu diesem Bundesstaatsverständnis HANGARTNER, wonach «Hesses unitarischer Bundesstaat [...] ein lediglich administrativ dezentralisierter Einheitsstaat [ist], in dem jedoch [...] der Einfluss der Teile auf das Ganze institutionell verankert ist» (Kompetenzverteilung, S. 39).

32 Siehe immerhin RAINER J. SCHWEIZER, *Entstehung und Entwicklung des schweizerischen Föderalismus*, in: VDS I, S. 531 ff., insb. S. 536 ff.; EVA MARIA BELSER, *Föderalismuskonzeption*, in: VDS I, S. 667 ff.; aus der älteren Literatur USTERI, *Theorie des Bundesstaates*. – Das früher grosse Interesse an bestimmten theoretischen Einzelfragen (insb. Lokalisierung der Souveränität im Bundesstaat, Staatlichkeit der Kantone) ist merklich abgeflaut (Überblick bei LEHNER, *Souveränität im Bundesstaat*, insb. S. 46–48, 67–74, 218–227). Ein Theoriedefizit in Bundesstaatsfragen ist nicht unproblematisch, weil es «empfindlich [für] äusseren Einfluss macht» (so die Befürchtung bei GREBER, *Grundlagen des Bundesstaates*, S. 4). Die Gefahr, dass ausländische Konzepte unreflektiert dem schweizerischen Bundesstaat übergestülpt werden, hält sich jedoch wegen des sprichwörtlichen schweizerischen Pragmatismus in Grenzen.

entwickelte «Säulen»-Modell des schweizerischen Bundesstaats,³³ das keine umfassende Bundesstaatstheorie, aber doch ein sehr hilfreiches Analyseinstrumentarium bietet.

III. Perspektivenwechsel (Zum weiteren Vorgehen)

Wenn für die Standortbestimmung keine breit abgestützte Bundesstaatstheorie als «Kompass»³⁴ zur Verfügung steht: Wie kommt man dann weiter?

Man könnte bei den soeben beschriebenen Defiziten ansetzen und versuchen, den Bundesstaatsbegriff zu verfeinern oder das Bundesstaatsprinzip zu einer normativen Leitidee fortzuentwickeln oder die Forschung im Bereich der Bundesstaatstheorie voranzutreiben. Hier soll ein anderer Ansatz verfolgt werden. Die Aufmerksamkeit gilt zunächst der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 12. Herbstmonat [September] 1848; dies nicht einfach nur, weil wir im Jahr 2023 ein Doppeljubiläum feiern – 175 Jahre Bundesstaatsgründung *und* erste Bundesverfassung –, sondern weil eine Analyse des Gründungsdokuments unabdingbar ist, um den späteren Gang der Bundesstaatsentwicklung zu verstehen. Es geht dabei nicht um eine (rechts-)historische Untersuchung der damaligen Ereignisse und Motive. Im Zentrum stehen vielmehr die damals zu beantwortenden Grundfragen und die in Verfassungsgestalt gegebenen Antworten (Abschnitt B.). Das Interesse gilt sodann der *Weiterentwicklung* des 1848 noch unvollendeten Bundesstaats- und Verfassungsprojekts in ausgewählten Bereichen unter den Bundesverfassungen von 1874 und von 1999 (Abschnitt C.). Gestützt auf diese Analyse der bundesstaatlichen Entwicklung lassen sich *Elemente einer Verfassungstheorie des Bundesstaats* gewinnen, die ein besseres Verständnis der bundesstaatlichen Verfassungsordnung der Schweizerischen Eidgenossenschaft ermöglichen (Abschnitt D.) und als Grundlage für einige abschliessende Überlegungen dienen (Abschnitt E.).

Der für die Untersuchung zur Verfügung stehende Raum ist begrenzt. Nicht alles kann hier in der wünschbaren Ausführlichkeit und Tiefe behandelt und dokumentiert werden. Gefragt ist einmal mehr die «Kunst des Weglassens».³⁵ Die Abhandlung konzentriert sich auf die Verfassungsstufe. Obwohl Bundesstaat-

33 SALADIN, Bund und Kantone, S. 448 ff. und 583. SALADIN unterscheidet fünf rechtliche Säulen (konstitutive Elemente) des Bundesstaats: 1) Aufgabenverteilung zwischen Bund und Kantonen; 2) Einkommens- und Ausgabenverteilung zwischen Bund und Kantonen; 3) Organisationshoheit der Kantone; 4) Mitwirkung der Kantone an Entscheidungen des Bundes; 5) Pflicht zur Zusammenarbeit. Vgl. auch DERS., in: Komm. BV 1874, Art. 3, Rz. 16 ff. (1986) («Die fünf rechtlichen Hauptsäulen»).

34 Wie das Ende 2022 veröffentlichte «Bundesratsfoto 2023» zeigt, hat der Kompass auch in Zeiten von GPS & Co. als Instrument zur Standortbestimmung (oder zumindest als Symbol für eine Orientierungshilfe) nicht ganz ausgedient (<<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-92411.html>> [1.4.2023]).

35 Man möge es dem Verfasser nachsehen, dass er im Lauf der Jahre in dieser Kunst zwar eine gewisse Routine erlangt, aber keine Perfektion erreicht hat.

lichkeit und Föderalismus «ein besonders dankbares Thema für die Verfassungsvergleichung» sind, wie WALTER HALLER treffend formulierte,³⁶ kann hier nur sporadisch die vergleichende Dimension angesprochen werden³⁷ – was allerdings nicht allzu sehr ins Gewicht fällt, da letztlich jeder Bundesstaat «ein Unikat» ist.³⁸ Entsprechendes gilt für die interdisziplinäre Perspektive: So wichtig es ist, Erkenntnisse aus Nachbardisziplinen für das juristische Bundesstaatsverständnis fruchtbar zu machen,³⁹ so wichtig ist es, sich auch um die juristischen «Hausaufgaben» zu kümmern. Erwartet werden darf weder eine breit angelegte, systematische Bestandesaufnahme noch eine umfassende Würdigung schweizerischer Bundesstaatlichkeit oder gar «des» Föderalismus schlechthin. Der schillernde, oft als politischer Kampfbegriff dienende Terminus «Föderalismus» wird hier, im Gegenteil, nach Möglichkeit gemieden. Gleiches gilt für die beliebte, aber problematische Metapher des «Mehrebenen-systems», mit der sich fast zwangsläufig die hierarchiegeprägte Vorstellung verbindet, dass es im «System» ein (wichtiges) «Oben» und ein (weniger wichtiges) «Unten» gibt.⁴⁰ Eine Klärung des – schwierigen – (Verfassungs-)Begriffs der «Souveränität» erscheint im Hinblick auf die hier interessierenden Bundesstaatsfragen entbehrlich.⁴¹ Ausgeblendet bleiben im Rahmen dieser Untersuchung die Frage der (Un-)Gleichheit im Bundesstaat (weil der Fokus nachfol-

36 WALTER HALLER, Verfassungsvergleichung als Impuls für die Verfassungsgebung, in: Festgabe für Thomas Fleiner, Freiburg (Schweiz) 2003, S. 311 ff., 321.

37 In ausländischen rechtsvergleichenden Untersuchungen hat die Schweiz als Bundesstaat nach wie vor Gewicht. Aus der jüngeren Literatur stellvertretend LEHNER, Souveränität im Bundesstaat; PALERMO/KÖSSLER, Comparative Federalism, insb. S. 321 ff. (wo die Schweiz neben den USA und Kanada zu den am häufigsten berücksichtigten Vergleichsstaaten zählt). Aus der älteren Literatur z.B. KARL WEBER, Kriterien des Bundesstaates: eine systematische, historische und rechtsvergleichende Untersuchung der Bundesstaatlichkeit der Schweiz, der Bundesrepublik Deutschland und Österreichs, Wien 1980. – Für eine rechtsvergleichende Einordnung aus schweizerischer Perspektive siehe DENISE BRÜHL-MOSER, Schweizerischer Föderalismus im internationalen Vergleich, in: VDS I, S. 565 ff.; DIES., Schweizerischer Föderalismus, in: Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Band IV, S. 697 ff.

38 BERNHARD EHRENZELLER, Der Bildungsföderalismus auf dem Prüfstand, VVDStRL 73, Berlin 2014, S. 13. Vgl. auch HÄFELIN, Der kooperative Föderalismus, S. 575: «Jeder Bundesstaat hat sein eigenes Gepräge.»

39 Aus der jüngeren schweizerischen politikwissenschaftlichen Literatur seien stellvertretend erwähnt LINDER/MUELLER, Schweizerische Demokratie, insb. S. 171 ff.; VATTER, Swiss Federalism.

40 Näher GIOVANNI BIAGGINI, Der Richter zwischen «Polis» und «Kosmo(poli)s», in: Festschrift für Daniel Thürer, Zürich/St. Gallen 2015, S. 33 ff. – Zum Mehrebenenmodell siehe aus der jüngeren schweizerischen Literatur z.B. RAINER J. SCHWEIZER, Entstehung und Entwicklung des schweizerischen Föderalismus, in: VDS I, S. 531 ff., Rz. 17 ff.; STEPHAN BREITENMOSER, Föderalismus und Internationalisierung, in: VDS I, S. 639 ff., Rz. 3 ff.; vgl. auch THOMAS COTTIER/MAYA HERTIG RANDALL, The Prospects of 21st Century Constitutionalism, in: Max Planck Yearbook of United Nations Law, Vol. 7 (2003), Leiden 2004, S. 261 ff. (*five storey house*-Konzept).

41 Demgegenüber erblickt LEHNER im Begriff der «Souveränität» nach wie vor einen «der ganz zentralen und schicksalsträchtigen ideengeschichtlichen Grossbegriffe» (Souveränität im Bundesstaat, S. 1).

gend mehr auf den strukturellen als auf den materiellen Fragen liegt)⁴² sowie das Phänomen des Wettbewerbsföderalismus (weil der Wettbewerb zwischen den Kantonen eine verfassungsrechtliche Möglichkeit, nicht aber verfassungsrechtlich vorgegeben ist).⁴³ Tagesaktuelle Fragen und rechtspolitische Postulate müssen zurückstehen, um den grossen Linien und einigen grundlegenden theoretischen Fragen genügend Raum geben zu können.

Weglassungen dieser Art mögen bei manchen Leserinnen und Lesern Enttäuschung hervorrufen. Vielleicht entschädigt dafür die eine oder andere gewonnene Erkenntnis, so beispielsweise betreffend die *besonderen Funktionen* einer *Bundesstaatsverfassung* im Vergleich mit einer einheitsstaatlichen Verfassung (hinten D.I.3.b.), betreffend die *Dreifachnatur* der schweizerischen Bundesverfassung als Verfassung *des Bundes*, *für den Bund* und *für die Kantone* (hinten D.III.2.a.), betreffend die *Ambivalenz wichtiger rechtsstaatlicher Erzungenschaften* (Verfassungsgerichtsbarkeit, Grundrechte) aus bundesstaatlicher Sicht (hinten C.V.3.), betreffend die *Dynamik der Verfassungsentwicklung* im Bundesstaat (hinten C.III. und C.V.), die eine eigenartige Gleichzeitigkeit des Ungleichzeitigen zur Folge haben kann (hinten C.VI.4.), und, *last but not least*, betreffend den prekären Status des (impliziten) *Versprechens von 1848*, dass die Kantone – auch im neu gegründeten Bundesstaat – *als eigenständige politische Einheiten weiterbestehen* (hinten insb. C.VI.2. und D.III.).

42 Vgl. z.B. RAINER J. SCHWEIZER, Homogenität und Vielfalt im schweizerischen Staatsrecht, in: VRS, S. 161 ff.; BENJAMIN SCHINDLER, Rechtsanwendungsgleichheit in Mehrebenensystemen, VVDStRL 78, Berlin 2019, S. 167 ff.; EVA MARIA BELSER, Vom Umgang mit Gleichheit und Vielfalt im Föderalismus, im Rechtsstaat und in der Demokratie, ZSR 2021 II, S. 5 ff.

43 Eingehend MARKUS SCHOTT, Staat und Wettbewerb, Zürich 2010, insb. S. 185 ff. («Institutioneller Wettbewerb auf der nationalen Ebene: die Schweizer Kantone»). – Vereinzelt kennt die Bundesverfassung wettbewerbsausschliessende Instrumente wie die Allgemeinverbindlicherklärung interkantonalen Verträge (Art. 48a BV 1999; hinten C.VI.3.).

«Man darf übrigens nicht glauben, dass von den Amerikanern oder von den Schweizern bei Umänderung ihrer politischen Einrichtungen der Begriff des Bundesstaates zu Grunde gelegt worden sei. Weit entfernt, durch irgend eine Doktrin sich leiten zu lassen, haben sie vielmehr einfach auf Befriedigung der praktischen Bedürfnisse hingearbeitet. Erst, nachdem das Werk vollendet war, zeigte die Vergleichung derselben mit dem früheren Zustande, dass das neu geschaffene Werk einem eigenthümlichen Typus entspreche, den man nun von der konkreten Erscheinung abstrahirte.»

JOHANN JAKOB RÜTTIMANN, 1867⁴⁴

B. «Der Bund hat zum Zweck ...»: Die Bundesstaatsgründung im Spiegel der Bundesverfassung von 1848

I. Die Bundesverfassung: Hauptinstrument der Bundesstaatsgründung

1. Eine Pionierleistung

Im Jahr 1848 vollbrachte die Schweizerische Eidgenossenschaft eine Pionierleistung. Kurz nach einer tiefen inneren Krise (Sonderbundskrieg) entstand im europäischen Revolutionsjahr 1848 ein staatliches Gebilde, das auf dem alten Kontinent ohne Vorbild war: *der erste europäische Bundesstaat*⁴⁵, oder wenn man will: die *Vereinigten Staaten der Schweiz*⁴⁶, nicht nur verbündet, sondern bundesstaatlich verbunden. In tatsächlicher Hinsicht handelt es sich beim schweizerischen Bundesstaat um ein heterogenes Staatswesen (sprachlich, konfessionell, wirtschaftlich usw.) mit einer, international gesehen, grossen Zahl an zum Teil sehr kleinen Gliedstaaten auf engstem Raum. Man pflegt heute von der «Bundesstaatsgründung» zu sprechen. Damit ist allerdings die damalige Situation nicht ganz präzise beschrieben, denn die Protagonisten von 1848 wollten – ähnlich wie die Verfassungsväter der Vereinigten Staaten von Amerika – nicht primär eine neue Staatsform schaffen, sondern «auf Befriedigung der praktischen Bedürfnisse» hinarbeiten, wie JOHANN JAKOB RÜTTIMANN zurückblickend festhielt (1867).⁴⁷ Für

44 JOHANN JAKOB RÜTTIMANN, Das nordamerikanische Bundesstaatsrecht verglichen mit den politischen Einrichtungen der Schweiz, Band I, Zürich 1867, S. 50 (§ 55).

45 Zur Neuartigkeit des Unterfangens HERBERT LÜTHY, Vom Geist und Ungeist des Föderalismus, Schweizer Monatshefte 1964/65, S. 773 ff., 783: «[...] weil sich nirgends in Europa ein Vorbild bot und auch aus unserer eigenen Geschichte sich keines ergab.» Zum schwierigen historischen Umfeld ANDREAS KLEY/TIM SEGESSEMAN, Konstitutionalisierung zwischen lokaler Macht und bündischem Anspruch: Schweiz, in: Der Staat, Beiheft Nr. 27 (2021), S. 68 ff.

46 In Abwandlung einer Formulierung im Bericht der Revisionskommission über den Entwurf einer Bundesverfassung, S. 11: «Wir haben also vereinigte Staaten oder wenn man will einen Bundesstaat [...]» Zur Einsetzung und zu den Arbeiten der Revisionskommission, die am 8. April 1848, nach nur 51 Tagen, der Tagsatzung ihren Verfassungsentwurf unterbreitete, siehe z.B. KÖLZ, Verfassungsgeschichte I, S. 543 ff.

47 Siehe RÜTTIMANN, Das nordamerikanische Bundesstaatsrecht I, S. 50 (§ 55). – Einen Problemabriss bieten die Präambel und der Zweckartikel der Bundesverfassung von 1848.

den «eigenthümlichen» neuen Staatstypus gab es zwar in der Alltagssprache bereits die Bezeichnung «Bundesstaat». Im Verfassungstext fehlte jedoch dieser Begriff⁴⁸, und eine gefestigte Definition oder gar eine angemessene Theorie des Bundesstaats gab es damals (noch) nicht.⁴⁹ Man startete im Jahr 1848 ein Experiment – dies nicht unter Laborbedingungen oder als Gedankenexperiment, sondern unter den konfrontativen Realbedingungen einer erst kurze Zeit zuvor noch kriegerrisch entzweiten Schweizerischen Eidgenossenschaft. Die Gründergeneration ging bei der Umwandlung des staatenbündischen Gebildes in einen Bundesstaat ein Wagnis ein. Das Wagnis zahlte sich aus, wie wir heute wissen.

2. Die Bundesverfassung von 1848 als rechtliche Grundordnung eines neuartigen Gebildes

Die Bundesverfassung von 1848 zielte darauf ab, die sich zum Bundesstaat verbindenden Kantone «zu vereinigen, ohne sie zu absorbieren».⁵⁰ Dass es um die Schaffung einer *qualitativ neuen* rechtlichen Grundordnung für die Schweizerische Eidgenossenschaft ging, kommt bereits im Titel des Gründungsdokuments zum Ausdruck: «Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft» («Constitution fédérale de la Confédération suisse»). Der Titel des Gründungsdokuments setzte sich begrifflich deutlich ab von der Benennung früherer Grundlagendokumente («Bundesakte», 1803; «Bundesvertrag», 1815; «Bundesurkunde», 1832/1833).

Was eine Verfassung ist und leisten kann, wusste man 1848 aus eigener – kantonaler – Anschauung. Was eine *Bundesverfassung* ist und leisten kann, war 1848 weit weniger klar. Zwar konnte man sich an der *Constitution of the United States (of America)* von 1787 orientieren, die die *Articles of Confedera-*

48 So später auch in den Bundesverfassungen von 1874 und 1999. Beiläufig erwähnt wird der Begriff «Bundesstaat» im Bericht der Revisionskommission über den Entwurf einer Bundesverfassung vom 8. April 1848 (S. 11). – Siehe demgegenüber Art. 1 des (ersten) Entwurfs zu einer Bundesurkunde der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 15. Dezember 1832 («Die durch diesen Bund vereinigten Kantone bilden in ihrer Gesamtheit einen unauflösliehen Bundesstaat: die schweizerische Eidgenossenschaft») sowie Art. 1 des Verfassungsentwurfs der Expertenkommission von 1977 («Die Schweizerische Eidgenossenschaft ist ein demokratischer, freiheitlicher und sozialer Bundesstaat»). Von «Bundesstaat» sprach gelegentlich auch schon die Tagsatzung zu Zeiten des Bundesvertrags (vgl. B. SCHINDLER, Kompetenzverteilung, S. 242, m.N.). – In den USA war gemäss FORSYTH der Begriff «federal state» (Bundesstaat) vor dem Sezessionskrieg nicht präsent (Unions of States, S. 133).

49 Die Abhandlung von GEORG WAITZ über «Das Wesen des Bundesstaats» erschien 1853 in der (Kieler) Allgemeinen Monatsschrift für Wissenschaft und Litteratur (wiederabgedruckt in den «Grundzügen der Politik», Kiel 1862, S. 153 ff.). Das wegweisende Werk von ALEXIS DE TOCQUEVILLE «De la démocratie en Amérique» (1835/1840) enthält wichtige Reflexionen zu Fragen der Bundesstaatlichkeit, jedoch keine ausgearbeitete Bundesstaatstheorie. Die monografische Darstellung von MARTIN USTERI entstand gut 100 Jahre nach Bundesstaatsgründung (Theorie des Bundesstaates, Diss. Zürich, Zürich 1954).

50 Formulierung bei BEAUD, Föderalismus und Souveränität, S. 53 (allgemein im Hinblick auf eine Föderation).

tion and perpetual Union von 1777 abgelöst hatte. Die Rechtsnatur der Unionsverfassung und die Rechtsnatur des durch sie geschaffenen Staatswesens waren allerdings noch Jahre nach Gründung der Union heftig umstritten, wie die Nullifikationskrise (1832/33)⁵¹ und die in einem blutigen Bürgerkrieg gestoppte Sezession der Südstaaten (1861–1865) zeigen sollten. Die Schweizerische Eidgenossenschaft blieb von vergleichbaren Auseinandersetzungen verschont.

Die Bundesverfassung von 1848 gilt als geglückte «Verbindung des nationalen Prinzipes mit der Achtung vor den Kantonen» (AUBERT).⁵² Sie schuf, wie uns 175 Jahre später bewusst ist, die rechtliche Grundlage für institutionelle Stabilität, Rechtssicherheit und Wohlstand. Der Beschluss der Tagsatzung vom 12. September 1848, der die Bundesverfassung für «feierlich angenommen» und «als Grundgesetz der schweizerischen Eidgenossenschaft erklärt[e]»,⁵³ gilt allgemein als Geburtsakt des Bundesstaats. Dabei wird allerdings darüber hinweggesehen, dass der Bundesvertrag von 1815 erst nach der Konstituierung von Bundesversammlung und Bundesrat (im November 1848) ausser Kraft treten sollte (Art. 7 ÜB BV 1848) und dass die Tagsatzung weiter aktiv blieb. Auch wenn 17 Kantone, die die überwiegende Mehrheit der schweizerischen Bevölkerung verkörperten, sich für die Bundesverfassung ausgesprochen hatten,⁵⁴ stellt der Tagsatzungsbeschluss vom 12. September 1848 klarerweise einen Bruch mit den bisherigen staatenbündisch-vertraglichen Rechtsgrundlagen dar.⁵⁵ Bei der Gründung des Bundesstaats handelt es sich mithin um eine «kleine Revolution» (KÖLZ).⁵⁶

Nach heutigen demokratischen Massstäben ist das Verfahren, aus dem die Bundesverfassung von 1848 hervorging, mit erheblichen Mängeln behaftet und kein Musterbeispiel dafür, wie sich die verfassungsgebende Gewalt eines

51 Die Nullifikationsdoktrin, die von South Carolina und von Exponenten wie JOHN C. CALHOUN vertreten wurde, sprach den Einzelstaaten das Recht zu, ein für verfassungswidrig gehaltenes Gesetz der Union nicht anzuwenden.

52 JEAN-FRANÇOIS AUBERT, in: Komm. BV 1874, Geschichtliche Einführung, Rz. 110 (als «Leitbild von 1848»).

53 Art. 1 des Beschlusses der Tagsatzung betreffend die feierliche Erklärung über die Annahme der neuen Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft, BBl 1849, 34 ff.

54 Sechs der acht verwerfenden Kantone haben später auch die Bundesverfassungen von 1874 und von 1999 abgelehnt, d.h. nie einer Bundesverfassung zugestimmt (UR, SZ, OW, NW, AI, VS).

55 Es hätte daher nahe gelegen, den 12. September als Nationalfeiertag zu bestimmen statt den historisch nicht erhärteten 1. August (den die bundesrätliche Botschaft zur neuen Bundesverfassung dann auch noch fälschlicherweise als «Gedenktag zur Entstehung des Bundesstaates [sic!]» bezeichnete; siehe Botschaft BV, BBl 1997 I 322). – Die am 4. Mai 2023 vom Nationalrat angenommene Motion 21.4075 «Ein Feiertag der Demokratie» verlangt die Einführung des 12. September als Feiertag auf eidgenössischer Ebene (AB 2023 N 900 f.; im Ständerat hängig).

56 ALFRED KÖLZ, Zur Staatenbildung im 19. Jahrhundert mit besonderer Berücksichtigung der Schweiz, in: Der Staat, Beiheft Nr. 12 (1998), S. 172. Vgl. auch FLEINER/GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht, S. 25 (Zweitverfasser). Zurückhaltender FRITZ FLEINER, Die Gründung des Schweizerischen Bundesstaates im Jahre 1848, Basel 1898, S. 14 ff. – Zu den einzelnen Schritten auf dem Weg zur Bundesverfassung RAPPARD, Bundesverfassung 1848–1948, S. 121 ff.; KÖLZ, Verfassungsgeschichte I, S. 209 ff., 543 ff.; KLEY, Verfassungsgeschichte, S. 211 ff., 247 ff.

Volkes artikulieren sollte. In der Folge setzte sich allerdings die Auffassung durch, dass «Geburtsfehler» dieser Art «heilen» können. Das ist hier nicht zu vertiefen. Die revolutionäre Zäsur wurde nicht klar deklariert, sondern verbal möglichst kaschiert. So blieb die bisherige Bezeichnung («Schweizerische Eidgenossenschaft», «Confédération suisse») bestehen – wie es die *United States of America* beim Übergang vom Staatenbund (1777) zur Union (1787) vorgemacht hatten. Im Verfassungstext gibt es viele weitere staatenbündische Reminiszenzen und «Zugeständnis[se] der Logik an die Überlieferung» (RAP-PARD).⁵⁷

3. Leitfragen und Lösungsansätze

Welches waren die «praktischen Bedürfnisse» (RÜTTIMANN), die es 1848 zu befriedigen galt? Wie aus der Verfassungspräambel hervorgeht, wollte der Verfassungsgeber von 1848 nicht einen neuen Bund schaffen, sondern den *bestehenden* «Bund der Eidgenossen [...] befestigen»,⁵⁸ d.h. den Bund, der die «XXII souveränen Cantone der Schweiz» vereinigte (so § 1 Bundesvertrag 1815). Dieser bestehende Bund sollte nun aber ein festeres, nämlich *verfassungsrechtliches Band* erhalten (Bundesverfassung), um die Handlungsfähigkeit der Eidgenossenschaft zu stärken (vgl. Präambel und Art. 2 BV 1848),⁵⁹ allerdings ohne die einzelnen «souveränen» Kantone (Art. 1 und Art. 3 BV 1848) als eigenständige politische Gemeinwesen zu verdrängen – eine Art verfassungsrechtliche Quadratur des föderalistischen Zirkels. Einem «praktischen Bedürfnis» entsprach auch die Ablösung des bisherigen Hauptorgans der Eidgenossenschaft, der Tagsatzung, durch eine neue Behördenarchitektur mit zwei prägenden Elementen: einerseits der Bundesversammlung – die aus föderalistischer Rücksichtnahme als Zweikammer-Parlament nach US-amerikanischem Vorbild ausgestaltet wurde⁶⁰ –, andererseits dem Bundesrat als kollegialem Regierungsorgan mit sieben⁶¹ gleichberechtigten Mitgliedern.

Organisation und Verfahren der Bundesbehörden sind allerdings erst im Zweiten Abschnitt der Bundesverfassung geregelt (Art. 60–110). Das vorrangige Interesse galt 1848 den im Ersten Abschnitt platzierten «Allgemeinen Be-

57 RAPPARD, Bundesverfassung 1848–1948, S. 233. Vgl. auch hinten B.III.1.

58 Dieser Logik folgt auch die Wortwahl in der Präambel der Bundesverfassung von 1999 («Bund [...] erneuern»).

59 Die Präambel spricht von der «Absicht, [...] die Einheit, Kraft und Ehre der schweizerischen Nation zu erhalten und zu fördern».

60 Zur Geschichte dieser Kompromisslösung siehe KÖLZ, Verfassungsgeschichte I, S. 554 ff. Wie SALADIN treffend bemerkte, handelt es sich um einen «der spektakulärsten Kompromisse in der politischen Geschichte [...] der Schweiz» (ZSR 1984 II, S. 711, Schlusswort anlässlich der Diskussion zu den Referaten von PETER SALADIN und BLAISE KNAPP).

61 Der Entwurf der Revisionskommission hatte sich mit fünf Mitgliedern begnügt (Bericht, S. 65 f.). Vgl. RAPPARD, Bundesverfassung 1848–1948, S. 173; KÖLZ, Verfassungsgeschichte I, S. 570.

stimmungen» (Art. 1–59). Wie im Bundesvertrag von 1815 (aber anders als in der US-Verfassung von 1787) stehen nicht die Behörden des Bundes, sondern der *Bund als solcher* (Art. 1), der *Bundeszweck* (Art. 2) sowie die Festlegung von *Rechten und Pflichten* (Aufgaben) *des Bundes und der Kantone* im Vordergrund (Art. 3 ff.). Die Gewährleistung von Bundesgrundrechten spielte noch keine zentrale Rolle. Im Ergebnis blieben weite Bereiche des Grundrechtsschutzes den Kantonen überlassen. Bundesrechtlich garantiert wurden nur einzelne verfassungsmässige Rechte, darunter namentlich die Rechtsgleichheit (Art. 4), eine begrenzte interkantonale Handelsfreiheit (Art. 29), die «Unverletzbarkeit des Postgeheimnisses» (Art. 33 Abs. 3), eine begrenzte Niederlassungsfreiheit für Schweizer, «welche einer der christlichen Konfessionen angehören» (Art. 41), die Glaubens- und Gewissensfreiheit, wenn auch vorerst nur für Angehörige christlicher Konfessionen (Art. 44), die Pressefreiheit (Art. 45) und die Vereinsfreiheit (Art. 46).

Der Zweckartikel (Art. 2) knüpfte an die im Bundesvertrag von 1815 genannten Zwecke an⁶² und ergänzte sie um den «Schutz der Freiheit und der Rechte der Eidgenossen» und die «Beförderung ihrer gemeinsamen Wohlfahrt».⁶³ Das eigentliche «praktische Bedürfnis» war jedoch eine vermehrte *gemeinsame, nationale Aufgabenwahrnehmung*. Der Umfang der dem Bund zukommenden Kompetenzen gehörte zu den Hauptdiskussionspunkten von 1848.⁶⁴ Den Befürwortern einer Stärkung der nationalen Ebene war klar, dass man den Verteidigern der «Kantonsouveränität» (föderalistisches Lager) gewisse Zugeständnisse machen musste, um die Annahme der Bundesverfassung nicht zu gefährden – ähnlich wie im organisatorischen Bereich (insb. Ausgestaltung der Bundesversammlung als Zweikammerparlament). Die Grundausstattung des Bundes war aus heutiger Sicht vergleichsweise bescheiden.⁶⁵

62 Die Vereinigung der Kantone erfolgte gemäss Bundesvertrag von 1815 «zur Behauptung ihrer Freiheit, Unabhängigkeit und Sicherheit gegen alle Angriffe fremder Mächte, und zur Handhabung der Ruhe und Ordnung im Innern» (§ 1). Vgl. VICTOR MONNIER, *Les origines de l'article 2 de la Constitution fédérale de 1848*, ZSR 1998 II, S. 415 ff. (wo die historische Verwurzelung und Kontinuität der Zwecke betont wird).

63 Bereits 1787 hatte die US-Verfassung in ihrer Präambel den Wohlfahrtszweck mit einbezogen («in Order to [...] promote the general Welfare»). Auch sonst gibt es Parallelen zwischen der US-Präambel und Art. 2 BV 1848.

64 Kaum Anlass zu Diskussionen gab die Sprachenfrage (Nennung der «drei Hauptsprachen» in Art. 109). Die heikle «Hauptstadtfrage» blieb auf Verfassungsstufe ausgeklammert. Am 27. November 1848 bestimmte die Bundesversammlung Bern zum Sitz der Bundesbehörden («Bundessitz» bzw. «Bundesstadt»; vgl. Übereinkunft zwischen dem Schweizerischen Bundesrate und dem Einwohnergemeinderate der Stadt Bern betreffend die Leistungen der Stadt Bern an den Bundessitz, abgeschlossen am 22. Juni 1875, SR 112; Art. 1 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2022 über die Beiträge an die kantonale Schule französischer Sprache in Bern, SR 411.3). Eine Hauptstadt hat die Schweiz nicht.

65 Der Bund war im Wesentlichen zuständig für die Aussenpolitik (Abschluss von Staatsverträgen), das Zollwesen, das Postwesen, Teile des Militärwesens sowie das Münzwesen (Münzregal). Die Kantone behielten die Polizei-, die Schul- und die Steuerhoheit u.a.m.; sie verfügten weiterhin über eigene Truppen und blieben zuständig für so wichtige Bereiche wie das Privat-

Aber bei dieser Grundausstattung musste es nicht bleiben, denn die Bundesverfassung konnte ja – dies ein wichtiger Pfeiler des neuen Systems – «jederzeit» durch Mehrheitsbeschluss «der stimmenden Schweizerbürger und [...] der Kantone» revidiert werden (Art. 111 i.V.m. Art. 114).

4. *Die Grundlegung der bundesstaatlichen Methode als Kern des Verfassungsgebungsakts von 1848*

Zusammenfassend resultiert aus dem Verfassungsgebungsprozess von 1848 eine bundesstaatliche Grundstruktur mit vier zentralen Komponenten, die man wie folgt charakterisieren kann:

- 1) *existenzielle Komponente*: Die Bundesverfassung handelt vom unauflöslichen «Zusammenschluss zum Gesamtstaat» und zugleich vom «Bestehenbleiben der Kantone».⁶⁶ Die Konstituierung einer *nationalen Ebene* (Bund im engeren Sinn) kommt in verschiedenen Verfassungsbestimmungen zum Ausdruck. Der Wille, die *Kantone als eigenständige («souveräne»), gleichberechtigte politische Entitäten* zu bewahren, liegt Bestimmungen wie Art. 1 und Art. 3 zugrunde.
- 2) *materielle Komponente*: Die Bundesverfassung regelt die *Zuweisung von Rechten und Pflichten* (insb. von Zuständigkeiten und Aufgaben) *an den Bund*, dies in praktischer Konkretisierung des allgemeinen Bundeszwecks (Art. 2). Hinzu kommt die Festlegung von *Rechten und Pflichten der Kantone*.⁶⁷
- 3) *institutionelle Komponente*: Die Bundesverfassung errichtet die zur Wahrnehmung (Umsetzung) der Bundesaufgaben erforderlichen *Bundesbehörden*, unter Einschluss der Grundzüge ihrer Organisation und ihres Verfahrens. Sie trifft zudem Vorkehrungen, um die Erfüllung der bundesverfassungsrechtlichen Verpflichtungen durch die Kantone sicherzustellen.
- 4) *prozedurale Komponente*: Die Bundesverfassung legt das *Entscheidungsverfahren* fest für die *Neu-Allokation von Aufgaben* im Verhältnis Bund-Gliedstaaten (Verfahren der Kompetenz- bzw. Aufgabenverlagerung). Die Neu-Allokation als genuin politischer Entscheid obliegt dem eidgenössischen

und das Strafrecht, das Gerichts- und das Gesundheitswesen, Arbeit, Handel und Banken. Vgl. RAPPARD, Bundesverfassung 1848–1948, S. 209 ff., 232 ff.; B. SCHINDLER, Kompetenzverteilung, S. 244 ff.

66 So KURT EICHENBERGER, in: Komm. BV 1874, Verfassungsrechtliche Einleitung, Rz. 72 (zur Bundesverfassung von 1874). – Vgl. auch (allgemein) LOEWENSTEIN, Verfassungslehre, S. 298: In der Verfassungsurkunde «verzichten die bisher souveränen Gliedstaaten auf gewisse Hoheitsrechte zugunsten des Oberstaats und die Gegenleistung besteht in der Gewährleistung ihrer Existenz [...]». Aus deutscher Sicht LEHNER, Souveränität im Bundesstaat, S. 77 (Eigenständigkeit der Länder als «Kern des Bundesstaatsprinzips»); mit Blick auf Föderationen BEAUD, Föderalismus und Souveränität, S. 53 (Staaten «vereinigen, ohne sie zu absorbieren»).

67 Dass 1848 die Kategorie der «Rechte und Pflichten» (des Bundes bzw. der Kantone) eine wichtige Rolle spielte, spiegelt sich in den Abschnittsüberschriften bei RAPPARD, Bundesverfassung 1848–1948, S. 209 ff., 232 ff.

Verfassungsgeber. Der Bundeszweck von 1815 war in einen *statischen vertraglichen* Kontext eingebettet, der inhaltlich ähnliche Bundeszweck von 1848 steht inmitten eines *dynamischen verfassungsrechtlichen* Umfelds.

Kurz: Die Bundesstaatsgründung stellte den vorbestehenden Bund auf eine *neue methodische Grundlage*, ohne den Bundeszweck inhaltlich wesentlich zu modifizieren. Man kann die neue Methode, in Abgrenzung zur bisherigen vertragsbasierten staatenbündischen Methode, als die *bundesstaatliche Methode* bezeichnen.

Die Bundesstaatsgründung brachte keinen vollständigen Methodenwechsel mit sich. Die bundesstaatliche Methode beanspruchte im Rahmen der Bundesverfassung von 1848 keine Exklusivität. Vielmehr liess die Bundesverfassung, jedenfalls dem Grundsatz nach, weiterhin Platz für die *einzelstaatliche Methode*, d.h. für die Aufgabenwahrnehmung durch einen Kanton allein, sowie für die *staatenbündische Methode*, d.h. für die Aufgabenwahrnehmung im Rahmen interkantonalen Kooperation, insbesondere auf der Grundlage von zwei- oder mehrseitigen interkantonalen Vereinbarungen.⁶⁸ Die Bundesstaatsgründung führte mit anderen Worten zu einer *Erweiterung des Spektrums der Problemlösungsmethoden*, was die Chancen für sachgerechte Lösungen verbesserte, dies allerdings zum Preis einer Erhöhung der Systemkomplexität und der Dynamisierung. Darauf wird zurückzukommen sein (hinten C.). Zunächst aber ist auf einige Merkmale und Besonderheiten der 1848 geschaffenen Verfassungsstrukturen einzugehen.

II. Die bundesstaatlichen Grundbausteine näher betrachtet

1. Das (implizite) Versprechen der Weiterexistenz der Kantone als eigenständige politische Einheiten

An der Spitze der ersten Bundesverfassung steht eine Bestimmung, die zwei wichtige Funktionen erfüllt: Sie handelt einerseits von der Konstituierung der Schweizerischen Eidgenossenschaft als Bundesstaat;⁶⁹ sie bekräftigt andererseits die *Weiterexistenz der «souveränen Kantone»* (Art. 1 BV 1848).⁷⁰ Die

68 Dies in den Schranken des Bundesrechts, wozu namentlich Art. 7 BV 1848 gehörte (Verbot von Verträgen «politischen Inhalts» zwischen Kantonen). Der Bundesrat hatte über die «Vorschriften eidgenössischer Konkordate zu wachen» und «die Vergleiche oder schiedsrichterlichen Sprüche über Streitigkeiten zwischen Kantonen» zu vollziehen (Art. 90 Ziff. 2 und 5 BV 1848). – Für das von SIEGRIST (Föderalismus II, S. 5 ff. und 23) postulierte «Rechtsvereinheitlichungsmonopol des Bundes» findet sich in den Bundesverfassungen von 1848 und 1874 keine Grundlage.

69 Die Bestimmung lautet verkürzt (ohne Aufzählung der Kantone): «Die durch gegenwärtigen Bund [frz.: *alliance*] vereinigten Völkerschaften [frz.: *peuples*] der zwei und zwanzig souveränen Kantone [...] bilden in ihrer Gesamtheit die schweizerische Eidgenossenschaft.»

70 Vgl. KURT EICHENBERGER, in: Komm. BV 1874, Verfassungsrechtliche Einleitung, Rz. 72 (zur BV 1874): «Zusammenschluss zum Gesamtstaat» und «Bestehenbleiben der Kantone»; HAN-

Kantone sind, entgegen ZACCARIA GIACOMETTI, keine «Geschöpfe» des Bundes oder der Bundesverfassung.⁷¹ Vielmehr ist der Bundesstaat von 1848 eine Schöpfung der Kantone.⁷² Bezeichnenderweise spricht die Bundesverfassung bereits in Art. 1 von der Souveränität der Kantone, nicht erst im vielzitierten Art. 3 (wo es in erster Linie um die Beschränkbarkeit kantonaler Souveränität geht). Im Text der Bundesverfassung fehlt eine Austrittsklausel. Daraus folgt, dass sich die Kantone nicht einseitig aus dem verfassungsrechtlich «befestigten» Bund zu lösen vermögen. Der Bundesstaat ist aus gliedstaatlicher Sicht ein dauerhafter, ein «ewiger», «immerwährender» Bund.⁷³ Hierin zeigt sich der existenzielle Charakter des Zusammenschlusses.⁷⁴ Für den einzelnen Kanton resultiert ein paradox anmutender *unauflöslicher Status begrenzt-souveräner Eigenständigkeit*.

Was die Stellung der Kantone betrifft, begnügt sich die Bundesverfassung nicht mit abstrakten Formeln. An zahlreichen Stellen schreibt sie den Kantonen – teils ausdrücklich, teils stillschweigend – die *Attribute der Staatlichkeit* zu. Die Kantone besitzen nicht nur ihre (beschränkbare) «Souveränität» [sic] (Art. 3), sondern auch ihr eigenes Gebiet (Art. 5), ihr eigenes Volk (Art. 5), ihr eigenes Bürgerrecht (Art. 42 und Art. 43), ihr eigenes politisches System (Art. 6) – das von Bundesrechts wegen «nach republikanischen (repräsentativen oder demokratischen) Formen» funktionieren muss – sowie ihre eigene Verfassung (Art. 5 und Art. 6), die ihren Geltungsgrund nicht in der Bundesverfassung hat.⁷⁵ Die Kantone verfügen, wie die Bundesverfassung von 1848 voraussetzt, über eine vollständige Staatsorganisation mit eigener Legislative (zuständig für «Kantonalgesetzgebung», Art. 42, Art. 45 und Art. 46), mit eigener Regierung (Art. 15, Art. 16 und Art. 45), mit eigener «Kantonalverwaltung» (Art. 90 Ziff. 13), mit eigenem Gerichtswesen (Art. 7, Art. 48 und Art. 53) und mit eige-

GARTNER, Kompetenzverteilung, S. 28 (allgemein zum Bundesstaat): «Die Glieder bewahren jedoch eine eigene politische Existenz.»

71 Siehe FLEINER/GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht, S. 41 (Zweitverfasser): «Die Kantone sind, rechtlich betrachtet, Geschöpfe der Bundesverfassung.» – Besonders gelagert ist der Fall des Kantons Jura (hinten C.I.1.).

72 Vgl. FLEINER, Bundesstaatsrecht, S. 38 f.; vgl. auch AUER, Staatsrecht der Kantone, Rz. 35 (Kantone «als Träger der Schweizerischen Eidgenossenschaft»). – Anders ist die Situation in den USA: Nur rund ein Viertel der heute 50 Einzelstaaten gehört, historisch gesehen, zu den Schöpfern der Union.

73 Die Dauerhaftigkeit des Bundes («in perpetuum duraturis») betonte schon der sog. Bundesbrief von 1291, bei BLUNTSCHLI (Geschichte des schweizerischen Bundesrechtes, Band II, S. 1) überschrieben mit «Erster Ewiger Bund der drei Länder Uri, Schwyz und Unterwalden». Ähnlich später die US-Konföderationsartikel von 1777, überschrieben mit «Articles of Confederation and perpetual Union», sowie der Entwurf zu einer Bundesurkunde vom 15. Dezember 1832 (Art. 1: «[...] einen unauflöslichen Bundesstaat»; der Passus fehlt im Entwurf von 1833).

74 Den dauerhaften, ewigen Charakter betonen auch so gegensätzliche Autoren wie KARL LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, S. 298) und CARL SCHMITT (Verfassungslehre, S. 367).

75 Anders GIACOMETTI, Staatsrecht der Kantone, S. 24 ff. (wonach die Kantonsverfassungen ihren normativen Geltungsgrund formell wie materiell in der Bundesverfassung haben); FLEINER/GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht, S. 41 (Zweitverfasser). Dazu hinten C.I.2.b.

nen Finanzen (Art. 3 und Art. 39 BV 1848 *e contrario*). Die Kantone verstehen sich denn auch, damals wie heute, als eigenständige Staatswesen,⁷⁶ und sie tun dies in ihren Verfassungen deutlich kund,⁷⁷ so etwa in Gestalt von Staatssymbolik (insb. Wappen, Wahlspruch)⁷⁸ oder von Souveränitätsbekenntnissen,⁷⁹ wissend, dass die Souveränität durch die Bundesverfassung – aber eben «nur durch die Bundesverfassung» («soltanto dalla Costituzione federale»)⁸⁰ – beschränkt ist.

Die Bundesverfassung von 1848 setzt die Existenz funktionierender Kantone voraus⁸¹ und behandelt sie als gleichberechtigte Gliedstaaten.⁸² Sie anerkennt deren «politische Individualität».⁸³ Die Omnipräsenz der Kantone als eigenständige Staatswesen in der Verfassung des Bundes zeigt, dass es dem Verfassungsgeber ernst war mit dem Weiterbestehen der Kantone als politische Einheiten.

Kurz: Der Bundesverfassung von 1848 liegt das (implizite) *Versprechen* zugrunde, dass die Kantone als eigenständige politische Einheiten bestehen bleiben. Die Bundesstaatsgründung ist auch die Geburtsstunde dieses verfassungsrechtlichen Versprechens.

Nur: Wie verlässlich ist dieses Versprechen fortdauernder politischer Eigenständigkeit unter den Bedingungen einer jederzeit revidierbaren, dynamischen Verfassungsordnung? Welche Sicherungen zugunsten der Kantone sieht die Bundesverfassung vor? Auf diese kardinalen Fragen wird noch einzugehen sein.

76 «Die Kantone als eigenständige Staatswesen» ist eine der vier von ANDREAS AUER herausgearbeiteten Funktionen der Kantone (Staatsrecht der Kantone, Rz. 26, 53 ff.).

77 Im 19. Jahrhundert war die Bezeichnung «Staatsverfassung des Kantons ...» verbreitet (z.B. BE, LU, FR, BL, AG). Einige Kantone tragen die Bezeichnung «République»/«Repubblica» im offiziellen Namen (TI, NE, GE, JU).

78 Z.B. § 8 KV/LU; Art. 2 KV/VD; Art. 5 KV/JU; jüngst Art. 7 Abs. 2 KV/GE («La devise est «Post tenebras lux»»).

79 Z.B. Art. 1 KV/UR; § 1 KV/SZ; Art. 1 KV/ZH.

80 So ausdrücklich Art. 1 Abs. 2 KV/TI: «Il Cantone è membro della Confederazione svizzera e la sua sovranità è limitata soltanto dalla Costituzione federale.» Vgl. auch z.B. Art. 1 KV/OW; Art. 1 KV/VS.

81 Zu Abhängigkeiten der Bundesverfassung bzw. ihrer Institutionen von den Kantonen siehe hinten D.III.2.d.

82 Mit einzelnen verfassungsrechtlich vorgesehenen Ausnahmen (Ständemehr, Ständerat) zulasten der damals sog. «geteilten» Kantone bzw. «Halbkantone». – Zur Gleichheit der Kantone vgl. DIETRICH SCHINDLER sen., Die Gleichheit der Kantone im Bundesstaat, in: Recht, Staat, Völkergemeinschaft, Ausgewählte Schriften, Zürich 1948, S. 147 ff.; HANS HUBER, Die Gleichheit der Gliedstaaten im Bundesstaat, (österreichische) Zeitschrift für öffentliches Recht (ZöR) 1968, S. 247 ff.; DIETRICH SCHINDLER jun., Differenzierter Föderalismus, in: Festschrift für Ulrich Häfelin, Zürich 1989, S. 371 ff.; zu Relativierungen der Gleichheit GIOVANNI BIAGGINI, Asymmetrien im schweizerischen Bundesstaat?, in: Francesco Palermo et al. (Hrsg.), Auf dem Weg zu asymmetrischem Föderalismus?, Baden-Baden 2007, S. 54 ff.

83 Ausdruck bei HANGARTNER, Kompetenzverteilung, S. 40.

2. *Zuweisung von Aufgaben sowie von bundesstaatlichen Rechten und Pflichten*

Nach allgemein geteilter Auffassung zählt die Verteilung der Staatsaufgaben auf Bund und Gliedstaaten zu den Hauptaufgaben einer bundesstaatlichen Verfassung.⁸⁴ Im Zentrum des Interesses stehen gewöhnlich das System und die Modalitäten der Kompetenzverteilung und -verschiebung.⁸⁵ Die Bundesverfassung von 1848 folgt allerdings über weite Strecken nicht der heutigen Kompetenzlogik. Gesetzgebungskompetenzen des heutigen Standardtyps – z.B.: «Die Gesetzgebung über das Messwesen ist Sache des Bundes» (Art. 125 BV 1999) – waren in der Bundesverfassung von 1848 rar.⁸⁶ Die Ziele des Bundes wurden oft nicht mittels verfassungsrechtlicher Kompetenznormen und darauf abgestützter Bundesgesetze verfolgt (wie dies heute regelmässig der Fall ist), sondern indem die Bundesverfassung *den Kantonen* kompromisshaft ausdifferenzierte *Handlungs- und Unterlassungspflichten* auferlegte, deren Erfüllung den angestrebten Zustand herbeiführen sollte.

Exemplarisch für diesen primär mittels Auferlegung *verfassungsunmittelbarer* Pflichten operierenden Ansatz sind Art. 29 ff. BV 1848 (freier Warenverkehr) und Art. 41 BV 1848 (Personenfreizügigkeit).⁸⁷ Die Umsetzung der Verfassung war hier nicht in erster Linie Sache des eidgenössischen Gesetzgebers, sondern Sache der *kantonalen* Gesetzgeber sowie von kantonalen und eidgenössischen Verwaltungs-, Aufsichts- und Beschwerdeinstanzen. Eine wichtige Rolle spielte dabei der *Bundesrat*, zu dessen Aufgaben es gehörte, die Verfassungsvorgaben durchzusetzen, indem er «von sich aus oder auf eingegangene Beschwerde die erforderlichen Verfügungen [trifft]» (Art. 90 Ziff. 2 BV 1848). Diese Methode – Auferlegung verfassungsunmittelbarer Handlungs- und Unterlassungspflichten, verbunden mit einem Durchsetzungsmechanismus – hat später stark an Bedeutung verloren (hinten C.V.2.b.), sie ist jedoch nicht ganz verschwunden.⁸⁸

84 Vgl. WIEDERIN, Bundesrecht und Landesrecht, S. 40.

85 Vgl. HANGARTNER, Kompetenzverteilung, S. 44 ff.; ANNE BENOIT, Le partage vertical des compétences en tant que garant de l'autonomie des Etats fédérés en droit suisse et en droit américain, Diss. Neuchâtel, Genf 2009, S. 13 ff.; B. EHRENZELLER/K. EHRENZELLER, Kompetenzverteilung, S. 33 ff.

86 Am nächsten kommt der heutigen Regelungstechnik Art. 36 Abs. 3 BV 1848 («Es ist Sache der Bundesgesetzgebung, den Münzfuss festzusetzen [usw.]»). Zusammenfassend spricht Art. 74 Ziff. 11 BV 1848 von Gesetzen «über Zölle, Postwesen, Münzen, Mass und Gewicht, Fabrikation und Verkauf von Schiesspulver, Waffen und Munition».

87 Die freie Niederlassung stand anfänglich unter stark einschränkenden Bedingungen (nur Angehörige christlicher Konfessionen, «Zeugnis sittlicher Aufführung» usw.). Auf dem Weg zur heutigen Rechtslage wurde die Bundesverfassung mehrfach geändert (zuerst 1866, zuletzt 1975).

88 So beispielsweise im Grundschulbereich mit einem Gemenge von verfassungsunmittelbaren Pflichten der Kantone und punktuellen Gesetzgebungskompetenzen des Bundes (vgl. Art. 62 BV 1999).

Erwähnenswert ist, dass sich bereits in der Bundesverfassung von 1848 eine Verflechtung von verfassungsunmittelbaren kantonalen Pflichten und *verfassungsmässigen Individualrechten* anbahnt, so beispielsweise beim «Recht der freien Niederlassung im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft» (Art. 41 BV 1848). Die Bundesstaatlichkeit zeigt schon früh neben der institutionellen auch eine *individuelle (personale) Dimension*, die dann unter der Bundesverfassung von 1874 weiter zur Entfaltung gelangen sollte (hinten C. V.3.).

3. *Besonderheiten bei den Bundesbehörden aus bundesstaatlicher Sicht*

Die Bundesverfassung von 1848 errichtete auf der Bundesebene eine fast rein repräsentative Demokratie, wenn man vom Verfahren der Verfassungsrevision (obligatorisches Verfassungsreferendum) absieht (hinten B.II.4.). Die zentralen organisatorischen Errungenschaften von 1848 sind die beiden neuen politischen Bundesbehörden: die Bundesversammlung (mit zwei gleichberechtigten Kammern) und der Bundesrat (als Kollegialregierung). Das Bundesgericht – als damals einziges, zudem nicht permanentes, eidgenössisches Gericht – spielte aus bundesstaatlicher Sicht zunächst eine geringe Rolle, zumal die Entscheidung von Streitigkeiten staatsrechtlicher Natur im Wesentlichen dem Bundesrat und der Bundesversammlung oblag.⁸⁹ Bei *Beschwerden betreffend Verletzung verfassungsmässiger Rechte* führte der Rechtsweg aus den Kantonen zum *Bundesrat* (Art. 90 Ziff. 2) und weiter an die Bundesversammlung (Art. 74 Ziff. 15). Das Bundesgericht kam nur zum Zug, wenn die Bundesversammlung beschloss, die Sache nicht selbst zu entscheiden, sondern an das Bundesgericht zu überweisen (Art. 105), was bis 1874 nur ein einziges Mal geschah.⁹⁰ Neben ihren Stammfunktionen nahmen Bundesversammlung wie Bundesrat wichtige Aufsichts- und Garantiefunktionen im Verhältnis zu den Kantonen wahr.

Aus bundesstaatlicher Perspektive ist hervorzuheben, dass der nach dem Vorbild des US-amerikanischen Senats geformte *Ständerat* aufgrund seiner Zusammensetzung – zwei Abgeordnete je Kanton bzw. einer für jeden «geteilten» Kanton, unabhängig von der Bevölkerungszahl – das *relative politische Gewicht der kleinen Kantone* und der dort vorherrschenden politischen Strömungen erhöhte. Da Bundesgesetze und Bundesbeschlüsse der Zustimmung beider Räte bedurften, bewirkte die Ständeratsstruktur im praktischen Ergebnis, dass das *Prinzip demokratischer Gleichheit föderalistisch gebrochen* wurde (demografiebedingt damals weniger als heute). Die als «Abgeordnete der Kan-

89 Vgl. GORAN SEFEROVIC, Das Schweizerische Bundesgericht 1848–1874, Diss., Zürich 2010 (dort auch zu der vom Bundesgericht in einzelnen Bereichen praktizierten «Staatsrechtspflege auf Umwegen», S. 181 ff.).

90 Vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 3. Juli 1852 in Sachen Dupré, abgedruckt in: ZSR 1853 II, S. 41 ff. – Die Möglichkeit der Überweisung an das Bundesgericht war erst von der Tagsatzung auf Antrag von Genf in den Verfassungsentwurf eingefügt worden. Vgl. RAPPARD, Bundesverfassung 1848–1948, S. 183 f.

tone» bezeichneten Mitglieder des Ständerats stimmten, wie die Nationalratsmitglieder (aber anders als früher die Tagsatzungsgesandten), «ohne Instruktionen» (Art. 79). Dass auch die Mitglieder des Bundesrats ihr Amt ohne kantonale Instruktionen auszuüben hatten, scheint damals so selbstverständlich gewesen zu sein, dass die Bundesverfassung es nicht ausdrücklich zu sagen brauchte. Anders als in Tagsatzungs-Zeiten konnten die Kantone somit fortan nicht mehr förmlich auf die in den obersten Bundesorganen einsitzenden Mandatsträger einwirken. Es blieb den Kantonen nur das bescheidene «Vorschlagsrecht» gegenüber der Bundesversammlung (Art. 81; sog. Standesinitiative).

4. *Die bundesstaatliche Dimension des Verfahrens der Verfassungsrevision*

Eine Verfassung regelt vernünftigerweise auch ihre eigene Revision. Im Fall einer *Bundesverfassung* kommt dieser Regelung erhöhte Bedeutung zu, weil Kompetenzverschiebungen typischerweise eine Verfassungsänderung erfordern (vorne B.II.2.). Der Verfassungsgeber von 1848 entschied sich dafür, dass eine Revision «jederzeit» erfolgen kann, und zwar «auf dem Weg der Bundesgesetzgebung» (Art. 112) – was bedeutete, dass fortan *National- und Ständerat* zustimmen mussten und dass im parlamentarischen Verfahren *einfache Mehrheiten* genühten (Art. 77), anders als in vielen ausländischen Verfassungsordnungen.

Eine Verfassungsänderung konnte allerdings gemäss der ab 1848 geltenden Regel nur in Kraft treten, «wenn sie von der Mehrheit der stimmenden Schweizerbürger und von der Mehrheit der Kantone angenommen ist» (Art. 114).⁹¹ Die Kantone handeln hier – entgegen verbreiteter Auffassung⁹² – nicht als Organe des Bundes, sondern als Teil der verfassungsgebenden Gewalt des Bundes.⁹³ Es geht um ein kollektives Mitwirkungsrecht besonderer Art, nicht um Organschaft. Anders als in Deutschland oder Österreich wird in der Schweiz die Mitwirkung der Gliedstaaten an der Verfassungsänderung nicht durch ein Bundesorgan (Bundesrat als Länderkammer) mediatisiert.⁹⁴ Das Erfordernis

91 Erst die Bundesverfassung von 1999 machte aus der «Mehrheit der Kantone» die «Mehrheit der Stände» (Art. 142 Abs. 2 BV 1999). – In der Bundesverfassung von 1848 nicht geregelt, und somit den Kantonen überlassen, war, wer die Standesstimme festlegt. Erst seit 1874 gilt von Bundesrechts wegen das Ergebnis der Volksabstimmung im jeweiligen Kanton als dessen Standesstimme (Art. 121 Abs. 3 BV 1874, ursprüngliche Fassung; Art. 142 Abs. 3 BV 1999). Zuvor konnte dies beispielsweise das Kantonsparlament sein (vgl. BURCKHARDT, Komm. BV, S. 809, mit weiteren Beispielen). – Die Entwürfe für eine Bundesurkunde von 1832/1833 verlangten für die Revision die Zustimmung von 15 Kantonen (1832: Art. 117) bzw. von «zwei Drittheilen» der Kantone (1833: Art. 110), dies ohne nationale Volksabstimmung.

92 Vgl. z.B. PATRICIA EGLI, Kantone als Verfassungsorgane, in: VDS III, S. 1677 ff., Rz. 7.

93 Im Ergebnis wie hier (jedoch mit anderer Herleitung) AUER, Staatsrecht der Kantone, Rz. 86. Siehe auch hinten C.III.2. und D.III.1.a.

94 Vgl. WIEDERIN, Bundesrecht und Landesrecht, S. 45 ff. – Der deutsche Bundesrat besteht aus Mitgliedern der Regierungen der Länder (Art. 51 GG). Die Mitglieder des österreichischen Bundesrats werden von den Landtagen gewählt (Art. 35 B-VG); sie müssen nicht dem Landtag an-

des Ständemehrs verschafft den bevölkerungsschwächeren Kantonen zusätzliches politisches Gewicht. Es bewirkt, ähnlich wie beim Ständerat, dass das demokratische Mehrheitsprinzip föderalistisch gebrochen wird. Dass das Ständemehr den Kantonen «a very strong veto power» verschaffe, wie man gelegentlich liest,⁹⁵ trifft schon deshalb nicht zu, weil man im politischen Entscheidungsprozess (anders als beim fakultativen Referendum) nicht wirksam mit dem Ständemehrerfordernis drohen bzw. die Standesstimme als politisches Verhandlungspfand einsetzen kann.⁹⁶

Unter der Bundesverfassung von 1848 konnte die Initiative zur Revision nicht nur von den Räten, sondern auch von fünfzigtausend Stimmberechtigten ausgehen (Art. 113). Es handelte sich um eine *unspezifische* Volksinitiative, die nicht direkt zu einer Verfassungsänderung führte, sondern lediglich zu einer Vorabstimmung und, allenfalls, zu einer Neuwahl der Räte (wie heute bei der Totalrevisionsinitiative, Art. 138 und Art. 193 BV 1999). Eine eigentliche *Kantonsinitiative* als Gegenstück zur Volksinitiative fehlte in der Bundesverfassung von 1848 (und fehlt noch heute).

Die im Verfahren der Verfassungsrevision zu überwindenden Hürden (Ständerat, Ständemehr) sorgen somit vor allem für eine *Relativierung des demokratischen Mehrheitsprinzips*, was die Suche nach politischen Kompromissen fordert und fördert. Die 1848 eingeführte bundesstaatliche Methode institutionalisiert die Kompromissuche.⁹⁷

III. Das Ergebnis von 1848: Kontinuitäten, Neues und «Unfertiges»

Die Protagonisten von 1848 haben ein neuartiges, komplexes rechtliches Gebilde geschaffen, das es ermöglicht, gemeinsame Probleme nach bundesstaatlicher Methode anzugehen. Was wir «Bundesstaat» zu nennen pflegen, ist *nicht nur eine organisatorische Struktur*, sondern auch ein *polyzentrisches, dynamisches System* für die *Allokation und die Erfüllung von Aufgaben* auf der jeweils optimalen Ebene unter Beteiligung verschiedener politischer und weiterer Akteure. Heute wissen wir, dass das Experiment von 1848 eine stabile Gesamtstruktur hervorgebracht hat. Darüber geht leicht vergessen, dass bei der Gründung des Bundesstaats vieles noch unklar war und die weitere Entwicklung und der Erfolg ungewiss.

gehören und üben ein freies Mandat aus (dies im Unterschied zu den Mitgliedern des deutschen Bundesrats).

95 So z.B. bei VATTER, *Swiss Federalism*, S. 85.

96 Dies gilt erst recht, seit die Standesstimme zwingend aufgrund des Abstimmungsergebnisses im jeweiligen Kanton festgelegt wird (Art. 121 Abs. 3 BV 1874, ursprüngliche Fassung).

97 Ein philosophisches Lob des Kompromisses im Föderalismus und in der Demokratie findet sich bei VÉRONIQUE ZANETTI, *Spielarten des Kompromisses*, Berlin 2022, S. 30 f., 141 ff. (unter Bezugnahme auf die Schweiz, wo sich «die Heuristik der Kompromissfindung» zur «Kunstform gesteigert» habe, S. 30).

1. Konzeptionell: Kontinuitäten und Mehrdeutigkeiten

Klar war bei der Bundesstaatsgründung, dass die Schweizerische Eidgenossenschaft am 12. September 1848 einen neuen – bundesstaatlichen – Status erlangte. Allerdings bedeutete dieser Übergang nicht eine durchgehende, scharfe Zäsur. So wollten die Verfassungsväter nicht einen neuen «Bund» schaffen, sondern den *vorbestehenden* Bund «befestigen» (einen Bund übrigens, dessen rechtlicher Status nicht restlos klar war⁹⁸). Die Bundesverfassung von 1848 enthält denn auch einige Reminiszenzen an die Zeit des Bundesvertrags, nicht zuletzt bei der Staatsbezeichnung⁹⁹ und beim Bundeszweck (vorne B.I.3.).¹⁰⁰ Rechtsinstitute wie die Gewährleistung der Kantonsverfassungen¹⁰¹, die gegenseitigen Hilfeleistungspflichten¹⁰² und die Beschränkung der interkantonalen Vertragsfreiheit¹⁰³ wurden unter der Bundesverfassung von 1848 – in teils modifizierter Form – weitergeführt. Die vorbestehenden Kantonsverfassungen blieben in Geltung, soweit sich nicht ein Widerspruch mit der Bundesverfassung ergab (Art. 4 ÜB BV 1848 *e contrario*). Der Entscheid über Krieg und Frieden war bereits in der Zeit des Staatenbunds zentralisiert.¹⁰⁴ Die Bundesverfassung sah die vorläufige Weitergeltung von Konkordaten vor (Art. 6 ÜB BV 1848).¹⁰⁵ Mit Blick auf «gleiches Mass und Gewicht» verpflichtete die Bundesverfassung den Bundesgesetzgeber ausdrücklich dazu, die nationalen Vorschriften «auf die Grundlagen des bestehenden eidgenössischen Konkordates» zu stellen (Art. 37 BV 1848), das eine Mischform aus dem metrischen System und dem auf Fuss und Pfund beruhenden System festlegte. Auch in anderen Bereichen orientierte sich der Bundesgesetzgeber beim Erlass der von der Bundesverfassung vorgesehenen Gesetze – wenig überraschend – am Inhalt bisheriger Konkordate.¹⁰⁶

98 STEFAN SCHMID weist darauf hin, dass unter dem Bundesvertrag (1815–1848) «auch Elemente vorhanden [waren], die für eine gewisse Staatsqualität des damaligen Bundes sprachen» (Die Entwürfe einer «Bundesurkunde» von 1832/1833, Jusletter 10. November 2008, Rz. 1). Vgl. auch (für die Alte Eidgenossenschaft) ANDREAS WÜGLER, Geschichte des schweizerischen Verfassungsrechts bis 1798, in: VDS I, S. 31 ff., 48 ff.; sowie USTERI, Theorie des Bundesstaates, S. 201 (wonach «der Staatenbund, wenn er besonders ausgestaltet ist, dem Staat zum [V]erwechseln ähnlich sehen kann»).

99 In den Landessprachen lateinischen Ursprungs nennt sich die Schweizerische Eidgenossenschaft noch immer «Konföderation» (*Confédération suisse*, *Confederazione Svizzera*, *Confederaziun svizra*). Die lateinische Bezeichnung *Confoederatio helvetica* (CH) wurde erst einige Zeit nach der Bundesstaatsgründung eingeführt. Sie findet sich u.a. (seit 1879) auf Münzen (um keine der Nationalsprachen bevorzugen zu müssen).

100 Zur «staatenbündischen Tonalität» der Bundesverfassung von 1848 und zu den Kontinuitäten vgl. auch B. SCHINDLER, Kompetenzverteilung, S. 242 ff.

101 Neu sind es nicht mehr die Kantone, die «sich gegenseitig» ihre Verfassungen gewährleisten (§ 1 Bundesvertrag), sondern der Bund (Art. 5 BV 1848: «Der Bund gewährleistet [...]»). Analog verhält es sich bei der Gebietsgarantie.

102 Vgl. § 4 Bundesvertrag und Art. 15 ff. BV 1848.

103 Vgl. § 6 Bundesvertrag und Art. 7 BV 1848.

104 Vgl. § 8 Bundesvertrag und Art. 8 BV 1848.

105 Vgl. SIEGRIST, Föderalismus I, S. 69 ff.; KLEY, Verfassungsgeschichte, S. 256 ff.

106 Vgl. KLEY, Verfassungsgeschichte, S. 256.

Die Grenzen und Übergänge zwischen Staatenbund und Bundesstaat sind in der Praxis weniger eindeutig als in der Theorie. Angesichts der vielen staatsrechtlichen Kontinuitäten erscheint es nicht angebracht, mit Blick auf die Bundesstaatsgründung pauschal von einer «Stunde null» zu sprechen.¹⁰⁷ Vielmehr besteht Anlass, die hergebrachten Lehren betreffend die Abgrenzung von Staatenbund und Bundesstaat kritisch zu hinterfragen – wie dies im 19. Jahrhundert einige Schweizer Autoren taten (wofür sie von keinem geringeren als GEORG JELLINEK getadelt wurden¹⁰⁸) und wie dies in jüngerer Zeit wieder vermehrt geschieht, namentlich im Zusammenhang mit Gebilden wie der Europäischen Union.¹⁰⁹

Zu den Mehrdeutigkeiten von 1848 gehört die paradox anmutende Formel, wonach die Kantone «souverän [sind], soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist» (Art. 3). Vordergründig scheint diese Formel von der Vorstellung einer zwischen Bund und Gliedstaaten «geteilten» Souveränität auszugehen. Die Formel kann aber auch zur Annahme verleiten, dass nur der Bund souverän ist, zumal die «Souveränität» der Kantone als beschränkbar dargestellt wird. Näher besehen ist jedoch auch der Bund (als Zentralstaat) nicht souverän, sondern abhängig von den Kantonen, denn er hat es nicht allein in der Hand, die Bundesverfassung zwecks «Souveränitätstransfer» zu ändern (Erfordernis des Ständemehrs). Die paradoxe Kompromissformel wurde im Rahmen der Totalrevisionen von 1874 und 1999 wörtlich übernommen und gibt noch heute Rätsel auf.¹¹⁰

Kurz: Der Abschied von der verbundesstaatlichen Zeit erfolgte nicht mit letzter Konsequenz. Trotz Kontinuitäten und Mehrdeutigkeiten blieb der

107 So aber der Historiker ROLF HOLENSTEIN, *Stunde Null. Die Neuerfindung der Schweiz 1848*, Basel 2018. – Kritisch auch B. SCHINDLER, *Kompetenzverteilung*, S. 245 (wonach die Charakterisierung als «Stunde Null» nur bedingt zutrifft). Dies bedeutet nicht, dass man so weit gehen muss wie GREBER, der folgert, «dass es sich bei der Gründung des Bundesstaates nicht um einen originären Staatskonstituierungsakt gehandelt hat» (*Grundlagen des Bundesstaates*, S. 244).

108 JELLINEK kritisierte 1882 namentlich KAISER, MEYER und DUBS, welche «die Unmöglichkeit begrifflicher Abgrenzung des Staatenbundes gegen den Bundesstaat behaupten» (*Staatenverbindungen*, S. 173, Fn. 2).

109 Vgl. z.B. SCHÖNBERGER, *Die Europäische Union als Bund*, S. 81 ff.; OLIVIER BEAUD, *Le pacte fédératif. Essai sur la constitution de la Fédération et sur l'Union européenne*, Paris 2022; OLIVER DIGGELMANN/MAYA HERTIG RANDALL/BENJAMIN SCHINDLER, *Verfassung*, in: VDS I, S. 3 ff., Rz. 18. Mit Blick auf die USA ANTONIO LA PERGOLA, *Residui «contrattualistici» e struttura federale nell'ordinamento degli Stati Uniti*, Milano 1969. – Vgl. auch schon Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, § 31 (der verschiedentlich die Gemeinsamkeiten von Staatenbund und Bundesstaat betont) und SCHMITT, *Verfassungslehre*, S. 361 ff. («Verfassungslehre des Bundes»).

110 Näher GIOVANNI BIAGGINI, in: BS-Komm. BV, Art. 3, N 77 ff.; DERS., *Komm. BV, Art. 3*, N 19 ff. JOHANNES REICH verwendet das Bild der «gebündelte[n] Souveränität der Kantone» (Entstehung und Ausgestaltung des schweizerischen Bundesstaates, in: *Staatsrecht*, § 11, N 15 f.). – Aus «Souveränität» (1848) wurde später «Souveränität», und Art. 3 BV 1999 wandelt den zweiten Teilsatz betreffend die «Rechte» der Kantone gegenüber der Fassung von 1848/1874 leicht ab.

Schweiz allerdings, anders als den Vereinigten Staaten von Amerika, eine harte Auseinandersetzung um die Rechtsnatur des Bundes erspart. Gleichwohl können solche Unklarheiten für einen jungen, sich entwickelnden Bundesstaat zur Hypothek werden.

2. *Institutionell: eine neue Behördenarchitektur mit dynamischem Potenzial*

Der Übergang zum Bundesstaat bedeutete, dass fortan der einfache bzw. bei Verfassungsänderungen der qualifizierte *Mehrheitsbeschluss* das Handeln des Bundes bestimmen sollte. Noch nicht absehbar war 1848, welche Dynamik dieser Paradigmenwechsel nach sich ziehen würde.¹¹¹ Durchaus absehbar war jedoch, dass die bundesstaatliche Praxis vor allem durch die beiden neu geschaffenen *politischen Bundesbehörden*, die Bundesversammlung und den Bundesrat, geprägt werden würde. Hierin zeigt sich ein betont *politisches Bundesstaatsverständnis*. Eine geringe Rolle spielte in staatsrechtlichen Fragen anfänglich die richterliche Gewalt des Bundes (vorne B.II.3.). Sie war bundesstaatlich gesehen «en quelque façon nulle», was sich ab 1875 ändern sollte (hinten C.V.3.). Klären musste sich noch, wie die Bundesversammlung und der Bundesrat ihre jeweiligen Rollen ausfüllen würden, die die Verfassung gerade in Bundesstaatsfragen zum Teil parallel angelegt hatte.¹¹²

Aus heutiger Sicht fällt das ziemlich eigenwillige Gewaltenteilungsverständnis von 1848 auf. Im Verhältnis Nationalrat–Ständerat–Bundesrat führte man die subjektive (personelle) Gewaltentrennung strikt durch (Art. 66 und Art. 70). Im Verhältnis Bundesversammlung–Bundesgericht hingegen sah die Bundesverfassung keine Unvereinbarkeit vor (Art. 97 *e contrario*). Viele Mitglieder des (nicht ständigen) Bundesgerichts der Jahre 1848–1874 gehörten auch der Bundesversammlung an.¹¹³ Aus bundesstaatlicher Sicht störender war indes ein anderes asymmetrisches Konstruktionselement: Ob «ein Gegenstand in den Bereich des Bundes oder der Kantonsouveränität gehöre», entschied die Bundesversammlung abschliessend (Art. 74 Ziff. 17 Bst. a). Wenn sich ein Bürger wegen Verletzung seiner verfassungsmässig garantierten Rechte auf den Rechtsweg begab, so fungierten auf Bundesebene der Bundesrat als erste und

111 Das dynamische Potenzial wurde von BLUNTSCHLI unterschätzt, als er kurz nach der Bundesstaatsgründung festhielt, dass die Verfassung «einem grossen und kostbaren Pallaste [sic] gleiche, in welchem wenig Räume wirklich benutzt werden» (Geschichte des schweizerischen Bundesrechtes, Band I, 1. Aufl. [1849], S. 519; 2. Aufl. [1875], S. 515).

112 Z.B. Garantien zugunsten der Kantone (Art. 74 Ziff. 7 und 8 bzw. Art. 90 Ziff. 3), Wahrung der inneren Sicherheit (Art. 74 Ziff. 7 bzw. Art. 90 Ziff. 10), Schutz der durch den Bund gewährleisteten Rechte (Art. 74 Ziff. 8 bzw. Art. 90 Ziff. 2), Beurteilung der Beschwerden von Bürgern (Art. 74 Ziff. 15 bzw. Art. 90 Ziff. 2).

113 Von den im November 1848 gewählten elf Bundesrichtern waren acht auch Mitglied der Bundesversammlung. Vgl. GORAN SEFEROVIC, Das Schweizerische Bundesgericht 1848–1874, Zürich 2010, S. 16 ff., 33.

die Bundesversammlung als zweite Beschwerdeinstanz (Art. 90 Ziff. 2 und Art. 74 Ziff. 15), sofern die Bundesversammlung diesbezügliche Klagen nicht an das Bundesgericht überwies (Art. 105), was, wie erwähnt, bis 1874 nur einmal geschah (vorne B.II.3.). Funktional übten der Bundesrat und die Bundesversammlung *Bundesaufsicht* aus. Die verfassungsmässigen Rechte dienten den Bundesbehörden als bundesstaatliche Disziplinierungsinstrumente. Auf diese eigenwillige Konstruktion (und die mitunter rechtsstaatlich bedenklichen Konsequenzen) wird zurückzukommen sein (hinten C.V.2./3.).

3. *Materiell: ein «unfertiges» Projekt*

Die Bundesverfassung von 1848 war in den Augen der Protagonisten von 1848 aus (mindestens) zwei Gründen ein «unfertiges» Projekt.¹¹⁴ Zum einen musste ihnen klar sein, dass früher oder später neue «praktische Bedürfnisse» auftauchen würden, die eine eidgenössische (nationale) Lösung erfordern oder zumindest nahelegen. Zum anderen war die 1848 beschlossene Grundausrüstung des Bundes im Bereich der staatlichen Aufgaben, gemessen an den Hoffnungen und Erwartungen des reformorientierten (zentralistischen) Lagers, zu schmal ausgefallen. Man hatte dem föderalistischen Lager Zugeständnisse machen und Kompromisse schliessen müssen, um die Akzeptanz des Bundesstaatsprojekts als Ganzes nicht zu gefährden. Konzessionen hatte man namentlich beim Militärwesen und bei der Rechtseinheit (Zivil- und Strafrecht) machen müssen, aber auch beim angestrebten nationalen Wirtschaftsraum und bei der Freizügigkeit (vorne B.I.3.). Der Kompromisscharakter ist etlichen Bestimmungen der Bundesverfassung von 1848 gut anzusehen.¹¹⁵

Für die «*leftovers*» von 1848 wie für die neuen Bedürfnisse führte der Weg über das Verfahren der Verfassungsrevision (Art. 111 ff.). Zum ersten Prüfstein der neuen bundesstaatlichen Methode sollte die Volksabstimmung vom 14. Januar 1866 werden, die erste wirklich gesamtschweizerische Volksabstimmung. Die Bundesversammlung hatte 1865 ein Paket von neun verfassungsändernden Beschlüssen verabschiedet. Der erste Versuch, das Werk von 1848 zu ergänzen, scheiterte allerdings in der Volksabstimmung vom 14. Januar 1866 fast auf der ganzen Linie. Lediglich die Gleichstellung der Schweizer nicht christlichen Glaubens (Art. 41 und Art. 48) nahm die doppelte Hürde des Volks- und des Ständemehrs.¹¹⁶ Eine stärkere Vereinheitlichung von Mass und Gewicht schei-

114 Vgl. auch RAPPARD, Bundesverfassung 1848–1948, S. 134 f. (mit Hinweisen auf die begrenzte Begeisterung über das Ergebnis von 1848 bei etlichen Reformern).

115 Die Kompromisshaftigkeit und Unvollkommenheit der Verfassung und die Möglichkeit späterer Nachbesserung waren auch ein Thema in der US-Verfassungsdebatte. Vgl. Federalist Papers, Nr. 85 (HAMILTON).

116 Ein 1864 mit Frankreich abgeschlossener Vertrag hatte zuvor französischen Staatsangehörigen unabhängig von ihrer Religion Inländerbehandlung eingeräumt. Vgl. FLEINER/GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht, S. 13.

terte am Ständemehr (8 3/2 zu 11 3/2). Die übrigen Vorlagen – die auf Kompetenzverschiebungen zugunsten des Bundes und zusätzliche Pflichten zulasten der Kantone zielten – wurden von Volk und Ständen abgelehnt.¹¹⁷

Die reformorientierten Kräfte liessen sich nicht entmutigen. Schon bald legte der Bundesrat Vorschläge für mehrere Verfassungsänderungen vor (1870). Die Räte machten aus der bundesrätlichen Vorlage formal eine Totalrevisionsvorlage. Das erklärte Ziel war eine Stärkung des Bundes.¹¹⁸ Das Vorhaben scheiterte in der Volksabstimmung vom 12. Mai 1872 sehr knapp¹¹⁹ am vereinten Widerstand des katholisch-konservativen Lagers und der Westschweizer Föderalisten. Der zweite Anlauf war erfolgreich (Volksabstimmung vom 19. April 1874). Danach nahm die bereits in der Bundesverfassung von 1848 angelegte bundesstaatliche Dynamik ihren Lauf (hinten C.II.1./V.).

IV. Ausblick: Was soll und kann die Bundesverfassung als Bundesstaatsverfassung leisten?

In der staatsrechtlichen Literatur wird «das Bild der Föderation, wie es 1848 gezeichnet wurde», von manchen als ein «extrem statisches» wahrgenommen.¹²⁰ Diese Kennzeichnung mag für das äussere Bild der Föderation zutreffen. In dem 1848 geschaffenen bundesstaatlichen Gebilde ist indes eine *mehrfache Dynamik* angelegt. Sie umfasst eine *Vollendungsdynamik* (aufgrund der «*left-overs*» von 1848) und eine *Bedürfnisdynamik* (Allokation neuer Aufgaben), weiter auch eine *internationalisierungsbedingte Dynamik* (wie das Beispiel des Handels- und Niederlassungsvertrags mit Frankreich von 1864 zeigte). Schon früh dürfte sich zudem abgezeichnet haben, dass darüber hinaus auch mit einer *Umsetzungs- und Auslegungsdynamik* zu rechnen ist, angetrieben durch Bundesorgane, die an einem «ausdehnenden» Verständnis der Bundeszuständigkeiten interessiert sind.

In der wissenschaftlichen Literatur fanden diese dynamischen Seiten der Bundesstaatlichkeit und des Föderalismus lange Zeit allgemein wenig Beachtung. Als einer der Ersten machte es sich der deutsch-amerikanische Staats-

117 Es ging u.a. um weitere Aspekte der Stellung von Niedergelassenen, um die Glaubens- und Kultusfreiheit, um den Schutz des geistigen Eigentums, um das Verbot der Lotterien- und Hasardspiele. Vgl. WOLF LINDER/CHRISTIAN BOLLIGER/YVAN RIELLE, Handbuch der eidgenössischen Volksabstimmungen 1848 bis 2007, Bern/Stuttgart/Wien 2010, S. 20 ff.

118 Zur Totalrevision der Bundesverfassung von 1872/74 eingehend KÖLZ, Verfassungsgeschichte II, S. 513 ff., 599 ff. Gemäss der Zählung von RAPPARD (Bundesverfassung 1848–1948, S. 321) wurden 60 Artikel unverändert in die BV 1874 übernommen, 40 Artikel wurden modifiziert, 14 aufgehoben und 21 neu geschaffen. Viele Neuerungen betrafen die Aufgabenverteilung im Verhältnis Bund–Kantone.

119 Mit rund 255 000 Ja- gegen rund 260 000 Nein-Stimmen sowie 8 2/2 gegen 11 4/2 Ständestimmen.

120 So MAX IMBODEN, Verfassungsrevision als Weg in die Zukunft (1966), in: DERS., Staat und Recht, Basel/Stuttgart 1971, S. 309 ff., 314.

und Politikwissenschaftler CARL J. FRIEDRICH nach dem Zweiten Weltkrieg zur Aufgabe, Föderalismus und Bundesstaatlichkeit «in dynamic terms» zu erfassen und eine «Theory of Federalism as Process» zu entwickeln.¹²¹

Die Bundesverfassung von 1848 stand aufgrund der Ausgangskonstellation vor einer doppelten Aufgabe: *Einerseits* musste sie – wie jede Verfassung – die *Dauerhaftigkeit* der Verfassungsordnung gewährleisten; *andererseits* musste sie sich – als Bundesstaatsverfassung – der unausweichlichen, ja funktionsnotwendigen bundesstaatlichen *Dynamik* stellen, ermöglichend und bändigend, aber nicht verhindernd, d.h. ohne die sachlich gebotenen Verfassungsrevisionen übermässig zu erschweren. Berücksichtigt werden musste dabei das (implizite) Versprechen, dass die Kantone, ungeachtet des Zusammenschlusses zu einem «Gesamtstaat», als eigenständige politische Entitäten fortbestehen sollen (vorne B.II.1.). Welche diesbezüglichen Sicherungen sah die Bundesverfassung von 1848 vor? Waren es die richtigen? Und erweisen sie sich als ausreichend?

Die Bundesverfassung von 1848 zählt die Kantone einzeln auf (Art. 1) und schreibt ihnen an mehreren Stellen «Souveränität» zu (Art. 1, Art. 3, Art. 5, Art. 74 Ziff. 17 Bst. a). Zudem normiert Art. 5 zugunsten der Kantone mehrere Garantien: «Der Bund gewährleistet den Kantonen» u.a. «ihr Gebiet, ihre Souveränität inner [sic] den Schranken des Artikels 3, ihre Verfassungen, [...]». Die *Absicherung* der «Kantonalsouveränität» und der weiteren Garantien war allerdings prekär, denn die Kantone waren nur souverän «soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist» (Art. 3). Die Bundesverfassung von 1848 wiederum konnte jederzeit revidiert werden (Art. 111). Eine Revisionsschranke erwähnte die Bundesverfassung von 1848 nicht. Erforderlich war die Zustimmung «der Mehrheit der stimmenden Schweizerbürger» und «der Mehrheit der Kantone» (Art. 114). Der Verfassungswortlaut schloss es somit nicht aus, dass die Aufzählung der Kantone in Art. 1 gegen den Willen eines betroffenen Kantons geändert wird. Entsprechendes galt für die spezifischen verfassungsmässigen Garantien zugunsten der Kantone gemäss Art. 5.

Zusammenfassend ist festzuhalten: Das (implizite) Versprechen der Weiterexistenz der Kantone als eigenständige politische Einheiten erweist sich unter der Bundesverfassung von 1848 als prekär. Dieses Defizit fällt umso mehr ins Gewicht, als es in der Gründungszeit noch kein gefestigtes *Bundesstaatsverständnis* und auch noch kein etabliertes Verständnis hinsichtlich der Möglichkeiten und (Leistungs-)Grenzen einer *Bundesverfassung* gab. Beides musste sich in Staatspraxis und Verfassungsrechtslehre erst noch herausbilden.

121 CARL J. FRIEDRICH, Trends of Federalism in Theory and Practice, London 1968, S. 3 ff. Den dynamischen, prozesshaften Charakter der Bundesstaatlichkeit betonen auch PALERMO/KÖSSLER, Comparative Federalism, S. 50.

«Wir haben also vereinigte Staaten oder wenn man will einen Bundesstaat, ein System, das wesentlich vom Unitarismus verschieden ist; weil unsere Verbindung von Staaten eine Conföderation bildet, in welche[r] die Kantone souverän bleiben. Aber, um alle Zweifel zu heben, bestimmt der Artikel 3 den Umfang der Souveränität [...]»

Bericht über den Entwurf einer Bundesverfassung, 1848¹²²

C. Die Weiterentwicklung des Bundesstaatsprojekts von 1848

Die an der Schweiz interessierte Wissenschaft und auch die Praxis haben die einzigartige Chance, die Entwicklung eines Bundesstaats über eine sehr lange Zeitspanne hinweg – in der Perspektive der *longue durée* – in den Blick nehmen zu können. Im Rahmen dieser Abhandlung ist eine detaillierte Untersuchung der nun 175 Jahre währenden Bundesstaatsentwicklung nicht möglich. Einige Streiflichter müssen hier genügen. Diese konzentrieren sich auf die Weiterentwicklung der Verfassungsordnung im Bereich der bundesstaatlichen Grundbausteine von 1848 (I.–IV.) sowie einige ausgewählte weitere bundesstaatliche Institutionen (V.). Die Einordnung der totalrevidierten Bundesverfassung von 1999 in die Bundesstaatsentwicklung (VI.) dient zugleich als kritische Zwischenbilanz.

I. Die Schweizerische Eidgenossenschaft und die Kantone

1. Die Schweizerische Eidgenossenschaft: ein stabiles Gesamtgebilde

Was FRITZ FLEINER 1923 in seinem «Bundesstaatsrecht» feststellte, lässt sich aus der Perspektive von 2023 bestätigen und ergänzen: Die Totalrevision der Bundesverfassung von 1874 «hat die Grundlagen des Bundesstaates nicht verändert»,¹²³ und Entsprechendes gilt für die Totalrevision von 1999. Die einleitenden Bestimmungen der Bundesverfassung von 1848, die die Schweizerische Eidgenossenschaft als Bundesstaat konstituierten, wurden unverändert in die Bundesverfassung von 1874 überführt. Unter der Verfassung von 1874 gab es lediglich einen Vorgang, der die bundesstaatliche Grundstruktur der Eidgenossenschaft berührte: die Gründung des Kantons Jura (1979). Für diesen Fall sah die Bundesverfassung keine ausdrückliche Regel vor, sodass kreative Lösungen gefragt waren.¹²⁴ Auf Bundesebene mussten schliesslich zwei Verfassungsbestimmungen angepasst werden (Art. 1 und

122 Bericht über den Entwurf einer Bundesverfassung, vom 8. April 1848, erstattet von der am 16. August 1847 von der Tagsatzung ernannten Revisionskommission (Berichterstatter: Johann Konrad Kern und Henri Druey), S. 11.

123 FLEINER, Bundesstaatsrecht, S. 37.

124 Näher AUBERT, Bundesstaatsrecht I, N 544 ff.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, N 997 ff. (je m.w.H.).

Art. 80 BV 1874).¹²⁵ Der Verfassungsgeber ging richtigerweise davon aus, dass die Aufnahme des Kantons Jura die Schweizerische Eidgenossenschaft nicht zu einem *aliud* machte – was eine Neu-Konstituierung des Gesamtstaats und damit eine neue Bundesverfassung erfordert hätte.¹²⁶ Eine Teilrevision genügte. Der anlässlich der Totalrevision von 1999 geschaffene Art. 53 Abs. 2 bestätigt dies implizit. Das bedeutet nicht, dass dieser Weg auch bei einer umfassenden Territorialreform, wie sie von Zeit zu Zeit zur Diskussion gestellt wird (meist in Gestalt einer erheblichen Reduktion der Zahl der Kantone), beschritten werden kann (hinten D.III.1.f.).

Nach der Gründung des Kantons Jura kam es zu einer Reihe kleinerer Gebietsveränderungen, die zwar nicht die Grundstruktur der Schweizerischen Eidgenossenschaft, jedoch die verfassungsrechtliche *Gebietsgarantie* berührten (Art. 5 BV 1848/1874; Art. 53 Abs. 3 BV 1999), weshalb sich jeweils auch der Bund mit der Angelegenheit zu befassen hatte.

Die aus der Gebietsgarantie resultierenden Verpflichtungen sind auch im Spiel, wenn ein Kanton Anspruch auf Gebietsteile eines anderen Kantons erhebt. Das Bundesgericht hiess im Jahr 1992 eine Klage des Kantons Bern gegen den Kanton Jura gut und erklärte eine jurassische Volksinitiative für «nulle», die die territoriale Integrität des Nachbarkantons infrage stellte (BGE 118 Ia 195). Vereinzelt gelangten interkantonale Gebietsstreitigkeiten vor das Bundesgericht. Dieses stellte sich richtigerweise auf den Standpunkt, dass man sich bei Fehlen landesrechtlicher Normen mit einer analogen Anwendung völkerrechtlicher Regeln zu behelfen hat.¹²⁷ Die 175-jährige Bundesstaatsgeschichte zeigt: In Bestandes- und Gebietsfragen funktioniert der Bundesstaat bisher zufriedenstellend.

2. *Die Kantone als eigenständige politische Einheiten: zunehmend unter Druck*

Die bemerkenswerte Stabilität des 1848 geschaffenen Gesamtgebildes kann nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Verfassungsentwicklung in wichtigen bundesstaatlichen Fragen nicht sonderlich zufriedenstellend verlief. Dies gilt namentlich mit Blick auf das Weiterbestehen der Kantone als eigenständige politische Einheiten. Das (implizite) Versprechen von 1848 ist nicht obsolet geworden. Es wurde weder bei der Totalrevision von 1874 noch bei jener von

125 Bundesbeschluss über die Gründung des Kantons Jura (Art. 1 und 80 BV) vom 9. März 1978 (BB1 1978 I 675).

126 Die US-Verfassung ist in dieser Hinsicht unmissverständlich: «New States may be admitted by the Congress into *this* Union» (Article IV, Section 3; Hervorhebung hinzugefügt).

127 Vgl. BGE 106 Ib 154 (erfolgreiche Klage des Kantons Wallis gegen den Kanton Tessin betreffend einen Grenzstreit am Nufenenpass; subsidiäre analoge Anwendung von Völkerrecht); BGE 120 Ib 512 (erfolglose Klage des Kantons Wallis gegen den Kanton Bern betreffend den Verlauf der Kantonsgrenze im Bereich der Plaine Morte).

1999 infrage gestellt. Es war vielmehr ein erklärtes Anliegen der Totalrevision von 1999 und nachfolgender Reformen, die Partnerschaftlichkeit im Verhältnis Bund–Kantone sowie die Eigenständigkeit der Kantone zu stärken.¹²⁸ Die Elemente kantonaler Staatlichkeit – eigenes Volk, eigenes Bürgerrecht, eigenes politisches System usw. (vorne B.II.1.) – stehen dennoch in verschiedener Hinsicht unter teils erheblichem Druck.¹²⁹

a. Kantonsvolk und Kantonsbürgerrecht: schwindende Bedeutung

Das Kantonsbürgerrecht bildet auch 175 Jahre nach der Bundesstaatsgründung die Grundlage für das Schweizer Bürgerrecht (Art. 37 Abs. 1 BV 1999). Aufgrund verschiedener rechtlicher Entwicklungen – teils auf kantonaler Ebene, vor allem aber auf Bundesebene – hat allerdings das Kantonsbürgerrecht, wie das Gemeindebürgerrecht, heute nur noch eine eng begrenzte praktische Bedeutung.¹³⁰ Der schleichende Bedeutungsverlust ist aus der Perspektive von 1848 keine Überraschung, gehörte es doch zu den zentralen Zielen der Bundesstaatsgründer, «alle Schweizerbürger», ungeachtet ihres Kantonsbürgerrechts, «gleich zu halten», wie Art. 48 BV 1848 und weitere Verfassungsbestimmungen belegen (auch wenn es anfänglich noch vielfältige Ausnahmeklauseln gab). Geblieben ist bis heute die ebenfalls in der Verfassung angelegte bedeutende Rolle der Kantone und Gemeinden als Entscheidungsträger – und «Nadelöhr» – im Verfahren der ordentlichen Einbürgerung. Eine nationale Einbürgerungspolitik wird dadurch erheblich erschwert. Diese verfassungsinhärente Spannungslage vermochte der eidgenössische Verfassungsgeber bisher nicht aufzulösen – mit dem Ergebnis, dass sich die Spannungen an anderer Stelle aufstauen und von Zeit zu Zeit entladen.

Ein Beispiel sind die wegweisenden Urteile vom 9. Juli 2003 in den beiden Fällen *Emmen* (BGE 129 I 217) und *SVP der Stadt Zürich* (BGE 129 I 232), in denen das Bundesgericht wichtige rechtsstaatliche «Leitplanken» für das Einbürgerungsverfahren setzte.¹³¹ Aus bundesstaatlicher Sicht fällt auf, dass das Bundesgericht die Bedeutung des Einbürgerungsakts verbal stark herunterspielte. So ist die Rede von einer «individuell-konkreten Anordnung, die alle

128 Bundesrat, Botschaft nBV, BBl 1997 I 35 («modernes, partnerschaftlich ausgerichtetes Föderalismusverständnis»). Siehe hinten C.VI.

129 Vgl. auch (allgemein) BERNHARD WALDMANN, Föderalismus unter Druck – Eine Skizze von Problemfeldern und Herausforderungen für den Föderalismus in der Schweiz, in: Festschrift für Peter Hänni, Bern 2010, S. 3 ff.

130 Vgl. z.B. Art. 442 ZGB (Behördenzuständigkeit), Art. 38 IPRG (Behördenzuständigkeit); Art. 3 BPR (politischer Wohnsitz der Fahrenden).

131 In BGE 129 I 217 erklärte das Bundesgericht eine kommunale Urnenabstimmung über Einbürgerungsgesuche für bundesverfassungswidrig; in BGE 129 I 232 bestätigte das Bundesgericht die Ungültigkeit einer kommunalen Volksinitiative, mit der Einbürgerungsgesuche der Urnenabstimmung unterstellt werden sollten. Vgl. auch TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 566 ff. (m.w.H.); OLIVER DIGGELMANN/ANNINA VOGLER, «... geeignet und würdig ...». Der Zugriff des Bundes auf Staatsbürgerschaft und Einbürgerung, ZSR 2013 I, S. 355 ff., 374 ff.

Merkmale einer Verfügung erfüllt», und von der Ausübung einer blossen «Verwaltungsfunktion» (BGE 129 I 232 E. 3.3 S. 238 bzw. E. 3.4.2 S. 240). Dabei blendete das Bundesgericht aus, dass die Aufnahme ins Bürgerrecht im traditionellen Verständnis ein Akt ist, bei dem eine Gemeinde bzw. die für sie handelnden Gemeindebürger den Willen bekunden, eine Person in ihren Kreis aufzunehmen und sie zur Mitträgerin umfassender politischer Mitentscheidungsrechte – in erster Linie in der Gemeinde, erst in zweiter Linie in Kanton und Bund – zu machen. Beim Einbürgerungsentscheid geht es um die elementare und zutiefst politische Zugehörigkeitsfrage. Es handelt sich somit nicht um einen simplen Administrativakt. Die höchstrichterliche Charakterisierung des Einbürgerungsakts zeugt von wenig Fingerspitzengefühl. Sie war im Übrigen im Hinblick auf das vom Bundesgericht verfolgte Ziel – die (verfassungs)rechtliche Disziplinierung der (kommunalen) Einbürgerungspraxis – gar nicht nötig, zumal jedes staatliche Handeln, d.h. auch ein «politischer» Akt, rechtsstaatlichen Bindungen unterliegt.¹³²

Ein zweites Beispiel ist das Ausreizen und Überdehnen der Bundeskompetenz in Einbürgerungsfragen durch den *Bundesgesetzgeber*: Der Bund darf nur (aber immerhin) «Mindestvorschriften über die Einbürgerung von Ausländerinnen und Ausländern durch die Kantone» erlassen (Art. 38 Abs. 2 BV 1999; vgl. auch Art. 44 Abs. 2 BV 1874 in der Fassung vom 4. Dezember 1983). Regelungszweck ist die Verhinderung eines kantonalen Bürgerrechts-«Dumpings».¹³³ Dessen ungeachtet erliess der Bundesgesetzgeber Vorschriften, die den Charakter von *Maximal*vorschriften besitzen.¹³⁴ Im Ergebnis verhielt sich der Bundesgesetzgeber so, wie wenn die geltende «Mindestvorschriften»-Kompetenz eine Grundsatzgesetzgebungskompetenz wäre, und dies, obwohl eine entsprechende Umwandlung der Bundeskompetenz in jüngerer Zeit mehrfach scheiterte, teils schon im Parlament, teils in der Volksabstimmung.¹³⁵ Die vom Bund angestrebte Erweiterung der Bundeskompetenz muss nach bundesstaatlicher Methode erfolgen (Verfassungsrevision), nicht über einen behaupteten «stillen» Verfassungswandel.¹³⁶

132 Ein Versuch, das Rad der (Rechts-)Geschichte per eidgenössische Volksinitiative zurückzudrehen, scheiterte in der Volksabstimmung vom 1. Juni 2008 deutlich (Ablehnung der Volksinitiative «für demokratische Einbürgerungen»).

133 Vgl. BURCKHARDT, Komm. BV, S. 379 (zu Art. 44 BV 1874): «Man wollte [...] auch der Verschacherung des Schweizerbürgerrechts durch geldgierige Gemeinden entgegenreten.»

134 Vgl. z.B. Art. 35 BüG (höchstens kostendeckende Gebühren).

135 Bundesbeschluss über die ordentliche Einbürgerung sowie über die erleichterte Einbürgerung junger Ausländerinnen und Ausländer der zweiten Generation (Volksabstimmung vom 26. September 2004); jüngst Pa.Iv. 13.418 (Nichteintreten auf den Bundesbeschluss über die erleichterte Einbürgerung von Ausländerinnen und Ausländern in eingetragener Partnerschaft mit Schweizer Staatsangehörigen; AB 2022 S 94, N 1175). Vgl. auch BIAGGINI, Komm. BV, Art. 38, N 13.

136 Für einen «stillen» Verfassungswandel indes z.B. ALBERTO ACHERMANN/BARBARA VON RUTTE, in: BS-Komm. BV, Art. 38, N 34 (m.w.H.).

Mit dem Bedeutungsverlust des Kantonsbürgerrechts einher geht die schwindende Aufmerksamkeit des Bundes für das Kantonsvolk. Die «Völkerschaften» der Kantone (Art. 1 BV 1848/1874), die 1848 den Bund mitkonstituierten und ihn 1874 bekräftigten, sind mit der Totalrevision von 1999 aus dem Verfassungstext verschwunden. Dominant ist nun das «Schweizervolk» (Präambel und Art. 1 BV 1999). Wenn in der Bundesverfassung vom «Volk» die Rede ist, dann ist regelmässig das Gesamtvolk der Eidgenossenschaft gemeint (insb. Art. 136 ff. BV 1999). Die Kantonsvölker überlässt die Bundesverfassung von 1999 den Kantonen und ihren Verfassungen.

b. Die Kantonsverfassungen und der Bund: ambivalente Tendenzen und schwankender Respekt

Die Kantonsverfassungen sind für die Kantone – als eigenständige politische Einheiten – von zentraler Bedeutung, namentlich als Grundlage der Staatsorganisation.¹³⁷ Die ab Mitte der 1960er Jahre einsetzende Totalrevisions-«Welle» zeugt von einem wiedererstarkten Verfassungsbewusstsein in den Kantonen. Aus Bundessicht interessieren die Kantonsverfassungen in erster Linie wegen der vom Bund zu übernehmenden Garantie und des vorgeschalteten Gewährleistungsverfahrens (Art. 5 und Art. 6 BV 1848/1874; Art. 51 BV 1999).

In der Perspektive der *longue durée* betrachtet, kann die *Gewährleistungspraxis* im hier interessierenden staatsorganisatorischen Bereich überwiegend als kantonsfreundlich eingestuft werden.¹³⁸ So widerstand die Bundesversammlung im Jahr 2004 anlässlich der Gewährleistung der totalrevidierten Bündner Kantonsverfassung der Versuchung, dem Kanton das Recht abzusprechen, für die Parlamentswahlen weiterhin auf das althergebrachte Majorzsystem zu setzen.¹³⁹ Die seltenen Fälle der Gewährleistungsverweigerung waren meist gut begründet oder doch zumindest nachvollziehbar.¹⁴⁰ Zu den Ausnahmen gehört die Verweigerung der Gewährleistung der Verfassungsänderungen, mit denen die Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft Ende der 1940er Jahre das Ver-

137 Stellvertretend GERHARD SCHMID, Die Bedeutung gliedstaatlichen Verfassungsrechts in der Gegenwart, VVDStRL 46, Berlin 1988, S. 92 ff., 114 ff.

138 Mitunter war die Bundesversammlung auch zu kantonsfreundlich: So sah sie zu Unrecht davon ab, Art. 78 Abs. 5 KV/GL die Gewährleistung zu verweigern (Bundesbeschluss vom 4. Dezember 1989, BBl 1989 III 1723). Diese sog. Lex Hefti verlangt, dass (neben anderen Amtsträgern) auch die beiden Glarner Ständeratsmitglieder nach Vollendung des 65. Altersjahres aus ihrem Amt ausscheiden müssen, was sich mit der politischen Gleichheit nicht vereinbaren lässt.

139 Staatspolitische Kommission des Ständerats (SPK-S), Bericht vom 24. Mai 2004 (BBl 2004 3635); AB 2004 S 260 ff., N 1057 f. – Der Bundesrat hatte die Verfassungsmässigkeit als «rechtlich zweifelhaft» eingestuft (Botschaft vom 5. März 2004, BBl 2004 1107, 1115). Im Jahr 2022 kam es dann doch noch zu einem (nicht ganz freiwilligen) Systemwechsel. Vgl. hinten C.I.2.c.

140 Z.B. Art. 138 KV/JU (sog. Wiedervereinigungsartikel; vgl. BBl 1977 III 256); Art. 141 Abs. 3 aKV/GE (Laizität als Wählbarkeitsvoraussetzung für den Rechnungshof; vgl. BBl 2006 8785).

fahren der Wiedervereinigung einleiten wollten. Die Bundesversammlung kam zwölf Jahre später auf den Entscheid zurück und korrigierte ihren Fehler.¹⁴¹

Beinahe zu einem Eklat kam es in den Jahren 2012/13 anlässlich der Gewährleistung der im Jahr 2010 totalrevidierten Schwyzer Kantonsverfassung. Nach intensiven Debatten in beiden Räten sprach sich der Ständerat – anders als der Nationalrat und entgegen dem Antrag des Bundesrats – zweimal knapp *für* die Gewährleistung von § 48 Abs. 3 KV/SZ (Parlamentswahlverfahren) aus,¹⁴² dies im vollen Wissen darum, dass er sich damit nicht in Einklang mit der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Wahlrechtsgleichheit befand. Dank der «Patt»-Situation in den Räten und der daraus resultierenden *Nicht-Gewährleistung* von § 48 Abs. 3 KV/SZ konnte der drohende interinstitutionelle Konflikt mit dem Bundesgericht gerade noch vermieden werden.¹⁴³ Auf die diesem Konflikt zugrunde liegende problematische höchstrichterliche Rechtsprechung zur Wahlrechtsgleichheit wird noch einzugehen sein (hinten C.I.2.c.).

Die Totalrevision der Bundesverfassung von 1999 fasste das schon im Bundesvertrag von 1815 figurierende¹⁴⁴ altehrwürdige Institut der Gewährleistung redaktionell neu. Statt mit «Der Bund gewährleistet den Kantonen [...] ihre Verfassungen» (Art. 5 BV 1848/1874) beginnt der Normtext neu mit: «Die Kantonsverfassungen bedürfen der Gewährleistung des Bundes» (Art. 51 Abs. 2 Satz 1 BV 1999). Die neue Bestimmung erinnert jetzt mehr an eine Genehmigungspflicht (wie sie bei bestimmten regierungsrätlichen Verordnungen oder bei kantonalen Richtplänen besteht) als an das eigentlich gemeinte *Einstehenmüssen* des Bundes für die Kantonsverfassung (Garantenstellung). Der merkwürdige Duktus des Verfassungstexts mag rechtlich ohne Bedeutung sein. Er ist jedoch symptomatisch für eine sich verändernde Wahrnehmung der Kantonsverfassung: mehr als Genehmigungsobjekt denn als Ausdruck kantonalen Verfassungshoheit und politischer Eigenständigkeit. In dieses «schief» gewordene Bild passt, dass in der Literatur mit Blick auf Art. 6 BV 1848/1874 und die Nachfolgebestimmung Art. 51 BV 1999 oft von «Homogenitätsklausel» oder «Homogenitätsgarantien» die Rede ist.¹⁴⁵ Dies

141 Bundesbeschluss vom 10. März 1948 (AS 1948 219) sowie Bundesbeschluss vom 22. Juni 1960 (BB1 1960 II 221). Vgl. AUBERT, Bundesstaatsrecht I, N 558 und 582.

142 Ständerat: 24 zu 20 bzw. 24 zu 18 Stimmen (AB 2012 S 963, 2013 S 183); Nationalrat: 92 zu 94 bzw. 91 zu 100 Stimmen (AB 2013 N 193, 345). Zum Ganzen PIERRE TSCHANNEN, Die Schwyzer Kantonsverfassung, das Bundesgericht und die Bundesversammlung – Ein Lehrstück, in: Berner Festgabe zum Juristentag 2014, Bern 2014, S. 405 ff.

143 Zu Schwyz: BGer, Urteil 1C_407/2011 vom 19. März 2012, zusammengefasst in: ZBl 2012, S. 450 f.

144 Dort waren es noch die Kantone, die «sich gegenseitig» ihre Verfassungen gewährleisten (§ 1 Bundesvertrag).

145 Stellvertretend PATRICIA EGLI/ALEXANDER RUCH, in: SG-Komm. BV, Art. 51, N 2 und passim (m.w.H.); LUCIEN MÜLLER, in: SG-Komm. BV, Vorbemerkungen zur bundesstaatlichen Aufgabenteilung, N 7; vgl. schon FLEINER/GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht, S. 55 (Zweitverfasser): «eine gewisse Homogenität». – Problematisch ist auch der Begriff «Harmonisierungsklausel»

ist zumindest missverständlich und zeugt von wenig Sensibilität für die kantonale Verfassungshoheit. Denn die Bundesverfassung begnügt sich nach wie vor mit wenigen *Mindestanforderungen* in Sachen Staatsorganisation. Sie belässt den Kantonen in diesen Fragen *grösstmögliche Freiheit*. Im Hinblick auf die gliedstaatlichen Verfassungsordnungen von «Homogenität» zu sprechen, mag in einem unitarisch geprägten Bundesstaat wie Deutschland angemessen sein. Im schweizerischen Kontext droht diese Begrifflichkeit die ohnehin schon gefährdete Stellung der Kantone als eigenständige politische Einheiten weiter auszuhöhlen.

Die *Rechtsanwendungspraxis* begegnet den kantonalen Verfassungen im Allgemeinen mit dem gebührenden Respekt. Es gibt aber auch Ausnahmen. Ein Beispiel dafür ist das bekannte und vielgelobte Urteil des Bundesgerichts vom 27. November 1990 i.S. *Theresa Rohner und Mitbeteiligte gegen Kanton Appenzell I.Rh.* (BGE 116 Ia 359). Aus der Gleichberechtigungsperspektive war das Ergebnis sehr erfreulich: Das Bundesgericht stellte förmlich fest, dass im Kanton Appenzell I.Rh. die politischen Rechte auch den Frauen zustehen; diese erhielten mit sofortiger Wirkung die volle politische Teilhabe im Kanton, inklusive Teilnahme an der Landsgemeinde (ab 1991). *Aus methodischer und aus bundesstaatlicher Sicht* ist das Vorgehen des Bundesgerichts indes *hochproblematisch*.¹⁴⁶ Das Gericht setzte sich nämlich mit einer wenig überzeugenden Begründung darüber hinweg, dass der eidgenössische Verfassungsgeber anlässlich der Einführung des Frauenstimmrechts auf Bundesebene (1971) ausdrücklich das *kantonale Recht vorbehalten* hatte (Art. 74 Abs. 4 BV 1874). Anlässlich der Schaffung des Gleichberechtigungsartikels (Art. 4 Abs. 2 BV 1874; heute Art. 8 Abs. 3 BV 1999) liess der eidgenössische Verfassungsgeber diesen Vorbehalt bewusst im Sinn einer *lex specialis* weiterbestehen. Das Bundesgericht missachtete im Urteil *Rohner* nicht nur den bundesverfassungsrechtlichen Vorbehalt zugunsten der Kantone (Art. 74 Abs. 4 BV 1874), sondern gleich auch noch die kantonale *Verfassungsautonomie*, indem es nach einer argumentativen Volte zum überraschenden Schluss gelangte, dass der *kantonale* Verfassungsbegriff «Landleute» (alt Art. 16 Abs. 1 KV/AI) – den die konstante kantonale Auslegungspraxis stets mit «Männer» gleichgesetzt hatte –, so ausgelegt werden müsse, dass er Männer und Frauen umfasse (E. 10.c). Kurz: Die Appenzeller Behörden und Stimmbürger hatten, nach Auffassung des Bundesgerichts, ihre eigene Verfassung jahrelang falsch verstanden und angewendet. Mit diesem Kniff «ersparte» es das Bundesgericht den kantonalen Behörden, das Verfahren zur Änderung der Kantonsverfassung einzuleiten, um die Gleichberechtigung beim Stimmrecht umzusetzen. Auch wenn von besten Absichten ge-

(vgl. ANDREA MARCEL TÖNDURY, Bundesstaatliche Einheit und kantonale Demokratie, Diss., Zürich 2004, S. 165).

146 Näher zum Entscheid GIOVANNI BIAGGINI, Die Einführung des Frauenstimmrechts im Kanton Appenzell I.Rh. kraft bundesgerichtlicher Verfassungsinterpretation, recht 1992, S. 65 ff.

leitet: Respektvoll kann man diesen höchstrichterlichen Umgang mit einer kantonalen Verfassung nicht nennen.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Rolle des Bundes im Bereich der Kantonsverfassungen zwiespältig ist: Der Bund ist «Hüter und Bedroher kantonalen Staatsrechts» zugleich.¹⁴⁷

c. *Vielfalt der politischen Systeme unter Druck: die Rechtsprechung zur Wahlrechtsgleichheit*

Die Bundesverfassung belässt den Kantonen bei der Ausgestaltung des eigenen Regierungssystems viel Gestaltungsspielraum. Art. 6 BV 1848 verlangte, dass die Kantone «die Ausübung der politischen Rechte nach republikanischen – repräsentativen oder demokratischen – Formen sichern» (fortgeführt in Art. 6 BV 1874). Die neue Bundesverfassung fordert von den Kantonen – verkürzend, aber inhaltsgleich – «eine demokratische Verfassung» (Art. 51 BV 1999). Das Spektrum der theoretischen Möglichkeiten reicht von einer im Wesentlichen repräsentativen Demokratie über die vielfältigen Formen der Referendumsdemokratie bis hin zur Landsgemeindedemokratie. Letztere wurde bisher, trotz bekannter Kritikpunkte, von Bundesseite nicht infrage gestellt. So war das Bundesgericht in seinem Leiturteil von 1995 betreffend den Kanton Appenzell A.Rh. – damals noch ein Landsgemeindekanton – sichtlich bemüht, die traditionsreiche Institution zu stützen (BGE 121 I 138 E. 4 und 5 S. 143 ff.).

Unter Druck ist dagegen seit geraumer Zeit das *kantonale Parlamentswahlrecht*. Das Bundesgericht wird zwar nicht müde zu betonen, dass die Kantone von Bundesverfassungsrechts wegen «in der Ausgestaltung ihres politischen Systems und des Wahlverfahrens weitgehend frei» sind.¹⁴⁸ Die Kantone dürfen grundsätzlich «frei entscheiden, ob sie ihr Parlament nach dem Proporz- oder dem Majorzprinzip wählen». Auch Mischsysteme, die «Elemente des Majorz- und des Proporzprinzips» verbinden, gelten als grundsätzlich zulässig. Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat diese Freiheit allerdings ab 2002 durch immer engere richterrechtliche Vorgaben stark eingeschränkt.¹⁴⁹ Als Hebel diente dem Bundesgericht die *Wahlrechtsgleichheit*, genauer ein neues Verständnis der darin enthaltenen Erfolgswertgleichheit sowie ein neues Verständnis des Proporzbegriffs. Auf die Einzelheiten ist hier nicht einzugehen.¹⁵⁰ Das Bundesgericht hielt mehrere Kantone dazu an, ihr Proporzwahlsystem zu refor-

147 Formulierung bei GERHARD SCHMID, Die Bedeutung gliedstaatlichen Verfassungsrechts in der Gegenwart, VVDStRL 46, Berlin 1988, S. 92 ff., 112.

148 Stellvertretend BGE 140 I 394 E. 8 S. 401; dort auch die beiden folgenden Zitate (E. 7.1 S. 398 f.; E. 11.2 S. 406).

149 BGE 129 I 185. Das Urteil betraf die Stadt Zürich. In der Folge übertrug das Bundesgericht die Argumentation auf die kantonale Ebene, obwohl die realen Gegebenheiten in einer Grossstadt wie Zürich in mehrfacher Hinsicht atypisch sind.

150 Näher BIAGGINI, Komm. BV, Art. 34, N 9a ff. (m.w.H.). Einen aktuellen Rechtsprechungsüberblick bieten HANGARTNER ET AL., Demokratische Rechte, N 1383 ff. und 1426 ff.

mieren,¹⁵¹ was jeweils ohne Verzug geschah, wenn auch nicht immer ohne Murren.¹⁵² Im Jahr 2014 stufte das Bundesgericht das im Wesentlichen auf dem Majorz beruhende gemischte Wahlsystem für den Kantonsrat Appenzell A.Rh. als gerade noch verfassungskonform ein (BGE 140 I 394). Zwei Jahre später beanstandete das Bundesgericht in einem Urteil betreffend das Mischsystem des Kantons Uri die Proporzkomponente, nicht jedoch die in kleinen Wahlkreisen zur Anwendung gelangende Majorzkomponente (BGE 143 I 92). Im Jahr 2019 erklärte das Bundesgericht einzelne Elemente des Majorzverfahrens im Kanton Graubünden für verfassungswidrig, nicht jedoch das Majorzverfahren als solches (BGE 145 I 259). Die (für eine Wahlrechtsreform) meist engen Zeitverhältnisse verhalfen der – vom Bundesgericht als Vorbild propagierten¹⁵³ – doppeltproportionalen Divisormethode mit Standardrundung nach Pukelsheim («Doppelter Pukelsheim») zu einem faktischen Vorteil im Wettbewerb der Wahlsysteme und zur Verbreitung in etlichen Kantonen, zuletzt in Graubünden.¹⁵⁴

Der Versuch zweier betroffener Kantone, via Standesinitiative die kantonale «Souveränität bei Wahlfragen» wiederherzustellen, brachte einen abstimmungsreifen Bundesbeschluss hervor (E-Art. 39 Abs. 1 und 1^{bis} BV). Dieser scheiterte jedoch in den eidgenössischen Räten in letzter Minute, weil der Nationalrat in der Schlussabstimmung die Zustimmung verweigerte.¹⁵⁵ Es zeigte sich – nicht zum ersten Mal –, dass es schwierig ist, eine informelle höchstrichterliche Verfassungsfortbildung durch eine formelle Verfassungsrevision zu korrigieren.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das *Bundesgericht* in seiner Rechtsprechung zur Wahlrechtsgleichheit *ohne klares verfassungsrechtliches Mandat* auf einen *Kernbereich kantonaler Staatlichkeit und Demokratie* eingewirkt hat

151 *Nidwalden* (BGE 136 I 352); *Zug* (BGE 136 I 376); *Schwyz* (BGer Urteil 1C_407, 1C_445 und 1C_447/2011 vom 19. März 2012, in: ZBl 2012, S. 450 f.); *Wallis* (BGE 140 I 107, nachdem das Bundesgericht das Wahlverfahren in BGE 131 I 85 noch akzeptiert hatte); *Uri* (BGE 143 I 92; Proporzkomponente).

152 Vgl. BGE 139 I 195 (Zug).

153 Stellvertretend BGE 140 I 107 E. 4.1 S. 110. Von den Problempunkten dieses Wahlverfahrens (z.B. gegenläufige Sitzzuteilung) ist in den bundesgerichtlichen Werbebotschaften nicht die Rede. – Einige Kantone führten den Doppelproporz ohne direkte höchstrichterliche Aufforderung ein (ZH, AG, SH).

154 Vgl. CHRISTIAN RATHGEB/MATTHIAS LANZ, Das Bündner Wahlsystem für den Grossen Rat: In fast 100 Jahren zum Proporz, ZBl 2023, S. 59 ff. Kritisch GIOVANNI BIAGGINI, Im Schnellzugtempo vom reinen Majorz zum Doppelproporz, ZBl 2023, S. 57 f.

155 Standesinitiative (Kt.Iv.) 14.307 (Zug) «Wiederherstellung der Souveränität der Kantone bei Wahlfragen. Änderung der Bundesverfassung» und Standesinitiative (Kt.Iv.) 14.316 (Uri) «Souveränität bei Wahlfragen». Der von der Staatspolitischen Kommission des Ständerats ausgearbeitete Bundesbeschluss wurde am 14. Dezember 2018 vom Ständerat angenommen (29 zu 14 Stimmen), vom Nationalrat abgelehnt (90 zu 103 Stimmen). – E-Art. 39 Abs. 1^{bis} BV lautete: «Die Kantone [...] sind frei in der Ausgestaltung der Verfahren zur Wahl ihrer Behörden und ihrer Vertreterinnen und Vertreter im Ständerat nach dem Grundsatz des Majorzes, des Proporzes oder einer Mischform. Sie sind frei in der Festlegung ihrer Wahlkreise und spezieller Wahlrechtsregelungen.»

(Wahl der Volksvertretung). Aus bundesstaatlicher Sicht ist dies, nicht zuletzt im Licht des (impliziten) Versprechens von 1848, ein höchst bedenklicher Vorgang.

d. *Die kantonale Staatsorganisation: zunehmend bundesrechtlich mitbeeinflusst*

Unter zunehmenden Bundesdruck ist auch die kantonale Staatsorganisation geraten. Betroffen sind weniger die politischen Behörden (wenn man vom Parlamentswahlrecht absieht)¹⁵⁶ als vielmehr die *Kantonsverwaltungen* und das *kantonale Justizwesen*, in beiden Fällen in einem Ausmass, das man 1848 nicht erahnen konnte. Die Gründe dafür sind vielfältig.

Hauptgrund im Fall der Kantonsverwaltungen ist die sich zunächst allmählich und dann immer stärker ausbreitende Umsetzung der Bundesgesetzgebung nach dem Modell des sog. *Vollzugsföderalismus*. Anlässlich der Totalrevision der Bundesverfassung von 1874 wurde die Devise ausgegeben: «Unifions, mais ne centralisons pas.» Das Recht sollte mit anderen Worten vereinheitlicht werden, ohne deswegen gleich auch die ganze Staatsgewalt zu zentralisieren.¹⁵⁷ Art. 46 Abs. 1 BV 1999 erhebt dieses Modell zum allgemeinen Standard. Dies lässt die Kantone nicht zu blossen «Selbstverwaltungskörpern des Bundes»¹⁵⁸ werden, bleibt jedoch nicht ohne Konsequenzen für die kantonale Staatsorganisation. Denn der Bund hat ein legitimes Interesse, durch geeignete Vorgaben und Aufsichtsinstrumente für die *richtige und einheitliche Anwendung des Bundesrechts* zu sorgen. Der Bund ist zwar verpflichtet, dabei die kantonale *Organisationsautonomie* zu beachten (so heute ausdrücklich Art. 47 Abs. 2 BV 1999) und den Kantonen bei der Umsetzung des Bundesrechts möglichst grosse Gestaltungsfreiheit zu belassen und kantonalen Besonderheiten Rechnung zu tragen (vgl. Art. 46 Abs. 3 BV 1999). *Beschränkungen* der Organisationsautonomie gelten indes als grundsätzlich zulässig – und gehen in der Praxis mitunter recht weit.¹⁵⁹

Auch das *kantonale Justizwesen* ist inzwischen infolge zunehmender verfassungsrechtlicher und gesetzlicher Vorgaben stark durch den Bund mitgeprägt, so zuletzt aufgrund der per Anfang 2007 in Kraft getretenen Justizreform (was hier nicht weiter vertieft werden kann).

156 Hingewiesen sei auch auf gewisse Verschiebungen im Verhältnis zwischen Verordnungs- und Gesetzgeber aufgrund der bundesgerichtlichen Ausweitung des Legalitätsprinzips, insb. auf den Bereich der Leistungsverwaltung. Grundlegend BGE 103 Ia 369, *Wäffler* (betreffend Einführung eines *numerus clausus* an der Universität Basel).

157 Vgl. FLEINER, Bundesstaatsrecht, S. 24. Zur Situation unter der Bundesverfassung von 1874 eingehend BIAGGINI, Theorie und Praxis, S. 6 f., 24 ff.

158 Zum Begriff FLEINER/GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht, S. 48 ff. (Zweitverfasser).

159 So traditionell im Bereich des Registerwesens gemäss ZGB und OR oder im Bereich der direkten Bundessteuer. – Eingriffe müssen gemäss Bundesgericht «notwendig und verhältnismässig» sein (BGE 128 I 254 E. 3.8.2 S. 265).

e. *Die kantonalen Finanzen: schwindendes Steuersubstrat und die Verlockung der Subventionen*

Die Bundesverfassung von 1848 sah vor, dass der Bund seine Ausgaben aus den Zinsen der eidgenössischen Kriegsfonds, aus den Erträgen der schweizerischen Grenzzölle, der Postverwaltung und der Pulververwaltung sowie allenfalls aus Beiträgen der Kantone bestreiten soll (Art. 39 BV 1848). Die Totalrevision von 1874 änderte die Einnahmequellen in einzelnen Punkten ab (Art. 42 BV 1874).¹⁶⁰ Unter der Bundesverfassung von 1874 entwickelte sich der Bund zu einem ausgebauten Steuerstaat, wie das im Wesentlichen «nachführende» 3. Kapitel der neuen Bundesverfassung (Art. 128–133 BV 1999) eindrücklich dokumentiert.

Diese Entwicklung auf Bundesebene hatte und hat tiefgreifende Folgen für das kantonale Finanzwesen.¹⁶¹ Gleichwohl ist die Eigenständigkeit der Kantone im Bereich der Finanzen, rechtsvergleichend betrachtet, nach wie vor beträchtlich, dies sowohl in quantitativer Hinsicht (Kantonsquote) als auch in qualitativer Hinsicht. So besitzen die Kantone – als Folge des Systems von Art. 3 BV 1848/1874/1999 – das «Steuererfindungsrecht».¹⁶² Der Bundesgesetzgeber neigt allerdings dazu, dieses System zu unterlaufen, indem er gestützt auf bestehende Sachkompetenzen Abgaben erhebt, die näher besehen nicht mehr mit gutem Gewissen als kompetenzkonforme Lenkungsabgaben ausgegeben werden können.¹⁶³

Bundesstaatlich problematisch sind auch die Versuche des Bundes, durch umfangreiche *Subventionsprogramme* Einfluss auf die Setzung politischer Prioritäten in *kantonalen* Aufgabenbereichen zu nehmen. Exemplarisch sind die zunächst nur als befristetes Anschubprogramm gedachten Finanzhilfen des Bundes für familienergänzende Kinderbetreuung¹⁶⁴, die nun verstetigt werden sollen¹⁶⁵ – obwohl, *nota bene*, die Schaffung einer einschlägigen Aufgaben-

160 An die Stelle der Kriegsfonds-Zinsen trat der Ertrag des Bundesvermögens. Hinzu kamen die Erträge der Telegraphenverwaltung sowie die Hälfte des Bruttoertrages der von den Kantonen bezogenen Militärflichtersatzsteuern.

161 FLEINER beklagte schon vor 100 Jahren, dass die Kantone «in eine finanzielle Abhängigkeit vom Bunde geraten» (Bundesstaatsrecht, S. 24; vgl. auch S. 649 ff.).

162 In den Schranken des Bundesrechts (siehe insb. Art. 134 BV: Ausschluss kantonalen Besteuerung). Das steuerlich (noch) nicht beackerte Gebiet dürfte heute weniger gross sein als in der Mitte des 19. Jahrhunderts.

163 So z.B. im Fall der geplanten Reform der CO₂-Abgabe (in der Bundesversammlung hängig). Die bundesrätliche Botschaft zur Revision des CO₂-Gesetzes für die Zeit nach 2024 (vom 16. September 2022) räumt erstaunlich freimütig ein, dass das Bundesamt für Justiz die verfassungsmässige Grundlage für die geplante CO₂-Abgabe bezweifelt (BBl 2022 2651, Ziff. 6.1).

164 Bundesgesetz vom 4. Oktober 2002 über Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung (KBFG; SR 861), mehrfach verlängert, «letztmals» bis zum 31. Januar 2015, danach drei weitere Male (zuletzt bis zum 31. Dezember 2024), wie aus Art. 10 Abs. 4–7 KBFG hervorgeht.

165 Vgl. Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur des Nationalrats (WBK-N), Pa.Iv. 21.403 «Überführung der Anstossfinanzierung in eine zeitgemässe Lösung» [E-UKibeG], Bericht vom 14. Dezember 2022, BBl 2023 595. Das Geschäft ist im Zweitrat (Ständerat) hängig (Stand: 30. Juni 2023).

norm (E-Art. 115a BV, «Familienpolitik») in der Volksabstimmung vom 3. März 2013 am Ständemehr scheiterte. Die bundesstaatliche Methode wird hier auf den Kopf gestellt, ja *ad absurdum* geführt.

Der eidgenössische Verfassungsgeber hat erkannt, dass es wichtig ist, den Kantonen nicht nur Aufgaben und Zuständigkeiten, sondern darüber hinaus auch «*ausreichende Finanzierungsquellen*» zu belassen (Art. 47 Abs. 2 BV 1999) sowie für einen *bundesstaatlichen Finanzausgleich* zu sorgen, der Unterschiede in der finanziellen Leistungsfähigkeit zwischen den Kantonen verringert und gewährleistet, dass die Kantone über «*minimale finanzielle Ressourcen*» verfügen (Art. 135 Abs. 2 Bst. a und b BV 1999). Zu den aus bundesstaatlicher Sicht besonders bemerkenswerten Elementen der grossen Finanzausgleichsreform von 2008 (im Folgenden: NFA-Projekt)¹⁶⁶ gehört die Anordnung des Bundesgesetzgebers, dass die Mittel aus den Finanzausgleichsgefässen «den Kantonen ohne Zweckbindung» auszurichten sind.¹⁶⁷ Nicht zweckgebundene Transferzahlungen sind ein wichtiges Mittel zur Stärkung der finanziellen Eigenständigkeit der Kantone, die wiederum eine Grundvoraussetzung für die politische Eigenständigkeit ist. Etwas handfester ist der verfassungsrechtliche Schutz des kantonalen Steuersubstrats im Bereich der direkten Steuern (Art. 128 BV 1999). Die Bundesverfassung nennt Höchstsätze für die Bundessteuer auf dem Einkommen der natürlichen Personen (höchstens 11,5 %) und für die Bundessteuer auf dem Reinertrag der juristischen Personen (höchstens 8,5 %). Diese verfassungsrechtliche Limitierung dient nicht in erster Linie dem Schutz der einzelnen Steuerpflichtigen, sondern dem Schutz des kantonalen Steuersubstrats vor dem Zugriff des Bundes.¹⁶⁸

Eher kurios, aber aus bundesstaatlicher Sicht bedeutsam, ist ein anderer Mechanismus zur Begrenzung des Bundes im Steuerbereich: Die Befugnis des Bundes zur Erhebung der beiden heutigen Haupteinnahmequellen – der Mehrwertsteuer (früher WUST) und der direkten Bundessteuer (früher Wehrsteuer) – ist von Verfassungsrechts wegen befristet (aktuell bis Ende 2035), sodass die «Verlängerung» der Steuererhebungsbefugnis einer Verfassungsänderung bedarf, die neben dem Volksmehr auch das Ständemehr, d.h. die Zustimmung der Mehrheit der Kantone, erfordert.

166 Bundesbeschluss vom 3. Oktober 2003 zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (BB NFA), BBl 2003 6591 (angenommen in der Volksabstimmung vom 28. November 2004; in Kraft seit 1. Januar 2008). Zum Ganzen ANDREAS LIENHARD/AUGUST MÄCHLER/AGATA ZIELNIEWICZ, Öffentliches Finanzrecht, Bern 2017, insb. S. 292 ff.; Bundesrat, Botschaft NFA, BBl 2002 2291 ff.

167 Siehe Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über den Finanz- und Lastenausgleich (FiLaG; SR 613.2): Art. 3a Abs. 3 (Ressourcenausgleich), Art. 9 Abs. 4 (Lastenausgleich) sowie Art. 19 Abs. 7 (Härteausgleich).

168 Der Bundesbeschluss vom 16. Dezember 2022 über eine besondere Besteuerung grosser Unternehmensgruppen (Umsetzung des OECD/G20-Projekts zur Besteuerung grosser Unternehmensgruppen), den Volk und Stände am 18. Juni 2023 guthiessen, sieht eine Aufweichung dieser Höchstsätze vor, ohne klare Kriterien zu nennen (E-Art. 129a Abs. 3 Bst. b BV 1999).

Eine substanzielle Autonomie im Bereich der Finanzen ist das «Rückgrat des Föderalismus».¹⁶⁹ Ohne angemessene Finanzausstattung bleibt staatliche Eigenständigkeit ein leeres Wort. Die bundesstaatliche Verfassungsentwicklung ist auch im Bereich der Finanzen ambivalent. Wie gross der praktische Nutzen allgemeiner finanzpolitischer Bekenntnisse (insb. Art. 47 Abs. 2 BV 1999) ist, muss sich noch weisen.

3. *Zwischenfazit: ein ambivalentes Bild der kantonalen Staatlichkeit in der Verfassungspraxis*

Die verfassungsrechtlichen Entwicklungen im Bereich der hier näher betrachteten Kernelemente kantonalen Staatlichkeit sind widersprüchlich. Die einleitend erwähnte Sorge von YVO HANGARTNER, dass eine «Umwandlung der Kantone in Selbstverwaltungskörper des Bundes» im Gang sei, hat sich nicht bestätigt. Die Kantone verfügen nach wie vor über die Attribute der Staatlichkeit, auch wenn diese teils unter erheblichen Druck geraten sind.

Dies heisst nicht, dass man heute sorgenfrei in die Gegenwart und Zukunft der schweizerischen Bundesstaatlichkeit blicken könnte. In der Praxis der Bundesversammlung bzw. des Bundesgesetzgebers und in der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist das Bundesstaatsverständnis nicht durchgehend im wünschbaren Ausmass vorhanden und teils weiter im Schwinden begriffen. Umso drängender stellt sich die Frage nach wirksamen Sicherungen kantonalen Eigenständigkeit, die verhindern können, dass mangelndes Bundesstaatsverständnis in Bundesstaatsunverständnis umschlägt (hinten D.IV. und E.).

II. **Veränderungen im bundesstaatlichen Aufgabengefüge**

1. *Quantitative Veränderungen: starke Zunahme der Bundeskompetenzen*

Die Grundausrüstung des Bundes mit Aufgaben und Befugnissen war 1848 bescheiden ausgefallen (vorne B.II.2.). Nach den im Wesentlichen gescheiterten Erweiterungsversuchen von 1866 und 1872 gelang mit der Totalrevisionsvorlage von 1874, dank einiger Konzessionen an die Westschweizer Föderalisten, ein substanzieller Ausbau der Bundeskompetenzen, dies nicht zuletzt im Bereich der «leftovers» von 1848.¹⁷⁰ Der politische Preis, den der Bund für den Kompetenzzuwachs zu zahlen hatte, war die Einführung des *fakultativen Gesetzesreferendums*, das es 30 000 Stimmberechtigten oder acht Kantonen ermöglichte, eine Volksabstimmung über ein Bundesgesetz zu verlangen. Mit dem Gesetzes-

169 MARKUS REICH, Grundzüge der föderalistischen Finanzverfassung, in: VRS, S. 1199 ff., 1203.

170 Die Reform von 1874 umfasste insb. weitere Zentralisierungsschritte im Militärbereich (Art. 18 ff. BV 1874) – deren Notwendigkeit der Deutsch-Französische Krieg von 1870/71 vor Augen geführt hatte –, die Ermöglichung der Vereinheitlichung bedeutender Teile des Privatrechts (Art. 64 BV 1874) sowie weitere Annäherungen an den einheitlichen Wirtschaftsraum. Vgl. JEAN-FRANÇOIS AUBERT, in: Komm. BV 1874, Geschichtliche Einführung, Rz. 87 ff.

referendum konnte fortan die *Ausübung* einer Bundeskompetenz auf politischem Weg gestoppt oder gebremst oder, wie sich in der Praxis zeigen sollte, mittels offener oder verdeckter Referendumsdrohung inhaltlich beeinflusst werden.

Der durch die Totalrevision von 1874 ausgelöste Zentralisierungsschub war beträchtlich, wirkt aber in der Rückschau moderat, wenn man ihn mit der Entwicklung im 20. Jahrhundert vergleicht. Der Kompetenzausbau folgte nicht einem festen Plan. Wie schon früher orientierte man sich an den «praktischen Bedürfnissen» und der politischen Machbarkeit. Die Kriegs- und Krisenjahre brachten substantielle Aufgabenverlagerungen in Richtung Bund mit sich, insbesondere im Rahmen des sog. Vollmachtenregimes. Was ursprünglich als vorübergehende Notlösung gedacht war, zeigte später oft eine Tendenz zur Verfestigung.¹⁷¹ Die rund 125 Totalrevisionen der Bundesverfassung von 1874 betrafen ganz überwiegend Kompetenzzuweisungen an den Bund.¹⁷² Es sind gerade auch bundesstaatliche Gründe, die dafür sorgten und sorgen, dass die *Bundesverfassung* nicht nur Grundlage der Politik ist, sondern in hohem Mass auch *Gegenstand der Politik*.¹⁷³

Es ist hier nicht der Ort, die Aufgabenverlagerungen im Einzelnen nachzuzeichnen. In den verschiedenen Textschichten der Bundesverfassung von 1874 widerspiegelt sich fast die ganze Wirtschafts- und Sozialstaatsentwicklung des 20. Jahrhunderts.¹⁷⁴ Die Totalrevision der Bundesverfassung von 1999 brachte bei den Bundeszuständigkeiten gewisse punktuelle Neuerungen.¹⁷⁵ Die Finanzausgleichsreform (NFA-Projekt) führte gar zur Rückübertragung einzelner Aufgaben an die Kantone («Kantonalisierung»).¹⁷⁶ Dies ist ungewöhnlich, erweist sich doch die Aufgabenübertragung an den Bund regelmässig als *de facto* irreversibel.

Im internationalen Vergleich zeigt sich in allen traditionsreichen Bundesstaaten ein Zentralisierungstrend. Eine ältere Untersuchung gelangte zum Schluss, dass Kompetenzverschiebungen im grösseren Stil allerdings nur im Fall der Schweiz zu konstatieren waren.¹⁷⁷ Neuere vergleichende Untersuchun-

171 Vgl. z.B. die sog. Wirtschaftsartikel von 1947 (Art. 31 ff. BV 1874), angenommen in der Volksabstimmung vom 6. Juli 1947 (Bundesbeschluss vom 4. April 1946 über eine Revision der Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung, BBl 1946 I 894).

172 JEAN-FRANÇOIS AUBERT (in: Komm. BV 1874, Geschichtliche Einführung, Rz. 229) kommt für die Zeit bis Ende August 1986 auf ca. 80 (von insgesamt 116) Revisionen. Unter empirisch-quantitativem Blickwinkel PAOLO DARDANELLI/SEAN MUELLER, *Dynamic De/Centralization in Switzerland 1848–2010*, Publius 2019, S. 138 ff.

173 Zum Phänomen, wonach die Verfassung in der Schweiz als «politische[r] Fechtboden» dient, GEORG MÜLLER, *Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung*, Basel/Stuttgart 1979, S. 138 f.

174 Überblick bei RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI/FELIX UHLMANN, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 2. Aufl., Basel 2011, S. 32 ff.

175 So wurde z.B. die Gesetzgebung über die Seilbahnen zur Sache des Bundes gemacht (Art. 87 BV 1999).

176 Vgl. Bundesrat, Botschaft NFA, BBl 2002 2291 ff., insb. 2336 ff.

177 WHEARE, *Federal Government*, S. 209 ff. (mit Blick auf die USA, Kanada, Australien und die Schweiz).

gen lassen für die jüngere Zeit auf eine gewisse Angleichung der Zentralisierungsdynamiken – auf hohem Niveau – schliessen.¹⁷⁸

Eine Würdigung der schweizerischen Bundesstaatsentwicklung hat zu berücksichtigen, dass die Aufgabenübertragung gewöhnlich entsprechend der bundesstaatlichen Methodik und Logik erfolgte, die man 1848 bei der Bundesstaatsgründung festgelegt hatte. Das Verfahren der förmlichen Verfassungsänderung (mit Ständemehrerfordernis) ist nicht bekannt für übereilte, unbedachte Entscheidungen, im Gegenteil. Im Zivilrechtsbereich brauchte es für die Übertragung von Rechtsvereinheitlichungskompetenzen mehrere Etappen (1874, 1887, 1898, 1905). Die verfassungsrechtliche Grundlage für die Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts trat gar erst 2007 in Kraft, fast 160 Jahre nach der Bundesstaatsgründung, ebenso jene für die Vereinheitlichung des Strafprozessrechts. Auf die Zuständigkeit für die Regelung von Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer musste der Bund bis 1925 warten (Art. 69^{ter} BV 1874, heute Art. 121 BV 1999).¹⁷⁹ Die Bundeskompetenz in Sachen Erlangung des Schweizer Bürgerrechts ist nach wie vor fragmentarisch (vorne C.I.2.a.). Erst nach dem Zweiten Weltkrieg erhielten die Einkommens- und die Ertragssteuer des Bundes (ursprünglich Wehrsteuer, heute direkte Bundessteuer) sowie die Umsatzsteuer des Bundes (ursprünglich Warenumsatzsteuer, heute Mehrwertsteuer) einen festen Platz in der Bundesverfassung. In beiden Fällen ist die Erhebungskompetenz jeweils nur befristet dem Bund übertragen, sodass Volk und Stände von Zeit zu Zeit an die Urne gerufen werden, um über eine «Verlängerung» dieser beiden bedeutenden Einnahmequellen zu befinden.¹⁸⁰ Die bundesstaatliche Methode der Aufgabenallokation kann je nach Thema und politischer Konstellation stark retardierend wirken – was im heute verbreiteten Zentralisierungsnarrativ gerne ausgeblendet wird.

Weiter ist zu berücksichtigen, dass in zahlreichen Fällen eine geplante Kompetenzverschiebung *endgültig scheiterte* oder sich erheblich verzögerte, weil Volk und Stände nicht oder erst bei einem zweiten Anlauf bereit waren, der Übertragung zuzustimmen, oder weil das Vorhaben schon in einer frühen Phase des politischen Entscheidungsprozesses zurückgestellt oder fallen gelassen wurde. So scheiterte die Aufnahme eines Gewerbeartikels in die Bundesverfassung ein erstes Mal im Rahmen der Totalrevisionsbestrebungen der 1870er Jahre, ein zweites Mal in der Volksabstimmung vom 4. März 1894, bevor am 7. Oktober 1908 die Zeit für die Kompetenzverlagerung reif war (Art. 34^{ter} BV 1874).¹⁸¹ Erst im zweiten Anlauf stimmten Volk und

178 PAOLO DARDANELLI ET AL., *Dynamic De/Centralization in Federations: Comparative Conclusions*, Publius 2019, S. 194 ff., 201 (mit Blick auf die USA, Kanada, Australien, die Schweiz, Deutschland und Indien).

179 Davor (und auch danach) nahm der Bund über den Abschluss von Staatsverträgen Einfluss auf die Einwanderungspolitik.

180 Zuletzt in der Volksabstimmung vom 4. März 2018 (Verlängerung bis Ende 2035).

181 Vgl. BURCKHARDT, Komm. BV, S. 281 und 291 (zu Art. 34 und Art. 34^{ter} BV 1874).

Stände der Schaffung eines Energieartikels zu (Art. 24^{octies} BV 1874).¹⁸² In der Volksabstimmung vom 4. März 1973 scheiterte eine umfangreiche Verfassungsvorlage, die das «Bildungswesen» zu einer «gemeinsame[n] Aufgabe von Bund und Kantonen» machen wollte (E-Art. 27^{bis} Abs. 1), am Ständemehr.¹⁸³ Eine (anders gelagerte) Neuordnung der Verfassungsbestimmungen zur Bildung gelang erst 33 Jahre später (Volksabstimmung vom 21. Mai 2006). Die Verfassungsrevisionspraxis in Kompetenzfragen ist, in der Perspektive der *longue durée* betrachtet, nicht nur ein Zentralisierungsmotor, sondern je nach Thema und politischer Konstellation auch eine Schule der Geduld.

Zu berücksichtigen ist schliesslich, dass den Kantonen, trotz fortschreitender Zentralisierung, traditionsreiche und politisch weiterhin *bedeutsame Aufgabengebiete verblieben* sind, wenn auch teils überlagert und begrenzt durch Bundeszuständigkeiten sowie durch bundes- und völkerrechtliche Vorgaben. Nach wie vor kantonal geprägt sind Bereiche wie die innere Sicherheit, das Schul- und Bildungswesen (einschliesslich Universitäten), das Gesundheitswesen, das Bau- und Planungswesen, das Verkehrs- und Strassenwesen, die Energiewirtschaft, das Justizwesen, das Verhältnis von Kirche und Staat, weite Bereiche des Steuerwesens.¹⁸⁴ Sogar für eine «kleine» kantonale Aussenpolitik schafft die Bundesverfassung Raum (Art. 56 BV 1999).

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die bundesstaatliche Methode grundsätzlich funktioniert und die ihr zugedachte Funktion – Aufgabenverlagerung zum Bund, wenn sachlich angezeigt – im Wesentlichen erfüllt. Das hergebrachte Verfahren der förmlichen Verfassungsänderung – «auf dem Wege der Bundesgesetzgebung», endend mit einer obligatorischen Doppelmehr-Abstimmung (Art. 111 ff. BV 1848) – verschafft den beschlossenen Kompetenzübertragungen eine hohe *demokratisch-bundesstaatliche Legitimation* (Volks- und Ständemehr). Das Revisionsverfahren bietet überdies einen institutionell-prozeduralen Rahmen, in dem eine *breite, ergebnisoffene politische Diskussion* über den ins Auge gefassten Kompetenztransfer stattfinden kann.

Über die Jahrzehnte hinweg hat die Verfassungsrevisionspraxis in Kompetenzfragen als Schule der Kompromissuche und -findung gedient. Beim Ausloten bundesstaatlicher Kompetenzkompromisse wurde das Subsidiaritätsprinzip praktiziert, lange bevor der Begriff in die Bundesverfassung Einzug hielt (2008). Das Bild ist weniger düster als man aufgrund einer raschen, primär quantitativen Betrachtung denken könnte. Und dennoch ist ein föderalistisches

182 Volksabstimmung vom 27. Februar 1983 bzw. vom 23. September 1990.

183 Bundesbeschluss vom 6. Oktober 1972 über die Änderung der Bundesverfassung betreffend das Bildungswesen (BBl 1972 II 1027).

184 Die Kantone besitzen nach wie vor, *cum grano salis*, die Polizeihochheit (inkl. Gewaltmonopol als althergebrachtes Kennzeichen der Staatlichkeit), die «Schulhochheit» (so explizit Art. 66 Abs. 2 BV 1999; frz. «autonomie cantonale en matière d'instruction publique»), die Kirchenhochheit, die Wasserhochheit, die Strassenhochheit, die Steuerhochheit u.a.m.

Malaise spürbar, das sich durch die quantitativen Veränderungen allein nicht erklären lässt. Dieses Malaise hat mit einer Reihe von *qualitativen Veränderungen* im Aufgabengefüge – jenseits der soeben erörterten Kompetenzübertragungslogik – zu tun. Auf einige dieser qualitativen Veränderungen soll im Folgenden eingegangen werden.

2. *Qualitative Veränderungen: jenseits der Kompetenzübertragungslogik*

a. *Kantonale Pflichtaufgaben: Bundesvorgaben betreffend das «Ob» und das «Wie» der Aufgabenwahrnehmung im kantonalen Zuständigkeitsbereich*

Eine erste qualitative Veränderung betrifft ein Phänomen im Bereich der *kantonalen* Zuständigkeiten. Gemäss einer traditionsreichen Regel, die Art. 43 BV 1999 nunmehr ausdrücklich festhält, «bestimmen [die Kantone], welche Aufgaben sie im Rahmen ihrer Zuständigkeiten erfüllen».¹⁸⁵ Die Verfassungswirklichkeit hat sich von dieser Maxime, vor allem in jüngerer Zeit, weit entfernt: Mannigfache Bundesvorgaben zielen darauf ab, den Kantonen vorzuschreiben, *dass* sie und oft auch *wie* sie im Rahmen ihres eigenen – kantonalen – Zuständigkeitsbereichs tätig werden *müssen*. Die *frei wählbaren* kantonalen Aufgaben, die die Bundesverfassung in Art. 43 BV 1999 nach wie vor als Standard präsentiert, haben sich vielfach in *kantonale Pflichtaufgaben* verwandelt.¹⁸⁶

Solche Pflichtaufgaben resultieren zum Teil aus spezifischen Vorgaben im Zuständigkeitskapitel der Bundesverfassung¹⁸⁷ oder im Sozialzielkatalog (Art. 41 BV 1999), zum Teil aus Handlungsaufträgen im Grundrechtskatalog, sei dies bereichsspezifisch¹⁸⁸, sei dies aufgrund allgemeiner grundrechtlicher Schutzpflichten (Art. 35 BV 1999). Beliebte sind neuerdings verfassungsrechtliche Doppelformeln wie «Bund und Kantone setzen sich ein ...», «Bund und Kantone streben ... an», «Bund und Kantone sorgen für ...», «Bund und Kantone ... stellen ... sicher», «Bund und Kantone fördern ...».¹⁸⁹ Diese partnerschaftlich klingenden Doppelformeln bekräftigen zwar das Weiterbestehen einer kantonalen Zuständigkeit, der Preis dafür ist das bundesverfassungsrechtlich statuierte Handeln-«Müssen» der Kantone, oft ergänzt um Vorgaben betreffend das «Wie». Was im kantonalen Zuständigkeitsbereich geschieht, wird nicht, wie Art. 43 BV 1999 suggeriert, *bottom-up*, sondern immer mehr *top-down* bestimmt.

185 Zur Unterscheidung von Kompetenzen (Zuständigkeiten) und Aufgaben im bundesstaatlichen Kontext stellvertretend ANDREAS GLASER, Staatsaufgaben, in: Staatsrecht, § 2 III, N 62 ff.

186 Vgl. GIOVANNI BIAGGINI, in: BS-Komm. BV, Art. 43, N 17 ff.

187 Z.B. Art. 89 Abs. 1 BV 1999 (Verfolgung verschiedener energiepolitischer Ziele); Art. 124 BV 1999 (Opferhilfe).

188 Z.B. Art. 8 Abs. 4 BV 1999 (Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderung).

189 Art. 41 Abs. 1–3, Art. 57 Abs. 1, Art. 67a Abs. 1 und 2, Art. 73, Art. 117b Abs. 1 und 2 BV 1999.

Kantonale Pflichtaufgaben haben, ähnlich wie umfangreiche Subventionsprogramme des Bundes (vorne C.I.2.e.), zur Folge, dass die Kantone *nicht mehr frei* sind, innerhalb ihres kantonalen Zuständigkeitsbereichs (*finanz*)politische Prioritäten zu setzen – ein Verlust nicht nur in bundesstaatlicher, sondern auch in demokratischer Hinsicht. Ein vergleichbarer Effekt kann auch bei einer bedingten Bundeskompetenz eintreten, wie sie beispielsweise Art. 62 Abs. 4 BV 1999 normiert (Harmonisierung des Schulwesens), oder bei Zwangsinstrumenten, wie in Art. 48a BV 1999 vorgesehen (Allgemeinverbindlicherklärung von interkantonalen Verträgen).

Vorgaben im Sinn von bundesverfassungsrechtlich festgelegten kantonalen Pflichtaufgaben sind ein *neueres Phänomen*. Die Bundesverfassung von 1848 kannte sie kaum, die Bundesverfassung von 1874 in ihrer ursprünglichen Fassung nur vereinzelt.¹⁹⁰ Im Rahmen der Totalrevision der Bundesverfassung stieg die Zahl der kantonalen Pflichtaufgaben merklich an, und in den Jahren danach kam es zu weiteren Schüben, so im Bereich der Bildung¹⁹¹, im Gesundheitswesen¹⁹² und im Verkehrsbereich.¹⁹³ Es erstaunt, dass der aus Volk und Ständen zusammengesetzte eidgenössische Verfassungsgeber in jüngerer Zeit die Kantone derart bereitwillig in die Pflicht nimmt. Das Phänomen bedarf dringend einer detaillierten Analyse (die den Rahmen der vorliegenden Untersuchung sprengen würde).

In manchen Fällen dürfte die praktische Tragweite solcher bundesverfassungsrechtlicher Pflichtaufgaben nicht sonderlich gross sein, so etwa wenn die Kantone eine traditionsreiche Aufgabe aus eigenem Antrieb und Interesse ohnehin schon erfüllen (z.B. Schutz der Bevölkerung, Art. 57 Abs. 1 BV 1999). Es gibt aber auch Vorgaben, die neu und überdies einschneidend sind (z.B. finanziell). Ein Beispiel dafür ist der – in der Volksabstimmung vom 3. März 2013 wegen des nicht erreichten Ständemehrs allerdings gescheiterte – Artikel über die «Familienpolitik» (E-Art. 115a). Dieser sah imperativ vor, dass die Kantone «für ein bedarfsgerechtes Angebot an familien- und schulergänzenden Tagesstrukturen» sorgen (Abs. 2). Ungeachtet des Scheiterns dieser Teilrevision der Bundesverfassung setzt der Bund die Kantone gehörig unter Druck, indem er über Förderprogramme Einfluss auf diese kantonale Domäne nimmt (vorne C.I.2.e.). Der *bottom-up*-Föderalismus mutiert hier zum *top-down*-«Föderalismus»¹⁹⁴.

190 Ein praktisch bedeutsames Beispiel sind die bundesverfassungsrechtlichen Vorgaben für den Primarschulbereich gemäss Art. 27 Abs. 2 BV 1874: «Die Kantone sorgen für genügenden Primarunterricht, welcher ausschliesslich unter staatlicher Leitung stehen soll. Derselbe ist obligatorisch und in den öffentlichen Schulen unentgeltlich.»

191 Vgl. Art. 61a (Bildungsraum), Art. 63a (Hochschulen) sowie, seit 2012, Art. 67a BV 1999 (Musikalische Bildung).

192 Vgl. Art. 117a BV 1999 (medizinische Grundversorgung), Art. 117b BV 1999 (Förderung der Pflege).

193 Vgl. Art. 81a Abs. 1 BV 1999 (öffentlicher Verkehr), Art. 83 Abs. 1 BV 1999 (Strasseninfrastruktur).

194 In der rechtswissenschaftlichen Literatur taucht der Begriff «Föderalismus» bisher nur gelegentlich auf. Anders als hier handelt es sich dabei meist um einen Verschrieb (so z.B. im Fall

Die Beispiele machen klar: Es genügt nicht, das Aufgabengefüge durch die «Kompetenz»-Brille zu betrachten und bei der Analyse die Zentralisierung in Gestalt klassischer Kompetenzübertragungen in den Blick zu nehmen. Wer die Verfassungswirklichkeit erfassen will, muss auch den kantonalen Zuständigkeitsbereich und das Phänomen der kantonalen Pflichtaufgaben einbeziehen. Die wohlklingende Ankündigung in Art. 43 BV 1999 täuscht, denn im Zuständigkeitsbereich der Kantone gibt es viele Aufgaben, über deren Wahrnehmung und Erfüllung die Kantone gerade *nicht (mehr) frei* entscheiden können.¹⁹⁵

b. Standardisierung bei den Kompetenzbestimmungen

Eine zweite qualitative Veränderung betrifft die Art und Weise, wie die Verfassung Bundeskompetenzen umschreibt. In der Bundesverfassung von 1848 sind Kompetenz- oder Aufgabennormen, wie wir sie heute gewohnt sind – «Der Bund erlässt Vorschriften ...»; «Die Gesetzgebung über ... ist Sache des Bundes» –, rar. Der erste Abschnitt der Verfassung («Allgemeine Bestimmungen», Art. 1–59 BV 1848) kommt praktisch ohne sie aus. Es dominieren vielmehr verschachtelte Normen, die nicht die Handlungsform (Gesetz), sondern die zu regelnde Sache ins Zentrum stellen und die Aufgabenverteilung im Modus von *verfassungsunmittelbaren Rechten* und (Handlungs- oder Unterlassungs-) *Pflichten* des Bundes und der Kantone festlegen.¹⁹⁶ Die Bundesverfassung von 1874 übernahm diese Methode zum Teil, verwendete indes vereinzelt auch modern anmutende Formulierungen.¹⁹⁷ Von einer Systematisierung und Standardisierung der Bundeskompetenzen, wie wir sie heute kennen,¹⁹⁸ war man in den Anfangsjahren des Bundesstaats allerdings noch weit entfernt.

Die Systematisierung und Standardisierung verfassungsrechtlicher Phänomene ist eine wichtige Aufgabe und bedeutende Leistung der Staatsrechtswissenschaft. In der Schweiz zeigten sich die politischen Behörden lernbereit. So verfolgte der Bundesrat mit seinem Verfassungsentwurf von 1996 erklärtermaßen das Ziel, die Bundeskompetenzen «durch einen einheitlichen Sprach-

der Abschnittsüberschrift in: VVDStRL 66, Berlin 2007, S. 74: «Konflikt oder Kooperation im transnationalen Föderalismus?»).

195 Auch die Überschrift «Zuständigkeiten» (vor Art. 54 BV 1999) gibt den Inhalt des fraglichen Verfassungskapitels (Art. 54–125 BV 1999) nur sehr ungenau wieder.

196 Bezeichnend sind die Abschnittsüberschriften bei RAPPARD (Bundesverfassung 1848–1948, S. 209 ff., 232 ff.) zur Beschreibung der Verfassung von 1848: «Von den Rechten und Pflichten der Kantone» bzw. «[...] des Bundes [...]». Zum Phänomen, dass der Bund «durch die Aufstellung [...] von [verfassungsrechtlichen] Grundsätzen des materiellen Rechts» in das «kantonale Rechtsleben» eingreift, auch schon FLEINER, Bundesstaatsrecht, S. 45.

197 Art. 25 BV 1874: «Der Bund ist befugt, gesetzliche Bestimmungen über die Ausübung der Fischerei und Jagd [...] zu treffen.»

198 Stellvertretend HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, N 1049 ff.; TSCHANNEN, Staatsrecht, §§ 19 ff. – Die im Text erwähnten Formeln («Der Bund erlässt Vorschriften ...»; «Die Gesetzgebung über ... ist Sache des Bundes») finden sich im Text der Bundesverfassung von 1999 rund zwei Dutzend Mal bzw. rund zehn Mal.

gebrauch möglichst klar» zu ordnen. Die bundesrätliche Botschaft illustriert dies mit Musterbeispielen basierend auf den in der Lehre zum Standard gewordenen Unterscheidungen «ausschliesslich/konkurrierend/parallel», «umfassend/fragmentarisch/Grundsatzgesetzgebung» usw.¹⁹⁹

Aus bundesstaatlicher Sicht hat die Systematisierung und Standardisierung von Kompetenznormen jedoch auch Schattenseiten. Denn sie führt weg von der für einen bestimmten Politikbereich *massgeschneiderten* Lösung zu einer typischerweise abstrakteren Formulierung, die gemessen an der intendierten Aufgabenübertragung meist «*überschiessend*» ist, d.h. eine Kompetenzverlagerung «auf Vorrat» herbeiführt – zulasten der Kantone. Wie tückisch Standardformulierungen sein können, veranschaulicht der harmlos anmutende Art. 117 Abs. 1 BV 1999: «Der Bund erlässt Vorschriften über die Kranken- und die Unfallversicherung.» Die Bestimmung dient dem Bund heute als Grundlage für weitreichende Vorgaben und Massnahmen im Bereich der Spitalplanung, obwohl das Spitalwesen eine kantonale Domäne ist.²⁰⁰

Die politische Auseinandersetzung über die bundesstaatlich optimale Lösung verschiebt sich aufgrund der Standardisierung von Kompetenzbestimmungen vermehrt in das nachgelagerte Gesetzgebungsverfahren, wo der Bund gewöhnlich (trotz Kantonsreferendum) bessere Karten besitzt als die Kantone. Aber auch der Bund (Bundesgesetzgeber) leidet manchmal unter der Standardisierung. Ein exemplarischer Fall ist die sog. Grundsatzgesetzgebungskompetenz, deren formelhafte Standarddefinition²⁰¹ den vielfältigen Bedürfnissen in so unterschiedlich strukturierten Gesetzgebungsmaterien wie Raumplanung (Art. 75 BV 1999), Fischerei und Jagd (Art. 79 BV 1999) oder Energie (Art. 89 Abs. 2 BV 1999) kaum gerecht werden kann, was den umsetzenden Bundesgesetzgeber regelmässig vor praktische Schwierigkeiten, ja Dilemmata stellt.

In jüngster Zeit scheint die Staatspraxis von der Standardisierung wieder etwas abzurücken. Ein Beispiel dafür ist der «verschachtelte» Art. 62 Abs. 4 BV 1999 (Harmonisierung des Schulwesens), der den Bundesgesetzgeber erst dann zum Zuge kommen lässt, wenn die «Koordination» in vier Schlüsselbereichen des Schulwesens mittels der staatenbündischen Methode (Konkordat) scheitern sollte.²⁰² Solche Beispiele zeigen: In der Praxis der Verfassungsgebung vermag

199 Vgl. Bundesrat, Botschaft nBV, BBl 1997 I 227 f.

200 Vgl. insb. Art. 39 KVG in der ab 1. Januar 2009 geltenden Fassung. In der Botschaft des Bundesrats vom 15. September 2004 betreffend Änderung des KVG (Spitalfinanzierung) heisst es lapidar: «Die Vorlage stützt sich auf Artikel 117 Bundesverfassung» (BBl 2004 5551, 5590). Die durch Art. 117 BV «nachgeführte» Vorgängerbestimmung aus dem Jahr 1890 (Art. 34^{bis} Abs. 1 BV 1874) lässt noch weniger erahnen, welche weitreichenden Befugnisse der Bund im Spitalbereich dereinst aus der Bundesverfassung ableiten würde («Der Bund wird auf dem Wege der Gesetzgebung die Kranken- und Unfallversicherung einrichten, unter Berücksichtigung der bestehenden Krankenkassen»).

201 Vgl. Bundesrat, Botschaft nBV, BBl 1997 I 227.

202 Im Jahr 2012 nachgeahmt für den Bereich der musikalischen Bildung (Art. 67a Abs. 2 BV 1999).

sich die massgeschneiderte Aufgabenlogik manchmal gegen die abstrakte Kompetenzlogik (Standardisierung) durchzusetzen.²⁰³ Der für unorthodoxe Lösungen offene Geist von 1848 kehrt von Zeit zu Zeit zurück. Dies ruft in Erinnerung, dass die Kompetenztypologie bloss ein *Angebot* der Verfassungstheorie bzw. der Verfassungsdogmatik an die Praxis sein sollte, nicht eine starre Vorgabe. Die optimale Aufgabenallokation im bundesstaatlichen Aufgabengefüge erfordert nicht Schematismen, sondern Flexibilität.

c. *Konkurrenz für die bundesstaatliche Methode: Verfassungsinitiative, Internationalisierung des Rechts, Verfassungsfortbildung ohne Textänderung*

In der Perspektive der *longue durée* ist deutlich zu erkennen, dass sich das bundesstaatliche Aufgabengefüge nicht nur durch Kompetenzverschiebungen mittels Verfassungsänderung weiterentwickelt: «auf dem Wege der Bundesgesetzgebung», endend mit einer obligatorischen Doppelmehr-Abstimmung (Art. 111 ff. BV 1848). Vielmehr ist das Aufgabengefüge auch aufgrund weiterer rechtlicher Phänomene in mehr oder weniger permanenter Bewegung. Kurz: Das 1848 eingerichtete Verfahren der Verfassungsänderung (bundesstaatliche Methode) hat praktisch bedeutsame Konkurrenz erhalten. Drei Hinweise sollen hier genügen.

(1) Ein erstes Phänomen ist die 1891 eingeführte *Volksinitiative auf Teilrevision der Bundesverfassung* in der Form des ausgearbeiteten Entwurfs (Art. 121 BV 1874, heute Art. 139 BV 1999). Dieses vielgelobte direktdemokratische Instrument ermöglicht *Verfassungsgebung «am Parlament vorbei»*. Denn eine zustande gekommene, gültige Volksinitiative ist «*so wie sie lautet*» der Volksabstimmung zu unterbreiten (Art. 99 ParlG). Die für das parlamentarische Verfahren typischen Mechanismen der *Kompromissfindung* entfallen weitgehend (vorne B.II.4.). Eidgenössische Volksinitiativen zielen gewöhnlich nicht primär auf eine Änderung der bundesstaatlichen Aufgabenverteilung, sondern thematisieren ein Sachproblem, dies oft ohne sich gross um die Auswirkungen auf das bundesstaatliche Aufgabengefüge zu kümmern. In der politischen Auseinandersetzung um Volksinitiativen haben bundesstaatliche Bedenken²⁰⁴ einen schweren Stand. Exemplarisch dafür sind jüngere Volksinitiativen wie jene betreffend das Minarettbauverbot

203 Ob die Verknüpfung von staatenbündischer und bundesstaatlicher Methode in diesem konkreten Fall geglückt ist, ist eine andere Frage. Die Frage stellt sich auch beim Hochschulartikel (Art. 63a BV 1999), der neben einer bedingten Bundeskompetenz (Abs. 5) die Schaffung von hybriden «gemeinsamen Organen» vorsieht (Abs. 4).

204 Stellvertretend einige Hinweise auf einschlägige Ausführungen in bundesrätlichen Botschaften: «Eingriff in den Zuständigkeitsbereich der Kantone» (BB1 2008 7648; Minarettbauverbot); «[u]nnötige Einschränkung der kantonalen Kompetenzen» (BB1 2019 2938; Verhüllungsverbot); «[a]us einer systematischen Perspektive wäre es jedoch wenig kohärent, dass dem Bund ohne jede Präzisierung neue Kompetenzen in einem angestammten kantonalen Aufgabengebiet wie der Gesundheitsversorgung zugesprochen werden sollen» (BB1 2018 7668; Pflegeinitiative).

(2009), den Zweitwohnungsbau (2012) und das Verhüllungsverbot (2021). Zwar hat die Bundesversammlung die Möglichkeit, der Volksinitiative einen Gegenentwurf gegenüberstellen. Der Spielraum für die Kompromissfindung ist jedoch reduziert und der Erfolg eines Gegenentwurfs nicht garantiert. Das Instrument der Volksinitiative auf Teilrevision der Bundesverfassung hat zentralisierende Effekte – AUBERT spricht treffend von der «unitarischen» Natur der Volksinitiative²⁰⁵ – und unterläuft die Rationalität der bundesstaatlichen Methode.

(2) Ein zweites Phänomen sind die zunehmenden *Auswirkungen* der vom Bund eingegangenen *völkerrechtlichen Verpflichtungen* auf Aufgaben und Zuständigkeiten, die innerstaatlich den Kantonen zugeordnet sind. Als Beispiele seien hier stellvertretend die Personenfreizügigkeit im Verhältnis zu den EU- und EWR-Staaten sowie der Beitritt der Schweiz zu den Systemen von «Schengen» und «Dublin» genannt. Gemäss allgemein geteilter Auffassung erlaubt es die Kompetenz des Bundes im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten (Art. 8 BV 1848/1874, Art. 54 BV 1999), völkerrechtliche Verpflichtungen auch im kantonalen Zuständigkeitsbereich einzugehen.²⁰⁶ Das Erfordernis des Ständemehrs als wichtiges Element der bundesstaatlichen Methode kommt in solchen Fällen nicht zur Anwendung. Auch kann sich die parlamentarische Kompromissfindung, ähnlich wie bei Volksinitiativen, nicht in der üblichen Weise entfalten. Die Frage der Aufgabenallokation im Verhältnis Bund–Kantone muss somit in vor- oder nachgelagerten Phasen des politischen Prozesses thematisiert werden (Vertragsverhandlungen, Umsetzungsgesetzgebung), in denen der Bund typischerweise über bessere Karten verfügt als die Kantone. Es würde den Rahmen der vorliegenden Untersuchung sprengen, auf das in der Literatur schon oft beschriebene Internationalisierungsphänomen samt seinen Folgen für die Bundesstaatlichkeit näher einzugehen.²⁰⁷

(3) Ein drittes Phänomen ist die *Verfassungsfortbildung ohne Verfassungstextänderung*, d.h. ohne förmliches Revisionsverfahren und somit ohne Ständemehrerfordernis. Das Phänomen wird hauptsächlich im Zusammenhang mit der Verfassungsgerichtsbarkeit erörtert. Darauf wird später einzugehen sein (hinten C.III.1./V.3.). Im bundesstaatlichen Kontext macht sich das Phänomen auch in der *Praxis des Bundesgesetzgebers* und der Bundesverwaltung – insbesondere bei der Handhabung von Kompetenzbestimmungen – bemerkbar.²⁰⁸ Kom-

205 JEAN-FRANÇOIS AUBERT, in: Komm. BV 1874, Geschichtliche Einführung, Rz. 188 (dort als Erklärung für den Verzicht auf die Einführung dieses Instruments im Rahmen der Totalrevision von 1874).

206 Für den Bund von Vorteil ist auch das in der Schweiz traditionell monistische Verständnis des Verhältnisses Völkerrecht–Landesrecht. Die vom Bund eingegangenen völkerrechtlichen Verpflichtungen lassen sich unter den Bedingungen eines monistischen Systems in den Kantonen leichter durchsetzen.

207 Stellvertretend STEPHAN BREITENMOSER, Föderalismus und Internationalisierung, in: VDS I, S. 639 ff.

208 Vgl. auch RAINER J. SCHWEIZER, Verteilung der Staatsaufgaben zwischen Bund und Kantonen, in: VDS I, S. 691 ff., Rz. 26.

petenzbestimmungen unterstehen den allgemeinen Regeln der Verfassungsinterpretation, sie sind daher weder *per se* restriktiv («kantonsfreundlich») noch *per se* extensiv («bundesfreundlich»), sondern sachgerecht auszulegen.²⁰⁹ Aus demokratischen wie aus bundesstaatlichen Gründen sind der aktualisierenden Fortbildung von Kompetenzbestimmungen Grenzen gesetzt. Wie weit die Verfassungsinterpretation gehen darf und ab welchem Punkt der Verfassungsgeber gefordert ist (Kompetenzerweiterung durch förmliche Verfassungsänderung), ist nicht immer einfach zu ermitteln.

- Unproblematisch ist der von WALTHER BURCKHARDT geschilderte Fall: Als im Rahmen der Totalrevision von 1874 die Bundeskompetenz betreffend «Mass und Gewicht» redigiert wurde,²¹⁰ hatte man nur an ein «System von Längen-, Flächen-, Hohl- und Gewichtsmassen» gedacht. Dies schliesst nicht aus, so BURCKHARDT, dass die ausführende Bundesgesetzgebung später auch andere Masseinheiten erfasst, z.B. «zur Messung der El[ektrizität], des Wassers, des Druckes, der Geschwindigkeit, der Wärme, des Fettgehaltes der Milch oder des Alkoholgehaltes gebrannter Wasser oder geistiger Getränke».²¹¹
- Bundesstaatsrechtlich heikel ist es hingegen, wenn eine Kompetenzbestimmung, die das «Post- und Telegraphenwesen» zur Bundessache erklärt (Art. 36 BV 1874), dazu genutzt wird, um die Konzessionierung von Radio und Fernsehen zur Bundessache zu machen.²¹²
- Den Bogen klar überspannt hat der Bundesgesetzgeber, als er im Jahr 2006 im Rahmen einer Teilrevision des Bundesgesetzes vom 21. März 1997 über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS; SR 120) Vorschriften über Rayonverbote, Meldeauflagen und Polizeigewahrsam erliess.²¹³ Wie die bundesrätliche Botschaft berichtet, hatten «fast alle Kantone» mit Blick auf die nahende Fussball-Europameisterschaft eine bundesrechtliche Regelung «ausdrücklich gewünscht».²¹⁴ Ein solcher «Wunsch» – oder vielmehr: Hilferuf an den Bund – hat weder kompetenzbegründende Wirkung noch ist er ein Zustimmungssurrogat.²¹⁵ Die Befris-

209 Näher GIOVANNI BIAGGINI, in: BS-Komm. BV, Art. 3, N 30 ff. (m.w.H.).

210 Art. 40 BV 1874 lautete. «Die Festsetzung von Mass und Gewicht ist Bundessache.»

211 BURCKHARDT, Komm. BV, S. 341. Gemäss BURCKHARDT greift die Kompetenz «überall da, wo der Verkehr Masse verwendet und ihre gesetzliche Normierung erforderlich erscheint» (a.a.O., S. 341).

212 Die Kompetenzlage wurde erst im Jahr 1984 saniert (Gutheissung von Art. 55^{bis} BV 1874 durch Volk und Stände; heute Art. 93 BV 1999).

213 Art. 24b, Art. 24d und Art. 24e BWIS in der Fassung vom 24. März 2006 (in Kraft von 2007 bis 2009; AS 2006 3703, 2009 5091).

214 Bundesrat, Botschaft zur Änderung des BWIS vom 17. August 2005, BBl 2005 5613, 5639 (dort auch das folgende Zitat).

215 Ein kantonaler «Ruf nach dem Bund» entspricht an sich der bundesstaatlichen *bottom-up*-Logik. Allerdings sind die verfassungsrechtlich vorgegebenen Verfahren einzuhalten, d.h. das Verfahren der *Verfassungsrevision* (Art. 192 ff. BV 1999) bzw. – wie im Fall des «Rettungsschirms» für die Axpo – das *Gesetzgebungsverfahren* anstelle des Wegs über eine auf Art. 185 Abs. 3 BV

tung der Bundesmassnahmen (bis Ende 2009), mit der man, so die bundesrätliche Botschaft, «der kontroversen Beurteilung über das Vorliegen der Verfassungsgrundlagen Rechnung» tragen wollte, macht den verfassungsrechtlichen Fauxpas nicht ungeschehen.

In jüngerer Zeit neigen die Bundesbehörden vermehrt dazu, Kompetenzgrenzen auszureizen und zu überschreiten. Beispiele dafür sind die geplante Revision des CO₂-Gesetzes für die Zeit nach 2024 (vorne C.I.2.e.) sowie das geplante «Bundesgesetz über die Unterstützung der familienergänzenden Kinderbetreuung und der Kantone in ihrer [sic] Politik der frühen Förderung von Kindern (UKibeG)».²¹⁶ Man scheint sich in Kompetenzfragen vermehrt von der problematischen US-amerikanischen Methode inspirieren zu lassen: kreativ-extensive Verfassungsinterpretation durch den Gesetzgeber statt Kompetenzverlagerung auf dem beschwerlicheren Weg der förmlichen Verfassungsänderung.²¹⁷ Aus bundesstaatlicher Sicht ist dies keine erfreuliche Entwicklung.

3. *Zwischenfazit: Aufgabengefüge im quantitativen und qualitativen Wandel*

Die Zentralisierung in Gestalt der einigermaßen berechenbaren und gliedstaatlich mitgetragenen Verfassungsrevision (vorne C.II.1.) ist nicht, wie dies gelegentlich anklingt,²¹⁸ das Kernproblem der Bundesstaatsentwicklung, sondern Ausdruck der 1848 festgelegten, wenn auch im Einzelfall vielleicht nicht immer optimal gehandhabten bundesstaatlichen Methode. Wesentlich heikler sind die zu einer «kalten» Zentralisierung²¹⁹ beitragenden *qualitativen* Veränderungen im bundesstaatlichen Aufgabengefüge seit 1848 (vorne C.II.2.). Die traditionelle Fokussierung in Praxis und Wissenschaft auf die Kompetenzzuweisung der klassischen Art mittels förmlicher Verfassungsrevision wird den immer bedeutenderen qualitativen Veränderungen im Bereich der bundesstaatlichen Aufgabenallokation nicht gerecht.

1999 abgestützte bundesrätliche Verordnung (Verordnung vom 5. September 2022 über subsidiäre Finanzhilfen zur Rettung systemkritischer Unternehmen der Elektrizitätswirtschaft, FiREVO; AS 2022 492).

216 Der Bericht der federführenden Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur des Nationalrats (WBK-N) vom 14. Dezember 2022 scheint den im Ingress des E-UKibeG angerufenen Kompetenzbestimmungen (Art. 67 Abs. 2 und Art. 116 Abs. 1 BV 1999) nicht ganz zu trauen, werden doch zur Begründung der Verfassungsmässigkeit sicherheitshalber auch noch Bestimmungen wie Art. 8 Abs. 3, Art. 11 Abs. 1, Art. 41 Abs. 1 Bst. g und Art. 110 Abs. 1 Bst. a BV 1999 angerufen (BB1 2023 595, Ziff. 8.1).

217 Während der Unionsgesetzgeber in späteren gerichtlichen Streitfällen auf das Wohlwollen des Supreme Court hoffen muss, braucht sich der schweizerische Bundesgesetzgeber wegen der Massgeblichkeit der Bundesgesetze (Art. 190 BV 1999) nicht allzu viele Sorgen zu machen.

218 So z.B. bei HANGARTNER, Kompetenzverteilung, S. 42 (Kompetenzverteilung als «das primäre bundesstaatliche Problem»).

219 Ausdruck bei WOLF LINDER, Die Schweiz, der unbekannte Nachbar, Wiesbaden 2023, S. 46.

III. Bundesstaatlich bedeutsame Veränderungen im Bereich des Umsetzungsapparats

1. Veränderungen in institutionell-funktioneller Hinsicht

Im Aufgabengefüge der Bundesverfassung von 1848 hatten Gesetzgebungskompetenzen des Bundes und deren Umsetzung durch den Bundesgesetzgeber noch nicht die heutige zentrale Bedeutung. Im Vordergrund standen verfassungsunmittelbare Rechte und Pflichten, die nach Kontroll- und Interventionsmöglichkeiten des Bundes verlangten (vorne B.II.2.). Die Aufgabe, «für Beobachtung der Verfassung [...] zu wachen» und «die erforderlichen Verfügungen» zu treffen, übertrug die Bundesverfassung dem Bundesrat als Aufsichts- bzw. Beschwerdeinstanz,²²⁰ teils auch der Bundesversammlung.²²¹ In der Perspektive der *longue durée* zeigt sich, dass in den Jahrzehnten nach der Bundesstaatsgründung eine doppelte «Verschiebung» stattfand:

- zum einen von den politischen Behörden (als Aufsichts- bzw. Beschwerdeinstanzen) *in Richtung Gesetzgeber*, was bedeutet, dass neben der konkreten *ex post*-Perspektive (Aufsicht) vermehrt die abstrakte *ex ante*-Perspektive (Setzung generell-abstrakter Regeln) ins Spiel kommt;
- zum anderen von den politischen Behörden *in Richtung Justiz*, speziell in Richtung Bundesgericht, zunächst vor allem in seiner Funktion als Verfassungsgericht, später auch in seiner Funktion als Verwaltungsgericht des Bundes.

Diese zweite «Verschiebung» ist von grosser praktischer Bedeutung für die Bundesstaatsentwicklung. Sie ist eine Folge der Totalrevision der Bundesverfassung von 1874 (Art. 106 ff. BV 1874), die ein ständiges Bundesgericht schuf, sowie mehrerer späterer Reformen. Das ist hier nicht im Detail nachzuzeichnen.²²² Das Bundesgericht erlangte 1874 unter anderem die Zuständigkeit für «Beschwerden betreffend Verletzung verfassungsmässiger Rechte der Bürger» (Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV 1874).²²³ Das diesem Zweck gewidmete Rechtsmittel der Staatsrechtlichen Beschwerde²²⁴ – der Sache nach im We-

220 Vgl. Art. 90 Ziff. 2 BV 1848 (wonach der Bundesrat «von sich aus oder auf eingegangene Beschwerde» entscheidet).

221 Vgl. Art. 74 Ziff. 8 BV 1848 («Massregeln, welche die Handhabung der Bundesverfassung zum Zweck haben). Die Räte waren zudem zuständig für Beschwerden über Verfügungen des Bundesrats (Art. 74 Ziff. 15 BV 1848).

222 Näher CHRISTOPH ERRASS, Geschichte des Bundesgerichts, in: Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger/Lorenz Kneubühler (Hrsg.), Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2018, S. 1 ff.

223 Einzelne verfassungsmässige Individualrechte beliess der Bundesgesetzgeber gestützt auf eine Vorbehaltsklausel (Art. 113 Abs. 2 BV 1874) vorerst in der Entscheidungszuständigkeit des Bundesrats, dies teils bis Ende 1999 (so z.B. den Anspruch auf genügenden, unentgeltlichen Primarunterricht, Art. 27 Abs. 2 BV 1874, heute Art. 19 BV 1999).

224 Art. 59 des Bundesgesetzes vom 27. Juni 1874 über die Organisation der Bundesrechtspflege (BB1 1874 II 425). Vgl. ZACCARIA GIACOMETTI, Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Schweizerischen Bundesgerichts, Zürich 1933, insb. S. 38 ff.

sentlichen eine Verfassungsbeschwerde – stellt rechtsvergleichend eine (oft verkannte) *schweizerische Pionierleistung im Bereich der Verfassungsgerichtsbarkeit* dar.²²⁵ Die Bundesverfassung schränkte zwar die Befugnisse des Bundesgerichts als Verfassungsgericht ein, indem es Bundesgesetze für massgebend erklärte (Art. 113 Abs. 3 BV 1874; heute Art. 190 BV 1999). Das Gesetz verlieh jedoch dem Bundesgericht sehr weitgehende verfassungsgerichtliche Befugnisse *gegenüber den Kantonen*.²²⁶ So konnte das Bundesgericht nicht nur *kantonale Einzelakte*, sondern auch *kantonale Gesetze und Verordnungen* überprüfen und gegebenenfalls *aufheben*. Indem Individuen die Möglichkeit nutzten, sich mittels der Staatsrechtlichen Beschwerde für ihre verfassungsmässigen Rechte einzusetzen,²²⁷ halfen sie gleichzeitig mit, Bundesanliegen gegenüber den Kantonen durchzusetzen. Weder die Bundesverfassung²²⁸ noch die Bundesrechtspflege-Gesetzgebung²²⁹ definierten den Schlüsselbegriff des *verfassungsmässigen Rechts*. Das Bundesgericht nutzte die sich bietende Chance und entfaltete eine viel beachtete innovative Grundrechtspraxis, die allerdings aus kantonal-bundesstaatlicher Perspektive auch problematische Seiten aufweist (vorne C.I.2.b./c.).²³⁰ Auf diese Rechtsprechung wird noch näher einzugehen sein (hinten C.V.3.).

Während sich die Stellung des Bundesgerichts seit der Bundesstaatsgründung substanziell veränderte und das Gericht nunmehr die Bezeichnung «oberste rechtsprechende Behörde des Bundes» (Art. 188 Abs. 1 BV 1999) zu Recht trägt, blieben die beiden obersten politischen Bundesbehörden in ihren Grundstrukturen praktisch unverändert.²³¹ Aus bundesstaatlicher Sicht kam es nur zu einer einzigen nennenswerten Anpassung beim Bundesrat. Die seit

225 Zum Pioniercharakter GIOVANNI BIAGGINI, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz, in: Armin von Bogdandy et al. (Hrsg.), *Ius Publicum Europaeum*, Bd. VI: Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa: Institutionen, Heidelberg 2016, S. 573 ff., 582 f. – Eine Grundrechtsbeschwerde gab es zwar damals auch schon in der Habsburger Monarchie beim Reichsgericht in Wien. Dessen Befugnisse gingen jedoch viel weniger weit als jene des Bundesgerichts (Überprüfung nur von Akten der Verwaltung; blosses Feststellungsurteil).

226 Dies ist nicht die einzige Asymmetrie im Bereich der bundesstaatlichen Verfassungsgerichtsbarkeit. Vgl. hinten D.III.1.d.

227 Dies wurde dadurch begünstigt, dass das Rechtsmittel der Staatsrechtlichen Beschwerde gemäss Art. 62 OG 1874 (Fn. 224) «der Regel nach» kostenlos war.

228 Siehe Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV 1874; Art. 189 Abs. 1 Bst. a BV 1999 (ursprüngliche Fassung) und Art. 189 Abs. 1 Bst. d BV 1999 (in der seit 1. Januar 2007 geltenden Fassung).

229 Art. 59 OG 1874; Art. 175 OG 1893; Art. 84 OG 1943.

230 Vgl. WALTER KÄLIN, *Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde*, 2. Aufl., Bern 1994, S. 39 f. Gegen eine Idealisierung der Verfassungsgerichtsbarkeit mit bedenkenswerten Gründen ANDREAS AUER, *Die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit*, Basel/Frankfurt a.M. 1984, S. 51 ff. – Im Zuge der Justizreform (2007) verlor der Begriff des verfassungsmässigen Rechts an praktischer Bedeutung (siehe noch Art. 189 Abs. 1 Bst. d BV 1999; Art. 95, 98 und 116 BGG).

231 In der Volksabstimmung vom 15. März 1931 wurde die Amtsperiode für die Bundesversammlung und für den Bundesrat von drei auf vier Jahre verlängert. Mehrere Anläufe zur (auch bundesstaatsrelevanten) Einführung der Volkswahl des Bundesrats scheiterten, zuletzt in der Volksabstimmung vom 9. Juni 2013. Vgl. auch hinten D.III.1.b.

1848 bestehende sog. Kantonsklausel – wonach «nicht mehr als ein Mitglied aus dem nämlichen Kanton» stammen durfte (Art. 96 Abs. 1 Satz 2 BV 1874)²³² – wurde im Jahr 1999 durch die heutige Rücksichtnahmeklausel abgelöst, die eine angemessene Vertretung der «Landesgegenden und Sprachregionen» verlangt (Art. 175 Abs. 4 BV 1999). Bei der Kantonsklausel hatte man ursprünglich auf das Bürgerrecht, später auf den Ort der politischen Karriere und subsidiär auf den Wohnsitz abgestellt,²³³ was mitunter kurzfristige taktische Wohnsitzwechsel zur Folge hatte (z.B. 1993 und 1998). Dank der Reform von 1999 fanden diese unwürdigen Wohnsitzmanöver der letzten Minute ein Ende. Entgegen ersten Prognosen²³⁴ wählte die Vereinigte Bundesversammlung schon bei den ersten Gesamterneuerungswahlen nach der Revision (Dezember 2003) zwei Mitglieder aus demselben Kanton (Zürich). Solche «Doppelvertretungen» sind aus bundesstaatlicher Sicht nicht ideal, aber auch nicht dramatisch, sofern sie nicht zur Gewohnheit werden und einzelne Kantone einseitig profitieren.

2. *Weiterungen bei den kantonalen Mitwirkungsrechten*

Die Bundesverfassung von 1848 räumte den Kantonen das kollektiv auszuübende Recht auf Einberufung der Räte ein (Art. 75: fünf Kantone) sowie das individuell ausübbare «Vorschlagsrecht» gegenüber der Bundesversammlung (sog. Standesinitiative; Art. 81).²³⁵ Hierbei handelt es sich um Rechte, die es den Kantonen ermöglichen, auf den Willensbildungsprozess des Bundes einzuwirken, wenn auch ohne Erfolgsgarantie. Das Einberufungsrecht wurde nie genutzt und im Rahmen der Totalrevision von 1999 abgeschafft.

Im Weiteren bezeichnete die Bundesverfassung von 1848 die Mitglieder des Ständerats als «Abgeordnet[e] der Kantone» (Art. 69; so auch heute Art. 150 Abs. 1 BV 1999). Diese stimmten jedoch wie die Nationalratsmitglieder ohne Instruktionen (Art. 79; heute Art. 161 Abs. 1 BV 1999), waren also nicht Vertreter (Abgesandte) «ihres» Kantons. Dennoch wird die Entsendung von Abgeordneten in den Ständerat in der Literatur häufig zu den Mitwirkungsrechten der Kantone gezählt;²³⁶ dies zu Unrecht, denn der Ständerat ist nicht eine Form

232 Die Tagsatzung hatte die Kantonsklausel in den Entwurf der Revisionskommission eingefügt (nachdem dort ein entsprechender Vorschlag verworfen worden war). Vgl. RAPPARD, Bundesverfassung 1848–1948, S. 173 f.; KÖLZ, Verfassungsgeschichte II, S. 572.

233 Siehe Art. 9 des Garantiesgesetzes vom 26. März 1934 in der Fassung vom 9. Oktober 1986 (AS 1987 226).

234 BERNHARD EHRENZELLER, in: SG-Komm. BV, 1. Aufl., 2002, Art. 175, N 22 (4. Aufl., 2023, Art. 175, N 25).

235 Entgegen BERNHARD WALDMANN (in: BS-Komm. BV, Art. 45, N 16) handelt es sich nicht um ein blosses Antragsrecht, sondern um ein echtes Initiativrecht (im Sinn von Art. 160 Abs. 1 BV), mit dem der einzelne Kanton einen neuen Beratungsgegenstand bei der Bundesversammlung einbringen kann.

236 Stellvertretend BERNHARD WALDMANN, in: BS-Komm. BV, Art. 45, N 12 ff.; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 24.

der kantonalen Mitwirkung, sondern ein Bundesorgan, das durch die Art seiner Zusammensetzung bewirkt, dass der Bundeswille föderalistisch «gebrochen» wird, dies zum Schutz der Wählerschaft kleinerer Kantone gegen eine Majorisierung.²³⁷

Umgekehrt ist das Erfordernis des Ständemehrs bei Verfassungsänderungen (Art. 114; heute Art. 195 BV 1999), entgegen verbreiteter Auffassung, *mehr* als ein Mitwirkungsrecht, geht es doch dabei nicht um die Willensbildung auf Bundesebene, sondern um die *Beteiligung der Gliedstaaten* am Verfahren zur Änderung der rechtlichen Grundordnung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Teilhabe an der verfassungsgebenden Gewalt). Die Wirkung des Ständemehrs ist ähnlich wie beim Ständerat: Bevölkerungsschwache Kantone haben ein erhöhtes Gewicht;²³⁸ neben der Disziplinierung der Bundesgewalt resultiert eine bundesstaatlich motivierte Relativierung des demokratischen Mehrheitsprinzips.²³⁹

Die näher besehen sehr schmale Mitwirkungs-Grundausstattung von 1848 erhielt nach und nach Zuwachs. Die Bundesverfassung von 1874 erweiterte das Instrumentarium um das Kantonsreferendum (1874),²⁴⁰ später kamen, punktuell, Anhörungsrechte vor dem Erlass bestimmter Bundesgesetze hinzu (1947: Wirtschaftserlasse; 1958: Film; 1959: Zivilschutz; usw.). Die Bundesverfassung von 1999 generalisierte das verfassungsmässige Anhörungsrecht der Kantone²⁴¹ und räumte den Kantonen das Recht ein, an der Vorbereitung bestimmter aussenpolitischer Entscheide mitzuwirken (Art. 55 BV 1999).²⁴² In der Praxis haben sich weitere Formen des Austauschs zwischen Bund und Kantonen auf Regierungs- und Fachressortebene etabliert.

Die Liste der Mitwirkungsmöglichkeiten wirkt auf den ersten Blick sehr ansehnlich. Wenn man sie allerdings unter dem Aspekt der *gezielten* kantonalen

237 Heute stammt die Hälfte der Ständeratsmitglieder aus Kantonen, die nur ein gutes Fünftel der schweizerischen Gesamtbevölkerung ausmachen.

238 Im sehr theoretischen Extremfall könnten rechnerisch 9% der Stimmberechtigten aus 11½ kleinen Kantonen eine dem Ständemehr unterstehende Vorlage in der Volksabstimmung zu Fall bringen (vgl. VATTER, *Föderalismus*, S. 143; RAIMUND GERMANN, *Die Europatauglichkeit der direktdemokratischen Institutionen der Schweiz*, in: *Schweizerisches Jahrbuch für Politische Wissenschaft* 1991, S. 257 ff., 266). Volks- und Ständemehr klaffen in der Praxis indes nur selten auseinander (vgl. Bundeskanzlei, <https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/va/vab_2_2_4_6.html> [2.6.2023]). Dieser Fall tritt zudem in der Regel bei geplanten Kompetenzübertragungen an den Bund auf. Dabei entfaltet das Erfordernis des Ständemehrs exakt die ihm zugedachte Funktion (Schutz gegen Majorisierung).

239 Entgegen manchen Stimmen in der politikwissenschaftlichen Literatur (z.B. VATTER, *Swiss Federalism*, S. 85) verschafft das Erfordernis des Ständemehrs den Kantonen keine «Vetomacht» (vorne B.II.4.).

240 Die 1872 vorgesehene (unspezifische) Kantonsinitiative (Urheber: fünf Kantone) fand keinen Eingang in die Verfassungsvorlage von 1874. Vgl. JEAN-FRANÇOIS AUBERT, in: *Komm. BV 1874, Geschichtliche Einführung*, Rz. 171 und 188.

241 Art. 45 Abs. 2 BV 1999; vgl. auch Art. 147 BV 1999 (Vernehmlassungsverfahren).

242 2006 und 2012 kamen im Bildungsbereich zwei spezifische Mitwirkungsklauseln hinzu (Art. 62 Abs. 6 und Art. 67a Abs. 3 BV 1999).

Interessenvertretung betrachtet, gelangt man rasch zum Schluss, dass die Wirksamkeit der Interessenvertretung begrenzt ist. Unter dem eingebürgerten Oberbegriff «Mitwirkungsrechte» versammelt sich ein heterogenes Instrumentarium unterschiedlicher Zielsetzung, Wirkungsweise und Tragweite. Vielfach verwirklicht sich die «Mitwirkung» nur mittelbar: über die Bundesversammlung (Standesinitiative); über frei gewählte, nicht weisungsgebundene Abgeordnete (Ständerat), die sich richtigerweise nicht nur kantonalen Interessen verpflichtet fühlen; über Volksabstimmungen, bei denen die eidgenössischen Stimmberechtigten mit blossem Volksmehr entscheiden (Kantonsreferendum). Das Kantonsreferendum ist im Wesentlichen toter Buchstabe geblieben;²⁴³ dies gilt auch für die Nutzung des Instruments als Drohmittel (die beim Volksreferendum so bedeutsam ist). Das fakultative Gesetzesreferendum gilt als «Prunkstück» der Totalrevision von 1874 (JEAN-FRANÇOIS AUBERT). Es hat den politischen Prozess nachhaltig verändert. Die *Kantone* gehören allerdings zu den *Verlierern* dieser Reform, denn was andere (referendumsfähige) politische Akteure im Gesetzgebungsprozess auf Bundesebene stärkt, schwächt im Ergebnis die Kantone.

Am passendsten ist der Begriff «Mitwirkung» bei der *Anhörung* der Kantone und bei der *Standesinitiative*. Allerdings begründen die kantonalen Anhörungsrechte auf Seiten des Bundes keine Pflicht, den Stellungnahmen zu folgen, auch nicht bei Einstimmigkeit der Kantone. Die Standesinitiative erfreut sich zwar einer gewissen Beliebtheit, begründet jedoch nur eine Befassungspflicht der Bundesversammlung. Diese bleibt in der Behandlung des kantonalen Anliegens frei und kann, anders als im Fall einer Volksinitiative, das Anliegen ohne grosse Mühe abblocken. Die Erfolgsquote der Standesinitiative ist denn auch bescheiden.²⁴⁴

Zusammenfassend ist festzuhalten: Bei den kantonalen Mitwirkungsrechten gab es seit Bundesstaatsgründung zwar viel Bewegung, jedoch ohne grosse Wirkung. Eine eigentliche Machtbeteiligung der Kantone ist mit den Mitwirkungsrechten nicht verbunden (vom besonders gelagerten Fall des Ständemehrerfordernisses abgesehen). Am Ende liegen die Entscheidung und die Verant-

243 Ein Kantonsreferendum kam erstmals im Jahr 2003 zustande, d.h. 129 Jahre nach der Einführung, dies beim sog. Steuerpaket (Bundesgesetz vom 20. Juni 2003, BBl 2001 2983). Es wurde von 11 Kantonen (10 Parlamente, 1 Regierung) ergriffen. Zugleich kam auch ein Volksreferendum zustande. Die Steuervorlage wurde in der Volksabstimmung vom 16. Mai 2004 deutlich abgelehnt. Gescheitert sind zwei jüngere Versuche, zunächst im Zusammenhang mit der Festlegung des NFA-Ressourcenausgleichs für die Jahre 2016–2019 (Bundesbeschluss vom 19. Juni 2015; vier Kantone: SH, ZG, SZ, NW; vgl. BBl 2015 8340), später im Zusammenhang mit der Genehmigung des FATCA-Abkommens mit den USA und dem FATCA-Gesetz (Bundesbeschluss und Bundesgesetz vom 27. September 2013; ein Kanton: VS; vgl. BBl 2014 1647 und 1651).

244 Vgl. Neue Zürcher Zeitung vom 29. September 2016, S. 17, wonach seit Ende 2003 von 212 Standesinitiativen gerade einmal drei in einen Erlass der Bundesversammlung ausmündeten (punktuelle Teilrevisionen des Gewässerschutz-, des Ausweis- und des Raumplanungsgesetzes). Vgl. auch VATTER, *Föderalismus*, S. 148.

wortung bei den zuständigen politischen Behörden des Bundes und, gegebenenfalls, bei den in eidgenössischen Angelegenheiten Stimmberechtigten. Dennoch sollte man die Mitwirkungsrechte, namentlich die Anhörungsrechte, nicht unterschätzen, denn sie setzen die Bundesbehörden unter einen *permanenten Erklärungs- und Begründungsdruck*, der übers Ganze gesehen zu einer Verbesserung der Entscheidungsqualität in gliedstaatenrelevanten Willensbildungsprozessen auf Bundesebene beitragen kann.

Sind Reformen angezeigt? Wenn, dann sollten sie *möglichst gezielt* bei den *kantons- bzw. bundesstaatsrelevanten* Sachverhalten ansetzen, nicht generell bei allen Willensbildungsprozessen des Bundes. Die gelegentlich angedachte Umwandlung des Ständerats in eine zweite Kammer nach dem Vorbild des deutschen Bundesrats erscheint nicht ratsam, denn das deutsche Bundesratsmodell begünstigt exekutivstaatliche Tendenzen und leistet der Verflechtung von Bund und Gliedstaaten Vorschub. Eine solche Verflechtung mag mit Blick auf Deutschland und das dort vorherrschende unitarische Bundesstaatsverständnis (vorne A.II.4.) angemessen sein, passt aber schlecht zur traditionellen Bundesstaatskonzeption der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Wichtiger als eine intensivisierte allgemeine Beteiligung der Kantone an der Willensbildung auf Bundesebene erscheint die gezielte Absicherung des prekären (impliziten) Versprechens von 1848, dass die Kantone als eigenständige politische Einheiten bestehen bleiben.

3. *Exkurs: Vorboten einer vierten bundesstaatlichen Ebene?*

Im schweizerischen Bundesstaat haben kooperative Strukturen und Prozesse an Bedeutung gewonnen,²⁴⁵ dies nicht zuletzt im Zusammenhang mit der Interessenwahrnehmung auf Bundesebene (Direktorenkonferenzen, Konferenz der Kantonsregierungen usw.). Zunehmend treffen interkantonale Gremien verbindliche Entscheidungen von erheblicher Tragweite (so z.B. im Bereich der hochspezialisierten Medizin²⁴⁶) oder sind mit der Befugnis zum *Erlass von Sekundärrecht* ausgestattet. Mit dem NFA-Projekt sowie, zeitlich parallel, mit der Reform der sog. Bildungsverfassung ist die Institutionalisierung der bundesstaatlichen Zusammenarbeit weiter fortgeschritten. Die interkantonale Kooperation wächst zunehmend in eine *gesamtschweizerische Dimension* hinein. Eine neue Qualität erlangte sie mit der Schaffung *gemeinsamer Organe Bund–Kantone* im Hochschulbereich (Art. 63a Abs. 4 BV 1999; Art. 7 ff. HFKG). Die Schweizerische Hochschulkonferenz wird in Art. 10

245 Vgl. DANIEL BOCHSLER/PASCAL SCIARINI, Konkordate und Regierungskonferenzen, Standbeine des horizontalen Föderalismus, LeGes 2006, S. 23 ff.; VATTER, Swiss Federalism, S. 73 ff.; ELOI JEANNERAT, L'organisation régionale conventionnelle à l'aune du droit constitutionnel, Diss. Neuchâtel, Basel 2018.

246 Vgl. Art. 3 der Interkantonalen Vereinbarung über die hochspezialisierte Medizin vom 14. März 2008 (iSR 8.1–1.1).

Abs. 1 HFKG – ganz im Tonfall der Bundesverfassung – als «das oberste hochschulpolitische Organ der Schweiz» vorgestellt, wie wenn dieses tagsatzungsartig anmutende Gremium²⁴⁷ der Bundesversammlung und dem Bundesrat als den beiden allgemeinpolitischen obersten Bundesbehörden (Art. 148 und Art. 174 BV 1999) Konkurrenz machen wollte.²⁴⁸ Hybride Strukturen dieser Art werfen eine Fülle von neuen rechtsstaatlich-demokratischen und natürlich auch bundesstaatlichen Fragen auf, denen hier nicht nachgegangen werden kann. Die Problematik der Exekutivlastigkeit interkantonalen Kooperation («Exekutivföderalismus») verschärft sich.

Ist diese verstärkte Institutionalisierung des kooperativen Föderalismus ein Vorbote der Herausbildung einer zusätzlichen bundesstaatlichen Ebene *zwischen* der kantonalen und der Bundesebene²⁴⁹, d.h. einer, je nach Zählweise, «dritten» oder «vierten»²⁵⁰ (oder «anderthalbten») Ebene,²⁵¹ wie dies in der politischen Diskussion gelegentlich anklingt? Oder geht es bei diesem «Zwischenphänomen» eher um ein Wiederaufleben der – mit der Bundesstaatsgründung nicht aus dem Verfassungsgefüge verbannten, sondern weiterhin zulässigen – staatenbündischen Methode? Oder macht sich hier einfach nur das Fehlen einer gefestigten bundesstaatlichen Leitidee bemerkbar? *Affaire à suivre*.

IV. Das Verfahren betreffend die Revision der Bundesverfassung

1. Eine grundsätzlich bewährte Methode?

Die Bundesverfassung von 1848 legte fest, dass die Revision der Bundesverfassung «auf dem Wege der Bundesgesetzgebung» (Art. 112) zu erfolgen hat und dass neben der «Mehrheit der stimmenden Schweizerbürger» auch die «Mehrheit der Kantone»²⁵² zustimmen muss (Erfordernis des Ständemehrs; Art. 114).

247 Als Plenarversammlung setzt sich die Schweizerische Hochschulkonferenz aus dem zuständigen Mitglied des Bundesrats und je einem Mitglied der Regierungen aller Kantone zusammen (Art. 11 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 30. September 2011 über die Förderung der Hochschulen und die Koordination im schweizerischen Hochschulbereich [HFKG]; SR 414.20).

248 Etwas bescheidener tritt das für den Geldspielbereich zuständige gemeinsame (Administrativ-) Organ auf (Art. 106 Abs. 7 BV 1999 in der Fassung vom 11. März 2012), das hälftig aus Mitgliedern der Vollzugsorgane des Bundes und der Kantone zusammengesetzt ist (Art. 113 ff. des Bundesgesetzes vom 29. September 2017 über Geldspiele [BGS]; SR 935.51). – Eine gewisse Tradition haben Bund–Länder-Organen in Österreich (vgl. PERNTHALER, Verfassungslehre, S. 300).

249 Die Bundesebene wird gewöhnlich als «erste» Ebene aufgefasst. Diese Nummerierung ist ahistorisch, zumal die Kantone vor dem Bund da waren: Au commencement était les Cantons. – Zur Problematik des Bilds der Ebene siehe vorne A.III. (Fn. 40).

250 Vgl. JEANNERAT (Fn. 245), insb. S. 198 ff. (L'inconstitutionnalité d'un «quatrième niveau étatique»).

251 Auf die oft als dritte bundesstaatliche Ebene bezeichnete Gemeindeebene kann hier nicht näher eingegangen werden.

252 Erst die Bundesverfassung von 1999 spricht an der entsprechenden Stelle von der «Mehrheit der Stände» (Art. 142 Abs. 2). Vgl. vorne B.II.4.

Die Revision der Bundesverfassung ist somit das Ergebnis eines Zusammenwirkens von *Bundesorganen* (Bundesversammlung; Stimmvolk in eidgenössischen Angelegenheiten) einerseits und der *Kantone* andererseits, die hier entgegen verbreiteter Auffassung²⁵³ nicht als Organe des Bundes²⁵⁴, sondern als *Gliedstaaten* des Bundes (Stände) und Teil der verfassungsgebenden Gewalt agieren. Die Beteiligung der Gliedstaaten an der Änderung der Bundesverfassung gilt als eines der Kennzeichen echter Bundesstaatlichkeit.²⁵⁵ Dieses Verfahren kommt bei allen Verfassungsänderungen zum Zug, d.h. nicht nur bei bundesstaatsspezifischen Fragen, sondern auch wenn es um reine «Bundes-Interna» geht (z.B. «bundesstaatsneutrale» Organisations- oder Verfahrensfragen bei Bundesbehörden), was aus bundesstaatlicher Sicht nicht zwingend ist, jedoch aus Praktikabilitätsgründen (insb. infolge von Abgrenzungsproblemen) kaum anders geregelt werden kann.

Wegen der relativ hohen Änderungshürden im nachparlamentarischen Verfahren (obligatorische Volksabstimmung; Volks- und Ständemehr) wird die schweizerische Bundesverfassung in der Wissenschaft meist zu den (relativ) *starrten Verfassungen* gezählt.²⁵⁶ Näher besehen erweist sich die Bundesverfassung jedoch als anpassungsfähig, wie gerade die Staatspraxis zur bundesstaatlichen Aufgabenallokation zeigt (vorne C.II.1.). Dies dürfte ein zentraler Grund dafür sein, dass die Grundkonzeption von 1848 allgemein als bewährt gilt und nicht grundsätzlich infrage gestellt wird. Einzelne Anpassungen beim Revisionsverfahren – u.a. die Einführung der Volksinitiative auf Partialrevision der Bundesverfassung (1891)²⁵⁷ – scheinen sich harmonisch in dieses Konzept einzufügen.²⁵⁸ Allerdings trägt der erste Eindruck manchmal, so namentlich bei der eben erwähnten Partialrevisionsinitiative (vorne C.II.2.c.).

253 Vgl. z.B. PATRICIA EGLI, Kantone als Verfassungsorgane, in: VDS III, Zürich 2020, S. 1677 ff., Rz. 7.

254 Im Ergebnis ebenso (aber mit anderer Herleitung) AUER, Staatsrecht der Kantone, Rz. 86.

255 Vgl. WIEDERIN, Bundesrecht und Landesrecht, S. 46 f.; FLEINER/GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht, S. 45 ff. (Zweitverfasser). – In Deutschland (Art. 79 Abs. 2 GG) und Österreich (Art. 44 Abs. 2 B-VG) sind die Länder nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar über ein *Bundesorgan* (Bundesrat als zweite Kammer) an der Verfassungsänderung beteiligt (vorne B.II.4.).

256 Vgl. z.B. FLEINER/GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht, S. 29 (Zweitverfasser); HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Allgemeines Staatsrecht, N 36; allgemein GAMPER, Staat und Verfassung, S. 64 ff.

257 Weitere Anpassungen betreffen die Erhöhung der Unterschriftenzahl für Volksinitiativen (1977), die Zulassung des Doppelten Ja bei der Volksabstimmung über Initiative und Gegenentwurf (1987), die Ermöglichung der Aufnahme von Verfassungsänderungen in den Genehmigungsbeschluss betreffend einen völkerrechtlichen Vertrag (2003). – Seit der Gründung des Kantons Jura sind beim Ständemehr 12 statt 11½ Ständesstimmen erforderlich (1979).

258 Ein Thema für sich ist das Instrument des sog. Dringlichkeitsrechts, das der Bundesversammlung u.a. die Möglichkeit verschafft, ein Bundesgesetz, das keine Verfassungsgrundlage hat, zu beschliessen, dies zum «Preis» einer obligatorischen Volksabstimmung mit Doppelmehrerfordernis, sofern das Gesetz nicht «unterjährig» ist (vgl. Art. 165 Abs. 3 BV 1999; Art. 89^{bis} Abs. 3 BV 1874). Dazu näher STEFAN G. SCHMID/MICHA HERZOG, Was ist ein dringliches Bundesgesetz ohne Verfassungsgrundlage? Ein Beitrag zu Bedeutung und Tragweite von Art. 165 Abs. 3 BV, ZBl 2023, S. 287 ff.

2. Das ungelöste Problem der «Paketbildung»

Eine nähere Betrachtung des Instituts der Verfassungsrevision in der Perspektive der *longue durée* lässt verschiedene kritische Punkte und Schwachstellen hervortreten. So standen reformwillige Kräfte in der Praxis wiederholt vor dem Problem, wie eine geplante umfangreichere Reform mit Bundesstaatsbezug verfahrensmässig am besten anzupacken sei. Die Antworten fielen sehr unterschiedlich aus:

- 1866 legten die eidgenössischen Räte Volk und Ständen neun *separate* Teilrevisionsvorlagen vor (die überwiegend das Aufgabengefüge betrafen), dies mit sehr mässigem Erfolg (vorne B.III.3.).
- 1872 wählten die Räte eine andere Strategie, nämlich den Weg der *Totalrevision*. Dieser hatte erst im zweiten Anlauf Erfolg (1874), nicht zuletzt dank Konzessionen in Kompetenzfragen an das föderalistische Lager (vorne B.III.3./C.II.1.).
- Ab 1874 setzten die Bundesbehörden für Kompetenzverlagerungen nicht mehr auf die rasche, aber konflikträchtige Reformmethode der Totalrevision, sondern vorwiegend auf ein *schrittweises* Vorgehen in Form von Teilrevisionsvorlagen (wenn man vom Kriegs- und Krisenregime absieht).
- Allerdings brachten die Räte von Zeit zu Zeit grössere «Paketvorlagen» zur Abstimmung, so im Fall des Bundesbeschlusses betreffend die Wirtschaftsartikel (1947), des Bundesbeschlusses betreffend die Finanzordnung 1951–1954 (1950), des Bundesbeschlusses betreffend die Neuordnung des Finanzhaushalts (1958), des Bundesbeschlusses betreffend das Bildungswesen (gescheitert 1973), dies oft unter Strapazierung des Grundsatzes der Einheit der Materie.
- Nachdem das ambitionierte Verfassungsreformprojekt der 1970er Jahre nicht zuletzt wegen starker Kritik an der sehr offen formulierten bundesstaatlichen Aufgabenverteilung²⁵⁹ gescheitert war, hielt sich der Verfassungsgeber im Rahmen der Totalrevision von 1999 mit Kompetenzverlagerungen bewusst zurück, dies im Sinne der Leitidee der «Nachführung» oder *mise-à-jour* des geltenden Verfassungsrechts (hinten C.VI.1.).
- Ab 2000 setzte man vornehmlich auf *Teilrevisionsvorlagen*. Es gelangten jedoch auch zwei umfangreiche «Reformpakete» mit Relevanz für die bundesstaatliche Ordnung zur Abstimmung. Das eine «Paket» (Bundesbeschluss NFA; vorne C.I.2.e.) wurde formal im Verfahren der Totalrevision behandelt (2001/4), das andere «Paket» (Bildungsverfassung) als Teilrevisionsvorlage (2005/6) unter erneuter Überstrapazierung des Grundsatzes der Einheit der Materie.

259 Vgl. insb. Art. 48–53 des Verfassungsentwurfs der Expertenkommission von 1977 («Verantwortung von Bund und Kantonen»).

Paket- und Totalrevisionsvorlagen erleichtern es gewöhnlich, Kompromisse zu schmieden; sie erschweren oder verunmöglichen es jedoch den zur abschliessenden Entscheidung berufenen Stimmberechtigten, sich in der Volksabstimmung differenzierend zu äussern. Die «Wahl» des Verfahrenstypus ist nicht ergebnisneutral – und damit nicht bundesstaatsneutral. Das durch politischen Opportunismus geprägte *ad-hoc*-Vorgehen der Bundesbehörden vermag nicht zu überzeugen. Mehr Kohärenz ist ein dringendes Desiderat. Wie dieses Ziel erreicht werden soll, kann hier nicht vertieft werden.

3. *Konstanz und Wandel bei den Erfordernissen des Volks- und des Ständemehrs*

Das Volks- und das Ständemehr bei Verfassungsänderungen gehören zu den Konstanten schweizerischer Bundesstaatlichkeit. Bei beiden Erfordernissen sind einige rechtliche und faktische Veränderungen zu verzeichnen. Diese lassen allerdings die bundesstaatliche Grundstruktur unangetastet.

Die *Zahl der Stimmberechtigten* ist heute aus demografischen und aus rechtlichen Gründen²⁶⁰ um ein Vielfaches grösser als 1848. Da die Bevölkerungsentwicklung in den Kantonen unterschiedlich verlief, resultieren beim Volksmehr *Gewichtsverschiebungen* zugunsten von Kantonen mit überdurchschnittlichem Bevölkerungswachstum, beim Ständemehr zugunsten von Kantonen mit unterdurchschnittlichem Bevölkerungswachstum. Verändert hat sich dadurch auch die (sehr theoretische) rechnerische Sperrminorität beim Ständemehr (vorne C.III.2.). Die Stimmbeteiligung sank im Verlauf des 20. Jahrhunderts stetig, mit Ausschlägen nach unten und oben; seit Beginn des 21. Jahrhunderts scheint sich die Beteiligungsquote zu stabilisieren.²⁶¹ Bei den Abstimmungen zu bundesstaatsrelevanten Fragestellungen sind, *prima vista*, keine Abweichungen vom allgemeinen Trend zu erkennen.

Mit der Totalrevision der Bundesverfassung von 1874 kam es zu einer «*Demokratisierung*» des Ständemehrs (Art. 121 BV 1874; heute Art. 142 Abs. 3 BV 1999): Als Standesstimme gilt seither von Bundesverfassungsrechts wegen das *Ergebnis der Volksabstimmung* im jeweiligen Kanton, das sich nicht mit der Haltung der obersten kantonalen Behörden zu decken braucht. Den Kantonen wurde mit anderen Worten die Möglichkeit genommen, die Standesstimme auf andere Weise zu bestimmen, z.B. durch das Kantonsparlament.²⁶² Das ist (direkt)demokratiepolitisch konsequent, wenn auch bundesstaatlich nicht zwingend. Die einzelnen Stimmberechtigten nehmen seit 1874 eine Doppelrolle

260 Insbesondere Erweiterung der Aktivbürgerschaft auf Auslandschweizer (1966), auf Frauen (1971) sowie auf 18- und 19-Jährige (1991).

261 Siehe Bundesamt für Statistik, Stimmbeteiligung (<<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/politik/abstimmungen/stimmbeteiligung.html>> [2.6.2023]).

262 Vgl. BURCKHARDT, Komm. BV, S. 809 (wo auch weitere frühere Methoden zur Bestimmung der Standesstimme erwähnt werden) sowie vorne B.II.4. (Fn. 91).

ein, ohne allerdings differenzieren zu können, denn sie verfügen nur über eine unteilbare Stimme.

Das *Erfordernis des Ständemehrs* zog in jüngerer Zeit wieder vermehrt Kritik auf sich, dies vor allem nach Volksabstimmungen, in denen eine Vorlage das Volksmehr erreichte, jedoch das Ständemehr verfehlte.²⁶³ Das Ständemehrerfordernis sei «innovationsfeindlich» und müsse abgeschafft oder doch modifiziert werden. Solche Forderungen, oft aus dem Kreis des unterlegenen politischen Lagers stammend, sind politisch verständlich, vermögen jedoch aus bundesstaatlicher Sicht nicht zu überzeugen. Denn bei den fraglichen Volksabstimmungen ging es fast durchweg um Behördenvorlagen, die dem Bund zusätzliche Aufgaben oder Befugnisse verschaffen wollten. Das Ständemehr hat in solchen Fällen, wie die bundesrätliche Botschaft zur neuen Bundesverfassung treffend ausführt, seine «föderalistische Aufgabe erfüllt, ohne das Prinzip der Demokratie schwerwiegend zu beeinträchtigen».²⁶⁴ Das «übergangene» Volksmehr betrug im Übrigen in keinem der zehn bisherigen Fälle mehr als 56%. Ein aufschlussreiches Beispiel ist der Bundesbeschluss über die Familienpolitik (Volksabstimmung vom 3. März 2013),²⁶⁵ der den Kantonen gewichtige Pflichtaufgaben auferlegen wollte (vorne C.II.2.a.). Die Ablehnung der Vorlage aufgrund des fehlenden Ständemehrs hindert die reformwilligen Kantone nicht daran, ihre eigenen Bestrebungen im Bereich der familien- und schulergänzenden Tagesstrukturen fortzuführen.

Viele Reformversuche sind im Übrigen in der demokratischen Praxis nicht nur am Ständemehr, sondern auch am Volksmehr gescheitert. Umgekehrt hat das Ständemehr die Gutheissung bundesstaatlich problematischer Volksinitiativen nicht verhindert. Man sollte das Ständemehr weder verteufeln noch idealisieren. In der Perspektive der *longue durée* ist beim Erfordernis des Ständemehrs kein dringender Handlungsbedarf zu erkennen, im Gegenteil.

4. *Eine auch bundesstaatlich folgenreiche Neuerung: die Partialrevisionsinitiative*

Wie schon die Bundesverfassung von 1848 (Art. 113 BV 1848) kannte auch die Bundesverfassung von 1874 ursprünglich lediglich eine *unspezifische* Volksinitiative auf «Revision der Bundesverfassung» (Art. 120 BV 1874). Selbst wenn Initianten nur eine einzelne Verfassungsbestimmung ändern wollten,

263 Die Aufstellung der Bundeskanzlei umfasst zehn Vorlagen aus den Jahren 1866 bis 2020 (acht seit 1970), darunter zwei Volksinitiativen. Die jüngsten Fälle betrafen den Bundesbeschluss über die Familienpolitik (2013) und die Konzernverantwortungsinitiative (2020) (<https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/va/vab_2_2_4_4.html> [2.6.2023]). – Allein am Volksmehr scheiterten vier Verfassungsvorlagen, darunter drei Volksinitiativen (Stand: 30. Juni 2023).

264 Bundesrat, Botschaft nBV, BBl 1997 I 464.

265 9 2/2 befürwortende gegen 11 4/2 ablehnende Standesstimmen; Ja-Stimmen-Anteil: 54.3% (vgl. BBl 2013 3129).

war – wie heute bei der Initiative auf Totalrevision (Art. 193 Abs. 2 BV 1999) – eine Vorabstimmung erforderlich zur «Frage, ob eine solche [Revision] stattfinden soll oder nicht» (Art. 120 BV 1874). Dieser Umweg entfiel, als der Verfassungsgeber im Jahr 1891 die Möglichkeit der *Volksinitiative auf Partialrevision* der Bundesverfassung einführte (Art. 121 und Art. 122 BV 1874, neue Fassung). Diese Neuerung war nicht nur für das politische System im Allgemeinen, sondern auch für das bundesstaatliche Gefüge von grösster Bedeutung. Denn von nun an konnte die Bundesverfassung sozusagen «am Parlament vorbei» revidiert werden. Von den bundesstaatlichen Schattenseiten dieser Neuerung war bereits die Rede (vorne C.II.2.c.). Bei Volksinitiativen haben bundesstaatliche Bedenken heute einen schweren Stand. Angesichts der Zunahme an erfolgreichen Volksinitiativen²⁶⁶ und angesichts der typischerweise zentralisierenden oder doch nivellierenden Wirkung vieler Volksinitiativen besteht Anlass zu Sorge und zu erhöhter Aufmerksamkeit.²⁶⁷

Die eidgenössische Volksinitiative ist für Interessenorganisationen und politische Parteien ein reizvolles Instrument, weil sie es ermöglicht, ein Problem, das im Zuständigkeitsbereich der Kantone liegt, ressourcenschonend in *einem einzigen* Verfahren statt in bis zu 26 parallelen kantonalen Verfahren zu thematisieren, und weil erst noch die Chance besteht, die gewünschte Lösung gleich *bundesweit* zu etablieren («einmal für alle»), selbst wenn die fragliche Aufgabe weder «die Kraft der Kantone übersteig[t]» noch «einer einheitlichen Regelung durch den Bund» bedarf (wie dies die Subsidiaritätskriterien gemäss Art. 43a Abs. 1 BV 1999 verlangen).²⁶⁸ Die chronische Ressourcenknappheit der politischen Akteure sowie die erhöhte politische und mediale Aufmerksamkeit, die eine *eidgenössische* Volksinitiative verspricht, machen das beliebte

266 13 der 25 bisher von Volk und Ständen angenommenen Volksinitiativen fallen in die Zeit ab März 2002 (Stand: 30. Juni 2023).

267 Das Problem verschärft sich noch, wenn die per Volksinitiative geschaffene Verfassungsnorm *unmittelbar anwendbar* ist (so z.B. das Minarettbauverbot, Art. 72 Abs. 3 BV 1999) bzw. als *unmittelbar anwendbar eingestuft* wird (so das Bundesgericht in BGE 139 II 243 für den «harten Kern» der Zweitwohnungs-Initiative, Art. 75b Abs. 1 BV 1999). Verfassungsbestimmungen, die auf Volksinitiativen zurückgehen, sind zudem erfahrungsgemäss *de facto* schwer zu revidieren.

268 Illustrativ (aber nicht singulär) ist das Beispiel der Volksinitiative «Ja zum Verhüllungsverbot», angenommen in der Volksabstimmung vom 7. März 2021 (heute Art. 10a BV 1999). Die vom Initiativtext offengelassene Frage, wer die Umsetzungsgesetzgebung erlassen soll, löste ein mehrfaches Hin und Her aus. Der Bund sprach sich zunächst für eine Umsetzung durch die Kantone aus (vgl. Bundesamt für Justiz, Medienmitteilung vom 9. März 2021), krebste aber schon bald zurück, dies nicht zuletzt aufgrund einer Stellungnahme des Vorstands der KKJPD (vgl. BBl 2022 2668, Ziff. 1.2). Die Staatspolitische Kommission des Ständerats wollte die Regelung wiederum den Kantonen überlassen und trat auf die bundesrätliche Umsetzungsvorlage nicht ein (5 zu 5 Stimmen bei 3 Enthaltungen und Stichentscheid des Präsidenten). Entgegen dem Antrag seiner Kommission trat der Ständerat am 7. März 2023 auf die Vorlage ein (AB 2023 S 121 ff.). *Affaire à suivre*. – Unabhängig davon, wer am Ende die gesetzlichen Regeln erlassen wird: Entstanden ist einmal mehr eine kantonale Pflichtaufgabe (vorne C.II.2.a.) im Bereich einer genuin kantonalen Zuständigkeit.

direktdemokratische Instrument attraktiv und zu einem permanenten bundesstaatlichen Unruheherd.

5. *Eine Asymmetrie: das Fehlen der «Kantonsinitiative»*

Das fakultative Gesetzesreferendum kennt neben dem *Volksreferendum*, gleichsam als Gegenstück, ein *Kantonsreferendum*, das in der Praxis allerdings kaum von Bedeutung ist (vorne C.III.2.). Bei der Verfassungsinitiative fehlt ein entsprechendes Gegenstück. Im Rahmen der Totalrevision der Bundesverfassung von 1999 schlug der Bundesrat, auch auf Wunsch der Konferenz der Kantonsregierungen, die Einführung einer «Kantonsinitiative» vor (Vorlage B, Volksrechtsreform). Danach hätten acht Kantone, handelnd durch die kantonalen Parlamente oder das Volk, das Recht gehabt, eine Initiative auf Totalrevision oder auf Teilrevision der Bundesverfassung einzureichen und eine diesbezügliche *eidgenössische Volksabstimmung herbeizuführen*.²⁶⁹ Die Räte traten auf die Vorlage B nicht ein, griffen aber einige Reformanliegen im Rahmen einer parlamentarischen Initiative wieder auf. Im Ständerat erlebte die Idee der Einführung einer «Kantonsinitiative», mit Unterstützung des Bundesrats, eine kurze Renaissance. Der Nationalrat lehnte allerdings das Instrument mit 86 zu 60 Stimmen ab und setzte sich in der Differenzbereinigung durch.²⁷⁰

Das ist aus bundesstaatlicher Sicht zu bedauern. In der Perspektive der *longue durée* zeigt sich nämlich, dass Kompetenzverschiebungen fast ausschliesslich in eine Richtung gehen: von den Kantonen zum Bund (vorne C.II.1.). Rückübertragungen an die Kantone oder Lockerungen bei den kantonalen Pflichtaufgaben kommen fast nicht vor – obwohl die Subsidiaritätskriterien (Art. 43a Abs. 1 BV 1999) es in manchen Fällen durchaus nahe legen, ja gebieten würden.

Die faktische «Einbahnstrasse» bei den Kompetenzverschiebungen dürfte nicht nur, aber auch damit zusammenhängen, dass den Kantonen kein wirksames Instrument zur Verfügung steht, um Verfassungsänderungen in Gang zu setzen. Die Standesinitiative ist zu schwach, da sie lediglich eine Befassungspflicht der eidgenössischen Räte begründet (vorne C.III.2.). Als Instrument, das zu einer Volksabstimmung führt (sofern kein Rückzug erfolgt), und als Korrektiv zur üblichen Richtung der bundesstaatlichen Rechtsentwicklung hätte die «Kantonsinitiative» eine Lücke füllen und zugleich eine institutionelle Asym-

269 Offenstehen sollte den Kantonen auch das geplante Instrument der *allgemeinen Initiative*. Vgl. Art. 128, Art. 129 und Art. 129a VE BV 1996, Volksrechte («Initiativrecht der Stände»; BBl 1997 I 635). Näher Bundesrat, Botschaft nBV, BBl 1997 I 451. Vgl. auch Staatspolitische Kommission des Ständerats (SPK-S), Pa.Iv. 99.436 «Beseitigung von Mängeln der Volksrechte», Bericht vom 2. April 2001, BBl 2001 4803, 4831.

270 Als Gründe wurden u.a. genannt, dass das «Initiativrecht der Stände» konfliktträchtig sei und dass es überdies unnötig sei, da die Kantone in «Bern» ohnehin schon genug Gewicht hätten (vgl. BBl 2001 4831; AB 2002 N 398 ff.).

metrie im Mechanismus der bundesstaatlichen Methode (B.I.4.) beseitigen können. Volk und Stände wären im Fall einer Volksabstimmung in der Rolle eines «Schiedsrichters» zwischen Bund und Kantonen.

Das Pro und Contra in Sachen «Kantonsinitiative» sowie Fragen der konkreten Ausgestaltung können hier nicht weiter vertieft werden. Falls die «Kantonsinitiative» eingeführt werden sollte, dürfte sie in der Praxis wohl eher dazu genutzt werden, um politischen Druck auf die Bundesbehörden zu erzeugen, weniger, um die Durchführung einer Volksabstimmung zu erzwingen – eine Wirkungsweise, die man von den klassischen Volksrechten her kennt.

6. *Zwischenfazit*

Es war eine wichtige und, bundesstaatlich gesehen, richtige Entscheidung des Verfassungsgebers von 1848, die Fortbildung der Bundesverfassung von der Zustimmung der «Mehrheit der Kantone» (Ständemehr) abhängig zu machen, ohne dabei den Kantonen eine förmliche Vetoposition einzuräumen. Das Verfahren der Verfassungsrevision trägt dazu bei, in der Verfassungspraxis ein gutes Mischungsverhältnis aus Stabilität und Flexibilität zu erreichen. Das Revisionsverfahren als bundesstaatlicher Schutzmechanismus greift allerdings, wie gesehen, nicht immer (zur zunehmenden Konkurrenzierung vorne C.II.2.c.). Ein Problem ist namentlich der *Verfassungswandel ausserhalb förmlicher Revisionsverfahren*. Ein zentraler Akteur der informellen Verfassungsfortbildung ist das Bundesgericht. Aus bundesstaatlicher Perspektive stellt sich die Frage, wie verhindert werden kann, dass sich die höchstrichterliche Rechtsprechung zum trojanischen Pferd der Bundesstaatlichkeit entwickelt. Darauf wird noch einzugehen sein (hinten C.V.3.).

V. **Bundesstaatliche Entwicklungsdynamik in ausgewählten Bereichen**

Im Folgenden richtet sich der Blick auf die bundesstaatliche Entwicklung in drei Bereichen, die im Zeitpunkt der Bundesstaatsgründung noch nicht im Zentrum der Aufmerksamkeit standen, die aber schon bald grosse praktische Bedeutung erlangen sollten: das Verhältnis «Bundesrecht/kantonales Recht» (1.), das Institut der Bundesaufsicht (2.) sowie die Bundesgrundrechte und ihre bundesstaatlichen Funktionen (3.).

1. *Das Verhältnis «Bundesrecht/kantonales Recht» im Wandel: zwiespältiger Pragmatismus*

Bundesstaatliche Rechtsordnungen enthalten regelmässig Kollisionsregeln, die dafür sorgen, dass sich allfällige Konflikte im Verhältnis «Bundesrecht/gliedstaatliches Recht» geordnet auflösen lassen. In der langfristigen Perspektive fällt auf, dass alle drei Bundesverfassungen dieser Fragestellung eher we-

nig Aufmerksamkeit schenken und der Staatspraxis viel Spielraum belassen. Unter der Bundesverfassung von 1874 füllte die Praxis diesen Spielraum mit einem schwankenden und im Ergebnis eher zwiespältigen Pragmatismus, der sich unter der Bundesverfassung von 1999 im Wesentlichen fortsetzt. Ohne in die Details zu gehen, seien einige Elemente dieser Entwicklung festgehalten.

a. «Bundesrecht bricht kantonales Recht»?

Die Bundesverfassung von 1848 behandelte das Verhältnis «Bundesrecht/kantonales Recht» nur fragmentarisch. In Art. 3 BV 1848 kommt deutlich zum Ausdruck, dass die *Bundesverfassung* über dem kantonalen Recht steht.²⁷¹ In einzelnen Sachbestimmungen wie Art. 32 Bst. e BV 1848 (Genehmigungspflicht für kantonale Erlasse betreffend Konsumgebühren) wird der Verfassungsvorrang bekräftigt. Eine ausdrückliche allgemeine Regel zum Verhältnis «Bundesgesetz(gebung)/kantonales Recht» findet sich hingegen in der Bundesverfassung nicht. Das Werk von 1848 ist auch in dieser Hinsicht «unfertig».

Die Bundesverfassung von 1874 ergänzte die lückenhafte Regelung um zwei bedeutsame Elemente.

- Zum einen waren fortan *Bundesgesetze* und Staatsverträge für das Bundesgericht *massgebend* (Art. 113 Abs. 3 BV 1874).²⁷² Diese «Immunisierung» erfasste praxismässig auch kompetenzwidrig erlassene Bundesgesetze, während ansonsten nur das kompetenzgemäss erlassene Bundesrecht Vorrang gegenüber kantonalem Recht beanspruchen konnte.
- Zum anderen sah eine Übergangsbestimmung vor, dass Bestimmungen «der kantonalen Verfassungen und Gesetze, welche mit der neuen Bundesverfassung im Widerspruch stehen», mit Annahme der Bundesverfassung bzw. der ausführenden Bundesgesetzgebung ausser Kraft treten (Art. 2 ÜB BV 1874; sog. derogatorische Kraft des Bundesrechts).

In der älteren schweizerischen Literatur war es üblich, das Kollisionsproblem auf die Kurzformel «Bundesrecht bricht kantonales Recht»²⁷³ zu bringen. In diesen Worten klingt die bekannte Regelung der Weimarer Reichsverfassung

271 Vgl. auch Art. 6 BV 1848 (Vorrang gegenüber den Kantonsverfassungen). Zur Vorrangfrage siehe auch hinten D.II.3.

272 Art. 113 Abs. 3 BV 1874 erwähnt auch die «allgemein verbindlichen Beschlüsse». Neben den parlamentarisch «genehmigten» Staatsverträgen galten zudem praxismässig auch die übrigen Staatsverträge als massgebend. Vgl. heute Art. 190 BV 1999, wo neben den Bundesgesetzen nun generell das «Völkerrecht» sowie ausdrücklich auch «die anderen rechtsanwendenden Behörden» genannt werden.

273 Vgl. WALTHER BURCKHARDT, Eidgenössisches Recht bricht kantonales Recht, in: Festgabe für Fritz Fleiner zum 60. Geburtstag, Zürich 1927, S. 59 ff.; MAX IMBODEN, Bundesrecht bricht kantonales Recht, Aarau 1940. Vgl. auch BERNHARD WALDMANN, «Bundesrecht bricht kantonales Recht». Eine Formel mit Fragezeichen, in: Festschrift für Tobias Jaag, Zürich 2012, S. 533 ff.

(1919) an, die in das Bonner Grundgesetz (1949) übernommen wurde.²⁷⁴ Die schweizerische Praxis erkannte, dass diese holzschnittartige Regel, die auf der Vorstellung klar abgrenzbarer Rechtssphären beruht, wenig geeignet ist, um in dem immer komplexeren Geflecht aus Bundesrecht und kantonalem Recht adäquate Konfliktlösungen zu finden. In die «nachführende» Bundesverfassung von 1999 wurde daher eine offenere Formel aufgenommen, die ein problemorientiertes, pragmatisches Vorgehen ermöglichen soll: «Bundesrecht geht entgegenstehendem kantonalem Recht vor» (Art. 49 Abs. 1 BV 1999).²⁷⁵

Auch auf einem Nebenschauplatz profitierten die Kantone vom Pragmatismus und von der Flexibilität der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Unter der Bundesverfassung von 1874 hatte das Bundesgericht es den Kantonen im Rahmen seiner Judikatur zu Art. 6 Abs. 1 ZGB²⁷⁶ grosszügig ermöglicht, das vom Bund auf der Grundlage von Art. 64 BV 1874 erlassene *Bundeszivilrecht* gestützt auf die kantonalen «öffentlich-rechtlichen Befugnisse» *zurückzudrängen*.²⁷⁷ Für dieses Phänomen hat sich der Begriff der «*expansiven Kraft*» des (kantonalen) öffentlichen Rechts eingebürgert. Wo die Schranken dieser expansiven Kraft liegen, lässt sich, so das Bundesgericht, «nicht in allgemeiner Form umschreiben» (BGE 110 Ia 111 E. 3.b S. 113). Das kantonale öffentliche Recht kann, gemäss Bundesgericht, «das Bundesprivatrecht nicht nur ergänzen, sondern auch in seiner Tragweite beeinflussen» (BGE 146 I 70 E. 5.2.1 S. 74). In einem den Kanton Neuenburg betreffenden Fall entschied das Bundesgericht jüngst, dass die Einführung eines kantonalen Mindestlohns das Bundeszivilrecht nicht verletzt (BGE 143 I 403 E. 7 S. 418 ff.) – was alles andere als selbstverständlich ist.

b. Pragmatismus zugunsten des Bundes und ein asymmetrisches verfassungsmässiges Recht

Umgekehrt nutzte der Bundesgesetzgeber wiederholt seine Zivilrechtskompetenz (Art. 64 BV 1874; heute Art. 122 BV 1999), um unter dem Titel «er-

274 «Reichsrecht bricht Landesrecht» (Art. 13 WRV) bzw. «Bundesrecht bricht Landesrecht» (Art. 31 GG). – Die Reichsverfassung von 1871 sprach davon, «dass die Reichsgesetze den Landesgesetzen vorgehen» (Art. 2 RV).

275 Der Bundesrat hatte sich im VE BV 1996 für die althergebrachte Formel entschieden: «Bundesrecht bricht kantonales Recht» (Art. 40 VE BV 1996). Dies überrascht, hatten doch sowohl der Verfassungsentwurf der Expertenkommission von 1977 (Art. 45) als auch die Modell-Studie des EJPD von 1985 (Art. 51) eine weniger harte Formel verwendet («Bundesrecht geht kantonalem Recht vor»). – Die heutige Formulierung geht auf die übereinstimmenden Anträge der beiden Verfassungskommissionen zurück, die diskussionslos gutgeheissen wurden (siehe AB SD 1998, Ständerat S. 62, Nationalrat S. 255).

276 Die Bestimmung lautet seit 1912 unverändert: «Die Kantone werden in ihren öffentlich-rechtlichen Befugnissen durch das Bundeszivilrecht nicht beschränkt.»

277 Eingehend zu dieser Rechtsfigur HANS HUBER, in: Berner Kommentar, Einleitungsband, Bern 1962, Art. 6 ZGB, N 77 ff.; ARNOLD MARTI, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürcher Kommentar, Einleitung, 1. Teilband (Art. 1–7 ZGB), 3. Aufl. Zürich 1998, Art. 6 ZGB, N 4 ff.

gänzendes bzw. formelles Bundeszivilrecht» Vorschriften mit klar öffentlich-rechtlichem Einschlag zu erlassen, so etwa im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts (BGE 142 III 795 E. 2.1 S. 796). Vergleichbaren Verdrängungsphänomenen begegnet man auch in anderen Zusammenhängen. So hatte das Bundesgericht, schon lange bevor der Bund die Kompetenz zur Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts erlangte (2007), bestimmte «prozessuale Fragen als solche des Bundesprivatrechts erklärt» mit dem Ziel, «die Durchsetzung des Bundesrechts zu gewährleisten».²⁷⁸ Dank dieser «zentralisierenden» Rechtsprechung erlangte auch das Bundeszivilrecht eine expansive Kraft.

Das Bundesgericht leitete zudem aus dem bereits erwähnten Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts (Art. 2 ÜB BV 1874) ein *verfassungsmässiges* «*individuelles Recht jedes Bürgers*» ab, das den Weg ebnet, um vor Gericht eine Verletzung der Normenhierarchie im Verhältnis Bund/Kantone geltend machen zu können.²⁷⁹ In mehreren Urteilen stellte sich das Bundesgericht auf den Standpunkt, «es sei Bundesrecht auch dann verletzt, wenn der kantonale Richter im Wege der Auslegung das Bundesrecht auf Rechtsverhältnisse erstrecke, die nach der Meinung des Bundesgesetzgebers unter das kantonale Recht gehörten».²⁸⁰ Ein auf Bundesrecht statt auf kantonales Recht gestützter Entscheid einer kantonalen Vorinstanz sei, so das Bundesgericht, «der Praxis gemäss wegen Verkennung der derogatorischen Kraft des Bundesrechts aufzuheben» (BGE 55 I 99, 104).

Das hier zum Ausdruck kommende *symmetrische Verständnis* der Rechtsverletzung stiess in der Literatur auf dezidierte Kritik. WALTHER BURCKHARDT monierte in seinem Verfassungskommentar: «Anfechtbar ist [...] die Praxis des Bundesgerichts, diesen allgemeinen Grundsatz [Art. 2 ÜB] zu einem Individualrecht [...] zu machen [...]. Noch anfechtbarer ist es, Art. 2 ÜB [...] auch auf den umgekehrten Fall anzuwenden, wo eidgenössisches Recht zu Unrecht angewendet wird, statt kantonales».²⁸¹ Die Rechtsprechung schwenkte auf diese Linie ein, liess den «umgekehrten Fall» (BURCKHARDT) fallen und konzipierte die derogatorische Kraft des Bundesrechts fortan als *asymmetrische Garantie*. Dies schwächt die Stellung des kantonalen Rechts im bundesstaatlichen Gefüge. Gute Gründe sprechen dafür, zum früheren *symmetrischen Verständnis* zurückzukehren und der «force dérogatoire du droit fédéral» die «force déroga-

278 OSKAR VOGEL, ZSR 1984 II, S. 692 (Diskussionsbeitrag zu den Referaten von PETER SALADIN und BLAISE KNAPP).

279 Zum Ganzen FRITZ FLEINER, Bundesstaatliche und gliedstaatliche Rechtsordnung, VVDStRL 6, Berlin/Leipzig 1929, S. 2 ff. (Zitat: S. 6; Hervorhebung nur hier).

280 So zusammenfassend FLEINER (Fn. 279), S. 6, unter Bezugnahme auf BGE 14, 427; BGE 29 I 180; BGE 46 I 280 («eine Verletzung des Bundesrechtes» liegt auch dann vor, wenn der Richter «– wie im vorliegenden Falle – seinem Urteile irrtümlicherweise eidgenössisches statt kantonales Recht zu Grunde legt»); BGE 48 I 232.

281 BURCKHARDT, Komm. BV, S. 824 (zu Art. 2 ÜB BV 1874) (im Original Abgekürztes hier ausgeschrieben).

toire du droit cantonal» gegenüberzustellen,²⁸² dies als Handhabe gegen die Usurpation einer kantonalen Kompetenz durch den Bund, aber auch als Handhabe gegen eine überdehnende Auslegung des Bundesrechts zulasten kantonalen Rechts durch untere Instanzen. Die Rückkehr zu einem symmetrischen Verständnis der Rechtsverletzung dürfte sich auf dem Weg der Rechtsprechungsänderung bewerkstelligen lassen.

Schwieriger dürfte es sein, die durch die «Immunisierung» der Bundesgesetze (Art. 113 Abs. 3 BV 1874 bzw. Art. 190 BV 1999) bewirkte Asymmetrie zu beseitigen. Eine Aufhebung oder Modifikation des verfassungsrechtlichen Massgeblichkeitsgebots scheint heute politisch nicht mehrheitsfähig zu sein.²⁸³ Gibt es andere Wege, das Massgeblichkeitsgebot zu relativieren? Gemäss der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichts statuiert Art. 190 BV 1999 «ein Anwendungsgebot, [aber] kein Prüfungsverbot».²⁸⁴ Unter Berufung auf diese höchstrichterliche Maxime könnte ein Kanton schon heute versuchen, auf dem Rechtsweg ein Urteil zu erstreiten, in dem das Bundesgericht einen Kompetenzübergriff des Bundesgesetzgebers feststellt.²⁸⁵ Das Bundesgericht wäre zwar (wegen Art. 190 BV 1999) nicht befugt, den Kompetenzübergriff förmlich zu beseitigen. Schon die blossе höchstrichterliche Feststellung einer Verfassungsverletzung durch den Bundesgesetzgeber dürfte aber ihre Wirkung nicht verfehlen.

2. *Bundesaufsicht im Wandel: Verschiebungen und Verwerfungen im Aufsichtsgefüge*

Die zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts war eine politisch unruhige Zeit. Der Bund sah sich zwischen 1855 und 1890 mehrere Male zu einer Bundesintervention veranlasst, um überforderte kantonale Behörden bei der Abwehr erheblicher Störungen der öffentlichen Ordnung zu unterstützen (Art. 16 BV

282 In diesem Sinn VINCENT MARTENET, in: *Commentaire romand Cst.*, Art. 49, N 57 ff., der zudem postuliert: «Du moment que le principe de la primauté du droit fédéral est érigé en droit constitutionnel des particuliers, il n'y a aucune raison de ne pas en faire de même pour le principe de la force dérogatoire du droit cantonal» (N 59). Ähnlich auch SALADIN, *Bund und Kantone*, S. 464 (zur Bundesverfassung von 1874).

283 Am 12. September 2022 lehnte der Ständerat die beiden Motionen 21.3689/21.3690 «Grundrechte und Föderalismus stärken und die Rechtsstaatlichkeit festigen. Ein neuer Anlauf zur Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit» mit 29 zu 15 Stimmen ab (AB 2022 S 652 ff.). Vgl. GIOVANNI BIAGGINI, *Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit? Eine Lagebeurteilung aus Anlass der Motionen 21.3689 (Engler) und 21.3690 (Zopfi)*, in: *Mitteilungsblatt der Schweizerischen Gesellschaft für Parlamentsfragen*, Heft 1/2022, S. 2 ff.

284 Z.B. BGE 136 II 120 E. 3.5.1 S. 130 sowie Regeste («Appellentscheid», gerichtet an den Bundesgesetzgeber: der «Familiennachzug von Schweizer Bürgern» sei «den neuen Verhältnissen im Bereich des FZA anzupassen»).

285 In diesem Sinn auch SALADIN, *Bund und Kantone*, S. 464 (zur Bundesverfassung von 1874); BERNHARD WALDMANN, in: Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger/Lorenz Kneubühler (Hrsg.), *Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar*, 3. Aufl., Basel 2018, Art. 120, N 11.

1848/1874).²⁸⁶ Daneben galt es in den ersten Jahren nach der Bundesstaatsgründung, die Beachtung des neu geschaffenen Bundesrechts aller Stufen durch die Kantone sicherzustellen (Bundesaufsicht). Die Bundesverfassung 1848 stattete den Bund sowohl mit präventiven als auch mit repressiven Aufsichtsmitteln aus. Als Hauptorgan der Bundesaufsicht fungierte der Bundesrat. Die Verfassung übertrug ihm in Art. 90 die Aufgabe, «von sich aus oder auf eingegangene Beschwerde die erforderlichen Verfügungen» zu treffen (Ziff. 2), genehmigungsbedürftige kantonale Erlasse zu prüfen (Ziff. 7) und in definierten Bereichen die Kantonalverwaltung zu überwachen (Ziff. 13). Der Bundesversammlung oblag es, die Kantonsverfassungen zu prüfen und zu gewährleisten sowie «Massregeln» zur «Erfüllung der bundesmässigen Verpflichtungen» zu treffen (Art. 74 Ziff. 7 und 8). Im Einzelnen liess der Verfassungstext viele Grundfragen der Bundesaufsicht offen (Massstab, Einsatzmodalitäten, Verfahren usw.).²⁸⁷

Der allgemeine verfassungsrechtliche Rahmen der Bundesaufsicht änderte sich später nicht mehr grundlegend, weder bei der Totalrevision von 1874 noch bei der Totalrevision von 1999. Dennoch sind bedeutsame Veränderungen im Grundverständnis der Bundesaufsicht und in der praktischen Handhabung zu verzeichnen. Eine umfassende Aufarbeitung der Geschichte der Bundesaufsicht liegt bisher bedauerlicherweise nicht vor²⁸⁸ (und kann hier nicht geleistet werden). Die folgenden Streiflichter zeigen, dass es nicht nur zu markanten Verschiebungen in institutioneller Hinsicht kam (nachfolgend a. und b.), sondern auch zu Verwerfungen im bundesstaatlichen Aufsichtsgefüge (c.). Letzteres deutet darauf hin, dass Staatspraxis und Rechtslehre die dynamische Entwicklung im bundesstaatlichen und im rechtsstaatlichen Bereich nur ungenügend verarbeitet haben.

a. *Verlagerung der Bundesaufsicht aus der staatsrechtlichen in die verwaltungsrechtliche Sphäre*

Die Bundesaufsicht soll sicherstellen, dass die Kantone ihre bundesrechtlichen Verpflichtungen erfüllen. Anfänglich ging es in erster Linie um die Durchsetzung der zahlreichen *verfassungsunmittelbaren Pflichten* der Kantone, namentlich in deren eigenem, sog. originären Wirkungskreis (vorne B.II.2.),²⁸⁹ später

286 Tessin: 1855, 1870, 1876, 1889 und 1890 (Auseinandersetzungen zwischen Radikalen und Konservativen; Streit um die Kantonshauptstadt); Neuenburg: 1856 (royalistischer Aufstand); Genf: 1864 (Wahlbetrug, anschliessende Strassenkämpfe); Zürich: 1871 (sog. Tonhalle-Krawall zwischen Deutschen und Franzosen anlässlich einer deutschen Siegesfeier); Uri: 1875 (Aufstand der im Gotthardtunnel beschäftigten Arbeiter). – Ausführlich BURCKHARDT, Komm. BV, S. 117 ff. (wo die Bundesintervention in Genf von 1932 noch nicht berücksichtigt ist).

287 Zu den Grundfragen der Bundesaufsicht (Gegenstand, Zuständigkeiten, Adressaten, Massstäbe, Instrumente, Einsatzmodalitäten, Verfahren) eingehend BIAGGINI, Theorie und Praxis, S. 135 ff.

288 Zum älteren Aufsichtsverständnis (primär systematisch): BERNHARD SCHAUB, Die Aufsicht des Bundes über die Kantone, Diss. Zürich, Aarau 1957.

289 Vgl. KURT EICHENBERGER, in: Komm. BV 1874, Art. 102, Rz. 22 ff. (1988).

immer mehr um die Einhaltung und Umsetzung der nach und nach erlassenen *Bundesgesetzgebung* durch die Kantone und ihre Verwaltungen, d.h. im sog. delegierten Wirkungskreis. Die Verschiebung beim Aufsichtsmasstab – von der Verfassung zum Gesetz – ist eine Folge der sich ausbreitenden Methode des Vollzugsföderalismus (Umsetzung des Bundesrechts durch die Kantone).²⁹⁰ Die Bundesaufsicht im übertragenen Wirkungskreis ist das unverzichtbare Gegenstück zum Vollzugsföderalismus. Der Bundesgesetzgeber setzte mehr und mehr auf *massgeschneiderte gesetzliche Aufsichtsinstrumente*. Es entstanden spezialgesetzliche Aufsichtsregime, die zum Teil mit sehr weitreichenden, verfassungsrechtlich mitunter problematischen Interventionsbefugnissen eidgenössischer Aufsichtsbehörden verbunden waren (und teils weiterhin sind), so beispielsweise im Registerwesen (Zivilstandsregister, Handelsregister, Grundbuch)²⁹¹ oder bei der direkten Bundessteuer²⁹².

In materieller Hinsicht fällt, rechtsvergleichend, auf, dass Ungleichheiten bei der gliedstaatlichen Umsetzung von Bundesrecht in der Schweiz grosszügiger toleriert werden als in anderen Bundesstaaten.²⁹³ Auch wird das Ziel der gleichmässigen Bundesrechtsumsetzung je nach Rechtsbereich unterschiedlich streng verstanden. In institutioneller Hinsicht ist bemerkenswert, dass Aufsichtsaufgaben oft an nachgeordnete Organe (Departemente, Bundesämter) delegiert sind, teils auch an unabhängige Behörden (z.B. an die Wettbewerbskommission, siehe Art. 8 und Art. 9 BGBM). Die Bundesaufsicht ist im Vergleich zu den Anfangsjahren des Bundesstaats *entpolitisiert*. Die Abwanderung von der staats- in die verwaltungsrechtliche Sphäre verringert die der Bundesaufsicht innewohnende staatspolitische Dramatik. Die politischen Kosten der Bundesaufsicht nehmen ab. Aufsichtsinstrumente kommen tendenziell leichter zum Einsatz.

b. Zunehmende Justizialisierung der Bundesaufsicht

In der Perspektive der *longue durée* tritt eine weitere Entwicklung zutage. Nach und nach ist die Justiz – funktional betrachtet – zu einem zweiten zentralen Organ der Bundesaufsicht neben der Verwaltung geworden. Diese Justizialisierung der Bundesaufsicht macht sich den Umstand zunutze, dass die Überprü-

290 Zum Vollzugsföderalismus eingehend KNAPP, *Le fédéralisme*, S. 275 ff., insb. S. 346 ff.; BIAGGINI, *Theorie und Praxis*, S. 1 ff.

291 Siehe etwa die Interventionsbefugnisse des Eidgenössischen Amtes für das Zivilstandswesen gemäss Art. 86 Abs. 2 der Zivilstandsverordnung (ZStV) vom 28. April 2004 (SR 211.112.2). Vgl. BIAGGINI, *Theorie und Praxis*, S. 133 ff.

292 Siehe Art. 102 ff. des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer (DBG; SR 642.11). Im Fall der sog. Obwaldner Steueraffäre (1986) stand die kantonale Steuerverwaltung zeitweise unter «Bundesvormundschaft». Vgl. NZZ vom 3. September 2016, S. 19 («Des «Kaisers» Steuern. Wie der Kanton Obwalden wegen Franz Beckenbauer entmündigt wird»).

293 Vgl. BENJAMIN SCHINDLER, *Rechtsanwendungsgleichheit in Mehrebenensystemen*, VVDStRL 78, Berlin 2019, S. 167 ff.

fung kantonalen Handelns im Rahmen von Rechtsmittelverfahren nicht nur dem Individualrechtsschutz, sondern auch der Durchsetzung des objektiven (Bundes-)Rechts dient.

Die Verlagerung der Bundesaufsicht zur Justiz machte sich zunächst im Bereich der *Verfassungsgerichtsbarkeit* bemerkbar (dazu vorne C.III.1. und hinten C.V.3.). Bei der *Durchsetzung verfassungsmässiger Individualrechte* – auch bei atypischen wie dem Willkürverbot oder der derogatorischen Kraft des Bundesrechts – übt das Bundesgericht funktional Bundesaufsicht aus;²⁹⁴ dies allerdings unter besonderen verfahrensmässigen Rahmenbedingungen: nur auf Beschwerde hin (d.h. nicht von Amtes wegen), nur innerhalb des Verfahrensgegenstands und innerhalb der gestellten Anträge usw.

Mit dem Auf- und Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Bund verstärkte sich diese Entwicklung, dies nicht zuletzt wegen des Aufkommens der (Bundes-)*Behördenbeschwerde* (heute Art. 89 Abs. 2 Bst. a BGG). Die inzwischen praktisch flächendeckend greifende Beschwerdemöglichkeit der im jeweiligen Aufgabenbereich zuständigen Bundesbehörde illustriert vorzüglich die *Instrumentalisierung des Individualrechtsschutzsystems* für Aufsichtszwecke.²⁹⁵ Die gesetzliche Verpflichtung der Kantone, im Anwendungsbereich der früheren Verwaltungsgerichtsbeschwerde (Art. 98 ff. OG) als Vorinstanzen des Bundesgerichts richterliche Behörden (Verwaltungsgerichte) einzusetzen,²⁹⁶ bewirkte zudem im Ergebnis eine Indienstnahme (auch) der kantonalen Justiz für die Bundesaufsicht.

Die Bundesaufsicht ist heute nicht nur weitgehend entpolitisiert (vorne a.), sondern durch die fortgeschrittene Justizialisierung auch gewissermassen unsichtbar geworden, «en quelque façon nulle».

c. *Verwerfungen im Aufsichtsgefüge*

Zwei Fälle aus der bundesrätlichen Aufsichtspraxis – der eine betrifft ein Eingreifen «von sich aus» (von Amtes wegen), der andere ein Eingreifen «auf eingegangene Beschwerde» (Art. 102 Abs. 1 Ziff. 2 BV 1874) – illustrieren in exemplarischer Weise die Schwierigkeiten der Praxis, mit den geschilderten Veränderungen im bundesstaatlichen Aufgabengefüge zurechtzukommen (und lassen erahnen, dass es auch die Staatsrechtslehre versäumt hat, sich vertieft mit dem Veränderungsprozess auseinanderzusetzen).

294 Für einzelne verfassungsmässige Rechte verblieb die Entscheidungszuständigkeit beim Bundesrat, dies teils bis Ende 1999 (insb. Anspruch auf genügenden, unentgeltlichen Primarunterricht, Art. 27 Abs. 2 BV 1874; vgl. auch hinten C.V.2.c.).

295 Zur Behördenbeschwerde des Bundes als einem «Mittel der Bundesaufsicht» eingehend BGE 148 II 369, insb. E. 3.3 S. 373 ff.

296 Vgl. insb. Art. 98a OG («Letzte kantonale Instanzen»), in Kraft seit 15. Februar 1992 (AS 1992 288). Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit derartiger Bundesvorgaben war anfänglich teils umstritten. Mit der 2007 eingeführten Rechtsweggarantie (Art. 29a BV 1999) ist die Pflicht der Kantone, gerichtlichen Rechtsschutz zu gewährleisten, verfassungsrechtlich solide abgestützt.

(1) Der Fall «Fextal» als Weckruf

Das aufsichtsrechtliche Eingreifen des Bundesrats im Fall «Fextal» (1974)²⁹⁷ ist als *cause célèbre* in die Geschichte des schweizerischen Bundesstaatsrechts eingegangen. Obwohl der Fall nach wie vor sehr instruktiv ist, droht er in Vergessenheit zu geraten. Das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden hatte am 11. März 1974 auf Rekurs hin entschieden, dass bestimmte Parzellen in der Gemeinde Segl/Sils im Engadin aus dem provisorischen Schutzgebiet Fextal auszuklammern seien; eine massvolle Überbauung beeinträchtige weder die Naturschönheiten noch die Erholungsfunktion des Fextals in untragbarer Weise. Das kantonale Gerichtsurteil wurde rechtskräftig. Der für den Vollzug des Bundesbeschlusses über dringliche Massnahmen auf dem Gebiete der Raumplanung (vom 17. März 1972) zuständige Delegierte des Bundes gelangte nach Rücksprache mit den kommunalen und kantonalen Behörden an den Bundesrat.

Am 4. September 1974 hob der Bundesrat gestützt auf Art. 102 Abs. 1 Ziff. 2 BV 1874 das Urteil des Bündner Verwaltungsgerichts auf und legte fest, dass die provisorischen Schutzpläne «unverändert in der vom Delegierten des Bundesrates für Raumplanung genehmigten [...] Form fortbestehen». Zur Begründung führte der Bundesrat an, das kantonale Urteil missachte wichtige öffentliche Interessen und *verstosse offensichtlich gegen Bundesrecht*. Da der Rechtsweg an das Bundesgericht ausgeschlossen sei (Art. 99 Bst. c OG) und die zuständigen Bundesbehörden mangels Möglichkeit der Behördenbeschwerde keine Möglichkeit gehabt hätten, den Bundesrat in seiner Funktion als Beschwerdeinstanz anzurufen, bestehe kein anderes Mittel als die *aufsichtsrechtliche Kassation* des kantonalen Urteils, um die Einhaltung des Bundesrechts zu gewährleisten.

Die Aufhebung des Gerichtsurteils durch den Bundesrat sorgte für viel Aufsehen und für kontroverse Reaktionen in der Rechtslehre.²⁹⁸ Das Bündner Verwaltungsgericht brachte seinen Unmut in einem Brief an den Bundesrat zum Ausdruck.²⁹⁹ Es fühle sich «im Interesse der Rechtsstaatlichkeit verpflichtet, gegen jeden Übergriff der Exekutive in den Bereich der Rechtsprechung mit aller Entschiedenheit Stellung zu beziehen». Eine Aufhebung sei «allein möglich, wenn das Urteil in einem ordentlichen Beschwerdeverfahren und fristgemäss an den Bundesrat als Rechtspflegeorgan weitergezogen» werde, was

297 Bundesrat, Beschluss vom 4. September 1974, in: ZBl 1974, S. 529 ff.

298 *Contra* z.B. YVO HANGARTNER, Bundesaufsicht und richterliche Unabhängigkeit, ZBl 1975, S. 1 ff.; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 788; *pro* z.B. PIERRE MOOR, Pouvoir de surveillance fédéral et autorités cantonales, ZBl 1975, S. 191 ff.; TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 988 (m.w.H.). – Die Justizabteilung (heute Bundesamt für Justiz) hatte sich 1961 gegen die Zulässigkeit der aufsichtsrechtlichen Aufhebung kantonalen Gerichtsurteile durch den Bundesrat ausgesprochen, denn «die Gerichte sind wegen des Grundsatzes der Gewaltenteilung seiner Aufsicht entzogen» (Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden [VEB] Heft 30, Nr. 15, S. 41 ff., 42).

299 Vom 1. Oktober 1974, auszugsweise wiedergegeben in ZBl 1974, S. 529 ff., 533.

vorliegend nicht der Fall gewesen sei. Die Empörung des Verwaltungsgerichts galt also nicht etwa der *Urteilsaufhebung* durch den Bundesrat *als solcher*, sondern allein dem Umstand, dass Gegenstand der bundesrätlichen Aufsichtsmassnahme ein *rechtskräftiges* Urteil war.

Die aus heutiger Sicht ungewöhnliche Reaktion des Bündner Verwaltungsgerichts beruht letztlich auf der früher verbreiteten Auffassung, wonach die Grundsätze der Gewaltenteilung und der richterlichen Unabhängigkeit im *vertikalen* Verhältnis – d.h. im Verhältnis zwischen Bund (Bundesrat) und Kanton (kantonale Verwaltungsgerichtsbarkeit) – nicht im Spiel seien.³⁰⁰ Diese Position war schon immer problematisch; im September 1974 mag sie aber noch eine gewisse Plausibilität gehabt haben. Seither hat sich jedoch das rechtliche Umfeld entscheidend verändert: zunächst durch den Beitritt der Schweiz zur EMRK (28. November 1974), später durch das Inkrafttreten der neuen Bundesverfassung (2000) und der Justizreform (2007). Aus heutiger Sicht ist klar: Die fundamentale rechtsstaatliche Garantie der richterlichen Unabhängigkeit, verankert in Art. 6 Ziff. 1 EMRK sowie in Art. 30 Abs. 1 und Art. 191c BV 1999, lässt es nicht zu, dass eine Exekutivbehörde (oder ein Parlament³⁰¹) ein Gerichtsurteil aufhebt. Die frühere Rechtfertigungsstrategie vermag nicht mehr zu überzeugen. Hier interessieren allerdings nicht die damaligen Argumente und ihr damaliges und heutiges Gewicht, sondern das durch den Fall «Fextal» zutage geförderte tieferliegende Problem: Das Bundesstaatsverständnis (Interventionsinteresse des Bundes) und das Rechtsstaatsverständnis (Gewaltenteilung) kollidierten hier miteinander, weil man es versäumt hatte, rechtzeitig die organisatorischen Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass sich die beiden je berechtigten Anliegen – Durchsetzung des Bundesrechts (Bundesaufsicht) einerseits, richterliche Unabhängigkeit andererseits – konfliktfrei verwirklichen lassen. Kurz: Im Lauf der Bundesstaatsentwicklung war das Aufsichtsgefüge aus dem Lot geraten.

Der Bund zog aus dem im Fall «Fextal» sichtbar gewordenen Problem einige Lehren.³⁰² Namentlich «entdeckte» der Bundesrat in der Folge ein aufsichtsrechtliches Instrument, das ihm bereits im September 1974 als Alternative grundsätzlich zur Verfügung gestanden hätte: die staatsrechtliche *Klage* (Art. 113 Abs. 1 Ziff. 1 BV 1874; Art. 83 OG). Anlass dazu gab ein Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Basel-Landschaft vom 7. November 1990 im

300 Vgl. TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 988, der immerhin festhält, dass die aufsichtsrechtliche Kasation eines kantonalen Urteils «nur als *Notmassnahme bei schwersten Bundesrechtsverletzungen*» erwogen werden dürfe (Hervorhebung im Original).

301 Vgl. z.B. Art. 26 Abs. 4 ParlG. «Die [parlamentarische] Oberaufsicht umfasst nicht die Befugnis, Entscheide aufzuheben oder zu ändern. Die inhaltliche Kontrolle richterlicher Entscheide [...] ist ausgeschlossen.»

302 Z.B. Ausweitung der Verwaltungsgerichtsbarkeit und der Behördenbeschwerde. – Zu den immanenten Grenzen einer Instrumentalisierung des Rechtsschutzsystems vgl. BIAGGINI, Theorie und Praxis, S. 191 ff.

Zusammenhang mit der sog. Fichen-Affäre.³⁰³ Das kantonale Gericht hatte sich auf den Standpunkt gestellt, dass für die Einsicht in die *beim Kanton befindlichen Staatsschutzakten* allein kantonales Recht anwendbar sei. Der Bundesrat (vertreten durch das EJPD) erhob im Namen der Schweizerischen Eidgenossenschaft beim Bundesgericht staatsrechtliche Klage gegen den Kanton Basel-Landschaft.³⁰⁴ Das Bundesgericht hiess die aufsichtsrechtlich motivierte Klage gut, soweit darauf einzutreten war, und erklärte die einschlägige Ziffer des Urteilsdispositivs für nichtig. Bei einer (aus Sicht des Bundes) fehlerhaften Auslegung und Anwendung des Bundesrechts durch ein kantonales Gericht gab und gibt es somit einen Weg, um das Urteil zu «kassieren» (bzw. «kassieren» zu lassen), ohne die Garantie der richterlichen Unabhängigkeit anzutasten.

(2) Der Fall «Walchwil» als Rückfall

Rund 25 Jahre später zeigte allerdings der Fall «Walchwil» (1999), dass man das Problem zu wenig gründlich erfasst und gelöst hatte. Aufgrund der damaligen Rechtsmittelordnung war (noch) der *Bundesrat* im Rahmen der sog. kleinen Staatsrechtlichen Beschwerde zuständig für die Beurteilung von Beschwerden betreffend die Verletzung verschiedener verfassungsmässiger Rechte,³⁰⁵ wozu namentlich der *Anspruch auf genügenden, unentgeltlichen Primarunterricht* gehörte (Art. 27 Abs. 2 BV 1874, heute Art. 19 BV 1999). Der vielbeschäftigte Bundesrat musste sich daher von Zeit zu Zeit auch mit der Länge und der Gefährlichkeit von Schulwegen, mit der Kostenübernahme für Schulbusse und mit anderen Alltagssorgen aus dem Schulbereich befassen. In einem Fall betreffend die Zuger Gemeinde Walchwil gelangte der Bundesrat am 17. Februar 1999 zum Schluss, dass der Schulweg eines Primarschülers – laut Sachverhalt: «teilweise sehr steil, Naturweg, Waldgebiet, Höhendifferenz von 500 m, Schulweg ungefähr 40 Minuten» – als «unzumutbar» einzustufen sei, weshalb die Gemeinde verpflichtet sei, «den Schulbusdienst auch am Morgen talwärts unentgeltlich anzubieten». Der Bundesrat hiess folglich die Beschwerde gut und hob den Entscheid der Vorinstanz vom 12. Juni 1997 teilweise auf.³⁰⁶

303 Siehe Parlamentarische Untersuchungskommission (PUK), Vorkommnisse im EJPD, Bericht vom 22. November 1989, BBl 1990 I 637, 804 ff.

304 BGE 117 Ia 202 i.S. *Schweizerische Eidgenossenschaft gegen Kanton Basel-Landschaft*. Die Beschwerdeführerin im kantonalen Verfahren sowie der Landrat, der Regierungsrat und das Verwaltungsgericht des Kantons Basel-Landschaft wurden als weitere Beteiligte in das Verfahren vor Bundesgericht einbezogen.

305 Dazu ANDREAS AUER, Die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit, Basel/Frankfurt a.M. 1984, S. 145 ff.

306 Bundesrat, Entscheid vom 17. Februar 1999, VPB 64.56 (2000) (Zitate: Regeste und letzter Absatz). Die Gemeinde ist anonymisiert. Dass es um Walchwil geht, ergibt sich aus Hinweisen in einem späteren Entscheid des Zuger Verwaltungsgerichts (Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug 2002, S. 66 ff. E. 4).

Das klingt nicht sehr spektakulär. Aufhorchen lässt aber die Konsequenz, die sich daraus ergab. Denn bei der Vorinstanz handelte es sich um das *Verwaltungsgericht* des Kantons Zug. Der Bundesrat hatte – 150 Jahre nach der Bundesstaatsgründung und gut 25 Jahre nach dem «Fextal»-Weckruf – keinerlei Bedenken, ein Gerichtsurteil aufzuheben, wie wenn es in der Schweizerischen Eidgenossenschaft keine Gewaltenteilung und keine richterliche Unabhängigkeit gäbe.³⁰⁷ Nicht weniger erstaunlich ist, dass der Entscheid des Bundesrats im Fall «Walchwil» keine Wellen warf, weder in der Rechtslehre noch in der Zuger Justiz.³⁰⁸ Der Bundesrat intervenierte zwar hier, anders als im Fall «Fextal», nicht «von sich aus», sondern im Rahmen eines Rechtsmittelverfahrens und zum Schutz eines verfassungsmässigen Individualrechts. Dies ändert jedoch nichts daran, dass es im Fall «Walchwil» funktional (auch) um Bundesaufsicht ging und dass die Aufhebung eines Gerichtsurteils durch die Regierung grundlegenden rechtsstaatlichen Vorgaben zuwiderläuft (richterliche Unabhängigkeit, Gewaltenteilung). Das Vorgehen des Bundesrats irritiert umso mehr, als er sich – kurz vor seinem kassatorischen Entscheid im Fall «Walchwil» – in der Botschaft zur neuen Bundesverfassung dezidiert zum «Prinzip der richterlichen Unabhängigkeit» bekannt hatte.³⁰⁹

Im Zuge der Totalrevision der Bundesverfassung von 1999 übertrug der Bundesgesetzgeber die letzten Zuständigkeiten des Bundesrats im Bereich der verfassungsmässigen Rechte mit Wirkung per Anfang 2000 an das Bundesgericht.³¹⁰ Man durfte daher erwarten, dass sich Konstellationen wie im Fall «Walchwil», verbunden mit korrigierenden Eingriffen des Bundesrats in die Arbeit der kantonalen Justiz, nicht wiederholen sollten. Ein Entscheid des Bun-

307 Schon früher wäre es im berühmten Fall betreffend die Tessiner Gemeinde Cadro und das Anbringen von *Kruzifixen in Pirmarschulzimmern* beinahe zu einem Rückfall gekommen (vgl. BGE 116 Ia 252, Sachverhalt): Am 29. Juni 1988 hob der Bundesrat (als Beschwerdeinstanz in Schulangelegenheiten gemäss Art. 27 BV 1874) auf Beschwerde der Gemeinde Cadro hin ein Urteil des Tribunale cantonale amministrativo auf, das einem privaten Beschwerdeführer im Kruzifix-Streit recht gegeben hatte. Am 4. Oktober 1989 hob die Vereinigte Bundesversammlung auf Beschwerde des Privaten hin den Bundesratsentscheid auf und überwies den Fall zuständigkeitshalber an das Bundesgericht (das sich im Rahmen eines vorangegangenen Meinungsaustauschs für die Zuständigkeit des Bundesrats ausgesprochen hatte). Erst dank der Bundesversammlung (und der antragstellenden Begnadigungskommission) wurde ein erneuter Übergriff des Bundesrats auf die kantonale Justiz verhindert (AB 1989 VerBVers 1833 f.). Die Begnadigungskommission hatte die Brisanz der Konstellation erkannt. Sie hielt in ihrem Bericht u.a. fest, es sei «inopportun qu'une autorité politique se saisisse d'un cas qui a déjà été soumis à une autorité judiciaire» (AB 1989 VerBVers 1834). – Vor Bundesgericht obsiegte der private Beschwerdeführer.

308 Soweit ersichtlich gab es, anders als im Fall «Fextal», kein Protestschreiben des betroffenen Gerichts. Dieses erwähnt den Entscheid des Bundesrats vom 17. Februar 1999 in einem Urteil vom 3. Dezember 2002 beiläufig als Präjudiz, ohne auf die Problematik einzugehen (siehe Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug 2002, S. 66 ff. E. 4).

309 Bundesrat, Botschaft nBV, BBl 1997 I 541 (Erläuterungen zu E-Art. 180, Vorlage C [Justizreform]; heute Art. 191c BV).

310 Aufhebung von Art. 73 VwVG per 1. Januar 2000 (vgl. AS 2000 416; BBl 1999 7922, 7936 f.).

desrats aus dem Jahr 2005 zeigt, dass nicht nur das Problem weiterbesteht, sondern dass auch das Problembewusstsein weiterhin fehlt. Am 16. November 2005 ordnete der Bundesrat an, dass die im Kanton Wallis aufgrund vorsorglicher richterlicher Anordnung beschlagnahmten Kulturgüter aus der Kunstsammlung des russischen Nationalmuseums Puschkin in Moskau die Schweiz verlassen dürfen.³¹¹ Der Entscheid des Bundesrats stützte sich auf Art. 184 Abs. 3 BV 1999, ist aber funktional betrachtet (auch) als Ausübung von Bundesaufsicht einzustufen. Die völkerrechtliche Argumentation des Bundesrats in diesem Fall mag innovativ gewesen sein, wie in der völkerrechtlichen Literatur betont wird.³¹² Dies ändert aber nichts daran, dass sich der Bundesrat mit seiner Anordnung in unzulässiger Weise über eine richterliche Anordnung, die in einem laufenden gesetzlich geordneten Verfahren ergangen war, hinwegsetzte.³¹³

d. Zwischenfazit: Ein sich hartnäckig haltendes atavistisches Verständnis der Aufsichtsfunktion

Die Eingriffe des Bundesrats in Entscheidungen der kantonalen Justiz scheinen nicht enden zu wollen. Wie ist dies zu erklären? So unterschiedlich die Sachverhalte der drei exemplarischen Fälle «Fextal», «Walchwil» und «Puschkin» sind, so zeigen sie doch auch Gemeinsamkeiten: Ein aufsichtsrechtliches Denken alter Schule setzte sich gegen jüngere rechtsstaatliche Errungenschaften durch. Man hatte die Entwicklung des Rechtsschutzsystems und die Bedürfnisse der Bundesaufsicht nicht oder schlecht aufeinander abgestimmt. Die Gleichzeitigkeit des Ungleichzeitigen und die daraus resultierenden Verwerfungen im Aufsichtsgefüge lassen vermuten, dass sich das Bundesstaatsverständnis und das Rechtsstaatsverständnis in einem dynamischen Umfeld nicht aufeinander zu, sondern voneinander weg entwickelt haben. Dem Bundesrat scheint bei der Aufsicht über die Kantone der «Kompass» abhandengekommen zu sein.³¹⁴ Die Gründe dafür sind nicht allein in der Staatspraxis zu verorten. Das unterentwickelte Problembewusstsein hat auch mit Defiziten in der Bundesstaats- und in der Rechtsstaatstheorie zu tun.

311 Bundesrat, Medienmitteilung vom 16. November 2005 («Sammlung Puschkin: Bundesrat hebt Beschlagnahmung der Kulturgüter auf»).

312 Vgl. KERSTIN ODENDAHL, Immunität entliehener ausländischer staatlicher Kulturgüter, AJP 2006, S. 1175 ff.

313 Kritisch auch HANSJÖRG PETER, Les tableaux du Musée Pouchkine de Moscou, Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs 2006, S. 61 ff.; REGINA KIENER, Bundesrätliches «Notrecht» und Unabhängigkeit der Justiz, in: Festschrift für Tobias Jaag, Zürich 2012, S. 459 ff., 469 f. – Zustimmend JÖRG KÜNZLI, in: BS-Komm. BV, Art. 184, N 41 f.

314 Hoffnung macht das «Bundesratsfoto 2023» (Fn. 34), das unter anderem einen Kompass zeigt.

3. *Die ambivalente Rolle der Bundesgrundrechte*

Angesichts des Umstands, dass die Bundesverfassung heute mit einem umfassenden Grundrechtskatalog ausgestattet ist (Art. 7 ff. BV 1999), vergisst man leicht, dass der vom Bund gewährleistete Grundrechtsschutz anfänglich bescheiden war (vorne B.I.3.).³¹⁵ Der gut ausgebaute Individualrechtsschutz ist das Ergebnis eines langen Prozesses, zu dem neben dem Verfassungsgeber vor allem die innovative *Rechtsprechung des Bundesgerichts* Entscheidendes beitrug. Wie der folgende Streifzug durch die schweizerische Grundrechtsgeschichte seit der Bundesstaatsgründung zeigt, ging es bei der Gewährleistung und Durchsetzung der Bundesgrundrechte nicht nur um die Idee der individuellen Freiheit und der Menschenrechte, sondern in hohem Mass auch um die *Disziplinierung der Kantone* durch den Bund. Die Rolle des Bundesgerichts als treibende Kraft der Grundrechtsentwicklung erweist sich aus bundesstaatlicher Sicht als heikel und ist nicht frei von Ambivalenzen.³¹⁶

a. *Bundesstaatliche Funktionen der Bundesgrundrechte und die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit*

Die allgemeinen Grundrechtslehren unterscheiden verschiedene Dimensionen oder Schichten der verfassungsmässigen Individualrechte. Die verfassungsmässigen Rechte erfüllen, je nach Grundrecht und Konstellation, eine abwehrende, anspruchsbegründende, programmatische, flankierende usw. Funktion.³¹⁷ Beim Blick zurück in die Bundesverfassungen von 1848 und 1874 wird deutlich, dass die Bundesgrundrechte der ersten und der zweiten Generation darüber hinaus oft auch eine spezifisch *bundesstaatliche Funktion* erfüllten³¹⁸ und auch im Dienst von Bundeszwecken, wie der «Beförderung» der «gemeinsamen Wohlfahrt» (Art. 2 BV 1848), standen.³¹⁹ Die Freiheitsrechte des Bundes und die damit einhergehenden *Unterlassungspflichten* wirkten gewissermassen als «negative» Kompetenznormen zulasten der Kantone. Im Wesentlichen bundesstaatlich motiviert war auch die *Gleichbehandlungsverpflichtung*, die Art. 48 BV 1848 den Kantonen auferlegte: «[A]lle Schweizerbürger christlicher Kon-

315 Ähnliches gilt auch für weitere bundesstaatliche und bundesstaatsähnliche Rechtsordnungen wie die Vereinigten Staaten von Amerika (vgl. MICHEL HOTTELIER, *Le Bill of Rights et son application aux Etats américains*, Basel 1995, S. 22 ff.), die Republik Österreich (wo die EMRK und Texte aus der Zeit der k.u.k. Monarchie aushelfen müssen; vgl. Art. 149 B-VG) oder die Europäische Union (nachgeschobene Charta der Grundrechte).

316 Zum Folgenden siehe auch BIAGGINI, *Grundrechtsinnovation im Bundesstaat*, Ziff. III ff.

317 Grundlegend JÖRG PAUL MÜLLER, *Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie*, Bern 1982; PETER SALADIN, *Grundrechte im Wandel*, 3. Aufl., Bern 1982; aus jüngster Zeit statt vieler REGINA KIENER, *Allgemeine Grundrechtslehren*, in: *Staatsrecht*, § 30, N 60 ff. (Abschnitt «IV. Dimensionen von Grundrechten»).

318 Z.B. Art. 44 BV 1848 («freie Ausübung des Gottesdienstes [...] im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft»).

319 So z.B. die «Freiheit des Handels und der Gewerbe» (gemäss Art. 31 BV 1874 ebenfalls «im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft» gewährleistet).

fession» sind «in der Gesetzgebung sowohl als im gerichtlichen Verfahren den Bürgern des eigenen Kantons gleich zu halten».³²⁰ Dass die Frage der Gleichbehandlung im jungen Bundesstaat politisch delikat war, illustriert der kompromisshafte Katalog von Ausnahmen und Gegenausnahmen bei der Freiheit der Niederlassung (Art. 41 BV 1848; vorne B.II.2.). Für die Kantone schuf die bundesverfassungsrechtliche Fixierung solcher Kompromisse eine gewisse Berechenbarkeit hinsichtlich der Rechtsentwicklung, denn eine Erweiterung der individuellen Rechtspositionen – einhergehend mit entsprechenden (Unterlassungs- und Gleichbehandlungs-)Verpflichtungen der Kantone – bedurfte einer Verfassungsänderung, die wiederum nur realisiert werden konnte, wenn die Mehrheit der Kantone zustimmte. Im Fall der Niederlassungsfreiheit (Art. 41 BV 1848; Art. 45 BV 1874) erstreckte sich dieser Prozess über mehrere Etappen und viele Jahrzehnte.

Nicht nur die Fortentwicklung, auch die Wahrung und Durchsetzung der Bundesgrundrechte war zunächst eine Aufgabe der *politischen Bundesbehörden*, in erster Linie des Bundesrats, gegebenenfalls der Bundesversammlung (vorne B.II.3.). Erst nach 1874 kam das Bundesgericht ins Spiel, dies allerdings zunächst nicht bei allen verfassungsmässigen Rechten, sondern nur bei den politisch weniger delikaten. Die Bundesverfassung von 1874 hatte nämlich dem Bundesgesetzgeber die Möglichkeit eingeräumt, die Zuständigkeit für Beschwerden, die bestimmte verfassungsmässige Rechte betrafen, beim Bundesrat zu belassen (Art. 113 Abs. 2 i.V.m. Art. 102 Abs. 1 Ziff. 2 BV 1874), mit Weiterzugsmöglichkeit an die Bundesversammlung (Art. 85 Ziff. 12 BV 1874). Der Bundesgesetzgeber machte von dieser Befugnis ausgiebig Gebrauch, dies vor allem bei Bundesgrundrechten, bei denen «die Rechtsverhältnisse noch schwankend» waren.³²¹ So erlangte das Bundesgericht zwar mit dem ersten OG³²² weitreichende verfassungsgerichtliche Einwirkungsmöglichkeiten gegenüber den Kantonen (vorne C.III.1.). Das Gesetz klammerte jedoch Grundrechte wie die Niederlassungsfreiheit, die Glaubens- und Gewissensfreiheit und die Handels- und Gewerbefreiheit ausdrücklich aus (Art. 59 OG 1874). Die Disziplinierung der Kantone in diesen heiklen Materien sollte unter der *Kontrolle der politischen Behörden* bleiben. Eine Folge dieser ungewöhnlichen Rechtsschutzkonstruktion war, dass in Bezug auf den Schutzgehalt der fraglichen verfassungsmässigen Rechte die Deutungshoheit bei den politischen Behörden verblieb.

Je nach Grundrecht war somit auf Bundesebene eine politische oder eine gerichtliche Instanz zur letztinstanzlichen Entscheidung berufen. Aus bundes-

320 Eine vergleichbare Funktion erfüllten spezifische Gleichbehandlungsgebote betreffend den Warenverkehr (Art. 29 Abs. 2 BV 1848) und betreffend Niedergelassene (Art. 41 Abs. 4 BV 1848).

321 So der Bundesrat in der Botschaft zur Revision der Bundesverfassung (vom 17. Juni 1870), BBl 1870 II 700.

322 Bundesgesetz vom 27. Juni 1874 über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG; BBl 1874 II 425).

staatlicher Sicht war dies allerdings nicht so wichtig. Entscheidend war vielmehr, dass Individuen, die auf dem Beschwerdeweg an die zuständige Bundesinstanz (Bundesrat, Bundesgericht) gelangten und für ihre verfassungsmässigen Rechte kämpften, zugleich mithalfen, bestimmte bundesstaatliche Anliegen gegenüber den Kantonen durchzusetzen.³²³ Insofern waren die ersten Bundesgrundrechte *integrierende Bestandteile des bundesstaatlichen «Programms» von 1848*.³²⁴ Noch heute spielen Bundesgrundrechte wie die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV 1999) eine wichtige Rolle als Instrumente bundesstaatlicher Integration.

Aufgrund einer Reihe von Gesetzesänderungen trat das Bundesgericht beim Grundrechtsschutz sukzessive in die Fussstapfen des Bundesrats, so ab 1893 bei der Niederlassungsfreiheit, bei der Glaubens- und Gewissensfreiheit und bei den politischen Rechten, ab 1911 bei der Handels- und Gewerbefreiheit, ab 2000 beim Anspruch auf ausreichenden, unentgeltlichen Primarunterricht.³²⁵ Die Grundrechtsentwicklung verlagerte sich zusehends von den politischen Bundesbehörden zum Bundesgericht. Dieser Ablösungsprozess war für die Kantone folgenreich. Denn Grundrechte bedürfen – wie das Bundesgericht in einem Urteil aus dem Jahr 1986 treffend festhielt – «eher der Konkretisierung denn der Auslegung, einer Konkretisierung, welche auch sich wandelnden geschichtlichen Bedingungen und gesellschaftlichen Vorstellungen Rechnung zu tragen vermag» (BGE 112 Ia 208 E. 2.a S. 213). Schon bald nach der Errichtung des ständigen Bundesgerichts setzte eine *innovative Rechtsprechung* ein,³²⁶ die den Kantonen neben *zusätzlichen Unterlassungspflichten* auch *neue Handlungspflichten* auferlegte. Die Expansion der Bundesgrundrechte im Weg der Verfassungsgerichtsbarkeit trug erheblich zur Zunahme kantonaler Pflichtaufgaben (vorne C.II.2.a.) bei.

b. Die expansive Kraft der Bundesgrundrechte: Einzelgrundrechte

In der Rechtsprechung des Bundesgerichts tritt diese Expansion der Grundrechte in verschiedenen Spielarten auf, und zwar hauptsächlich als:

- (1) Ausdehnung des Schutzbereichs und/oder der Wirkungen von Freiheitsrechten;

323 Zu einem ähnlichen Phänomen im Rahmen des europäischen Integrationsprozesses vgl. JOHANNES MASING, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, Berlin 1997.

324 Vgl. GIOVANNI BIAGGINI, Die Vereinigungsfreiheit – Streiflichter auf ein Bundes-Grundrecht der ersten Stunde, in: Zürcher Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2006, Zürich 2006, S. 415 ff.

325 Für die genannten Grundrechte siehe Art. 189 des Bundesgesetzes vom 22. März 1893 über die Organisation der Bundesrechtspflege in der ursprünglichen Fassung bzw. in der Fassung vom 6. Oktober 1911 sowie Aufhebung von Art. 73 VwVG per 1. Januar 2000.

326 Eine vergleichbare Entwicklungsdynamik lässt sich zum Teil auch bei rechtsstaatlichen Grundsätzen beobachten (z.B. Gesetzmässigkeitsprinzip, Grundsatz der Verhältnismässigkeit), was hier nicht weiter vertieft werden kann.

- (2) Ableitung zusätzlicher rechtsstaatlicher Garantien aus dem allgemeinen Rechtsgleichheitsgebot;
 - (3) «Vergrundrechtlichung» objektiver Verfassungsnormen;
 - (4) Neuschöpfung von Individualrechten (Anerkennung von ungeschriebenen Grundrechten).
- (1) Ausdehnung des Schutzbereichs und/oder der Wirkungen von Freiheitsrechten

Ein exemplarischer Fall der ersten Spielart ist die höchstrichterliche Fortbildung der Handels- und Gewerbefreiheit (Art. 31 BV 1874; heute Wirtschaftsfreiheit, Art. 27 BV 1999). Das Bundesgericht dehnte den Grundrechtsschutz, der ursprünglich nur Schweizern zustand, sukzessive auf bestimmte Kategorien von ausländischen Staatsangehörigen aus. Weiter leitete das Bundesgericht aus dem Freiheitsrecht ein besonderes Gleichbehandlungsgebot ab, den Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden bzw. Konkurrenten. Ausserdem erstreckte es die Schutzwirkung des Freiheitsrechts auf den öffentlichen Grund und Boden. All dies hatte erhebliche praktische Konsequenzen für die Kantone.³²⁷

Die Ausdehnung des sachlichen, persönlichen bzw. örtlichen Schutzbereichs oder der Schutzwirkungen von Freiheitsrechten funktionierte in der Rechtsprechung des Bundesgerichts gewöhnlich im Sinn einer «*Einbahnstrasse*». Rückentwicklungen waren selten. Ein Beispiel für eine solche Ausnahme liefert das Grundrecht der persönlichen Freiheit. Als dieses verfassungsmässige Individualrecht in der Praxis zu einer konturlosen allgemeinen Handlungsfreiheit auszufernen drohte,³²⁸ entschied sich das Bundesgericht 1975 bewusst für die Rückkehr zu einem engeren Verständnis: Das Freiheitsrecht schützte fortan «nur [noch] elementare Möglichkeiten, die für die Persönlichkeitsentfaltung wesentlich sind und jedem Menschen zustehen sollten» (BGE 101 Ia 336 E. 7 S. 347).

- (2) Ableitung rechtsstaatlicher Garantien aus dem allgemeinen Rechtsgleichheitsgebot

Bundesstaatlich bedeutsame Beispiele für die zweite Spielart der Grundrechts-expansion sind das *Willkürverbot* sowie verschiedene *Verfahrensgarantien* wie

327 Was die Verwirklichung der Binnenmarktidée anbelangt, die bereits 1874 in der Handels- und Gewerbefreiheit angelegt war (Gewährleistung «im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft»), blieb die Rechtsprechung hinter den Erwartungen der eidgenössischen Politik zurück, weshalb sich der Bundesgesetzgeber Mitte der 1990er Jahre veranlasst sah, das Bundesgesetz über den Binnenmarkt zu erlassen (vom 6. Oktober 1995; BGBM, SR 943.02) – ein singulärer Fall gesetzgeberischen Nachhilfe-Unterrichts in Sachen Grundrechtskonkretisierung. Vgl. Biaggini, Komm. BV, Art. 27, N 8 ff. und 16 ff.

328 Vgl. BGE 97 I 839 E. 3 S. 842, wonach dieses Grundrecht «den Bürger somit auch in seiner Freiheit [schützt], über seine Lebensweise zu entscheiden, insbesondere *seine Freizeit zu gestalten*» (Hervorhebung nur hier).

beispielsweise das Rechtsverzögerungsverbot oder der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör.³²⁹ Die vielgelobte schöpferische Rechtsprechung des Bundesgerichts im Bereich der rechtsstaatlichen Garantien sorgte dafür, dass das lange Zeit (und zum Teil noch heute) kantonal geprägte Verfahrensrecht modernen rechtsstaatlichen Anforderungen genügt – was mit weitreichenden, aber gewöhnlich gerechtfertigten (und weithin akzeptierten) Eingriffen in die kantonale Verfahrens- und Organisationsautonomie verbunden war.

Das vom Bundesgericht aus Art. 4 BV 1874 abgeleitete Willkürverbot wird in der Literatur als verfassungsmässiges Recht von «überragender praktischer Bedeutung» bezeichnet.³³⁰ Eine solche Einschätzung lässt aufhorchen, denn sie erweckt den Eindruck, die Schweiz sei ein Willkürstaat (gewesen). Verständlich wird die Einschätzung erst, wenn man sie in einer bundesstaatlichen Perspektive betrachtet: Das Willkürverbot lieferte dem Bundesgericht einen nützlichen und willkommenen «Türöffner», um bei Bedarf auch in *rein kantonalrechtlichen* Angelegenheiten zum Rechten schauen zu können – obwohl das Bundesgericht als Gericht *des Bundes* grundsätzlich nur für die Wahrung des Rechts *des Bundes* zuständig ist, nicht für die Wahrung des kantonalen Rechts.³³¹ Mithilfe der aus dem allgemeinen Rechtsgleichheitsgebot abgeleiteten rechtsstaatlichen Garantien konnte das Bundesgericht im Rahmen seiner *Verfassungsgerichtsbarkeit* eine Art von *Ersatz-Verwaltungsgerichtsbarkeit* aufbauen und betreiben. Die diesbezüglichen rechtsstaatlichen Defizite in den Kantonen konnten auf diese Weise zwar nicht ganz beseitigt, aber doch abgemildert werden.³³² FRITZ FLEINER brachte diese Ersatz-Funktion schön auf den Punkt, als er vor hundert Jahren schrieb: «Wenn in der Enge kantonaler Verhältnisse die politische Leidenschaft das Steuer führt, so weiss der letzte Bürger im Staat, dass ihm der Weg nach Lausanne offen steht.»³³³

Aus bundesstaatlicher Perspektive handelt es sich bei der Intervention des Bundesgerichts mittels Willkürrechtsprechung um einen heiklen Vorgang. Denn um sein eigenes Einschreiten rechtfertigen zu können, musste das Bundesgericht gelegentlich kantonales Handeln als «sinn- und zwecklos», «offensichtlich unhaltbar», «stossend» – kurz: unvernünftig – brandmarken (zumindest verbal), obwohl das kantonale Fehlverhalten, näher besehen, vielleicht nicht sonderlich gravierend war. Das bundesgerichtliche Vorgehen diente zwar

329 Statt vieler GEORG MÜLLER, in: Komm. BV 1874, Art. 4, Rz. 48 ff. (1995); MAX IMBODEN/ RENÉ A. RHINOW, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Band I, 6. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1986, Nr. 73 ff.

330 So FELIX UHLMANN, Das Willkürverbot (Art. 9 BV), Bern 2005, S. 1. Vgl. auch DANIEL THÜRER, Das Willkürverbot nach Art. 4 [a]BV, ZSR 1987 II, S. 415 ff.

331 Zu einigen hier nicht interessierenden Ausnahmen siehe Art. 189 Abs. 1 Bst. c–f BV 1999.

332 Bezeichnenderweise spielte das Willkürverbot fast nur in der *Praxis des Bundesgerichts* eine Rolle (insb. im Verfahren der Staatsrechtlichen Beschwerde), während es in der sonstigen Justizpraxis kaum präsent war (und ist).

333 FLEINER, Bundesstaatsrecht, S. 448.

einem guten Zweck (Individualrechtsschutz). Doch die Rechtsprechung zum Willkürverbot war (und ist nach wie vor) schwer berechenbar, und der Vorwurf der Unvernunft wiegt schwer.³³⁴ Zum anderen gab es für diese rechtsstaatlich motivierte innovative Rechtsprechung in der Bundesverfassung von 1874 kein klares Mandat.³³⁵ Dies sollte sich erst mit dem Inkrafttreten der neuen Bundesverfassung ändern (insb. Art. 9 und Art. 29 BV 1999).

(3) «Vergrundrechtlichung» objektiver Verfassungsnormen im Bundesstaat

Beispiele für die dritte Spielart der bundesgerichtlichen Grundrechtsexpansion sind objektive Verfassungsgrundsätze und -gebote wie der Vorrang des Bundesrechts (vorne C.V.1.) oder das Verbot der interkantonalen Doppelbesteuerung (früher Art. 46 Abs. 2 BV 1874; heute Art. 127 Abs. 3 BV 1999), die das Bundesgericht nach und nach als verfassungsmässige Individualrechte einstufte.³³⁶ Schon früh hatte der Bundesrat im verfahrensrechtlichen Rahmen der kleinen Staatsrechtlichen Beschwerde aus der verfassungsrechtlichen Verpflichtung der Kantone, für genügenden, unentgeltlichen Primarunterricht zu sorgen (Art. 27 Abs. 2 BV 1874), ein einklagbares verfassungsmässiges Recht geformt (vorne C.V.3.a.).

(4) Anerkennung ungeschriebener Grundrechte im Bundesstaat

Die vierte und auffälligste Spielart der Grundrechtsexpansion ist die höchststrichterliche Neuschöpfung von – sog. ungeschriebenen – Grundrechten. Als Beispiele werden gemeinhin die Eigentumsgarantie (1959), die Meinungsäusserungsfreiheit (1961), die persönliche Freiheit (1963), die Sprachenfreiheit (1965), die Versammlungsfreiheit (1970) und das Recht auf Existenzsicherung (1995) genannt.³³⁷ Manche zählen auch die Wahl- und Abstimmungsfreiheit dazu.³³⁸ Man könnte auch viele der aus Art. 4 BV 1874 «abgeleiteten» rechtsstaatlichen Garantien hier einordnen.

334 Umgekehrt liess das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung zur Rechtsgleichheit dem kantonalen Gesetzgeber «schematische Aufteilungen» bereits durchgehen, «wenn sie *tendenziell vernünftig* und sachgerecht erscheinen» (BGE 131 I 205 E. 3.2 S. 215; Hervorhebung nur hier).

335 Im Bereich des Zivil- und des Strafprozessrechts – beide bis Ende 2010 im Wesentlichen kantonal geregelt – liess sich die Instrumentalisierung von Art. 4 BV 1874, bundesstaatlich gesehen, rechtfertigen, wenn und soweit es um die Sicherstellung der Verwirklichung des materiellen Bundeszivil- und -strafrechts ging.

336 Vgl. GIOVANNI BIAGGINI, in: Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger/Lorenz Kneubühler (Hrsg.), Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2018, Art. 116, N 13 ff.

337 Vgl. BGer, Urteil vom 11. Mai 1960, *Keller*, in: ZBl 1961, S. 69 ff.; BGE 87 I 114, *Sphinx-Film SA*; BGE 89 I 92, *Kind X.*; BGE 91 I 480, *Association de l'Ecole française*; BGE 96 I 219, *Nöthiger und Pinkus*; BGE 121 I 367, V. – Zu den älteren Beispielen SALADIN, Grundrechte im Wandel, insb. S. 286 ff.; zum Recht auf Hilfe in Notlagen hinten C.V.3.c.

338 So z.B. KLEY, Verfassungsgeschichte, S. 386. – Der Fall der Wahl- und Abstimmungsfreiheit (als Teilaspekt der Garantie der politischen Rechte; heute Art. 34 BV 1999) ist in mehrfacher

Mit heutigen Augen betrachtet mag die höchstrichterliche Anerkennung mehrerer ungeschriebener Grundrechte spektakulär erscheinen. Die direkten Urteilsfolgen für den jeweils betroffenen Kanton waren allerdings meist gering – was der Akzeptanz der richterlichen Verfassungsfortbildung in den Kantonen förderlich gewesen sein dürfte. Die Beschwerden, die zur Anerkennung neuer Grundrechte führten, wurden vom Bundesgericht durchweg abgewiesen – mit einer Ausnahme: Im Fall betreffend die persönliche Freiheit hiess das Bundesgericht die Beschwerde gut.³³⁹ Die bundesgerichtliche Anerkennung der Meinungsäusserungsfreiheit als ungeschriebenes Grundrecht des Bundes erfolgte in einem *obiter dictum* (BGE 87 I 114 E. 2 S. 117), und zwar derart beiläufig, dass das 1961 aus der Taufe gehobene neue Freiheitsrecht knapp zwei Jahre später, beim nächsten einschlägigen Fall (BGE 89 I 92), in Lausanne schon wieder in Vergessenheit geraten war. Die Sprachenfreiheit blieb während über 30 Jahren eine stumpfe Waffe.³⁴⁰

Die Auswirkungen der Rechtsprechung zu den ungeschriebenen Grundrechten waren für die Kantone auch deshalb nicht allzu einschneidend, weil das Bundesgericht klarstellte, dass ungeschriebene Freiheitsrechte – wie die geschriebenen – *prinzipiell einschränkbar* sind. Zudem herrschte in der zeitgenössischen bundesgerichtlichen Rechtsprechung allgemein die Tendenz, den kantonalen Behörden, namentlich dem Gesetzgeber, «nicht ohne Not entgegenzutreten».³⁴¹ Auch dies war der Akzeptanz der höchstrichterlichen Rechtsprechung in den Kantonen förderlich.

c. *Die expansive Kraft der Bundesgrundrechte:
allgemeine Grundrechtslehren*

Dem Bundesgericht kam und kommt bei der Grundrechtsexpansion zugute, dass die Bundesverfassung³⁴² und auch die Bundesrechtspflege-Gesetzgebung³⁴³ darauf verzichten, den *Begriff des verfassungsmässigen Rechts* zu

Hinsicht anders gelagert als der Fall der ungeschriebenen «klassischen» Freiheitsrechte und wird hier nicht näher untersucht.

339 BGE 89 I 92 (persönliche Freiheit). Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass Basel-Stadt – damals neben dem Tessin der einzige Kanton ohne ausdrückliche allgemeine Garantie der persönlichen Freiheit – die Pflicht «zur Hergabe von Blut» in einem Zivilprozess nur gestützt auf eine förmliche gesetzliche Grundlage (nicht bloss in Ausfüllung einer Gesetzeslücke) hätte statuieren dürfen (E. 4). Der Mangel war mit vertretbarem Aufwand *pro futuro* korrigierbar.

340 Das Bundesgericht hiess erst 1996 eine Beschwerde wegen Verletzung der Sprachenfreiheit gut (BGE 122 I 236).

341 Vgl. SALADIN, Grundrechte im Wandel, S. 384. Lange Zeit war die Auffassung verbreitet, dass Individualrechte unter dem «Vorbehalt der allgemeinen Rechtsordnung» stehen (dazu SALADIN, Grundrechte im Wandel, S. 360 ff.). Wegen Art. 113 Abs. 3 BV 1874 tat die richterliche Anerkennung ungeschriebener Freiheitsrechte auch dem Bund nicht sonderlich weh.

342 Vgl. Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV 1874; Art. 189 Abs. 1 BV 1999 (bis Ende 2006: Bst. a; ab 2007: Bst. d).

343 Art. 59 OG 1874; Art. 175 OG 1893; Art. 84 OG 1943; Art. 95, Art. 98 und Art. 116 BGG.

definieren. Die Deutungshoheit liegt somit beim Bundesgericht.³⁴⁴ Die Lehre nahm die innovative Rechtsprechung des Bundesgerichts ganz überwiegend wohlwollend auf, wofür es gute Gründe gibt. Aus demokratischer und nicht zuletzt aus bundesstaatlicher Perspektive muss allerdings – auch bei den Grundrechten – die grundsätzliche Frage nach den *Voraussetzungen und Grenzen* richterlicher Rechtsinnovation gestellt werden. Für die Anerkennung ungeschriebener *Freiheitsrechte* entwickelte das Bundesgericht einen Kriterienkatalog (1). Bei den *leistungsbegründenden* Grundrechten (2) und bei den grundrechtlichen *Schutzplichten* (3) ist die Lage weniger klar.

(1) Das Kantons- und das Konsenskriterium bei der richterlichen Grundrechtsfortbildung

Die höchstrichterlichen Begründungen für die Anerkennung ungeschriebener Freiheitsrechte waren anfänglich eher dürr. Der vom Bundesgericht mit der Zeit entwickelte Kriterienkatalog nahm 1978 die folgende Form an:

«Eine Gewährleistung von in der Verfassung nicht genannten Freiheitsrechten durch ungeschriebenes Verfassungsrecht wurde vom Bundesgericht bisher nur in [B]ezug auf solche Befugnisse angenommen, welche die *Voraussetzung für die Ausübung anderer* (in der Verfassung genannter) *Freiheitsrechte* bilden oder sonst als *unentbehrliche Bestandteile der demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung des Bundes* erscheinen [...]. Um die dem Verfassungsrichter gesetzten *Schranken nicht zu überschreiten*, hat das Bundesgericht stets auch geprüft, ob die in Frage stehende Gewährleistung bereits einer *weitverbreiteten Verfassungswirklichkeit in den Kantonen* entspreche und *von einem allgemeinen Konsens getragen* sei»
(BGE 104 Ia 88 E. 5.c S. 96, m.w.H.; Hervorhebungen hinzugefügt).³⁴⁵

Unter den bundesgerichtlichen Anerkennungskriterien sind im bundesstaatlichen Kontext das *Kantonskriterium* und das *Konsenskriterium* von besonderem Interesse. Das Erfordernis der «weitverbreiteten Verfassungswirklichkeit in den Kantonen» hat zur Folge, dass neue ungeschriebene Bundesgarantien von den Kantonen her – *bottom-up* – heranwachsen und nicht vom Bundesgericht – *top-down* – dekretiert werden. Der erforderliche «allgemeine Konsens» sorgt für eine Rückbindung der richterlichen Innovation an die vorherrschenden Anschauungen,³⁴⁶ was in bundesstaatlicher Hinsicht ebenfalls

344 Vgl. WALTER KÄLIN, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. Aufl., Bern 1994, S. 39 f. – Im Zuge der Justizreform (2007) verlor der Begriff des verfassungsmässigen Rechts an praktischer Bedeutung.

345 Im Rahmen der parlamentarischen Beratungen zur Bundesverfassung von 1999 war man sich einig, dass das Bundesgericht auch künftig die Möglichkeit haben soll, die Grundrechte fortzubilden (entsprechend bisheriger Praxis). Ein Antrag auf Ergänzung des Grundrechtskatalogs durch eine «Grundrechtsentwicklungsklausel» (vgl. E-Art. 6 Abs. 2; BBl 1998 370) wurde nach entsprechenden Klarstellungen zurückgezogen (vgl. AB SD 1998, Nationalrat S. 146 ff., insb. 151 f.).

346 Auf die «herrschenden Anschauungen» bezieht sich das Bundesgericht regelmässig bei der Konkretisierung des Rechtsgleichheitsgebots (vgl. statt vieler BGE 145 I 259 E. 6.1 S. 270).

mässigend wirkt. Unter Bezugnahme auf seinen Kriterienkatalog verweigerte das Bundesgericht in den Jahren nach 1970 in mehreren Fällen die Anerkennung weiterer Freiheitsrechte als eigenständige ungeschriebene Grundrechte.³⁴⁷

Im Zusammenhang mit den aus dem Rechtsgleichheitsgebot (Art. 4 BV 1874) «abgeleiteten» rechtsstaatlichen Garantien (vorne C.V.3.b.) entwickelte das Bundesgericht keine vergleichbare Formel mit begrenzenden Kriterien. Die breite Akzeptanz dieser Rechtsprechung – auch in den Kantonen – dürfte dadurch begünstigt worden sein, dass sich das Bundesgericht im Ergebnis auch hier am «allgemeinen Konsens» orientierte und dass die höchstrichterliche Innovation für die jeweils betroffenen Kantone in der Regel nicht allzu einschneidend war.³⁴⁸ Die rechtsstaatlichen Garantien fanden denn auch, wie die ungeschriebenen Grundrechte, ohne Widerspruch Aufnahme in den Grundrechtskatalog der neuen Bundesverfassung (Art. 9 und Art. 29 ff. BV).

Aus der Reihe fällt die höchstrichterliche *Rechtsprechung zur Wahlrechtsgleichheit*. Ohne klares verfassungsrechtliches Mandat kündigte das Bundesgericht ab 2002 den helvetischen Grundkonsens in Sachen Proporz und Majorz auf (vorne C.I.2.c.) – ein aus bundesstaatlicher Sicht höchst bedenklicher Vorgang.

(2) Bundesstaatliche Grenzen der Grundrechtsinstrumentalisierung für sozialpolitische Zwecke

Die Anerkennung ungeschriebener *leistungsbegründender* Grundrechte ist aus bundesstaatlicher Sicht heikel. Denn eine richterliche Innovation kann gewichtige finanzielle Konsequenzen haben. Die Rechnung zahlen typischerweise die Kantone, gegebenenfalls die Gemeinden. Ins Gewicht fällt dabei nicht nur die finanzielle Last, sondern auch, dass die Kantone beim Setzen politischer Prioritäten – einem zentralen Merkmal staatlicher Eigenständigkeit – weniger frei sind. Aus rechtsstrukturellen Gründen sind zudem bei leistungsbegründenden Grundrechten, anders als bei Freiheitsrechten, einschränkende kantonalesgesetzliche Regelungen, wenn überhaupt, nur erschwert möglich.³⁴⁹

Der Sache nach geht es auch beim Rechtsgleichheitsgebot letztlich um das Konsenskriterium (welches nicht auf einhellige Zustimmung, sondern auf einen breiten Grundkonsens abstellt).

347 Vgl. z.B. BGE 100 Ia 392 E. 4 S. 398 ff. (keine eigenständige Demonstrationsfreiheit); BGE 115 Ia 234 E. 10 S. 269 (keine eigenständige Forschungsfreiheit). Vgl. SALADIN, Grundrechte im Wandel, S. XLVI (m.w.H.).

348 Für viele Kantone folgenreich waren die Rechtsprechungsvorgaben betreffend das Phänomen der richterlichen *Vorbefassung* (vgl. BGE 112 Ia 290). Die Vorgaben gehen allerdings im Wesentlichen auf den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte zurück, nicht auf eine bundesgerichtliche Innovation.

349 Das Bundesgericht hat sich in einigen Urteilen für eine «sinngemässe (Teil-)Anwendung» von Art. 36 BV 1999 bei leistungsbezogenen Grundrechten ausgesprochen. Siehe z.B. BGE 129 I 12 E. 6.4 S. 20 (zu Art. 19 BV 1999: Grundschulunterricht) und BGE 131 I 166 E. 5.2 S. 176 (zu Art. 12 BV 1999: Recht auf Hilfe in Notlagen). Ganz ausgereift ist dieser Ansatz allerdings noch nicht, sodass es aus kantonaler Sicht an der Berechenbarkeit fehlt.

Ein frühes Beispiel für ein leistungsbegründendes verfassungsmässiges Recht ist der aus einer objektiv formulierten Verfassungsbestimmung (Art. 27 Abs. 2 BV 1874) abgeleitete Anspruch auf *ausreichenden, unentgeltlichen Primarschulunterricht*. Der Bundesrat und ab 2000 das Bundesgericht konkretisierten den verfassungsmässigen Individualanspruch in der Regel mit Bedacht und Zurückhaltung. So stellte das Bundesgericht, was den zeitlichen Umfang des Individualanspruchs angeht, wie zuvor der Bundesrat auf die «Mindestschuldauer von neun Jahren» ab, auf die sich die Kantone im Schulkonkordat von 1970 geeinigt hatten (BGE 129 I 12 E. 4.2 S. 16). Auch sah das Bundesgericht davon ab, den in die obligatorische Schulzeit fallenden Unterricht an staatlichen (Unter-)Gymnasien dem Anspruch auf Unentgeltlichkeit zu unterstellen (BGE 133 I 156). Das Bundesgericht scheint, ähnlich wie bei den ungeschriebenen Freiheitsrechten, im Ergebnis auch hier der «Verfassungswirklichkeit in den Kantonen» und dem «allgemeinen Konsens» Rechnung tragen zu wollen. Auf diese Weise verbleibt die Führungsrolle beim Ausbau bildungsstaatlicher Angebote und Ansprüche bei den Kantonen – was auch der Sachlogik entspricht, fehlt doch auf Bundesebene in Schulfragen die spezifische Expertise. Überrascht hat daher ein nicht nur für den unmittelbar betroffenen Kanton Thurgau «teures» Urteil des Bundesgerichts von Ende 2017 (BGE 144 I 1), wonach «Aufwendungen für Exkursionen und Lager [...] zum notwendigen und somit zwingend unentgeltlichen Unterricht» gehören (a.a.O., Regeste).

Vergleichbar ist die Grundkonstellation beim Recht auf Existenzsicherung (BGE 121 I 367) und dem daraus hervorgegangenen Recht auf Hilfe in Notlagen (Art. 12 BV 1999). Vor bundesstaatlichem Hintergrund erscheint es nicht nur sachgerecht, sondern unumgänglich, dass sich das Bundesgericht bei der Konkretisierung dieses leistungsbegründenden Grundrechts Zurückhaltung auferlegte und den Anspruch eng umschrieb: «Verfassungsrechtlich geboten ist nur, was für ein menschenwürdiges Dasein unabdingbar ist und vor einer unwürdigen Bettelexistenz zu bewahren vermag» (E. 2.c).³⁵⁰ Richterliche Zurückhaltung war im Fall des Rechts auf Existenzsicherung auch deshalb angezeigt, weil, anders als im Fall des Primarschulunterrichts, in der Bundesverfassung von 1874 ein an die Kantone gerichteter ausdrücklicher bundesverfassungsrechtlicher Handlungsauftrag als «Aufhänger» für ein einklagbares Bundesgrundrecht fehlte.

In Teilen der Doktrin wird die Zurückhaltung des Bundesgerichts bei der Konkretisierung des Nothilfe-Grundrechts als Rückschritt gegenüber dem Urteil von 1995 und als «Schmälerung des Leistungsanspruchs» kritisiert.³⁵¹ Bei

350 So auch die Rechtsprechung zu Art. 12 BV 1999. Vgl. z.B. BGE 142 I 1 E. 7.2.1 S. 5 f. (m.w.H.).

351 Vgl. etwa EVA MARIA BELSER/THEA BÄCHLER, Das Grundrecht auf Sozialhilfe, ZBl 2020, S. 463 ff., 477 («weit hinter den Anforderungen zurück, die das Bundesgericht im Jahre 1995

näherer Analyse zeigt sich, dass die Kodifizierung des Leistungsgrundrechts in Art. 12 BV 1999 sowie die dazu ergangene Rechtsprechung auf der Linie des Urteils von 1995 liegen. Die vom Bundesgericht anfänglich verwendete Bezeichnung – «Recht auf Existenzsicherung» – mag Hoffnungen geweckt und zu einer Überinterpretation des Entscheids von 1995 Anlass gegeben haben. Die Hoffnungen haben sich in der Folge nicht erfüllt, weil das Bundesgericht aus bundesstaatlich gut nachvollziehbaren Gründen bei der Inhaltsumschreibung zurückhaltend blieb.

Eine Weiterentwicklung leistungsbegründender Bundesgrundrechte im Weg der richterlichen Rechtsfortbildung ist nicht prinzipiell ausgeschlossen. Aus bundesstaatlicher Sicht muss aber bedacht werden, dass die Folgen richterlicher Innovation *für die Kantone hier wesentlich einschneidender* sind als bei Freiheitsrechten: Leistungsbegründende soziale Grundrechte sind, wie erwähnt, grundsätzlich nicht oder nur marginal einschränkbar,³⁵² und sie können erhebliche Kostenfolgen für die Kantone nach sich ziehen (um nur zwei Charakteristika anzusprechen). Für die in der Literatur gelegentlich geforderte Anerkennung eines Grundrechts auf Sozialhilfe durch das Bundesgericht sind daher die Hürden hoch, viel höher als bei einem Freiheitsrecht. Zu berücksichtigen ist auch, dass es sich bei der Sozialhilfe um eine Materie handelt, die im Wesentlichen in die Zuständigkeit der Kantone fällt. Konsequenterweise sollte die Führungsrolle beim Ausbau sozialpolitisch motivierter Leistungsansprüche bei der kantonalen Politik liegen – oder aber beim Bundesverfassungsgeber, sofern Volk und Stände entsprechend beschliessen.

Kurz: Die Instrumentalisierung von Bundesgrundrechten durch die Verfassungsgerichtsbarkeit für *sozialpolitische* Zwecke stösst im schweizerischen Bundesstaat – aus bundesstaatlichen Gründen – an *Grenzen*. Beim Ausbau sozialpolitisch motivierter Leistungsansprüche liegt die Führungsrolle bei der Politik.

(3) Bundesstaatliche Grenzen der Grundrechtsinstrumentalisierung für umweltpolitische Zwecke

Die bundesstaatlichen Konsequenzen sind auch mitzubedenken, wenn es um die Frage der richterlichen Verfassungsfortbildung durch Anerkennung *grundrechtlicher Schutzpflichten* und dergleichen geht. Aktuell stellt sich diese Frage im Rahmen der intensiv geführten Diskussion um die «Aktivierung» bestehender Grundrechte, wie etwa des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit, für *umweltpolitische* Zwecke, namentlich für den Klimaschutz. Viel Beifall erhielt das deutsche Bundesverfassungsgericht, als es am 29. April 2021

als massgeblich erachtet hatte»); JÖRG PAUL MÜLLER, Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV, Bern 2018, S. 182 ff.

352 Bei Art. 12 BV 1999 (Recht auf Hilfe in Notlagen) fallen laut Bundesgericht «Schutzbereich und Kerngehalt zusammen» (BGE 142 I 1 E. 7.2.4 S. 7).

seinen sog. Klimabeschluss veröffentlichte. In teilweiser Gutheissung mehrerer Beschwerden verpflichtete das Bundesverfassungsgericht den deutschen Bundesgesetzgeber dazu, das Klimaschutzgesetz von 2019 im Interesse der «inter-temporale[n] Freiheitssicherung» und der «Verteilung von Freiheitschancen über die Generationen» nachzubessern und Minderungsziele für die Zeit ab 2031 gesetzlich festzuschreiben.³⁵³

Ganz anders argumentierte das schweizerische Bundesgericht in seinem Urteil vom 5. Mai 2020 i.S. *Klimaseniorinnen* (BGE 146 I 145). Es gelangte zum Ergebnis, dass die Beschwerdeführerinnen «keinen subjektiven Anspruch auf die eventualiter beantragte Feststellung der (Grund-)Rechtswidrigkeit der geltend gemachten Unterlassungen» hätten (E. 6.2).³⁵⁴ Anliegen dieser Art seien «nicht auf dem Rechtsweg, sondern mit politischen Mitteln durchzusetzen, wozu das schweizerische System mit seinen demokratischen Instrumenten hinreichende Möglichkeiten» eröffne (E. 5.5), dies nicht zuletzt in Gestalt des Instruments der Volksinitiative (E. 4.3). Ohne hier auf die höchstrichterliche Argumentation näher eingehen zu können,³⁵⁵ sei festgehalten, dass der Entscheid des Bundesgerichts Zustimmung verdient, dies besonders aus *bundesstaatlicher* Sicht. Zwar hatten die Beschwerdeführerinnen, soweit ersichtlich, nur *vom Bund* Schutzmassnahmen verlangt. Hätte das Bundesgericht, wie von den Beschwerdeführerinnen gefordert, einklagbare grundrechtliche Individualansprüche anerkannt, so hätte dies allerdings nicht nur Konsequenzen für den Bund, sondern auch – potenziell weitreichende – Folgen für die Kantone gehabt. Denn an die Grundrechte des Bundes sind auch die Kantone gebunden (Art. 35 BV). Dies gilt nicht nur für Abwehransprüche, sondern nach allgemein geteilter Auffassung auch für grundrechtliche Handlungs- bzw. Schutzpflichten.

Kurz: In der Schweiz stösst auch die Instrumentalisierung von Bundesgrundrechten durch die Verfassungsgerichtsbarkeit für *umweltpolitische* Zwecke – aus bundesstaatlichen Gründen – an *Grenzen*³⁵⁶ (was in der jüngeren Debatte um Klimagrundrechte oft ausgeblendet wird).³⁵⁷

353 Bundesverfassungsgericht, Beschluss des Ersten Senats vom 24. März 2021, 1 BvR 2656/18 (Zitate: Rn. 183).

354 Die Beschwerdeführerinnen hatten sich auf Schutzpflichten aus Art. 10 Abs. 1 BV sowie aus Art. 2 und Art. 8 EMRK berufen (vgl. BGE 146 I 145 E. 5.1 S. 152). – Das Urteil des Bundesgerichts ist Gegenstand eines beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (Grosse Kammer) hängigen Beschwerdeverfahrens (Stand: 30. Juni 2023).

355 Siehe dazu GIOVANNI BIAGGINI, Über Aufgaben und Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit im ökologischen Verfassungsstaat, in: Festschrift für Stephan Breitenmoser, Basel 2022, S. 545 ff. (m.w.H.).

356 Bereits vor rund 50 Jahren wies YVO HANGARTNER darauf hin, dass «die Einwirkung des Bundes auf den Restbereich der eigenen kantonalen Tätigkeit immer mehr zunimmt, namentlich zufolge einer institutionellen Betrachtung der Grundrechte» (Kompetenzverteilung, S. 30).

357 Anders verhält es sich, wenn ein *Kanton*, wie jüngst Genf (2012), in *eigener* Regie ein potenziell kostenträchtiges Umweltgrundrecht in seiner Verfassung verankert (Art. 19 KV/GE: «Droit à un environnement sain») und finanzielle Folgen für den *eigenen* Zuständigkeitsbereich in

d. *Zwischenfazit: Bundesgrundrechte als Disziplinierungsmittel und als Unsicherheitsfaktor*

Der schweizerische Bundesstaat verdankt den Grundrechten – und der einschlägigen Rechtsprechung – viel. Umgekehrt verdanken auch die Grundrechte dem Bundesstaat viel. Die Bundesstaatlichkeit entpuppt sich bei näherer Analyse als eine treibende Kraft der Grundrechtsinnovation.³⁵⁸ In der Praxis haben die Bundesgrundrechte traditionell eine antikantonale Stossrichtung: Sie dienen nicht nur dem Individualrechtsschutz, sondern vielfach auch der Disziplinierung der Kantone. Das Bundesgericht hat das vom Bundesrat begonnene Werk fortgeführt und massgeblich dazu beigetragen, rechtsstaatliche Defizite in den Kantonen zu beseitigen.

Wie der Streifzug durch die Geschichte der Bundesgrundrechte zeigt, hat das Bundesgericht erkannt, dass der richterlichen Grundrechtsfortbildung nicht nur aus demokratischen, sondern auch aus *bundesstaatlichen Gründen* Grenzen gezogen sind. Davon zeugt namentlich das «Kantonskriterium» in der höchst-richterlichen Formel betreffend die Anerkennung ungeschriebener Freiheitsrechte (vorne C.V.3.c.). Die bundesstaatliche Dimension klingt auch in anderen Konstellationen an, in denen das Bundesgericht als Verfassungsgericht Zurückhaltung übt. Es bleiben allerdings Unsicherheiten. Diese Unsicherheiten bedürfen aus bundesstaatlicher Sicht rascher Klärung, zumal der Druck – und die Versuchung –, Bundesgrundrechte für sachpolitische Zwecke zu instrumentalisieren, zunehmen dürfte. Mit Bedacht und Zurückhaltung vorzugehen, erscheint aus bundesstaatlicher Sicht nicht zuletzt deshalb angezeigt, weil im Fall von Leistungsgrundrechten und grundrechtlichen Schutzpflichten die Kosten höchstrichterlicher Grundrechtsinnovation am Ende oft bei den Kantonen anfallen. Die bundesstaatlichen Implikationen könnten, nebenbei gesagt, mit ein Grund dafür sein, weshalb man in der Schweiz der Anerkennung einklagbarer (bundes-)grundrechtlicher Schutzpflichten eher reserviert begegnet,³⁵⁹ wogegen man in Deutschland – mit seinem traditionell unitarischen Bundesstaatsverständnis³⁶⁰ – weit weniger Bedenken zu haben scheint, den Bundesländern via Schutzpflichtenrechtsprechung zusätzliche finanzielle Lasten aufzubürden.

Die Grenzlinie zwischen zulässiger und unzulässiger richterlicher Innovation ist nicht leicht zu bestimmen – aber sie existiert. Der spätere Richter am U.S. Supreme Court BENJAMIN N. CARDOZO hielt vor gut hundert Jahren treffend fest: «The judge [...] is [...] not wholly free. He is not to innovate at plea-

Kauf nimmt. Oder wenn Volk und Stände als Verfassungsgeber des Bundes durch förmliche Verfassungsänderung ein eidgenössisches Klimagrundrecht schaffen sollten.

358 Vgl. BIAGGINI, Grundrechtsinnovation im Bundesstaat, insb. Ziff. III. ff.

359 So die Einschätzung von AXEL TSCHENTSCHER, Schutzpflichten, in: VDS II, S. 1317 ff., Rz. 2.

360 Grundlegend KONRAD HESSE, Der unitarische Bundesstaat, Karlsruhe 1962. Vgl. auch vorne A.II.4.

sure. He is not a knight-errant, roaming at will in pursuit of his own ideal of beauty or of goodness. [...] He is to exercise a discretion informed by tradition, methodized by analogy, disciplined by system.»³⁶¹ In einem Bundesstaat sollte es selbstverständlich sein, dass bei der (bundes-)gerichtlichen Rechtsfortbildung bundesstaatliche Überlegungen berücksichtigt werden, gerade auch im Grundrechtsbereich.

VI. Die Bundesverfassung von 1999 als Spiegelbild der ambivalenten Bundesstaatsentwicklung

1. Vorgeschichte(n)

Pünktlich zum Abschluss des Jubiläumsjahrs 1998 verabschiedete die Bundesversammlung am 18. Dezember 1998 den «Bundesbeschluss über eine neue Bundesverfassung».³⁶² Volk und Stände hiessen die totalrevidierte Verfassung in der Volksabstimmung vom 18. April 1999 knapp gut. Damit fand das seit Mitte der 1960er Jahre diskutierte und 1987 förmlich gestartete Totalrevisionsprojekt seinen verfahrensmässigen Abschluss. Das Reformkonzept zielte im Wesentlichen auf eine *mise-à-jour* («Nachführung») des geltenden Verfassungsrechts, was die Chance bot, durch eine klarere, verständlichere und systematischere verfassungsrechtliche Normierung bundesstaatlicher Fragen der Bundesstaatlichkeit und ihrer künftigen Entwicklung mehr Orientierung und Halt zu geben.³⁶³

Die Arbeiten an der Totalrevision der Bundesverfassung standen allerdings, bundesstaatlich gesehen, nicht unter einem sonderlich guten Stern. Die damals noch junge Konferenz der Kantonsregierungen (KdK) und verschiedene Kantone kritisierten die Herangehensweise des Bundesrats im bundesstaatlichen Bereich.³⁶⁴ Der Vernehmlassungsentwurf von 1995, so die Kritik aus den Reihen der Kantone, entspreche nicht in allen Teilen der gelebten bundesstaatlichen Verfassungswirklichkeit; er bringe ein überlebtes Bild von einem hierarchischen, nicht partnerschaftlichen Verhältnis zwischen Bund und Kantonen

361 BENJAMIN N. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, New Haven/London 1921, S. 141 (Lecture III: «The Method of Sociology. The Judge as a Legislator»). Unmittelbar vor der zitierten Stelle ist von Art. 1 ZGB die Rede. Zu den Grenzen richterlicher Verfassungsfortbildung näher GIOVANNI BIAGGINI, *Verfassungsauslegung*, in: VDS I, S. 235 ff. (m.w.H.).

362 Die Einigungskonferenz hatte am 11. Dezember 1998 nicht weniger als 14 Differenzen zu bereinigen. Diese betrafen auch bundesstaatliche Fragen (z.B. E-Art. 34a, heute Art. 42 BV 1999). Siehe AB SD 1998, Nationalrat S. 489 ff., Ständerat S. 225 ff.

363 Vgl. Bundesbeschluss vom 3. Juni 1987, BBl 1987 II 963, wonach der vom Bundesrat vorzulegende Verfassungsentwurf «das geltende geschriebene und ungeschriebene Verfassungsrecht nachführen, es verständlich darstellen, systematisch ordnen sowie Dichte und Sprache vereinheitlichen» soll.

364 Vgl. KONFERENZ DER KANTONSREGIERUNGEN (Hrsg.), *Verfassungsreform als Föderalismusreform – der Verfassungsentwurf 1995 aus der Sicht der Kantone*, Zürich 1997, insb. S. 115 ff. und 121 ff. («Änderungsanträge» und «Vorschläge zur Klärung»). Zusammenfassend Bundesrat, Botschaft nBV, BBl 1997 I 82.

zum Ausdruck. Verlangt wurde u.a. die verfassungsrechtliche Verankerung des Subsidiaritätsgrundsatzes und der Mitwirkung der Kantone an der Aussenpolitik. Die als *mise-à-jour* konzipierte Revision der Bundesverfassung mutierte im Bundesstaatsbereich zu einer von den Kantonen «wesentlich» geprägten «ersten Phase» einer «allgemeinen Föderalismusreform», auf die dann mit dem NFA-Projekt (hinten C.VI.3.) eine «zweite Phase» folgen sollte.³⁶⁵

Das Ergebnis dieser zweiphasigen Föderalismusreform vermag nicht durchweg zu überzeugen. Dies hat auch damit zu tun, dass die Ausgangslage für die «Verfassungsnachführung» nicht ganz einfach war. Denn das «nachzuführende» gelebte Verfassungsrecht war, wie gesehen, nicht frei von Mängeln und Widersprüchen. Zudem fehlte es auch an einem breit akzeptierten Bundesstaatsverständnis, an dem sich die bundesstaatlichen Akteure hätten orientieren können.

Diese Probleme und Defizite hatten schon früheren Verfassungsentwürfen zu schaffen gemacht. So stellte die *Modell-Studie des EJPD* aus dem Jahr 1985³⁶⁶ zwar ein förmliches «Bundesstaats»-Bekenntnis an die Spitze der Bundesverfassung (Art. 1 Abs. 1).³⁶⁷ Überdies wurde die kantonale Organisationsautonomie ausdrücklich bekräftigt (Art. 47 Abs. 1). Ein umfangreicher Zielkatalog (Art. 32–43) auferlegte jedoch dem «Staat», d.h. auch den Kantonen, viele Pflichtaufgaben. Zulasten der Kantone hätte sich im Ergebnis wohl auch die weit getriebene Standardisierung im Bereich der Bundeskompetenzen (Art. 54 ff.) ausgewirkt (vorne C.II.2.b.).

Einige Jahre zuvor hatte der von der Expertenkommission unter der Leitung von Bundesrat Kurt Furgler vorgelegte *Verfassungsentwurf 1977* nicht nur viel Aufmerksamkeit und Lob, sondern auch viel Kritik auf sich gezogen, dies nicht zuletzt wegen des Kapitels über die bundesstaatliche Aufgabenteilung, das mit dem neuartigen, nicht leicht fassbaren Begriff der «Hauptverantwortung» (des Bundes bzw. der Kantone) und mit stichwortartigen Sachbereichs-Listen operierte (insb. Art. 50–52).

Auch private Verfassungsentwürfe aus dem Kreis der Wissenschaft scheinen eher aus der Perspektive des Bundes konzipiert worden zu sein. Dies gilt etwa für den Verfassungsentwurf, den MAX IMBODEN 1959 mit Studierenden der Universität Basel erarbeitet hatte,³⁶⁸ und noch mehr für seinen sog. Ankara-Ent-

365 Zitate: Bundesrat, Botschaft nBV, BBl 1997 I 35, sowie Bundesrat, Botschaft NFA, BBl 2002 2291 ff., 2303, 2305.

366 EJPD, So könnte eine neue Bundesverfassung aussehen, Modell-Studie vom 30. Oktober 1985, BBl 1985 III 189 ff.

367 Dies unter der im Verfassungskontext etwas merkwürdig anmutenden Artikelüberschrift «Wesen». Art. 1 Abs. 1 lautete: «Die Schweizerische Eidgenossenschaft ist ein demokratischer, freiheitlicher und sozialer Bundesstaat» (franz.: «La Confédération suisse est un Etat fédératif, démocratique, libéral et social»). Die Formel erinnert stark an Art. 20 Abs. 1 GG («Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat»).

368 IMBODEN, Bundesverfassung, S. 219 ff.

wurf (1967).³⁶⁹ Dort war der Kompetenzkatalog (Art. 15–19) straff und knapp ausgefallen (was im Ergebnis zulasten der Kantone geht), und die «Bundestreue» (Art. 12) war einseitig als Verpflichtung der Kantone konzipiert (Abs. 3).³⁷⁰ Der Verfassungsentwurf von ALFRED KÖLZ und JÖRG PAUL MÜLLER aus dem Jahr 1984³⁷¹ normierte dagegen die Bundeskompetenzen wieder in traditioneller Weise (Art. 29–63) und war auch sonst kantonsfreundlicher formuliert.

2. *Das Ergebnis der Totalrevision von 1999 aus bundesstaatlicher Sicht*

In Anbetracht dieser Vorgeschichte(n) verwundert es nicht, dass das Totalrevisionsprojekt unter bundesstaatlichen Gesichtspunkten ein ambivalentes Ergebnis erzielte, sowohl begrifflich als auch inhaltlich-konzeptionell.

a. *Die «Allgemeinen Bestimmungen» (Art. 1 ff. BV 1999 sowie Titel und Präambel)*

Der offizielle Titel der Bundesverfassung lautet seit 1848 unverändert: «Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft». ³⁷² Die Bundesverfassung will offenkundig die rechtliche Grundordnung für das Bund und Kantone umfassende Gesamtgebilde sein, d.h. sie will mehr sein als nur eine Verfassung für den Bund. Im Text der Bundesverfassung wird begrifflich weiterhin unterschieden zwischen dem «Bund» («*Confédération*», «*Confederazione*») einerseits (z.B. Art. 42 BV 1999) und der «Schweizerischen Eidgenossenschaft» («*Confédération suisse*», «*Confederazione Svizzera*») andererseits (Art. 1 und Art. 2 BV 1999). Im Zuge der Totalrevision stellten sich allerdings neue begriffliche Unklarheiten ein. Was hat es zu bedeuten, wenn die Bundesversammlung nunmehr die oberste Gewalt «*im Bund*» (Art. 148 Abs. 1 BV 1999) – und nicht mehr jene «*des Bundes*» (1848/1874) – ausübt? Und wenn der Bundesrat neu als oberste leitende und vollziehende Behörde «*des Bundes*» firmiert (Art. 174 BV 1999) – und nicht mehr als oberste vollziehende und leitende Behörde «*der Eidgenossenschaft*» (1848/1874)?

369 Entwurf für eine neue Bundesverfassung von Max Imboden, geschrieben in der Schweizer Botschaft in der Türkei (1967), abgedruckt in: *Commentationes Historiae Iuris Helveticae*, Bd. XVI, Lausanne 2018, S. 127 ff. – MAX IMBODEN bezeichnet seinen Text als «Arbeitspapier» und «möchte nicht von einem «Entwurf» sprechen»; er habe «gewissermassen den Versuch unternommen, laut zu denken» (a.a.O., S. 127).

370 «Die Kantone dürfen nichts unternehmen und nichts unterlassen, was die Erfüllung der dem Bund übertragenen Aufgaben in Frage stellt.» Ähnlich zuvor bereits Art. 3 («Bundestreu Verhalten») des studentischen Verfassungsentwurfs (MAX IMBODEN, *Die Bundesverfassung – wie sie sein könnte*, S. 221).

371 ALFRED KÖLZ/JÖRG PAUL MÜLLER, Entwurf für eine neue Bundesverfassung (vom 16. Mai 1984), 3. Aufl., Bern 1995.

372 Dies ist eine der wenigen Konstanten im strengen Sinn seit 1848 (neben der Anrufung Gottes und der Souveränitätsformel in Art. 3).

Andere Elemente des Verfassungstexts sind stimmiger. So spricht die Verfassungspräambel treffend vom «Bestreben, den Bund zu erneuern» (vorne B.I.3.). Aus der Präambel verschwunden ist jedoch die «schweizerische Nation» (so noch die Präambel 1848/1874).³⁷³ Die Kantone werden weiterhin in der «historischen» Reihenfolge aufgezählt – zuerst die drei sog. Vororte gemäss Bundesvertrag von 1815, dann die übrigen Kantone nach Massgabe ihres Eintritts in den Bund –, was allerdings angesichts des Grundsatzes der Gleichheit der Kantone rechtlich ohne Belang ist.³⁷⁴ Der Gleichheitsgrundsatz schien dem Verfassungsgeber derart gefestigt und unangefochten, dass er es nicht für nötig hielt, ihn ausdrücklich im Verfassungstext zu verankern. Dieser bundesstaatlich-egalitäre Ausgangspunkt steht sachgerechten Differenzierungen, beispielsweise beim bundesstaatlichen Finanzausgleich, nicht *a priori* entgegen. Anders als ihre Vorgängerin kennt die Bundesverfassung von 1999 keine Halbkantone mehr, sondern nur noch Kantone mit halber statt ganzer Standesstimme und mit bloss einem statt zwei Abgeordneten im Ständerat.³⁷⁵

Aus der Bundesverfassung verschwunden sind auch die «Völkerschaften» («*peuples*») der Kantone (so noch Art. 1 BV 1848/1874) und damit ein zentrales Element kantonaler Staatlichkeit (vorne C.I.2.a.). Erhalten blieb den Kantonen die altherwürdige «Souveränität» – allerdings nur noch in Art. 3, nicht mehr in Art. 1 (so noch 1848/1874; vorne B.II.1.). Die Beschwörung des Willens, «Vielfalt in der Einheit zu leben», in der Verfassungspräambel von 1999 dürfte eher zu den «dignified» als zu den «efficient parts» der Verfassung (WALTER BAGEHOT) gehören; der eingängige Präambelpassus ist immerhin geeignet, in Erinnerung zu rufen, dass der neue Verfassungsbegriff «Schweizervolk» (Präambel und Art. 1) nicht ein Volk im hergebrachten ethno-linguistisch-kulturellen Sinn meint, sondern das Volk einer Willensnation.

Zu den weniger geglückten Neuerungen gehört der Zweckartikel (Art. 2 BV 1999). Er wurde gegenüber den Vorgängern von 1848/1874 «aktualisiert»,³⁷⁶ verlor dabei aber seine bundesstaatlichen Konturen. Die Bestimmung gibt jetzt nicht mehr nur über die *raison d'être* des Zusammenschlusses von eigenständigen Staatswesen Aufschluss, sondern nennt auch Ziele ohne spezifischen Bundesstaatsbezug. Bezeichnend ist, dass das Wort «Zweck» («but») nur noch im Sachtitel der Bestimmung figuriert, nicht mehr im Normtext (wie noch 1848/1874). Ein typischer Zweck von Zweckbestimmungen ist es, sichtbar und bewusst zu machen, dass der (gemeinsam) verfolgte Zweck ein *begrenzter* Zweck ist. Das gilt erst recht beim *Bundeszweck*. Gerade mit Blick auf das pre-

373 Geblieben sind Bezeichnungen wie Nationalrat (Art. 148), Nationalbank (Art. 99), Nationalstrassen (Art. 83) u.a.m.

374 Im Alltag wird die Reihenfolge zunehmend alphabetisiert, was Aargauer erfreuen dürfte, Zuger und Zürcher weniger.

375 Die alten Halbkantone sind in Art. 1 BV 1999 an der Konjunktion «und» zu erkennen (Ausnahme: «und» vor Jura).

376 Vgl. Bundesrat, Botschaft nBV, BBl 1997 I 126.

käre (implizite) Versprechen von 1848, dass die Kantone als eigenständige politische Einheiten bestehen bleiben (vorne B.II.1.), ist der Gedanke der Begrenztheit des Bundeszwecks elementar. Die «Modernisierung» von Art. 2 trägt zur Verflüchtigung dieses Gedankens bei – zum Schaden der Gliedstaaten. Welch wichtige Funktion einer bundesstaatlichen Zweckbestimmung zukommt, zeigt sich nicht zuletzt dann, wenn sie fehlt, wie beispielsweise im deutschen Grundgesetz. Ohne die im (Bundes-)Zweckartikel sichtbar verkörperte bundesstaatliche Leitidee ist die Gefahr erheblich grösser, dass sich in einem Bundesstaat unitarische Tendenzen breit machen.³⁷⁷

b. Das «Verhältnis von Bund und Kantonen» (Art. 42 ff. BV 1999)

Das, wie erwähnt, von den Kantonen mitgeprägte Verfassungskapitel über das «Verhältnis von Bund und Kantonen» steht, gemäss Bundesrat, für «ein modernes, partnerschaftlich ausgerichtetes Föderalismusverständnis».³⁷⁸ Dies trifft gewiss über weite Strecken zu. So vermeidet Art. 44 BV 1999 den missverständlichen Begriff der «Bundestreue»³⁷⁹ und statuiert stattdessen: «Sie [Bund und Kantone] schulden einander Rücksicht und Beistand» (Abs. 2) – fast wie in einer Ehe,³⁸⁰ nur dass es sich beim Bundesstaat um einen unauflöslichen, «ewigen» Bund handelt (vorne B.II.1.).

Bei der «Umsetzung des Bundesrechts» (Art. 46 BV 1999) wird den Kantonen eine «möglichst grosse Gestaltungsfreiheit» zugesichert (ursprünglich Abs. 2, heute Abs. 3). Zudem schützt das bundesstaatliche Legalitätsprinzip (Abs. 1) die Kantone vor der Auferlegung von neuen Verpflichtungen durch die Bundesexekutive. Die Bundesversammlung ersetzte die vom Bundesrat präferierte apodiktische Formel «Bundesrecht bricht kantonales Recht» (Art. 40 Abs. 1 VE BV 1996) durch den geschmeidiger formulierten Art. 49 Abs. 1 BV 1999 (vorne C.V.1.a.). Indem die Bundesverfassung Änderungen im Bestand der Kantone von der Zustimmung der betroffenen Kantone abhängig macht (Art. 53 Abs. 2 BV 1999), statuiert sie, ohne es an die grosse Glocke zu hängen, eine (in Art. 194 BV 1999 nicht erwähnte) Schranke der Verfassungsrevision.

Allerdings finden sich in diesem Verfassungskapitel auch etliche problematische Bestimmungen und Formulierungen. So gaukelt Art. 43 BV 1999 – «Die Kantone bestimmen, welche Aufgaben sie im Rahmen ihrer Zuständigkeiten

377 Eine Selbstkennzeichnung vom Typus des Art. 20 Abs. 1 GG («Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat») vermag solchen Tendenzen, wie es scheint, wenig entgegenzusetzen.

378 Bundesrat, Botschaft nBV, BBl 1997 I 35.

379 Anders der Verfassungsentwurf der Expertenkommission von 1977 und die Modell-Studie des EJPD von 1985. Siehe auch vorne C.VI. – Zum Begriff und seinen Facetten EGLI, Bundestreue, passim (Bundestreue als «Grundprinzip einer föderalistischen Rechtsordnung»). Kritisch ALFRED KÖLZ, Bundestreue als Verfassungsprinzip?, ZBl 1980, S. 145 ff. Zurückhaltend BGE 125 II 152 E. 4 S. 163 f.

380 Art. 159 Abs. 3 ZGB: «Sie [die Ehegatten] schulden einander Treue und Beistand.»

erfüllen» – eine Freiheit der Kantone im eigenen Zuständigkeitsbereich vor, die es aufgrund unzähliger verfassungsrechtlicher Pflichtaufgaben heute so nicht gibt (vorne C.II.2.a.). Der in der Sachüberschrift zu Art. 45 BV 1999 – «Mitwirkung [der Kantone] an der Willensbildung des Bundes» – in Aussicht gestellte «Mitwirkungs föderalismus» entpuppt sich bei näherer Analyse als bedingt wirksam (vorne C.III.2.) und überdies als exekutivlastig. Das neuartige Bekenntnis zur «Eigenständigkeit der Kantone» (Art. 47 BV 1999) macht zwar das (implizite) Versprechen von 1848 sichtbar, ist aber sehr vage formuliert und rechtlich kaum abgesichert (Abs. 1).³⁸¹ Ähnliches gilt für die kantonale Organisationsautonomie (Abs. 2) und die kantonale Freiheit bei der Ausgestaltung des politischen Systems, wie die wenig kantonsfreundliche Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Wahlrechtsgleichheit zeigt (vorne C.I.2.c.). Dass es um die Eigenständigkeit der Kantone als Gliedstaaten im internationalen Vergleich nach wie vor relativ gut bestellt ist, ist zwar erfreulich, aber nicht das Verdienst einer Verfassungsbestimmung wie Art. 47 BV.

Problematisch ist auch die Herangehensweise bei weiteren Bundesstaatsfragen. So ist im Zusammenhang mit dem heutigen Art. 48 BV («Verträge zwischen Kantonen») in der bundesrätlichen Botschaft gönnerhaft von einer «umfassenden Ermächtigung der Kantone» zum Abschluss von Verträgen die Rede.³⁸² Nimmt man die Eigenständigkeit der Kantone ernst, so ist eine solche «Ermächtigung» nicht erforderlich. Immerhin gibt die Bundesverfassung dem traditionsreichen horizontalen kooperativen Föderalismus³⁸³ einen etwas kantonsfreundlicheren Rahmen als die Bundesverfassung von 1874. Dem bundesstaatlich heiklen – und problemanfälligen (vorne C.V.2.) – Institut der Bundesaufsicht widmet Art. 49 Abs. 2 BV 1999 allerdings gerade einmal eine Zeile. Das Institut der Gewährleistung der Kantonsverfassungen präsentiert sich in Art. 51 Abs. 2 BV 1999 – ahistorisch – primär als Kontrollverfahren vor Bundesbehörden statt als Garantieübernahme durch den Bund (vorne C.I.2.b.).

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Verfassungskapitel über das «Verhältnis von Bund und Kantonen» schon vor der wenig geglückten Überarbeitung im Rahmen des NFA-Projekts (hinten C.VI.3.) etliche problemati-

381 Bezeichnend ist der französische Normtext, der für den Begriff «Eigenständigkeit» – «faute de mieux» (JEAN-FRANÇOIS AUBERT, in: *Petit Comm. Cst.*, Art. 47 N 1) – den Ausdruck «autonomie des cantons» verwendet, in sprachlicher (und räumlicher) Nähe zur «autonomie communale» (Art. 50 BV 1999). Vgl. auch VINCENT MARTENET, in: *Commentaire romand Cst.*, Art. 47, N 14 ff. (m.w.H.); YVO HANGARTNER, Begriff und Bedeutung der Eigenständigkeit der Kantone, ZSR 2012 I, S. 145 ff.; PATRICIA EGLI, Der Schutz der Autonomie der Kantone, ZSR 2011 I, S. 365 ff.

382 Bundesrat, Botschaft nBV, 1997 I 214.

383 Stellvertretend HÄFELIN, Der kooperative Föderalismus, S. 549 ff.; SIEGRIST, Föderalismus I und II; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 858 ff. – Der Gegenbegriff des «unkooperativen Föderalismus» hat in der Schweiz nicht Fuss gefasst. Vgl. ANDREAS KLEY, Verhältnis Föderalismus und Demokratie, in: VDS I, S. 621 ff., Rz. 2.

sche Bestimmungen und Formulierungen enthielt, die auf ein schwindendes Verständnis für bundesstaatliche Fragestellungen schliessen lassen.

c. Institutionelles (Art. 136 ff. BV 1999)

In institutioneller Hinsicht brachten die Totalrevision der Bundesverfassung und die kurz darauf verabschiedeten Reformpakete (Justiz, Volksrechte) einige kleinere und grössere Veränderungen mit sich. Aus bundesstaatlicher Sicht blieb es im Wesentlichen beim bisherigen Rechtszustand. Das Fehlen einer Kantonsinitiative (vorne C.IV.5.) war zwar in der Reformdebatte kurz ein Thema. Zu einer Korrektur dieser Asymmetrie kam es jedoch nicht. Umgekehrt blieben zwei in Politik und Literatur immer wieder kritisierte bundesstaatliche Institutionen – der Ständerat und das Ständemehr – in ihrer traditionellen Gestalt erhalten. Das Justizsystem steht weiterhin nicht nur im Dienst des Individualrechtsschutzes, sondern auch im Dienst der Bundesaufsicht (vorne C.V.2.b.). Die fortgeführte «Immunisierung» der Bundesgesetze (heute Art. 190 BV) trägt dazu bei, dass die Verfassungsgerichtsbarkeit ihre im Ergebnis primär antikantonale Stossrichtung beibehält (vorne C.V.3.). Die Rechtsprechung dürfte wohl auch künftig zwischen föderalistischer Zurückhaltung (vorne C.V.3.c.)³⁸⁴ und nivellierendem Aktivismus (vorne C.I.2.c.) lavieren.

Kurz: Das Ergebnis der Totalrevision von 1999 ist auch im institutionellen Bereich zwiespältig.

3. Das Ergebnis des NFA-Projekts aus allgemein-bundesstaatlicher Sicht

Ende 2001 stellte der Bundesrat das von Bund und Kantonen gemeinsam vorbereitete Projekt zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung (NFA-Projekt) als «zweite Phase» einer allgemeinen Föderalismusreform vor.³⁸⁵ Das NFA-Projekt strebte nicht nur eine grundlegende Reform des bundesstaatlichen Finanz- und Lastenausgleichssystems an (Art. 135 BV 1999). Zu den Zielen gehörten auch eine Aufgaben- und Finanzierungsentflechtung im Verhältnis Bund–Kantone, die Förderung der horizontalen Zusammenarbeit sowie die verfassungsrechtliche Verankerung einer Reihe von bundesstaatlichen Grundsätzen.³⁸⁶ Mit der Reform wollte man wirtschaftlich schwächere Kantone durch Gewährleistung einer Mindestausstattung stärken, damit sich faktische Ungleichheiten zwischen den Kantonen nicht vergrössern und versteigen. Auch hier muss ein kurzer Streifzug genügen. Auf die wichtige, im Gros-

384 Viel bundesstaatliches Fingerspitzengefühl zeigte das Bundesgericht, als es entschied, dass das Verhältnismässigkeitsgebot (Art. 5 Abs. 2 BV 1999) «bei der Anwendung *kantonalen* Rechts *ausserhalb* des Schutzbereichs spezieller Grundrechte nur unter dem Gesichtswinkel des Willkürverbots angerufen werden kann» (BGE 134 I 153 E. 4.3 S. 158, Hervorhebung nur hier).

385 Vgl. Bundesrat, Botschaft NFA, BBl 2002 2291 ff., insb. 2303 ff.

386 Vgl. Bundesrat, Botschaft NFA, BBl 2002 2291 ff., 2329 ff.; GIOVANNI BIAGGINI, Föderalismus im Wandel, (österreichische) Zeitschrift für öffentliches Recht (ZöR) 2002, S. 359 ff.

sen und Ganzen geglückte Finanzausgleichsreform (vorne C.I.2.e.) kann hier nicht eingegangen werden.³⁸⁷

Der in der Volksabstimmung vom 28. November 2004 angenommene NFA-Bundesbeschluss³⁸⁸ vereinigte rund zwei Dutzend Verfassungsbestimmungen. Aus bundesstaatlicher Perspektive sticht das Subsidiaritätsprinzip heraus, das nunmehr ausdrücklich³⁸⁹ und sogar gleich doppelt in der Bundesverfassung verankert ist (Art. 5a und Art. 43a Abs. 1 BV 1999). Gegenstand des Bundesbeschlusses waren darüber hinaus auch mehrere weitere Bestimmungen im Verfassungskapitel über das «Verhältnis von Bund und Kantonen» und im Zuständigkeitskapitel.

Das bundesstaatliche Subsidiaritätsprinzip ist seit einiger Zeit ein regelmässiger Gast in bundesrätlichen Botschaften zu Gesetzesvorlagen.³⁹⁰ Allerdings blieben die direkten Wirkungen bisher bescheiden, was nicht zuletzt daran liegt, dass die beiden «Zwillingsbestimmungen» Art. 5a und Art. 43a Abs. 1 BV 1999 den Verfassungsgeber nicht zu binden vermögen und auch gegenüber dem Gesetzgeber vielfach leerlaufen.³⁹¹ Die doppelte verfassungsrechtliche Verankerung des Subsidiaritätsprinzips ist als Krisensymptom ernst zu nehmen, als Lösungsansatz jedoch weitgehend unbehelflich. Ähnliches gilt auch für das in Art. 43a Abs. 2 und 3 BV 1999 verankerte «Prinzip fiskalischer Äquivalenz».³⁹² Man fragt sich (und staunt), wie es kommen konnte, dass derartige Maximen, die einem ökonomischen Lehrbuch gut anstehen mögen, jedoch juristisch nichtssagend sind, in die Bundesverfassung Aufnahme finden konnten.

Im Rahmen des NFA-Projekts wurde erwogen, eine zusätzliche (neue?) Aufgabenkategorie verfassungsrechtlich zu verankern: die sog. *Verbundaufgabe*, angesiedelt gleichsam «zwischen» den Aufgaben *des Bundes* (Art. 42 BV

387 Überblick bei ANDREAS LIENHARD/AUGUST MÄCHLER/AGATA ZIELNIEWICZ, Öffentliches Finanzrecht, Bern 2017, S. 283 ff. (m.w.H.).

388 Bundesbeschluss vom 3. Oktober 2003 zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (BB NFA), BBl 2003 6591 (in Kraft seit 1. Januar 2008).

389 Dieses Anliegen der Kantone hatte im Rahmen der Totalrevision der Bundesverfassung noch kein Gehör gefunden.

390 Art. 141 ParlG verlangt vom Bundesrat, dass er in den Botschaften an die Bundesversammlung u.a. «die Beachtung des Grundsatzes der Subsidiarität bei der Zuweisung und Erfüllung staatlicher Aufgaben» erläutert (Abs. 2 Bst. a^{ter}). Dazu BUNDESKANZLEI, Leitfaden zum Verfassen von Botschaften des Bundesrates, Ausgabe 2020, S. 50 (Allgemeines Botschaftsschema); BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gesetzgebungsleitfaden, 4. Aufl., Bern 2019, Rz. 642 ff.

391 Näher BIAGGINI, Komm. BV, Art. 5a, N 13.

392 Das Prinzip verlangt «eine dreifache Kongruenz»: «Nutzniesser, Kostenträger und Entscheidungsträger sollen möglichst übereinstimmen» (Bundesrat, Botschaft NFA, BBl 2002 2291 ff., 2459). Näher GIOVANNI BIAGGINI, in: BS-Komm. BV, Art. 43a, N 26 ff.; JÜRGEN MARCEL TIEFENTHAL, Das Prinzip der fiskalischen Äquivalenz nach Art. 43a Abs. 2–3 BV, ZSR 2021 I, S. 583 ff. – Für einen Auftritt des Grundsatzes der fiskalischen Äquivalenz *avant la lettre* siehe LOEWENSTEIN, Verfassungslehre, S. 320: «Wer die Musik bezahlt, darf auch bestimmen, was gespielt wird.»

1999) und den Aufgaben *der Kantone* (Art. 43 BV 1999) und verknüpft mit dem neuen Instrument der «Programmvereinbarung» (Art. 46 Abs. 2 BV 1999 in der seit dem 1. Januar 2008 geltenden Fassung).³⁹³ Der Verfassungsgeber verzichtete richtigerweise darauf, diese diffuse – quer zur gewohnten Kompetenzlogik liegende – Aufgabenkategorie in die Bundesverfassung aufzunehmen.

Hingegen ergänzte der Verfassungsgeber die Regeln über die vertragliche Zusammenarbeit im Bundesstaat nach mehreren Richtungen hin (Art. 48 Abs. 4 und 5 sowie Art. 48a BV 1999). Vor allem mit der neuen Bestimmung über die Allgemeinverbindlicherklärung interkantonalen Verträge (Art. 48a BV 1999) greift die Verfassung stark in die bisher im Wesentlichen den Kantonen überlassene staatenbündische Methode ein. Das wenig autonomie- und demokratiefreundliche Instrument des «Zwangskonkordats» weist zwar gewisse *bottom-up*-Elemente auf, zumal das Verfahren nur durch einen Antrag interessierter Kantone ausgelöst werden kann (Art. 48a Abs. 1 BV 1999). Aus der Sicht widerstrebender Kantone handelt es sich aber letztlich um eine *top-down*-Konstruktion. Das Instrument der Allgemeinverbindlicherklärung interkantonalen Verträge gelangte zwar bisher nicht zur Anwendung, es könnte aber in Zukunft sektoriell ein gewisses Drohpotenzial entfalten. Von einem partnerschaftlichen Bundesstaatsverständnis, das die Kantone als eigenständige politische Einheiten behandelt (vorne C.VI.1./2.b.), ist man hier weit entfernt.

4. *Dynamische Bundesstaatsentwicklung und schwindendes Bundesstaatsverständnis*

Das NFA-Projekt kann, ähnlich wie zuvor schon die Totalrevision der Bundesverfassung (vorne C.VI.2.), als Versuch verstanden werden, die bundesstaatliche Dynamik verfassungsrechtlich zu disziplinieren. Diese Aufgabe ist schwierig zu lösen, weil es um die Bändigung einer komplexen *mehrfachen Dynamik* geht, die bereits in der Bundesstaatsgründung angelegt ist (vorne B.IV.). Zur bundesstaatstypischen Kompetenzverlagerungs- und Umsetzungsdynamik gesellten sich schon bald eine Internationalisierungsdynamik sowie eine gewisse Eigendynamik der Bundesakteure, zunächst namentlich der Bundesversammlung und des Bundesrats (als politische Bundesbehörden), später zunehmend auch administrativer Behörden. Für zusätzliche Unsicherheiten sorgt die richterliche Rechtsfortbildungsdynamik, da sie die Massstäbe, nach denen sich die Kantone richten sollen, in Bewegung versetzt (Massstabsdynamik).

Das Verfassungskapitel über das «Verhältnis von Bund und Kantonen» (Art. 42 ff. BV 1999), eine Art «Allgemeiner Teil» der Bundesstaatlichkeit, kann als Versuch gedeutet werden, diese Dynamik in die (verfassungsrecht-

393 Vgl. Bundesrat, Botschaft NFA, BBl 2002 2291 ff., 2335 ff.

lichen) Schranken zu weisen. Das Ergebnis hinterlässt einen zwiespältigen Eindruck. Hinter der erneuerten Fassade des «Partnerschaftskapitels» verbirgt sich Unsicherheit, wenn nicht Orientierungslosigkeit im Umgang mit Bundesstaatsfragen und der ihnen eigenen Dynamik. Die Gründe dafür sind vielschichtig und können hier nicht vertieft analysiert werden. Das als «zweite Phase» einer «Föderalismusreform» etikettierte NFA-Projekt zeigt (paradoxaerweise), dass das Bundesstaatsverständnis – d.h. das Wissen und das Bewusstsein hinsichtlich der *raison d'être*, der Funktionsweise und der Eigenart schweizerischer Bundesstaatlichkeit – weiter im Schwinden begriffen ist.³⁹⁴

Anzeichen für ein schwindendes Bundesstaatsverständnis gibt es auch ausserhalb des NFA-Kontexts, wie die Analyse der Bundesstaatsentwicklung gezeigt hat. Ein Beispiel dafür ist die geringe Aufmerksamkeit in Praxis und Wissenschaft für das sich immer rascher ausbreitende Phänomen der kantonalen Pflichtaufgabe (vorne C.II.2.a.) und für andere Formen «kalter» Zentralisierung. Ein anderes Beispiel ist das unabgestimmte Nebeneinander von Bundesstaats- und Rechtsstaatsentwicklung, das in der Bundesaufsichtspraxis zu rechtsstaatlich bedenklichen Eingriffen in das Gewaltenteilungsgefüge seitens des Bundesrats führte (vorne C.V.2.). Dass dies wiederholt und auch noch in jüngerer Zeit geschah, muss nachdenklich stimmen.

In der Wissenschaft interessiert man sich vor allem für die Kompetenzverlagerungs- und die Internationalisierungsdynamik (vorne C.II.1./2.c.) und ihre Folgen. Nach wie vor zu wenig Beachtung findet demgegenüber die *bundesstaatliche Dimension der justiziellen Auslegungs- und Rechtsfortbildungsdynamik*, was sich auf das bundesstaatliche Problembewusstsein in der Justizpraxis negativ auswirkt. Die rechtlichen Massstäbe, an denen sich die Kantone messen lassen müssen, verlieren aufgrund der Auslegungs- und Rechtsfortbildungsdynamik an Berechenbarkeit. Typischerweise gehen Unsicherheiten beim rechtlichen Massstab primär zulasten der Verpflichteten, d.h. der Kantone. Bei der Massstababbildung in Gestalt richterlicher Rechtsfortbildung greifen zudem die für den politischen Entscheidungsprozess (Verfassungsänderung bzw. Gesetzgebung) charakteristischen Mitwirkungsrechte der Kantone nicht. Aus bundesstaatlicher Sicht sind diese Entwicklungen alles andere als erfreulich.

Zu den Gewinnerinnen der Bundesstaatsentwicklung gehört die Justiz, speziell das Bundesgericht in seiner Funktion als Verfassungsgericht.³⁹⁵ Die *im Rechtsschutzsystem angelegten Asymmetrien* – Massgeblichkeit der Bundes-

394 Bezeichnend für das schwindende Bundesstaatsverständnis ist auch, dass bei den «Werten der Bundesverfassung», auf die neuerdings die Bürgerrechts- und die Migrationsgesetzgebung des Bundes Bezug nehmen, die Bundesstaatlichkeit keine Rolle spielt (vgl. Art. 5 der Verordnung vom 17. Juni 2016 über das Schweizer Bürgerrecht; SR 141.01).

395 Die wachsende Bedeutung der Justiz in Bundesstaatsfragen widerspiegelt sich auch in einem zunehmenden Interesse der verfassungsvergleichenden Föderalismusforschung für die Rechtsprechung. Vgl. FRANCESCO PALERMO/KARL KÖSSLER, *Comparative Federalism: Constitutional Arrangements and Case Law*, Oxford/Portland (Oregon) 2017.

gesetze, Beilegung bundesstaatlicher Streitigkeiten durch das Bundesgericht (als Gericht des Bundes), derogatorische Kraft des Bundesrechts u.a.m.³⁹⁶ – erlangen mit dem Bedeutungszuwachs der Justiz ein grösseres Gewicht und erfordern erhöhte Aufmerksamkeit. Zwar sorgt der ungeschriebene, im bundesstaatlichen System jedoch fest verankerte Grundsatz der Gleichheit der Kantone (vorne B.II.1.) mit Erfolg für Symmetrie im Verhältnis der Kantone untereinander. Dies scheint allerdings den Blick dafür zu trüben, dass es im schweizerischen Bundesstaat durchaus Asymmetrien gibt, nämlich im Verhältnis Bund–Kantone, und dies nicht nur im Rechtsschutzsystem, sondern, wie gesehen, auch im politischen Entscheidungsprozess (Fehlen einer Kantonsinitiative als bundesstaatliches Korrektiv; vorne C.IV.5.).

396 Vgl. vorne C.V.1.b. und hinten D.III.1.d. – Mit Blick auf die Einhaltung der Kompetenzordnung spricht B. SCHINDLER (Kompetenzverteilung, S. 248) bildhaft von «hinkende[r] Justiziabilität».

Was also ist ein Bundesstaat? Wenn mich niemand danach fragt, weiss ich es. Wenn ich es erklären soll, weiss ich es nicht.

Frei nach *Augustinus*, *Confessiones*, Liber XI, Caput XIV³⁹⁷

D. Elemente einer Verfassungstheorie des Bundesstaats

I. Bundesstaatstheorie(n): ein tauglicher «Kompass»?

Die Analyse der verfassungsrechtlichen Entwicklungen im Bereich der Bundesstaatlichkeit hat zutage gefördert, dass es in Praxis und Wissenschaft in zentralen Fragen Orientierungsschwierigkeiten gibt. Ein bewährtes Gegenmittel bei Orientierungsschwierigkeiten heisst «Theorie», im Fall der Bundesstaatlichkeit «Bundesstaatstheorie». Eine gute Bundesstaatstheorie ermöglicht es, gestützt auf ein System von Grundbegriffen den untersuchten Gegenstand gründlich zu analysieren, besser zu verstehen und kritisch zu würdigen. Eine gute Theorie soll möglichst einfach sein (Sparsamkeitsprinzip) und praktischen Nutzen bringen, d.h. nicht nur «das Ganze verständlich machen»,³⁹⁸ sondern auch, wie ein guter Kompass, Orientierung geben und den Weg zur Lösung praktischer Fragen weisen.

1. Eine fragmentierte schweizerische Theorielandschaft

Den Protagonisten der Bundesstaatsgründung des Jahres 1848 stand keine konsolidierte Bundesstaatstheorie zur Verfügung (vorne A.II.4.). Seither hat sich die Theorielage stark verändert. Allerdings sind die Probleme, den Bundesstaat theoretisch zu erfassen, nicht geringer geworden. Die schweizerische Bundesstaatsrechtslehre hat sich verschiedener Teilaspekte der Bundesstaatlichkeit vertieft angenommen. In der älteren Lehre galt die Aufmerksamkeit vor allem der Souveränitätsfrage und der staatsrechtlichen Stellung der Kantone.³⁹⁹ Im Lauf der Zeit erweiterte sich das Themenspektrum. Stellvertretend erwähnt seien hier die Untersuchungen von ULRICH HÄFELIN und CHRISTIAN DOMINICÉ zum kooperativen Föderalismus (1969),⁴⁰⁰ von YVO HANGARTNER zur Kom-

397 Im Original: «Quid est ergo tempus? Si nemo ex me quaerat, scio; si quaerenti explicare velim, nescio.»

398 HESSE, Der unitarische Bundesstaat, S. 2 (betreffend die Aufgabe der Bundesstaatstheorie).

399 Stellvertretend FLEINER/GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht, S. 36 ff. (Zweitverfasser). – Einen instruktiven Überblick über bundesstaatsrechtliche Positionen in der älteren schweizerischen Literatur (BLUNTSCHLI, DUBS, BURCKHARDT, FLEINER, GIACOMETTI) bietet LEHNER, Souveränität im Bundesstaat, S. 46 ff., 67 ff.

400 ULRICH HÄFELIN, Der kooperative Föderalismus in der Schweiz, ZSR 1969 II, S. 549 ff.; CHRISTIAN DOMINICÉ, Fédéralisme coopératif, ZSR 1969 II, S. 743 ff. Vgl. auch ULRICH K. SIEGRIST, Die schweizerische Verfassungsordnung als Grundlage und Schranke des interkantonalen kooperativen Föderalismus, 2 Bände, Zürich 1976 und 1978.

petenzverteilung (1974),⁴⁰¹ von BLAISE KNAPP zum Vollzugsföderalismus (1984),⁴⁰² von PETER SALADIN zu den fünf «Hauptsäulen» der Bundesstaatlichkeit (1984),⁴⁰³ von GIOVANNI BIAGGINI zu Vollzugsföderalismus und Bundesaufsicht (1996),⁴⁰⁴ von PAUL RICHLI zum Subsidiaritätsprinzip (1998),⁴⁰⁵ von REGULA KÄGI-DIENER zu Zweck und Aufgaben der Eidgenossenschaft (1998),⁴⁰⁶ von VINCENT MARTENET zur Verfassungsautonomie der Kantone (1999),⁴⁰⁷ von PATRICIA EGLI zur Bundestreue (2010),⁴⁰⁸ von MARKUS SCHOTT zum Wettbewerbsföderalismus (2010),⁴⁰⁹ von ANDREAS AUER zur vierfachen Funktion der Kantone im Bundesstaat (2016)⁴¹⁰ und von JUDITH WYTENBACH zu den Menschenrechten im Bundesstaat (2017)⁴¹¹. Die theoretischen Überlegungen verbinden sich oft mit pragmatischen, dogmatischen, rechtshistorischen, rechtsvergleichenden und rechtspolitischen Erörterungen. Nur selten steht die *Theorie* des Bundesstaats im Zentrum.⁴¹² Die schweizerische Theorie-landschaft ist fragmentiert. Eine breit akzeptierte umfassende Bundesstaatstheorie, wie sie sich beispielsweise in Deutschland mit der Theorie des unitarischen Bundesstaats ausgeprägt hat (vorne A.II.4.), steht in der Schweiz nicht zur Verfügung (und kann im Rahmen der vorliegenden Untersuchung nicht entwickelt werden).

2. *Theorienvielfalt als Problem*

Wer etwas zur Verringerung des Theoriedefizits im Bereich der schweizerischen Bundesstaatlichkeit beitragen möchte, wird rasch feststellen, dass international inzwischen ein «grosses Theorieangebot»⁴¹³ besteht. PETER PERNTHA-

401 YVO HANGARTNER, Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, Bern/Frankfurt a.M. 1974.

402 BLAISE KNAPP, Le fédéralisme, ZSR 1984 II, S. 275 ff., insb. S. 346 ff.

403 PETER SALADIN, Bund und Kantone, ZSR 1984 II, S. 431 ff.

404 GIOVANNI BIAGGINI, Theorie und Praxis des Verwaltungsrechts im Bundesstaat, Basel/Frankfurt a.M. 1996.

405 PAUL RICHLI, Zweck und Aufgaben der Eidgenossenschaft im Lichte des Subsidiaritätsprinzips, ZSR 1998 II, S. 139 ff.

406 REGULA KÄGI-DIENER, Zweck und Aufgaben der Eidgenossenschaft aus bundesstaatlicher Sicht, ZSR 1998 II, S. 491 ff.

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

408 PATRICIA EGLI, Die Bundestreue. Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Zürich/Baden-Baden 2010.

409 MARKUS SCHOTT, Staat und Wettbewerb, Zürich 2010.

410 ANDREAS AUER, Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Bern 2016, Rz. 22 ff.: Die Kantone «als dem Bund untergeordnete Gliedstaaten», «als Träger der Schweizerischen Eidgenossenschaft», «als eigenständige Staatswesen» sowie «als Organe des Bundes».

411 JUDITH WYTENBACH, Umsetzung von Menschenrechtsübereinkommen in Bundesstaaten, Zürich/St. Gallen 2017.

412 [JOHANN] MARTIN USTERI, Theorie des Bundesstaates, Zürich 1954; ANTON R. GREBER, Die vorpositiven Grundlagen des Bundesstaates, Basel/Genf/München 2000.

413 So schon vor 35 Jahren PETER HÄBERLE, Diskussionsvotum, VVDStRL 46, Berlin 1988, S. 149.

LER unterscheidet in seiner «Allgemeinen Staatslehre und Verfassungslehre» monistische, dualistische und dreigliedrige Bundesstaatstheorien.⁴¹⁴ PHILIPPE MASTRONARDI spricht in seiner «Verfassungslehre» von separativen, unitarischen, kooperativen, kompetitiven und solidarischen Theorien des Bundesstaats.⁴¹⁵ Zu alledem gibt es Untervarianten, manche eher vertikal-hierarchisch angelegt, andere eher horizontal-kooperativ. Hinzu kommen Theorien, die sich vor allem als eine Lehre vom guten (idealen) Bundesstaat verstehen, in Entsprechung zu einer allgemeinen Staatstheorie verstanden «als Lehre vom guten und gerechten Staat».⁴¹⁶

Neben diesen und weiteren staatsrechtlich geprägten Bundesstaatstheorien⁴¹⁷ gibt es auch eine grosse Zahl an politikwissenschaftlichen, ökonomischen, historischen usw. Untersuchungen und Theorien. Stellvertretend genannt seien hier K. C. WHEARE⁴¹⁸, CARL J. FRIEDRICH (mit seiner «Theory of Federalism as Process»⁴¹⁹) und RONALD L. WATTS⁴²⁰ sowie unter den Schweizer Autoren der Politikwissenschaftler ADRIAN VATTER⁴²¹ und der Wirtschaftswissenschaftler RENÉ L. FREY.⁴²² Das breite Interesse an Bundesstaatsfragen eröffnet Möglichkeiten eines Austauschs zwischen den Disziplinen – ein Unterfangen, das allerdings nicht immer einfach ist (und aus vielen Gründen scheitern kann).

Angesichts des grossen Angebots, ja fast Überangebots an Bundesstaatstheorien liegt die Frage nahe, welche unter den Theorien denn nun «die richtige» sei.⁴²³ Für welche soll man sich entscheiden? Die Frage ist nicht trivial,

414 PERNTHALER, Verfassungslehre, S. 294 ff. Vgl. auch GAMPER, Staat und Verfassung, S. 97 f. (die von monistischen, dualistischen und trialistischen Bundesstaatstheorien spricht). – Einen Überblick über ältere Bundesstaatstheorien gibt HANS NAWIASKY, Der Bundesstaat als Rechtsbegriff, Tübingen 1920, S. 196 ff.

415 MASTRONARDI, Verfassungslehre, Rz. 747 ff.

416 In diesem Sinn der Untertitel der «Verfassungslehre» von MASTRONARDI («Allgemeines Staatsrecht als Lehre vom guten und gerechten Staat»). – Bei FLEINER/BASTA FLEINER, Allgemeine Staatslehre, steht die «Herausforderung des multikulturellen Staates» (S. 513 ff.) am Ausgangspunkt der Überlegungen zu einer «Theorie des Föderalismus» (S. 532 ff.) im Allgemeinen sowie zu einer «Theorie des schweizerischen Föderalismus» (S. 596 ff.).

417 Erwähnt sei stellvertretend die von PETER HÄBERLE entwickelte «gemischte» Bundesstaatstheorie auf kulturwissenschaftlicher Grundlage (Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 2. Aufl., Berlin 1998, insb. S. 776 ff.).

418 K. C. [Kenneth Clinton] WHEARE, Federal Government, 4. Aufl., Oxford 1963.

419 CARL J. FRIEDRICH, Trends of Federalism in Theory and Practice, London 1968, S. 3 ff., insb. S. 7.

420 RONALD L. WATTS, Comparing Federal Systems, 3. Aufl., Montreal 2008.

421 ADRIAN VATTER, Swiss Federalism. The Transformation of a Federal Model, London/New York 2018.

422 RENÉ L. FREY, Zwischen Föderalismus und Zentralismus. Ein volkswirtschaftliches Konzept des schweizerischen Bundesstaates, Bern 1977. – Ein Gegenmodell zu territorial geprägten Konstruktionen bieten BRUNO S. FREY/REINER EICHENBERGER, The New Democratic Federalism for Europe – Functional, Overlapping and Competing Jurisdictions, Cheltenham 1999 (mit vergleichenden Hinweisen zum schweizerischen Gemeindewesen, S. 49 ff.).

423 Zu dieser Frage PETER HÄBERLE, Diskussionsvotum, VVDStRL 46, Berlin 1988, S. 148 f. (der aber zugleich betont, dass man «nicht abstrakt-generell ein für alle mal sagen» könne, «welches die «richtige» Bundesstaatstheorie» sei angesichts der Vielfalt innerhalb des Typus «Verfas-

zumal näher besehen jeder Bundesstaat einzigartig ist und die Gefahr besteht, dass die für «richtig» gehaltene und zugrunde gelegte Bundesstaatstheorie in eine Sackgasse führt. Diese Gefahr ist nicht bloss theoretischer Natur, wie ein Blick in die Neubearbeitung des «Schweizerischen Bundesstaatsrechts» von FRITZ FLEINER (1923) durch ZACCARIA GIACOMETTI (1949) zeigt. Anders als FLEINER⁴²⁴ vertrat GIACOMETTI die These, dass es sich bei den Kantonen mangels Souveränität nicht um Staaten, sondern um blosse «Selbstverwaltungskörper» handle⁴²⁵ (was in der Terminologie von PETER PERNTHALER auf eine monistische Bundesstaatstheorie hinausläuft). Die Schweizerische Eidgenossenschaft hätte somit folgerichtig als dezentraler Einheitsstaat eingestuft werden müssen.⁴²⁶ Vor dieser Konsequenz seiner theoretischen Position schreckte GIACOMETTI allerdings zurück. Die «Rettung der Bundesstaatlichkeit der Schweiz» gelang GIACOMETTI, indem er sich an die «verfassungsrechtlich fixiert[e] Mitwirkung» der Gliedstaaten am Verfahren der Verfassungsänderung (in Gestalt des Ständemehrs) erinnerte und indem er diese Mitwirkung als «Kriterium des Bundesstaates» genügen liess.⁴²⁷ Dieser theoretische Schwenker mag zwar die schweizerische Bundesstaatlichkeit «gerettet» haben, hinterlässt jedoch erhebliche Zweifel hinsichtlich der Tragfähigkeit der zugrunde gelegten Bundesstaatstheorie.⁴²⁸

Dieses Beispiel ist auch nach über 70 Jahren von Interesse, weil es einen problematischen Aspekt hergebrachter Bundesstaatstheorien offenlegt. Diese sind oft abstrakt konstruiert und operieren mit dem begrifflichen Instrumentarium der allgemeinen Staatslehre. Dieses Instrumentarium wiederum ist traditionell stark *einheitsstaatlich* geprägt.⁴²⁹ Dies gilt nicht zuletzt für staatsrechtliche Grundbegriffe wie «Souveränität» und «Staatlichkeit». GIACOMETTI stützte sich auf diese einheitsstaatlich geprägte Begrifflichkeit, ohne zu hinterfragen, ob sie dem Bundesstaatskontext gerecht wird. Für ein unitarisches Bun-

sungsstaat». Vgl. auch PETER HÄBERLE, Föderalismus, Regionalismus und Präföderalismus als alternative Strukturformen der Gemeineuropäischen Verfassungskultur, in: Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Band I, S. 251 ff.

424 FLEINER bejahte die Staatlichkeit der Kantone trotz fehlender Souveränität, weil diese «im Besitz *eigenen*, nicht von einem anderen abgeleiteten, Herrschaftsrechts» sind (Bundesstaatsrecht, S. 54; Hervorhebung im Original).

425 FLEINER/GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht (Zweitverfasser), S. 44 («eine bestimmte Stufe der staatlichen Dezentralisation durch Selbstverwaltungskörper») sowie S. 48 ff. («Kantone als Selbstverwaltungskörper des Bundes»).

426 So in der Tat (zur Schweizerische Eidgenossenschaft von 1848) ORTINO, Diritto costituzionale federativo, S. 167 («forma di Stato unitario a forte decentramento»).

427 FLEINER/GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht, S. 45 ff. (Zweitverfasser) (Zitate: S. 45 und 47).

428 Näher besehen geht es bei diesem Schwenker weniger um die «Rettung» der schweizerischen Bundesstaatlichkeit als um den Versuch, die eigene theoretische Grundposition vor ihren unerwünschten Folgen zu «retten».

429 Zu diesem Phänomen bereits vor 140 Jahren JELLINEK, Staatenverbindungen, S. 12: «Die allgemeinen Begriffe vom Staate sind dem Typus des Einheitsstaats entnommen» (mit Hinweisen auf G. MEYER und LABAND).

desstaatsverständnis, wie es in Deutschland vorherrscht, mag das hergebrachte staatsrechtliche Vokabular angemessen sein, für das schweizerische Bundesstaatsverständnis oder auch für das US-amerikanische Konzept des *dual federalism*⁴³⁰ ist dies sehr fraglich. Eine Bundesstaatstheorie, die das Problem der Begrifflichkeit ausblendet, leidet an einem erheblichen Theoriedefizit. Dies ist in der Staatsrechtslehre nicht unbemerkt geblieben. So werden in jüngerer Zeit vermehrt Stimmen laut, welche traditionsreiche Elemente der Bundesstaatstheorie wie etwa die klassische Unterscheidung zwischen Bundesstaat und Staatenbund infrage stellen. Erwähnt seien hier stellvertretend OLIVIER BEAUD⁴³¹ und CHRISTOPH SCHÖNBERGER.⁴³² Schon ältere Autoren betonten die Gemeinsamkeiten von Staatenbund und Bundesstaat, so namentlich HANS KELSEN in seiner Allgemeinen Staatslehre (1925).⁴³³

3. Von der Bundesstaatstheorie zur Verfassungstheorie des Bundesstaats

a. Allgemeine Bundesstaatstheorie und spezielle Bundesstaatstheorien

Angesichts der Vielfalt an Bundesstaatstheorien und der Unterschiedlichkeit der Bundesstaaten erweist sich die Frage, welche unter den zahlreichen Bundesstaatstheorien «die richtige» sei (vorne D.I.2.), als nicht zielführend. Angezeigt ist vielmehr eine *Ausdifferenzierung* bundesstaatlicher Theorie:

- Zum einen erfordert der solitäre Charakter des einzelnen Bundesstaats eine Bundesstaatstheorie, die den jeweiligen Eigenheiten Rechnung trägt und hohen Erklärungswert für die jeweilige individuelle bundesstaatliche Ordnung besitzt. Kurz (und bewusst im Plural): Gefragt sind massgeschneiderte *spezielle* Bundesstaatstheorien mittlerer Abstraktionsstufe, d.h. Theorien des schweizerischen, des deutschen, des kanadischen usw. Bundesstaats.
- Zum anderen gibt es, bei aller Individualität der Bundesstaaten, auch typische übergreifende Fragen, sodass allgemeinere Überlegungen und vergleichende Betrachtungen angezeigt sind. Kurz: Es besteht darüber hinaus Bedarf nach einer *allgemeinen* Bundesstaatstheorie auf einer höheren Abstraktionsstufe.

Die verschiedenen speziellen, jeweils auf einen bestimmten Bundesstaat bezogenen Bundesstaatstheorien sollten möglichst so konzipiert sein, dass sie mit einer übergreifenden allgemeinen Bundesstaatstheorie kompatibel sind.

430 Dazu z.B. JÖRG ANNAHEIM, Die Gliedstaaten im amerikanischen Bundesstaat, Diss. Basel, Berlin 1992, S. 38 ff.

431 BEAUD, Föderalismus und Souveränität, S. 45 ff.; DERS., Théorie de la fédération; DERS., Le pacte fédératif.

432 SCHÖNBERGER, Die Europäische Union als Bund, S. 81 ff.

433 KELSEN, Allgemeine Staatslehre, § 31 («Staatenbund und Bundesstaat»). Siehe auch vorne B.III.1. (Fn. 109).

Es würde den Rahmen dieser Untersuchung sprengen, hier eine spezielle Bundesstaatstheorie für den schweizerischen Bundesstaat auszuarbeiten und sie in eine allgemeine Bundesstaatstheorie einzubetten. Festgehalten sei immerhin, dass die gebotene Differenzierung zwischen allgemeiner und spezieller Theorie nicht ohne Folgen für traditionelle bundesstaatliche Grundbegriffe wie die Souveränität bleiben dürfte. Aufschlussreich ist in dieser Hinsicht die rechtsvergleichend angelegte Untersuchung über «Souveränität im Bundesstaat und in der Europäischen Union» von ROMAN LEHNER. Aufgrund seiner eingehenden Analyse – nicht zuletzt auch der schweizerischen Verfassungslage – sah sich LEHNER veranlasst, die «Souveränität als theoretische Grösse» einerseits und das relativierbare «Souveränitätsprinzip» als spezifische rechtliche Ausformung in einem bestimmten verfassungsrechtlichen Kontext andererseits zu unterscheiden.⁴³⁴ Eine solche Unterscheidung zwischen *allgemeiner* und *spezieller* Bedeutung (hier: des Souveränitätsbegriffs) hat sich auch schon bei anderen schwierigen staatsrechtlichen Grundbegriffen als hilfreich erwiesen, so namentlich im Fall der Gewaltenteilung.⁴³⁵

b. Die verfassungsrechtliche Basis von Bundesstaatstheorien: kein Bundesstaat ohne Verfassung

Als Ausgangspunkt für weiterführende Überlegungen soll hier eine Feststellung dienen, die unscheinbar wirkt, deren Tragweite jedoch in der Bundesstaatsdiskussion bisher unterschätzt wurde: Ein Bundesstaat kann nicht errichtet werden und kann nicht funktionieren ohne eine – genauer: ohne *seine* – Bundesverfassung. Der *Bundesstaat als Staatsform* und die *Bundesverfassung als Rechtsform* sind untrennbar miteinander verknüpft. Dies haben schon Autoren wie KARL LOEWENSTEIN und PETER PERNTHALER hervorgehoben.⁴³⁶ Das Doppeljubiläum – 175 Jahre Bundesstaat und 175 Jahre (erste) Bundesverfassung – führt uns diese innere Verbindung aktuell vor Augen. Wie ein roter Faden zieht sich diese Verbindung durch die *Federalist Papers*. Die *Founding Fathers of the United States* waren Bundesstaatsgründer und zugleich Verfassungsväter. Bei vielen klassischen Fragestellungen, die in Bundesstaatstheorien erörtert werden, spielt die Verfassung eine zentrale Rolle. Beispielhaft erwähnt seien die Abgrenzung des Bundesstaats zum Staatenbund (Verfassung bzw.

434 Vgl. LEHNER, Souveränität im Bundesstaat, insb. S. 214 ff., 230 ff. (Zitat: S. 235). Vgl. auch MARCEL BRIDEL, Précis de droit constitutionnel et public suisse, Band I, Lausanne 1965, S. 112 («dans un sens relatif qui n'est pas le sens usuel de *suprema potestas*»).

435 Zur Gewaltenteilung als allgemeines verfassungstheoretisches Leitbild einerseits und als relativierbarer Grundsatz des positiven Verfassungsrechts andererseits siehe KONRAD HESSE, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1995, Rdn. 475 ff.; GIOVANNI BIAGGINI, Gewaltenteilung im Verfassungsstaat, in: Staatsrecht, § 17, insb. N 7 ff.

436 LOEWENSTEIN, Verfassungslehre, S. 298 («Kein Bundesstaat kann ohne geschriebene Verfassung auskommen»); PERNTHALER, Verfassungslehre, S. 293; beiläufig auch AUBERT, Constitution, S. 62.

Vertrag als rechtliche Grundlage),⁴³⁷ die Abgrenzung des Bundesstaats zum dezentralisierten Einheitsstaat (Mitwirkung der Gliedstaaten bei Verfassungsänderungen als Kriterium) und das System der Aufgabenteilung (Erfordernis der verfassungsmässigen Kompetenzgrundlage). Auch die Lehre vom guten (idealen) Bundesstaat setzt auf die Verfassung, wenn es um das Instrumentarium zur Absicherung von Minderheitenschutz, kultureller Vielfalt usw. geht. Allgegenwärtig ist die Bundesverfassung sodann, wenig überraschend, in den auf einen bestimmten Bundesstaat gemünzten speziellen Bundesstaatstheorien.⁴³⁸ Man kann das Phänomen Bundesstaat nicht erfassen, ohne die Verfassung als dessen Gründungsdokument und rechtliche Grundordnung einzubeziehen. Erst wenig geklärt sind allerdings die *Konsequenzen* dieser existenziellen inneren Verbindung von Bundesstaat und Bundesverfassung.

Die enge Verbindung von Bundesstaat und Bundesverfassung ist in der staats- und verfassungsrechtlichen Literatur erstaunlicherweise meist kein Thema. In Einzeldarstellungen geht es in der Regel um die jeweilige Bundesverfassung als *Verfassung*; die *spezifischen* Eigenschaften und Funktionen, die eine Verfassung als *Bundesverfassung* auszeichnen, finden hingegen kaum Aufmerksamkeit. Zu den wenigen Ausnahmen gehört die Wiener Habilitationsschrift von EWALD WIEDERIN über «Bundesrecht und Landesrecht».⁴³⁹ In deutschsprachigen Werken mit Titelbegriffen wie «Verfassungstheorie» oder «Verfassungslehre» – verfasst von Autoren mit bundesstaatlichem Hintergrund – spielen Fragen der Bundesstaatlichkeit oft nur eine marginale oder gar keine Rolle.⁴⁴⁰ Die Verfassungsstaatlichkeit wird ausschliesslich oder doch schwergewichtig aus einer *einheitsstaatlichen* Perspektive untersucht und gewürdigt. Zu den Ausnahmen gehören einzelne Klassiker wie HANS KELSEN, der in seiner «Allgemeinen Staatslehre» (1925) auch spezifische Fragen der

437 Auf strittige Fragen und auf die hybride Figur des Verfassungsvertrags ist hier nicht näher einzugehen. Vgl. BEAUD, *Pacte fédératif*, S. 161 ff.; ORTINO, *Diritto costituzionale federativo*, S. 261 ff.; PERNTHALER, *Verfassungslehre*, S. 295; SCHMITT, *Verfassungslehre*, S. 361 ff.

438 Selbst in politikwissenschaftlichen Darstellungen des schweizerischen Bundesstaats ist die Bundesverfassung vielfach präsent. Exemplarisch VATTER, *Föderalismus*, S. 135 ff. (der zahlreiche Verfassungsbestimmungen zitiert).

439 EWALD WIEDERIN, *Bundesrecht und Landesrecht*, zugleich ein Beitrag zu Strukturproblemen der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung in Österreich und in Deutschland, Habil. Wien, Wien/New York 1995, insb. S. 40 ff. WIEDERIN skizziert ein «formales Bundesstaatsmodell»: «Drei Rechtskreise, zwei Staaten [gemeint sind: der Bund einerseits, die Gliedstaaten andererseits], eine Rechtsordnung» (Abschnitts-Überschrift, a.a.O., S. 40).

440 Siehe etwa OTTO DEPENHEUER/CHRISTOPH GRABENWARTER (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, Tübingen 2010 (ohne spezifischen Beitrag zur Bundesstaatlichkeit); GÖRG HAVERKATE, *Verfassungslehre – Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung*, München 1992. Ein anderes Beispiel für die Vernachlässigung der Bundesstaatlichkeit ist die von UWE VOLKMANN vorgelegte «Verfassungslehre» (Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen 2013): Es geht darin nur am Rand um das Grundgesetz als *Bundesverfassung*; das bundesstaatliche Prinzip wird vor allem als Störfaktor wahrgenommen, da dessen Integration «in das allgemeine Gerechtigkeitsprogramm der Verfassung» Schwierigkeiten bereite (a.a.O., S. 271).

«Bundesstaatsverfassung» behandelt,⁴⁴¹ und CARL SCHMITT, der im letzten Abschnitt seiner «Verfassungslehre» (1928) eine «Verfassungslehre des Bundes» entwickelt.⁴⁴²

Stark *einheitsstaatlich* geprägt ist nicht nur das *bundesstaatstheoretische* Vokabular, sondern auch jenes der *Verfassungstheorie*. Exemplarisch zeigt sich dies beim Konzept der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes (Volkssouveränität). Das für Bundesstaaten typische Phänomen eines *zusammengesetzten* Verfassungsgebers, an dem auch die Gliedstaaten beteiligt sind, wird in der Verfassungstheorie häufig ausgeblendet oder doch stiefmütterlich behandelt. Zu kurz kommt die bundesstaatliche Dimension oft auch in der Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit und in der Lehre von den Schranken der Verfassungsrevision, teils auch in den allgemeinen Grundrechtslehren (z.B. Grundrechtsschranken, grundrechtliche Schutzpflichten). Zugespitzt formuliert: Auch in der Verfassungstheorie wird in erster Linie vom Modell des Einheitsstaats und der einheitsstaatlichen Verfassung her gedacht.

Schon diese wenigen Hinweise machen deutlich, dass die Verfassungstheorie in Sachen Bundesstaatlichkeit Defizite aufweist. Die allgemeine Verfassungstheorie bedarf der Erweiterung um eine Theorie der *bundesstaatlichen* Verfassung (Bundesstaatsverfassung). Bundesstaatsfragen sollten nicht nur – wie üblich – durch eine bundesstaatstheoretische «Brille» betrachtet werden, sondern vermehrt auch durch die «Brille» bundesstaatlicher *Verfassungstheorie*.

Eine solche Perspektivenerweiterung ist kein Wundermittel zur Behebung bestehender Defizite der Bundesstaatstheorie (vorne A.II. und D.I.1./2.) und zur Lösung bundesstaatlicher Gegenwartsprobleme. Sie kann aber dazu beitragen, theoretische wie praktische Bundesstaatsprobleme breiter abgestützt zu analysieren und besser zu verstehen. Nicht zuletzt rücken bisher vernachlässigte und unterschätzte Fragestellungen wie jene betreffend die Grenzen der Leistungsfähigkeit von Verfassungen – gerade auch von Bundesverfassungen – ins Blickfeld (hinten D.II.3.).

Eine umfassende Verfassungstheorie des Bundesstaats kann hier nicht entwickelt werden. Der vorliegende Beitrag muss sich damit begnügen, einige Elemente einer Verfassungstheorie des Bundesstaats, d.h. einer Theorie des besonderen Verfassungstypus «Bundesstaatsverfassung», zu skizzieren (II.) und am Beispiel der Schweizerischen Eidgenossenschaft – die «unique au monde»⁴⁴³ ist, aber zugleich auch als ein paradigmatischer Fall von Bundesverfassungsstaatlichkeit gelten darf⁴⁴⁴ – schlaglichtartig zu beleuchten (III.).

441 Kelsen, Allgemeine Staatslehre, insb. § 31.

442 Schmitt, Verfassungslehre, 8. Aufl., Berlin 1993 (1. Aufl., Berlin 1928), S. 361 ff.

443 Saladin, Bund und Kantone (einführender mündlicher Bericht des Referenten), ZSR 1984 II, S. 671 ff., 674 (bezogen auf die «schweizerische Föderativ-Ordnung»).

444 Zum paradigmatischen Charakter der Schweizerischen Eidgenossenschaft allgemein Karl W. Deutsch, Die Schweiz als ein paradigmatischer Fall politischer Integration, Bern 1976.

II. Elemente einer allgemeinen Theorie der Bundesverfassung

1. *Konstituieren und limitieren: die Bundesverfassung als rechtliche Grundordnung*

Jeder Bundesstaat hat und braucht eine Bundesverfassung (vorne D.I.3.b.). Was aber heisst dies – konkret und praktisch – für den Verfassungsgeber, wenn er sich, wie 1848 in der Schweizerischen Eidgenossenschaft, daran macht, eine bundesstaatliche Verfassungsordnung zu schaffen? Aus Sicht der Verfassungslehre ist zunächst an die allgemeinen Funktionen zu denken, die eine jede, d.h. auch eine einheitsstaatliche Verfassung zu erfüllen hat. Als Kernfunktionen gelten, demokratisch-rechtsstaatlich betrachtet, die *Konstituierung* und die *Limitierung* des Staats und seiner Organe.⁴⁴⁵ Es geht mit anderen Worten einerseits darum, den Staat und seine Organe einzurichten und funktionsfähig zu machen und demokratisch zu legitimieren. Andererseits soll die Verfassung dem Staat und seinen Organen Schranken setzen und auf diese Weise Macht begrenzen und die Freiheit der Bürgerinnen und Bürger sichern. Hinzu kommen weitere traditionelle Verfassungsfunktionen wie die Steuerungs- und Gestaltungsfunktion, die Orientierungsfunktion, die Legitimierungsfunktion, die Integrationsfunktion sowie die Aufgabe, das Verfahren der Verfassungsänderung zu regeln (Fortbildungsfunktion).

2. *Bundesstaatsspezifische Funktionen (Bundesverfassungsfunktionen)*

Die nähere Analyse der schweizerischen Bundesstaatsgründung (B.) und der seitherigen Verfassungsentwicklung (C.) hat deutlich werden lassen, dass sich eine Verfassung, die als rechtliche Grundordnung eines *Bundesstaats* dienen soll, nicht damit begnügen darf, in althergebrachter Weise die klassischen Hauptfunktionen (insb. Konstituierungs- und Limitierungsfunktion) wahrzunehmen. Hinzu kommen weitere grundlegende Verfassungsaufgaben, die sich nicht nur beim schweizerischen Bundesstaat, sondern grundsätzlich bei jedem Bundesstaat stellen;⁴⁴⁶ dabei handelt es sich um Elemente einer *allgemeinen*, länderübergreifenden Verfassungstheorie des Bundesstaats.

Im Sinn eines nicht abschliessenden provisorischen Katalogs lassen sich die folgenden *bundesstaatsspezifischen Verfassungsfunktionen* identifizieren:

- *Aufgabenzuweisung*: Bundesstaatliche Verfassungen haben sich einerseits um die Festlegung der Grundausrüstung des Bundes bei der Bundesstaatsgründung zu kümmern, andererseits um die Festlegung der Methode, mittels der bestehende Aufgaben im Verhältnis Bund–Gliederstaaten neu zu-

445 Dazu und zu weiteren Verfassungsfunktionen eingehend EICHENBERGER, Verfassung, S. 178 ff.; vgl. auch AUBERT, Constitution, S. 68 ff.

446 Vgl. (aus österreichischer und allgemeiner Perspektive) PERNTHALER, Verfassungslehre, S. 293; WIEDERIN, Bundesrecht und Landesrecht, S. 40 ff.

geteilt oder neu aufzugreifende Aufgaben zugewiesen werden. Da es um die Abgrenzung der Aufgabensphären des Bundes und der Gliedstaaten geht, kann man auch von einer Abgrenzungsfunktion oder von einer besonderen Limitierungsfunktion sprechen. Die Aufgabenzuweisung wird in der Literatur als «Hauptaufgabe jeder bundesstaatlichen Verfassung» bezeichnet.⁴⁴⁷ Sie ist aber längst nicht die einzige bundesstaatspezifische Verfassungsfunktion.

- *Begründung von sonstigen Rechten und Pflichten* im Verhältnis Bund–Gliedstaaten bzw. im Verhältnis der Gliedstaaten untereinander.
- *Regelung des Zusammenwirkens* von Bund und Gliedstaaten. Man kann diesbezüglich auch von einer bundesstaatspezifischen Integrationsfunktion sprechen.
- *Streitbeilegung*: Die bundesstaatliche Verfassung muss sich darum kümmern, wie Streitigkeiten zwischen bundesstaatlichen Akteuren (d.h. im Verhältnis Bund–Gliedstaaten bzw. zwischen Gliedstaaten) beizulegen sind. Daneben ist auch die *Durchsetzung* der bundesstaatlichen Pflichten und Rechte (des Bundes und der Gliedstaaten) sicherzustellen.
- *Garantiefunktion*: Zu den grundlegenden Aufgaben eines Bundesstaats – und somit auch zu den Regelungsthemen einer Bundesstaatsverfassung – gehört es sodann typischerweise, bestimmte Garantien zugunsten der Gliedstaaten zu übernehmen und im Bedarfsfall dafür einzustehen.

Im Hinblick auf die (allgemeine) Fortbildungsfunktion gilt es zudem die bundesstaatspezifische Frage zu beantworten, in welcher Weise die Gliedstaaten am Verfahren der Verfassungsänderung beteiligt sein sollen.

3. Bundesstaatsspezifische Eigenschaften

Die von einer Bundesverfassung als Bundesstaatsverfassung zu erfüllenden Funktionen bedingen, dass eine Bundesverfassung bestimmte *Eigenschaften* aufweist, da sie sonst ihrer Aufgabe nicht gerecht werden kann.

- Die Garantiefunktion und auch weitere Funktionen wie die Aufgabenzuweisungsfunktion erfordern eine *geschriebene* Verfassung, deren Änderung in einem formalisierten Verfahren zu erfolgen hat.⁴⁴⁸
- Eine Bundesstaatsverfassung muss einerseits stabilisieren, andererseits Veränderung ermöglichen (Neuzuweisung von Aufgaben); sie darf daher *weder allzu flexibel sein noch allzu starr*.⁴⁴⁹

447 So WIEDERIN, Bundesrecht und Landesrecht, S. 40. Vgl. auch HANGARTNER, Kompetenzverteilung, S. 40 f.

448 Vgl. LOEWENSTEIN, Verfassungslehre, S. 298; PERNTHALER, Verfassungslehre, S. 293; WHEARE, Federal Government, S. 55.

449 Eine zu stark ausgeprägte «Starrheit» der Verfassung verleitet bei der Fortbildung der bundesstaatlichen Rechtsordnung zu Ausweichmanövern via die Gesetzgebung und/oder die Recht-

- Die Bundesstaatsverfassung muss zugleich *trennen* (Abgrenzung der Aufgaben) und *integrieren* (Zusammenwirken von Bund und Gliedstaaten). Wenn die Bundesverfassung Bund und Gliedstaaten «zu einem Ganzen» verbinden soll⁴⁵⁰ und zwischen Bund und Gliedstaaten rechtliche Beziehungen herstellen soll, so muss ihr ein *verbandsübergreifender* Charakter zukommen.
- Ihren Aufgaben kann die Bundesverfassung letztlich nur gerecht werden, wenn sie sowohl der Rechtsordnung der einzelnen Gliedstaaten als auch der Rechtsordnung der Bundesebene (Bundesgesetzgebung) *übergeordnet* ist. Mit den Worten von K. C. WHEARE: Die Suprematie (supremacy) der Verfassung «is essential if government is to be federal».⁴⁵¹

Diese Elemente einer allgemeinen Verfassungstheorie des Bundesstaats sind hier bewusst zurückhaltend und offen formuliert. Der Grund dafür ist, dass letztlich jeder Bundesstaat ein «Unikat» ist (EHRENZELLER⁴⁵²). Bei der rechtswissenschaftlichen Analyse steht daher das Spezielle im Vordergrund. Eine *allgemeine* Verfassungstheorie des Bundesstaats muss diesem Umstand Rechnung tragen; sie sollte deshalb nicht – gewissermassen *top-down* – «festgesetzt» werden, sondern im Angesicht konkreter bundesstaatlicher Verfassungsordnungen – *bottom-up* – entwickelt werden. Umgekehrt sollte eine *spezielle* Verfassungstheorie des *schweizerischen* Bundesstaats (der im Folgenden die Aufmerksamkeit gelten wird) nicht ohne Rücksicht auf allgemeine (internationale und vergleichende) Diskussion nicht zu gefährden.

4. *Neuralgische Punkte: Was kann eine Bundesstaatsverfassung leisten (und was nicht)?*

Die Anforderungen, die eine Bundesstaatsverfassung erfüllen soll, sind gegensätzlich und reich an Spannungen. Die Untersuchung der schweizerischen Bundesstaatsentwicklung (vorne C.) liefert dafür zahlreiche Belege. Als neuralgische Punkte erwiesen sich dabei namentlich die Sicherung der Existenz der Gliedstaaten als eigenständige politische Einheiten, das Problem der schleichenden, «kalten» Zentralisierung sowie die Eindämmung der expansiven Kraft der Verfassungsgerichtsbarkeit.

Vermag eine Bundesstaatsverfassung all das zu leisten, was von ihr erwartet wird? Eine allgemeine Verfassungstheorie des Bundesstaats muss sich nicht nur

sprechung. Ein Negativbeispiel ist diesbezüglich die Unionsverfassung der Vereinigten Staaten von Amerika.

450 WIEDERIN, Bundesrecht und Landesrecht, S. 40.

451 WHEARE, Federal Government, S. 55.

452 BERNHARD EHRENZELLER, Der Bildungsföderalismus auf dem Prüfstand, VVDStRL 73, Berlin 2014, S. 13.

mit den bundesstaatsspezifischen Funktionen der Verfassung befassen, sondern auch mit den möglichen *Schwierigkeiten*, die bei der Wahrnehmung der Verfassungsfunktionen auftreten können.

III. Die schweizerische Bundesverfassung als Bundesstaatsverfassung

1. *Eigenheiten der schweizerischen Bundesverfassung im Licht der Verfassungsfunktionen*

Gestützt auf die Analyse der verfassungsrechtlichen Ausgangslage im Jahr 1848 (vorne B.) und auf die Analyse der seitherigen Entwicklungen (vorne C.) und im Licht der theoretischen Überlegungen zu den allgemeinen und speziellen bundesstaatlichen Verfassungsfunktionen (D.II.1./2.) lassen sich die folgenden Eigenheiten der schweizerischen Bundesverfassung identifizieren.

a. *Beschränkte Konstituierungsfunktion*

Der konstituierende Akt von 1848 schuf die Schweizerische Eidgenossenschaft als Bundesstaat («Gesamtstaat») sowie die neuartige Bundesebene mit ihren Organen (Bundesbehörden). Die präexistierenden und als eigenständige politische Einheiten weiterbestehenden Kantone bedurften keiner Konstituierung. Die Aufzählung der Kantone in Art. 1 BV 1848 bezweckte nicht die Errichtung der einzelnen Kantone, sondern war auf die Bildung der Schweizerischen Eidgenossenschaft gerichtet.⁴⁵³ Die Bundesvorgaben an die kantonalen Verfassungen (Art. 6 BV 1848; heute Art. 51 BV 1999) hatten und haben begrenzenden, nicht konstituierenden Charakter;⁴⁵⁴ die Erteilung der Bundesgewährleistung gilt denn auch folgerichtig als deklaratorischer, nicht als konstitutiver Akt.

Die Konstituierungsfunktion der Bundesverfassung erfasst somit nicht sämtliche Erscheinungsformen von Staatlichkeit auf dem Gebiet der Schweizerischen Eidgenossenschaft und ist insofern beschränkter Natur. Die Bundesverfassung muss dementsprechend nicht die gesamte demokratische Legitimierungslast tragen; die Kantonsverfassungen tragen mit.

b. *Differenzierte Limitierungsfunktion*

Was die Machtbegrenzungs- und Freiheitsgewährleistungsfunktion (Limitierungsfunktion) betrifft, so resultiert aus der Bundesverfassung von 1848 und, in modifizierter Art und Weise, auch aus den späteren Bundesverfassungen eine *Arbeitsteilung* im Verhältnis von Bund und Kantonen. Am deutlichsten zu

453 Ein (hier nicht zu vertiefender) Spezialfall ist die Schaffung des Kantons Jura (1979), an dessen Gründung neben dem Kanton Bern und der Bevölkerung des künftigen Kantons auch der Bundesverfassungsgeber beteiligt war (vorne C.I.1.).

454 Anders FLEINER/GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht, S. 41 (Zweitverfasser), wonach die Kantonsverfassungen ihren Geltungsgrund in der Bundesverfassung haben sollen. Siehe vorne B.II.1.

erkennen ist dies im Grundrechtsbereich. Der Bundesverfassungsgeber überliess den Grundrechtsschutz zunächst im Wesentlichen den Kantonen und ihren Verfassungen (vorne B.I.3.). Die Bundesverfassung von 1848 erfüllte insoweit nur eine *beschränkte* Limitierungsfunktion, und auch die Bundesverfassung von 1999 lässt Raum für ergänzenden kantonalen Grundrechtsschutz. Dieser Sachverhalt ist für Bundesstaaten und vergleichbare Gebilde nicht aussergewöhnlich. So finden sich im Text der US-Verfassung von 1787 nur spärliche Grundrechtsgarantien (was schon bald nach der Bundesstaatsgründung Anlass zur Ergänzung der Unionsverfassung durch die Bill of Rights gab). Ähnliches galt über lange Zeit auch für das geschriebene Primärrecht der Europäischen Gemeinschaft/Union (bis es durch die Charta der Grundrechte ergänzt wurde).

Ungewöhnlich ist, dass der Bund sein Rechtsschutzsystem auch für Beschwerden betreffend die Verletzung *kantonomer* verfassungsmässiger Rechte zur Verfügung stellt.⁴⁵⁵ Das Bundesgericht operiert somit funktional auch *als kantonales* Verfassungsgericht, was die kantonale Verfassungsgerichtsbarkeit nicht überflüssig macht, ihre praktische Bedeutung aber schmälert. Insoweit erfüllt die Bundesverfassung im bundesstaatlichen Gefüge eine *erweiterte* Limitierungsfunktion.

Zu den Eigenheiten der schweizerischen Verfassungsordnung gehört weiter, dass die Limitierungsfunktion nicht nur die Machtbegrenzung und die Freiheitsgewährleistung im Blick hat, sondern auch *bundesstaatlichen Zwecken* dient (vorne D.II.2.). In der Perspektive der *longue durée* ist im Grundrechtsbereich ein allmählicher Paradigmenwechsel zu erkennen: von einer primär durch das kantonale Recht bestimmten zu einer bundesrechtlich dominierten Grundrechtsordnung – angetrieben nicht zuletzt durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts gegenüber den Kantonen (vorne C.V.3.). Dieser Wandel im Grundrechtsbereich ist stark durch bundesstaatliche Bedürfnisse geprägt.

Bemerkenswert ist sodann, dass unter dem Aspekt der Rechtsstaatlichkeit während langer Zeit für Bund und Kantone ungleiche Massstäbe zur Anwendung gelangten. Einerseits sorgte das Bundesgericht dafür, dass die Kantone den Grundsatz der Gewaltenteilung – als ein «durch sämtliche Kantonsverfassungen explizit oder implizit garantierte[s] Prinzip»⁴⁵⁶ – sowie die Garantie der richterlichen Unabhängigkeit respektieren. Andererseits sprach sich der Bundesrat noch jüngst die Befugnis zu, in den Gang der kantonalen Justiz einzugreifen (vorne C.V.2.c.). Diese Gleichzeitigkeit des Ungleichzeitigen ist nicht nur auf ein unterentwickeltes Problembewusstsein zurückzuführen, sondern auch auf theoretische Defizite.

Aus bundesstaatlicher Sicht erscheint es demgegenüber nicht problematisch, wenn der Bund und die Kantone in Bezug auf das (direkt)demokratische Instru-

455 Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV 1874 (i.V.m. Art. 59 OG 1874); heute Art. 189 Abs. 1 Bst. d BV 1999. Vgl. vorne C.III.1.

456 Vgl. z.B. BGE 131 I 291 E. 2.1 S. 297.

mentarium verschiedene Wege gehen, etwa in Sachen Finanzreferendum oder in Sachen Wahl der Regierungsmitglieder.⁴⁵⁷ Dafür kann es gute Gründe geben. Ein unterschiedliches Demokratieverständnis und Legitimationsniveau je nach Ebene sind dem Grundsatz nach bundesstaatskompatibel.⁴⁵⁸ Dies ist Ausdruck bundesstaatlicher Vielfalt.

c. *Aufgabenzuweisungsfunktion*

In der Staatsrechtslehre und in der Bundesstaatstheorie steht üblicherweise die Frage der Kompetenzzuweisung bzw. -abgrenzung im Zentrum. Wie gesehen (vorne C.II.2.), handelt es sich dabei nur um einen (wichtigen) Teilaspekt eines breiteren Phänomens. So spielt heute in der schweizerischen Bundesstaatspraxis die verfassungsrechtliche Zuweisung von Pflichtaufgaben an die Kantone eine bedeutende Rolle (vorne C.II.2.a.). Von den einschlägigen schweizerischen Erfahrungen kann die allgemeine Verfassungstheorie des Bundesstaats profitieren. Diese Erfahrungen zeigen: Die jeweilige verfassungsrechtliche *Aufteilung der Zuständigkeiten* vermittelt nur ein *unvollständiges, unzuverlässiges Lagebild*; die bundesstaatliche Aufgabenproblematik darf nicht auf die Kompetenzfrage verkürzt werden.

d. *Regelung des Zusammenwirkens und Streitbeilegungsfunktion*

In der schweizerischen Staatsrechtslehre wie in der Staatspraxis ist man sich einig, dass das partnerschaftliche Zusammenwirken der bundesstaatlichen Akteure eine Grundbedingung gelingender Bundesstaatlichkeit ist. Die gegenseitige Rücksichtnahme ist, wie WALTHER BURCKHARDT treffend formulierte, der «Tropfen Öl», dessen «das juristische Räderwerk» bedarf, wenn «ein so kompliziertes Getriebe wie der schweizerische Bundesstaat im Gange erhalten werden und die Zusammenarbeit von Bund und Kantonen zu einem erspriesslichen Ergebnis führen» soll.⁴⁵⁹ Für PETER SALADIN ist die – «[ü]ber allem» stehende – «Pflicht zur Zusammenarbeit» eine der fünf rechtlichen Hauptsäulen schweizerischer Bundesstaatlichkeit.⁴⁶⁰ Wenig Beachtung fand bisher, dass es hier um Fragen mit *verbandsübergreifendem* Charakter geht (vorne D.II.2./3.). Die Bundesverfassung legt nicht nur Rechte und Pflichten für den Bund und die Kantone fest, sondern regelt in Bestimmungen wie Art. 44 BV 1999 die Beziehungen zwischen Bund und Gliedstaaten sowie die Konfliktbewältigung aus

457 Mehrere Anläufe zur Einführung der Volkswahl des Bundesrats – oft unter Hinweis auf die bewährte Praxis in den Kantonen – scheiterten, so zuletzt in der Volksabstimmung vom 9. Juni 2013. Zur Problematik des «Kantonalarguments» in der bundespolitischen Debatte GIOVANNI BIAGGINI, Zur Regierungsreformdiskussion, ZBl 2011, S. 417 ff.

458 Generell zum Phänomen unterschiedlicher Ausgestaltung von Demokratie, Gewaltenteilung und Grundrechtsschutz in föderativen Gebilden je nach Ebene ORTINO, Diritto costituzionale federativo, S. 285, 293 ff.

459 BURCKHARDT, Komm. BV, S. 17 (im Original Abgekürzt hier ausgeschrieben).

460 Vgl. SALADIN, Bund und Kantone, S. 513 ff. (Zitat: S. 513).

einer *übergeordneten Warte*, aus Sicht der Schweizerischen Eidgenossenschaft als Gesamtgebilde (wie sie in Art. 2 BV 1848/1874/1999 in Erscheinung tritt).

Diese Gesamtperspektive lässt ein mehrfach angesprochenes Problem deutlicher hervortreten: Im schweizerischen Bundesstaat sind die Mechanismen der Streitbeilegung seit Bundesstaatsgründung *asymmetrisch* konstruiert. Die Bundesverfassung von 1848 legte die Entscheidungszuständigkeit für Kompetenzstreitigkeiten zwischen Bund und Kantonen in die Hände der Bundesversammlung, d.h. einer *Bundesbehörde* mit *politischem* Charakter (Art. 74 Ziff. 17 Bst. a BV 1848; vorne B.III.2.).⁴⁶¹ Die Übertragung dieser Zuständigkeit an das mit richterlicher Unabhängigkeit ausgestattete Bundesgericht (1874) entschärfte die Asymmetrie, beseitigte sie aber nicht, da es sich bei dem zur Entscheidung berufenen Organ noch immer um ein Organ des Bundes handelt.⁴⁶² In der Praxis mag diese Asymmetrie heute nicht allzu stark ins Gewicht fallen. Die Zahl entsprechender Verfahren ist traditionell gering.⁴⁶³ Hinzu kommt, dass das Vertrauen in das Bundesgericht, dessen Richterschaft vielfach auf eine berufliche Karriere in einem kantonalen Kontext zurückblicken kann, heute hoch ist. Gleichwohl handelt es sich um einen unter verfassungstheoretischen Aspekten heiklen Fall, der einer überzeugenden inneren Rechtfertigung bedarf, die hier nicht ohne Weiteres auf der Hand liegt.

Asymmetrien prägen auch die *Durchsetzung* der bundesstaatlichen Rechte und Pflichten. Im Fall einer (behaupteten) Pflichtverletzung des Bundes ist ein betroffener Kanton auf das Bundesgericht verwiesen (Klägerrolle). Die Bundesbehörden können dagegen häufig auf direkt wirkende Instrumente der Bundesaufsicht zurückgreifen. Die allmähliche Justizialisierung der Bundesaufsicht (vorne C.V.2.b.) hat diese Asymmetrie abgemildert, aber nicht beseitigt. Von praktischer Bedeutung ist schliesslich die Massgeblichkeit der Bundesgesetze (Art. 113 Abs. 3 BV 1874; heute Art. 190 BV 1999). Diese verfassungsrechtliche Vorgabe verschafft zwar dem Bundesgesetzgeber keinen Freipass zur Abweichung von der Bundesverfassung. Der Bund sitzt jedoch aufgrund der «Im-

461 Kompetenzstreitigkeiten fielen in die Zuständigkeit der vereinigten Räte (Art. 80 BV 1848), so dass das relative Gewicht der Mitglieder des Ständerats geringer war als im ordentlichen Verfahren (mit getrennter Verhandlung).

462 Man war sich 1874 in der Schweiz des Problems bewusst, hatte doch RÜTTIMANN 1867 über die Kritik berichtet, die die starke Stellung des Bundesorgans *Supreme Court* in den USA ausgelöst hatte (Das nordamerikanische Bundesstaatsrecht, S. 391). Vgl. auch CARL HILTY, Das heutige Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, in: Paul Seippel (Hrsg.), Die Schweiz im 19. Jahrhundert, Bern/Lausanne 1899, S. 407 ff., 448. – In einem 1923 in der Schweiz veröffentlichten Aufsatz wies HANS Kelsen auf ein anderes Verständnis in Österreich hin: Verfassungsgerichtshof und Verwaltungsgerichtshof könnten, unter dem Aspekt der Richterbestellung, «als gemeinsame Organe des Bundes und der Länder» betrachtet werden (Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstaates, ZSR 1923, S. 173 ff., 185).

463 Vgl. ZHENI LUKS, Klage an das Bundesgericht bei öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten zwischen Bund und Kantonen oder zwischen Kantonen (Art. 120 BGG), Diss. Freiburg (Schweiz), Bern 2022, S. 78 ff.; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 189, N 14.

munisierung» seiner Gesetzgebungsakte im Rechtsschutzsystem am längeren Hebel.⁴⁶⁴

Die geschilderten Asymmetrien trüben das Bild der partnerschaftlichen Zusammenarbeit, das die Bundesverfassung im Verfassungskapitel über das «Verhältnis von Bund und Kantonen» vermitteln will (vorne C.VI.2.b.).

e. Garantiefunktion

Die Bundesverfassung widmet den sog. Bundesgarantien viel Aufmerksamkeit. Gemäss Art. 5 BV 1848/1874 gewährleistete der Bund den Kantonen «ihr Gebiet, ihre Souveränität innert den Schranken des Artikels 3, ihre Verfassungen, die Freiheit, die Rechte des Volkes und die verfassungsmässigen Rechte der Bürger gleich den Rechten und Befugnissen, welche das Volk den Behörden übertragen hat». Die Bundesverfassung von 1999 führt diese Garantien mit aktualisierendem Wortlaut weiter (Art. 51–53 BV 1999). Auch für die Durchsetzung dieser Bundesgarantien trifft die Bundesverfassung Vorsorge, indem sie Bundesrat und Bundesversammlung mit entsprechenden Organzuständigkeiten ausstattet.

Bei näherer Analyse zeigt sich allerdings, dass im Kreis dieser Garantien ein auf die Bundesstaatsgründung zurückgehendes wichtiges bundesstaatliches Grundanliegen fehlt: das (implizite) Versprechen, dass die Kantone, ungeachtet des Zusammenschlusses zu einem unauflösliehen Bundesstaat, als eigenständige politische Entitäten bestehen bleiben (vorne B.II.1.). Die Bundesverfassungen von 1848 und von 1874 enthielten diesbezüglich keine förmlichen Garantien. Die Bundesverfassung von 1999 bringt das Versprechen in Art. 47 Abs. 1 BV 1999 zum Ausdruck: «Der Bund wahrt die Eigenständigkeit der Kantone.»⁴⁶⁵ Eine wirksame Absicherung des Versprechens von 1848 bleibt allerdings aus.

Der prekäre Status dieses Versprechens wird deutlich, wenn man das in Art. 51 ff. BV 1999 angelegte Schutzkonzept zugunsten der dort genannten Bundesgarantien – verfassungsmässige Ordnung, Bestand und Gebiet – näher betrachtet. Die Bundesverfassung geht (implizit) davon aus, dass die abzuwehrende Gefahr *von Dritten ausgeht* – z.B. von unbotmässigen kantonalen Behörden, von aufrührerischen Privaten, von anderen Kantonen, vom Ausland –, nicht jedoch vom Bund und seinen Behörden. Das Schutzkonzept gemäss Art. 51 ff. BV 1999 sieht mit anderen Worten den Bund in der Rolle des *Garanten*, nicht des potenziellen Gefährders. Die 1848 implizit versprochene politische Weiterexistenz der Kantone wird indes gerade nicht durch Dritte, sondern *durch den Bund selbst gefährdet*, der sich daher beim Eigenständigkeitsversprechen als Garant denkbar schlecht eignet.

⁴⁶⁴ Vgl. immerhin vorne C.V.1.b.

⁴⁶⁵ Die weitergeführte Souveränitätsklausel (Art. 3 BV 1999) kann als eine implizite Bekräftigung des Eigenständigkeitsversprechens verstanden werden.

Diese Konstellation ist eine der grossen Herausforderungen für das bundesstaatliche Verfassungsrecht wie für die Verfassungstheorie. Einfache Lösungen stehen nicht in Aussicht.

f. Fortbildungsfunktion

Die Bundesverfassung sieht für Verfassungsänderungen – und damit auch für die Änderung der verfassungsmässigen Aufgabenverteilung zwischen Bund und Kantonen – ein besonderes Verfahren vor, an dem die Gliedstaaten als solche beteiligt sind. Die Kantone (Stände) sind, neben dem Schweizervolk, eine der beiden Komponenten des Bundesverfassungsgebers, des einzigen Organs der Schweizerischen Eidgenossenschaft (vorne B.II.4.).⁴⁶⁶ Dies ist aus verfassungstheoretischer Sicht eine folgerichtige Lösung. Sie hebt sich positiv ab von weniger gliedstaatenfreundlichen Lösungen, wie sie die benachbarten Bundesstaaten Deutschland und Österreich kennen.⁴⁶⁷

Das Erfordernis des Ständemehrs gibt den bevölkerungsschwächeren Kantonen ein gewisses Übergewicht, aber keine Vetoposition (vorne B.II.4.). Die «Mitwirkung» der Kantone im Verfahren der Verfassungsänderung ist als «Bremse» konzipiert. Ein Gegenstück im Sinn eines wirksamen Initiativrechts, vergleichbar der Volksinitiative, besitzen die Kantone nicht (vorne C.IV.5.). Hier zeigt sich eine *weitere Asymmetrie* im bundesstaatlichen Verfassungsgefüge.

Aus verfassungstheoretischer Perspektive erstaunt, wie wenig man sich in der Schweiz für die Frage allfälliger *bundesstaatsbedingter Schranken der Verfassungsrevision* interessiert. Die aktuelle Schrankendiskussion dreht sich praktisch ausschliesslich um rechtsstaatlich-demokratische Gesichtspunkte. Dass im Rahmen der Totalrevision der Bundesverfassung von 1999 eine bundesstaatlich motivierte Revisionsschranke im Verfassungstext verankert wurde, blieb in der Staatsrechtslehre bisher weitgehend unbemerkt: Änderungen des verfassungsmässigen Bestands der Kantone (Art. 1 BV 1999) sind gemäss Art. 53 Abs. 2 BV 1999 von der Zustimmung betroffener Kantone abhängig. Ein betroffener Kanton verfügt somit bei der erforderlichen Verfassungsänderung, untechnisch gesprochen, über ein «Vetorecht».⁴⁶⁸

In der Literatur wird die Frage bundesstaatsbedingter Revisionsschranken zwar gelegentlich angesprochen, meist aber nicht vertieft erörtert.⁴⁶⁹ Stellvertre-

466 Wie hier AUER, Staatsrecht der Kantone, Rz. 86.

467 Die deutschen und österreichischen Länder partizipieren nicht als solche, sondern vermittelt über ein Bundesorgan (zweite Kammer) am Verfahren der Verfassungsänderung (vorne B.II.4.).

468 Art. 53 Abs. 2 BV setzt auch für Gebietsveränderungen zwischen Kantonen die Zustimmung der betroffenen Kantone voraus. Gebietsveränderungen wirken sich allerdings nicht auf den Text der Bundesverfassung aus.

469 Überblick bei LUZIUS WILDHABER, in: Komm. BV 1874, Art. 118, Rz. 42 und 70 ff. (1988). Aus jüngster Zeit stellvertretend KASPAR EHRENZELLER/BERNHARD EHRENZELLER, in: SG-Komm. BV, Vorbemerkungen zur Verfassungsrevision, N 52; HANGARTNER ET AL., Demokratische Rechte, S. 203. Aus der älteren Literatur FLEINER/GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht, S. 705 ff. (Zweitverfasser), m.w.H.; HANGARTNER, Kompetenzverteilung, S. 49 (der, anders als GIACO-

tend sei hier eine Aussage von PETER SALADIN zitiert. Dieser geht davon aus, dass der Föderalismus als «Gestaltungsprinzip der Eidgenossenschaft» auch von jenen «als unaufgebbare» angesehen wird, «die <materielle Schranken der Verfassungsrevision> an sich ablehnen»; «als Prinzip» sei der Föderalismus – wie in Deutschland (Art. 79 Abs. 3 GG) – «dem Belieben des Verfassungsgebers entzogen».⁴⁷⁰ Eine verfassungstheoretische oder verfassungsdogmatische Untermuerung fehlt bei SALADIN. Dies fällt praktisch gesehen nicht ins Gewicht, weil es aus verschiedenen Gründen nicht so rasch zu einer Nagelprobe für diese Einschätzung kommen dürfte. Denn Revisionsvorhaben, die in dieser Direktheit den Föderalismus als «Gestaltungsprinzip» oder dessen «Kerngehalt»⁴⁷¹ infrage stellen, sind nicht in Sicht. Im Übrigen dürfte ein Teilrevisionsvorhaben, das in diese Richtung zielt, bereits am Erfordernis der Einheit der Materie (Art. 194 Abs. 2 BV 1999) scheitern.

Aus verfassungstheoretischer Sicht bleibt die Frage bundesstaatsbedingter Revisionsschranken gleichwohl von Interesse. Von Zeit zu Zeit wird in der Schweiz die Idee einer *umfassenden Gebietsreform* in den Raum gestellt⁴⁷² mit beispielsweise nur noch sieben «Grosskantonen» oder «Regionen». Ob eine solche Grossreform im Rahmen des in Art. 53 BV 1999 vorgezeichneten Verfahrens erfolgen könnte, ist äusserst zweifelhaft.⁴⁷³ Ja es fragt sich, ob eine solche grundlegende Gebietsreform nicht sogar den Rahmen einer Totalrevision der Bundesverfassung (im hergebrachtem Verständnis) sprengen würde, denn gemessen am 1848 gegründeten Bundesstaat der «zwei und zwanzig souveränen Kantone» (Art. 1 BV 1848) entstünde ein *aliud*. Es gibt gute Gründe zur Annahme, dass in diesem Fall eine gänzlich neue Bundesverfassung geschaffen werden müsste.⁴⁷⁴

Von Interesse ist die Frage bundesstaatsbedingter Revisionsschranken auch im Hinblick auf Verfassungsänderungen, die das (implizite) *Versprechen von 1848* (vorne B.II.1.) infrage stellen. Man denke etwa an eine grundlegende Modifikation oder gar Abschaffung des Ständemehrs. Es wäre gewiss reizvoll, der Frage nachzugehen, ob und inwieweit das Institut der Revisionsschranke geeignet ist, das prekäre (implizite) Versprechen von 1848 effektiv zu schützen.

METTI, annimmt, dass die «bundesstaatliche Struktur [...] auch wieder aufgehoben werden» könne).

470 SALADIN, *Bund und Kantone*, S. 442.

471 Begriff bei LUZIUS WILDHABER, in: *Komm. BV 1874*, Art. 118, Rz. 72 (1988).

472 Vgl. z.B. BERNHARD WALDMANN, *Perspektiven des Föderalismus*, in: *VDS I*, S. 797 ff., Rz. 34 (m.w.H.); CANCELLERIA DELLO STATO DEL CANTONE TICINO, *Il federalismo e le nuove sfide territoriali: istituzioni, economia e identità*, *Atti della 3^a Conferenza nazionale sul federalismo* (Mendrisio, 26–27 maggio 2011), Bellinzona 2012. Siehe auch Interpellation 21.3738 «Föderalismus 21. Welche Wege zur Gebietsreform sind möglich?» vom 16. Juni 2021 sowie Stellungnahme des Bundesrats vom 8. September 2021.

473 Vgl. PATRICIA EGLI/ALEXANDER RUCH, in: *SG-Komm. BV*, Art. 53, N 19 (m.w.H.); RAINER J. SCHWEIZER, *Entstehung und Entwicklung des schweizerischen Föderalismus*, in: *VDS I*, S. 531 ff., Rz. 28.

474 Vgl. auch FLEINER/GIACOMETTI, *Bundesstaatsrecht*, S. 707, Fn. 23 (Zweitverfasser).

Dies würde allerdings den Rahmen der vorliegenden Untersuchung sprengen und muss hier offenbleiben.⁴⁷⁵ So oder so böte eine förmliche Revisions-schranke allerdings keinen wirksamen Schutz gegen eine schleichende Aus-höhlung der kantonalen Eigenständigkeit *ausserhalb* förmlicher Revisionsver-fahren (vorne C.II.2.c.).

Das Phänomen des Verfassungswandels ausserhalb förmlicher Revisionsver-fahren wirft eine anders gelagerte Schrankenfrage auf: Wie weit darf in Fragen der Bundesstaatlichkeit die *Verfassungsfortbildung* ohne Verfassungstextände-rung, speziell im Rahmen der Verfassungsgerichtsbarkeit, gehen? Diese Proble-matik kam schon mehrfach zur Sprache (vorne C.I.2.c./II.2.c./V.3.) und soll hier nicht erneut aufgegriffen werden. Hingewiesen sei immerhin auf die aus bundes-staatlich-verfassungstheoretischer Sicht bemerkenswerte bundesgerichtliche For-mel zur Anerkennung ungeschriebener Grundrechte (vorne C.V.3.c.): Mit der Kantonsklausel («weitverbreitete Verfassungswirklichkeit in den Kantonen») und mit der Konsensklausel («von einem allgemeinen Konsens getragen») bringt das Bundesgericht Kriterien ins Spiel, die man als eine Art *Zustimmungssurrogat* verstehen kann – sozusagen in «Parallele» zum Ständemehrerfordernis bei der förmlichen Verfassungsänderung (Zustimmung der Mehrheit der Kantone).⁴⁷⁶

g. *Vergegenwärtigung des Bundeszwecks als weitere Bundesverfassungsfunktion?*

Beim Blick in die Bundesverfassungen von 1848, 1874 und 1999 fällt auf, dass sie allesamt dem Bundeszweck einen prominenten Platz zuweisen (jeweils Art. 2). Es geht dabei nicht einfach nur um Zielvorgaben allgemeiner Art, wie man sie in Staatszielbestimmungen antrifft,⁴⁷⁷ sondern um die *dauerhafte Vergegenwärtigung des historischen Bundeszwecks*, anknüpfend an eine langjäh-rige staatenbündische Tradition. Der Bundeszweck wurde 1848 aktualisiert, 1874 bekräftigt und 1999 erneuert (vorne B.I.3. und C.VI.2.a.).

WALTHER BURCKHARDT hat den Zweckartikel (von 1874) als «bloss his-torisch interessante Mitteilung des politischen Gedankens» charakterisiert, «der die Gründer des neuen Bundes bei ihrem Werke geleitet hat».⁴⁷⁸ Der nor-mative Gehalt des Zweckartikels mag gering sein.⁴⁷⁹ Nicht geringschätzen sollte man allerdings die im Zweckartikel gespeicherte Information über die

475 Gemäss GIACOMETTI ist mit «der Unabsetzbarkeit der Stände als Organe der Verfassungsrevi-sion [...] zugleich die Existenz der Kantone [...] rechtlich für immer sichergestellt» (FLEINER/ GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht, S. 706). Ob mit einer solchen primär formalen Garantie auch das (implizite) Versprechen von 1848 – das Bestehenbleiben als *eigenständige* politische Ein-heiten – sichergestellt werden kann, bleibt fraglich.

476 Zum Zusammenspiel von Verfassungswandel und «implied consent» in der US-amerikanischen Verfassungspraxis LA PERGOLA, *Residui «contrattualistici»*, S. 136 ff., 189 ff.

477 Was allerdings in Art. 2 BV 1999 aufgrund einiger Ergänzungen nicht mehr deutlich sichtbar ist. Siehe vorne C.VI.2.a.

478 BURCKHARDT, Komm. BV, S. 11 (zu Art. 2 BV 1874).

479 Vgl. z.B. BERNHARD EHRENZELLER, in: SG-Komm. BV, Art. 2, N 10 ff.

raison d'être der Schweizerischen Eidgenossenschaft und die ihr zugrunde liegende bundesstaatliche *idée directrice*. Der Zweckartikel unterstreicht zudem, dass der Bundeszweck ein *begrenzter* ist. Anders als ein herkömmlicher (Einheits-)Staat ist die Schweizerische Eidgenossenschaft *nicht* potenziell allzuständig. Schliesslich macht der Zweckartikel deutlich, dass der schweizerische Bundesstaat nicht auf eine bloss «Form territorialer Gewaltenteilung und administrativer Verschränkung» reduziert werden darf,⁴⁸⁰ wie dies in der Bundesstaatstheorie manchmal anderen Bundesstaaten widerfährt.

2. Charakterisierung der schweizerischen Bundesverfassung aus verfassungstheoretischer Sicht

a. Die Dreifachnatur der Bundesverfassung: Verfassung für die Schweizerische Eidgenossenschaft, für den Bund und für die Kantone

Die Analyse des 1848 geschaffenen verfassungsrechtlichen Fundaments und der seitherigen Entwicklungen hat zutage gefördert, dass die Bundesverfassung einen *dreifachen Anspruch* hat. Sie will eine Verfassung *des Bundes* (Gesamtgebilde), *für den Bund* und *für die Kantone* sein. Um möglichen Missverständnissen vorzubeugen: Dies meint nicht, dass die Bundesverfassung die kantonalen Verfassungen verdrängen möchte oder dass sie einen Anwendungsfall der in der Bundesstaatstheorie vertretenen Dreigliedrigkeitslehre (vorne A.II.4.) darstellt. Es geht hier nicht um eine Einordnung der Bundesverfassung in die Bundesstaatstheorie, sondern um eine Aussage aus Sicht einer *speziellen* – auf die Schweiz gemünzten – *Verfassungstheorie*. Im Einzelnen ist damit Folgendes gemeint:

- Die Bundesverfassung ist – wie der offizielle Titel in Erinnerung ruft – die Verfassung «der Schweizerischen Eidgenossenschaft», d.h. *des Bundes*, wie er in der Verfassungspräambel und im Zweckartikel in Erscheinung tritt. Als Verfassung des Bundes («Gesamtverfassung») hat die Bundesverfassung spezifische *verbandsübergreifende* Leistungen für den «Gesamtstaat» zu erbringen (vorne D.II.2./3.).
- Die Bundesverfassung ist zugleich – wie es in der gängigen Kurzbezeichnung «Bundesverfassung» anklingt – die konstituierende und limitierende rechtliche Grundordnung *für den Bund* und seine Organe.⁴⁸¹
- Die Bundesverfassung ist überdies – indem sie grundlegende Rechte und Pflichten der Kantone festlegt – auch eine Verfassung *für die Kantone* und ihre Organe (gliedstaatliche Verfassungsdimension).

⁴⁸⁰ So (ohne direkte Bezugnahme auf den Zweckartikel) HANGARTNER, Kompetenzverteilung, S. 40.

⁴⁸¹ In gleicher Weise, wie die Kantonsverfassung die rechtliche Grundordnung für den jeweiligen Kanton und seine Organe ist. Siehe immerhin hinten D.III.2.d.

Vor diesem Hintergrund ist klar: Die Bundesverfassung «gehört» nicht allein dem Bund (Zentralstaat) und seinen Behörden.⁴⁸² Dies zeigt sich beispielsweise beim Verfahren der Verfassungsrevision (Art. 192 ff. BV 1999). Hierbei handelt es sich um ein Element der «*Gesamtverfassung*» (Verfassung für die Schweizerische Eidgenossenschaft). Die in Gestalt des Ständemehrs am Verfahren partizipierenden Kantone sind nicht Bundesorgane, sondern handeln für die Schweizerische Eidgenossenschaft (vorne B.II.4.). Nicht der Bund, sondern die Schweizerische Eidgenossenschaft besitzt die sog. Kompetenzkompetenz (wenn man den problematischen Begriff überhaupt verwenden will).⁴⁸³ Für den Bund legt die Bundesverfassung die Organisation und das Verfahren der Bundesbehörden fest (Art. 143 ff. BV 1999). Änderungen an der Grundstruktur bedürfen einer Verfassungsrevision, die die Bundesorgane nicht allein bewerkstelligen können, sondern nur zusammen mit den Kantonen (Ständemehr). Insoweit besitzt der *Bund* (Zentralstaat) *keine Organisationsautonomie*, die mit der Organisationsautonomie der Kantone (vorne C.I.2.d.) vergleichbar wäre.⁴⁸⁴ Wenn die Bundesverfassung den Kantonen in ihrem eigenen Zuständigkeitsbereich Pflichtaufgaben auferlegt (vorne B.II.2.), ist die *gliedstaatliche Verfassungsdimension* im Spiel.

Diese Hinweise zeigen: Die dreifache Natur der Bundesverfassung ist nicht ein blosses theoretisches Konstrukt, sondern eine charakteristische Eigenschaft der Bundesverfassung. Diese Eigenschaft ist bei der Verfassungsauslegung und bei der praktischen Handhabung ihrer Bestimmungen zu berücksichtigen.

Betrachtet man die Verfassungsentwicklung seit 1848 aus einer verfassungstheoretischen Perspektive, so wird deutlich, dass sich im Lauf der Jahre die Gewichte verschoben haben. Anfänglich waren in der Verfassungsurkunde alle drei Dimensionen stark präsent. Mit der Zunahme der Bundeskompetenzen hat sich die Bundesverfassung immer stärker zu einer Verfassung *für den Bund* entwickelt. Mit dem Überhandnehmen der verfassungsmässigen Pflichten der Kantone (Pflichtaufgaben) ist die Bundesverfassung immer weniger eine Verfassung *für* die Kantone, ja sie scheint sich vielmehr schleichend zu einer Verfassung *gegen* die Kantone zu entwickeln.

Auch wenn solche Entwicklungen nicht das Ergebnis eines festen Plans sind, sind sie doch problematisch, denn sie fördern ein Bundesstaatsverständnis, das die Bundesverfassung als ein Instrument in der Hand allein des Bundes sieht. Der Weg wäre dann nicht mehr weit zu einem *top-down*-Bundesstaatsver-

482 Dies erkennt GIACOMETTI, wenn er (gegen NAWIASKY gerichtet) festhält, er vermöge «keinen juristischen Unterschied zwischen Bund [als Zentralstaat, der Verf.] und Eidgenossenschaft» zu sehen. Vgl. FLEINER/GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht, S. 38, Fn. 6 (Zweitverfasser).

483 Anders FLEINER/GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht, S. 38 (Zweitverfasser): «Der Bund [als Zentralstaat, der Verf.] besitzt nämlich die sog. Kompetenzkompetenz» und bestimmt die «Verteilung der staatlichen Aufgaben.»

484 Zu diesem in Bundesstaaten nicht ungewöhnlichen Phänomen WIEDERIN, Bundesrecht und Landesrecht, S. 41.

ständnis, in dem die Kantone bloss noch die Rolle von «Selbstverwaltungskörpern» spielen, wie von ZACCARIA GIACOMETTI diagnostiziert (vorne D.I.2.) und von YVO HANGARTNER befürchtet (vorne A.I.). Die Gefahr, dass im Fall einer solchen Abkehr vom traditionellen *bottom-up*-Konzept des schweizerischen Bundesstaats auch das (implizite) Versprechen von 1848 unter Druck und in Mitleidenschaft gerät, ist nicht gering.

b. Exkurs: Das Individuum im Bundesstaat

Bei der «Dreifachnatur» der Bundesverfassung (vorne D.III.2.a.) handelt es sich um eine Charakterisierung aus Sicht der Verfassungstheorie des Bundesstaats. Die Bundesverfassung weist noch weitere Dimensionen auf, von denen hier nicht oder nur am Rande die Rede war. Zu diesen weiteren Dimensionen gehört beispielsweise, dass die Bundesverfassung auch «eine grundsätzliche Ordnung des Verhältnisses zwischen Staat und Individuum» beinhaltet.⁴⁸⁵

Diese *individuelle Dimension* des Verfassungsrechts ist für die Bundesstaatlichkeit und das Bundesstaatsverfassungsverständnis von Interesse, weil es mehrere Schnittstellen und Überlappungen gibt. Dies kann hier nicht weiter vertieft werden. Zwei exemplarische Hinweise müssen genügen: Ein erstes Beispiel sind die von der Bundesverfassung gewährleisteten Freiheitsrechte, die für die Kantone die Wirkung einer «negativen» Kompetenz haben (bundesstaatliche Limitierungsfunktion der Bundesgrundrechte). Ein zweites Beispiel liefern Bestimmungen wie Art. 41 BV 1848 («Recht der freien Niederlassung im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft») und Art. 48 BV 1874 (Gleichbehandlung in der Gesetzgebung und im gerichtlichen Verfahren), die schon früh, wenn auch zunächst nur ansatzweise, dafür sorgten, dass die Kantone «Ausserkantonale» wie ihre eigenen Bürgerinnen und Bürger behandeln mussten. In einem Bundesstaat zu leben, bedeutet für die Bürgerinnen und Bürger zwar, dass sie sich nicht bloss einer Staatsgewalt gegenübersehen, sondern zwei je eigenständigen Staatsgewalten (Gliedstaat und Bund).⁴⁸⁶ Trotz – oder vielleicht gerade wegen – dieser Verdoppelung der Staatsgewalt gehören sie zu den Gewinnern der Bundesstaatskonstruktion und der Bundesstaatsentwicklung.

c. Eine Bundesstaatsverfassung, die Raum lässt für die staatenbündische Methode

Ein Kernelement der schweizerischen Bundesverfassung als Bundesstaatsverfassung ist der 1848 eingeführte neuartige Problemlösungsprozess, der hier als die «bundesstaatliche Methode» bezeichnet wurde (vorne B.I.4.). Charakteristisch ist aber auch, dass die Bundesverfassung nicht nur auf die bundesstaatliche Methode setzt, sondern grundsätzlich weiterhin Raum lässt für die *staa-*

⁴⁸⁵ So FLEINER/GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht, S. 30 (Zweitverfasser).

⁴⁸⁶ Vgl. FLEINER, Bundesstaatsrecht, S. 37. – Im Alltag der Bürgerinnen und Bürger ist der Kanton weit stärker präsent als der Bund (vgl. B. SCHINDLER, Kompetenzverteilung, S. 252).

tenbündische Methode (interkantonale Methode) sowie für die *einzelstaatliche Methode* (kantonaler «Alleingang»), solange und soweit der Bund nicht gestützt auf die ihm zugewiesenen verfassungsmässigen Kompetenzen eigene Regeln erlässt. Verfassungstheoretisch gesprochen: Mit der Bundesstaatsgründung wurden die *Problemlösungsoptionen vermehrt*. Das ist einer der grossen Vorzüge des Bundesstaatsmodells. Die Wahl der Methode ist Sache des politischen (d.h. demokratischen) Prozesses – unter Beteiligung der Gliedstaaten. Um die Vorzüge der Bundesstaatlichkeit optimal nutzen zu können, gilt es sicherzustellen, dass die Methodenwahl unter fairen Bedingungen stattfinden kann, d.h. ohne Druck und Verzerrungen, wie sie etwa beim problematischen Instrument der Allgemeinverbindlicherklärung interkantonaler Verträge (Art. 48a BV 1999) zu gewärtigen sind (vorne C.VI.3.).

d. *Die Bundesverfassung als ergänzungsbedürftige, von den Kantonsverfassungen abhängige rechtliche Grundordnung des Bundesstaats*

Nach vorherrschendem Verständnis bildet die Verfassung die «rechtliche Grundordnung des Staates» (WERNER KÄGI⁴⁸⁷). Diese Charakterisierung bedarf im Fall der Schweizerischen Eidgenossenschaft einer Präzisierung in *bundesstaatlicher* Hinsicht.⁴⁸⁸ Denn die durch die Bundesverfassung geschaffene Ordnung des Bundes ist in einigen für ihr Funktionieren grundlegenden Punkten *abhängig von den Kantonen* und ihren jeweiligen Verfassungsordnungen. Ein anschauliches Beispiel dafür ist der Bürgerrechtserwerb durch ordentliche Einbürgerung. Der Bund kann nicht allein bestimmen, wer zum Staatsvolk der Schweizerischen Eidgenossenschaft gehört (Art. 37 und Art. 38 BV 1999). Auch in anderen Bereichen bestehen Abhängigkeiten der Bundesverfassung und ihrer Institutionen von den Kantonen und ihrer Staatsorganisation, so beispielsweise bei der Bestellung des Bundesorgans «Ständerat» (Art. 150 Abs. 3 BV 1999) sowie bei der Durchführung von Nationalratswahlen und von eidgenössischen Volksabstimmungen. Das bundesverfassungsrechtliche System des (Individual-)Rechtsschutzes (Art. 188 ff. BV 1999) kann ohne den von der Bundesverfassung vorausgesetzten justiziellen Unterbau in den Kantonen (Art. 191b und Art. 29a BV 1999) nicht funktionieren. Man könnte die Liste der Beispiele leicht verlängern.⁴⁸⁹

487 WERNER KÄGI, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, Zürich 1945.

488 Eine zweite Präzisierung betrifft die internationale Perspektive: Die Bundesverfassung wird zunehmend durch *völkerrechtliche* Normen mit verfassungsähnlichen Funktionen flankiert. Vgl. GIOVANNI BIAGGINI, Die Öffnung des Verfassungsstaates als Herausforderung für Verfassungsrecht und Verfassungslehre, in: Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen/Lachen 1998, S. 957 ff.

489 Siehe etwa Art. 46 BV 1999 (Vollzug von Bundesrecht durch die Kantone); Art. 57 Abs. 1 BV 1999 (Sorge für die innere Sicherheit, Polizeihoheit der Kantone); Art. 62 BV 1999 (Gewährleistung der schulischen Grundausbildung, Schulhoheit der Kantone) u.a.m.

Kurz: Die rechtliche Grundordnung des Bundes setzt *funktionierende kantonale Grundordnungen* voraus. Die Kantonsverfassungen sind tragende Elemente der Bundesstaatskonstruktion.⁴⁹⁰ Folgerichtig sind die Kantonsverfassungen (Art. 51 BV 1999) und die verfassungsmässige Ordnung der Kantone (Art. 52 BV 1999) Gegenstand besonderer Sorge seitens der Bundesverfassung.

Umgekehrt stehen auch die *Kantonsverfassungen* nicht isoliert im bundesstaatlichen Rechtsraum. Sie verstehen sich als rechtliche Grundordnung eigenständiger politischer Einheiten mit vollständiger Behördenorganisation (Legislative, Exekutive, Judikative). Sie sind Ausdruck originärer *kantonalen Verfassungshoheit*.⁴⁹¹ Allerdings sind auch die Kantonsverfassungen, wie die Bundesverfassung, *keine echten «Vollverfassungen»*. Die rechtliche Grundordnung eines Kantons ergibt sich nicht allein aus der jeweiligen Kantonsverfassung.⁴⁹² Sie setzt sich vielmehr zusammen aus der eigenen Verfassung und den einschlägigen Normen der Bundesverfassung.⁴⁹³

Bundesverfassung und Kantonsverfassungen sind wechselseitig aufeinander bezogen und voneinander abhängig.⁴⁹⁴ Nicht nur das Verhältnis Bund–Kantone ist komplex, komplex ist auch das Verhältnis Bundesverfassung–Kantonsverfassungen. Dies ist der Preis der Bundesstaatlichkeit.

e. Eine Bundesverfassung, die sich der Einordnung in die gängigen Bundesstaatstheorien entzieht

Eine wiederkehrende Frage ist: Welche Bundesstaatstheorie liegt der schweizerischen Bundesverfassung zugrunde? Dass die Bundesverfassung vielfach «Bund» und «Kantone» einander gegenüberstellt (vgl. Art. 42 ff. BV 1999), deutet auf ein dualistisches Modell hin. An einigen Stellen spricht die Bundesverfassung allerdings von der «Schweizerischen Eidgenossenschaft», gebildet durch das Schweizervolk und die Kantone. Dies lässt an das dreigliedrige Bundesstaatsmodell denken, wie man es bei HANS Kelsen, HANS Nawiasky und

490 Die Veröffentlichung der Kantonsverfassungen in der Systematischen Rechtssammlung (SR) des Bundes ist daher aus verfassungstheoretischer Sicht konsequent (Art. 11 Bst. b des Bundesgesetzes vom 18. Juni 2004 über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt; SR 170.512). Der vom Bundesrat vor allem aus praktischen Gründen beantragte Veröffentlichungsverzicht (BB1 2003 7711, 7717 f.) fand in den Räten richtigerweise keine Unterstützung.

491 Exemplarisch für diese Eigenständigkeit war die aus der Zeit vor der Bundesstaatsgründung stammende Constitution de la République et Canton de Genève vom 24. Mai 1847, die bis Ende Mai 2013 in Geltung war (alt SR 131.234).

492 Viele Kantonsverfassungen thematisieren denn auch die Einordnung in den Bundesstaat. Siehe z.B. Art. 1 Abs. 1 KV/SO (1986): «Der Kanton Solothurn ist ein eigenständiger Gliedstaat der Schweizerischen Eidgenossenschaft»; Art. 1 Abs. 3 KV/VD (2003): «Le Canton de Vaud est l'un des États de la Confédération suisse.»

493 In diese Richtung bereits SCHMITT, Verfassungslehre, S. 368, wonach der Inhalt des Gründungsakts eines Bundes zugleich «Bestandteil der Verfassung jedes Gliedstaates» ist.

494 Vgl. auch EICHENBERGER, Verfassung, S. 213 (wonach das Verfassungsrecht «des Bundes mit demjenigen der Gliedstaaten [...] eine Symbiose» eingeht); DERS., in: Komm. BV 1874, Verfassungsrechtliche Einleitung, Rz. 20.

weiteren Autoren antrifft, das neben dem Bund und den Gliedstaaten noch einen den Bund und die Gliedstaaten umfassenden Gesamtstaat kennt (vorne D.I.2.). Eine solche bundesstaatstheoretische Lesart ist jedoch im Fall der Schweizerischen Eidgenossenschaft weder zwingend⁴⁹⁵ noch hilfreich.⁴⁹⁶ Immerhin lässt sich, gleichsam «negativ», festhalten, dass die Lehre von den Gliedstaaten als blossen «Selbstverwaltungskörpern des Bundes» (vorne D.I.2.) ausscheidet, ebenso das Modell des unitarischen Bundesstaats. Der schweizerische Bundesstaat versteht sich als Antithese zu solchen Theorien.⁴⁹⁷

Zusammenfassend ergibt sich: Die Bundesverfassung folgt keiner bestimmten Bundesstaatstheorie. Vielmehr entzieht sie sich durch Mehrdeutigkeiten einer Zuordnung. Ein Mangel der Bundesverfassung? Keineswegs, vielmehr ein Anzeichen für Defizite in der allgemeinen Bundesstaatstheorie (vorne A.II.4.), der es bisher nicht gelungen ist, die schweizerische Bundesverfassung und den schweizerischen Bundesstaat adäquat zu erfassen.

IV. An den Leistungsgrenzen des Verfassungsrechts

Die Idee des Verfassungsstaats trat ab dem letzten Viertel des 18. Jahrhunderts, ausgehend von Frankreich und den Vereinigten Staaten von Amerika, einen weltweiten Siegeszug an. Nur wenige Staaten wie das Vereinigte Königreich erlauben sich heute den Luxus, keine geschriebene Verfassung zu besitzen.⁴⁹⁸ Angesichts der Erfolgsgeschichte des Verfassungsstaats gibt es gute Gründe, hinsichtlich der Problemlösungskapazität und der Wirksamkeit von Verfassungen optimistisch zu sein – so wie es die Bundesstaatsgründer von 1848 waren.

Verfassungspraxis und Verfassungstheorie sind allerdings gut beraten, stets im Auge zu behalten, dass Verfassungen nicht alles können. *Grenzen der Leistungsfähigkeit* zeigen sich gerade in Bundesstaatsfragen. Ein Beispiel aus der schweizerischen Verfassungsordnung ist das bundesstaatliche Subsidiaritätsprinzip, dessen verfassungsrechtliche Verankerung die Kantone wiederholt verlangt und schliesslich erlangt haben (vorne C.VI.3.). Die daran geknüpften Erwartungen und Hoffnungen haben sich in der Staatspraxis nur sehr bedingt erfüllt. Grund dafür ist, dass das Subsidiaritätsprinzip aus strukturellen Gründen nicht viel mehr sein kann als eine staatspolitische Maxime.⁴⁹⁹ Ähnliches

495 Vgl. z.B. Bundesrat, Botschaft nBV, BBl 1997 I 125: «Diese Begrifflichkeit soll keine Stellungnahme zur sogenannten dreigliedrigen Bundesstaatslehre anzeigen, die über die Verfassungsordnungen des Bundes und der Kantone zusätzlich eine Gesamtverfassung stellt.»

496 Vgl. BIAGGINI, Komm. BV, Art. 1, N 5; ebenso AUER, Staatsrecht der Kantone, Rz. 23.

497 Formulierung in Anlehnung an den Titel der historischen Analyse von HERBERT LÜTHY, Die Schweiz als Antithese, Zürich 1969. Die «fundamentale Wesensverschiedenheit» des deutschen und des schweizerischen Bundesstaatsmodells betont auch LEHNER, Souveränität im Bundesstaat, S. 191.

498 PERNTHALER, Verfassungslehre, S. 27, nennt ein halbes Dutzend Staaten ohne Verfassungs-urkunde.

499 Näher BIAGGINI, Komm. BV, Art. 5a, N 8 ff.

gilt für das Prinzip der fiskalischen Äquivalenz (vorne C.VI.3.). Auch eine verfassungsrechtliche Bundesstaatsklausel nach dem Vorbild des deutschen Grundgesetzes (Art. 20 Abs. 1), die man in der Schweiz gelegentlich erwogen (vorne C.VI.1.), jedoch nie realisiert hat, hätte wohl über kurz oder lang zu Enttäuschungen geführt.

Die Frage nach den Leistungsgrenzen des Verfassungsrechts stellt sich nicht zuletzt mit Blick auf das wichtige (implizite) Versprechen von 1848, dass die Kantone als eigenständige politische Einheiten bestehen bleiben (vorne B.II.1.). Ein Patentrezept dafür, wie die Erfüllung dieses Versprechens auf Dauer sichergestellt werden kann, wurde bisher nicht gefunden. Das Versprechen bleibt prekär. Mit der Aufnahme einer ausdrücklichen Eigenständigkeits-Klausel in die Bundesverfassung von 1999 (Art. 47) hat sich daran nichts geändert. Die Schwierigkeiten haben einerseits damit zu tun, dass der Inhalt des Versprechens nicht sehr klar ist, andererseits und vor allem aber damit, dass in der Bundesverfassung wirksame institutionell-prozedurale Sicherungen fehlen und dass in der Verfassungstheorie ein umsetzbares Modell für solche Sicherungen nicht bereitsteht. Das Versprechen von 1848 ist und bleibt somit eine Herausforderung sowohl für die bundesstaatliche Verfassungspraxis als auch für die Verfassungstheorie des Bundesstaats.

Bis auf Weiteres wird man daher wohl mit behelfsmässigen Schutzvorkehrungen Vorlieb nehmen müssen. Zu denken ist etwa an eine «*Eigenständigkeitsverträglichkeitsprüfung*» (oder «*Kantonsverträglichkeitsprüfung*»), die umfassender ist als die – nur der «*Aufgabenlogik*» verpflichtete⁵⁰⁰ – Subsidiaritätsprüfung, wie sie heute praktiziert wird (vorne C.VI.3.). Zu denken ist weiter an eine *Förderung und Stärkung des Bundesstaatsverständnisses* bei den relevanten bundesstaatlichen Akteuren, um zu verhindern, dass das Verständnis für die Bundesstaatlichkeit weiter schwindet oder gar in Bundesstaatsunverständnis umschlägt. Wichtig ist es, dem *top-down*-Verständnis der Bundesstaatlichkeit, das sich in der Bundesstaatspraxis immer mehr breit macht, das hergebrachte *bottom-up*-Verständnis entgegenzusetzen.

Zu den relevanten bundesstaatlichen Akteuren gehören nicht nur die politischen Bundesbehörden, sondern auch die Wissenschaft und – insbesondere aufgrund der herausgehobenen Rolle bei der informellen Verfassungsfortbildung – das Bundesgericht. Ein gestärktes Bundesstaatsverständnis ist gerade mit Blick auf die Justiz essenziell, zeigt sich doch in der Rechtsprechung immer wieder eine gewisse Neigung zu «*föderalismusblinden*» Erwägungen und Entscheidungen.⁵⁰¹

Der Klärung bedarf schliesslich, was es unter den heutigen und den sich abzeichnenden künftigen Rahmenbedingungen heisst, als Gliedstaat eine *eigenständige politische Einheit* innerhalb eines dynamischen bundesstaatlichen Gebildes zu sein und zu bleiben.

500 Die Kriterien des Art. 43a BV 1999 («Kraft der Kantone übersteigen», «einer einheitlichen Regelung bedürfen») sind aufgabenbezogen.

501 So in jüngerer Zeit namentlich in der Rechtsprechung zur Wahlrechtsgleichheit (vorne C.I.2.c.).

«The states are, unquestionably, sovereign, so far as their sovereignty is not affected by this supreme law.»

U.S. Senator DANIEL WEBSTER, 1830⁵⁰²

E. Der schweizerische Bundesstaat: ein verfassungsrechtlich fundiertes und flankiertes politisches Projekt

Es fällt nicht leicht, bei einem derart faszinierenden Thema wie dem schweizerischen Bundesstaat und seinen drei Verfassungen einen Schlusspunkt zu finden. Die Standortbestimmung zeigt: Weder ist die Schweizerische Eidgenossenschaft zu einem unitarischen Bundesstaat oder gar zu einem dezentralen Einheitsstaat mutiert, noch sind die Kantone zu blossen «Selbstverwaltungskörpern» degeneriert. Dies heisst jedoch nicht, dass im schweizerischen Bundesstaat heute alles zum Besten bestellt wäre. Die Feststellung von YVO HANGARTNER aus dem Jahr 1974, wonach der «schweizerische Föderalismus [...] einen uneinheitlichen, verwirrenden Eindruck» macht,⁵⁰³ hat nichts an Aktualität eingebüsst. Die Chance, die Bundesstaatlichkeit im Rahmen einer *mise-à-jour* des Verfassungsrechts (Totalrevision der Bundesverfassung) und im Rahmen des NFA-Projekts zu erneuern, wurde nur partiell genutzt. Dies liegt nicht an mangelndem Willen, sondern an vielfältigen Gründen, nicht zuletzt auch an bundesstaats- und verfassungstheoretischen Defiziten, die sich in einem schwindenden Bundesstaatsverständnis in Wissenschaft und Praxis spiegeln.

Die Protagonisten von 1848 besaßen zwar keine gefestigte Bundesstaatstheorie, sie hatten aber eine Leitidee vor Augen: Das vor 175 Jahren in Gang gesetzte Bundesstaatsprojekt zielte einerseits auf die Schaffung neuartiger organisatorischer Strukturen mit einem neuartigen Problemlösungsprozess (bundesstaatliche Methode), andererseits sollten die Kantone als eigenständige politische Einheiten bestehen bleiben (vorne B.I.4./II.1.).

Als Hauptinstrument des Bundesstaatsprojekts diene (und dient) die Bundesverfassung. Man setzte 1848 auf dieses neuartige *rechtliche* Instrument. Die Durchsetzung und Fortbildung der bundesstaatlichen Rechte und Pflichten überantwortete man allerdings im Wesentlichen den *politischen Behörden* des Bundes, d.h. dem Bundesrat und der Bundesversammlung. Der schweizerische Bundesstaat startete 1848 als ein primär *politisches Projekt*, genauer: als ein *verfassungsrechtlich fundiertes und flankiertes* politisches Projekt (nicht unähnlich dem Projekt der Demokratie).

502 DANIEL WEBSTER, Second Reply to Hayne, January 26 and 27, 1830 (Rede im Senat) (<https://www.senate.gov/artandhistory/history/common/generic/Speeches_WebsterToHayne.htm> [2.6.2023]).

503 HANGARTNER, Kompetenzverteilung, S. 31.

Die Weiterentwicklung des «unfertigen» Bundesstaats setzte schon bald eine mehrfache Dynamik in Gang, bei der zunehmend weitere Akteure – Gerichte, Verwaltungen, Individuen, Stimmberechtigte in eidgenössischen Angelegenheiten, Initiativkomitees usw. – sowie andere Handlungslogiken ins Spiel kamen, denen die Politik (Bundesversammlung bzw. Bundesgesetzgeber, Bundesrat) teils zögerlich, teils bereitwillig einen Teil des Feldes überliess.⁵⁰⁴ Die ursprüngliche bundesstaatliche Leitidee verlor an Konturen.

In der Perspektive der *longue durée* wird deutlich, dass das Experiment von 1848 ein Verfassungssystem hervorbrachte, das *prima vista* stabil erscheint, aber nicht frei von Schwachstellen ist. Grund dafür sind nicht zuletzt *bundesverfassungsimmanente Grundspannungen*. Als Bundesstaatsverfassung muss die Bundesverfassung zugleich trennen und verbinden, veränderbar sein und bewahren (vorne D.II.). Eine besondere Herausforderung ist die langfristige Sicherung der «politische[n] Individualität der Kantone»,⁵⁰⁵ die der schweizerischen Bundesstaatlichkeit konzeptionell zugrunde liegt. Das (implizite) Versprechen von 1848, dass die Kantone als eigenständige politische Einheiten bestehen bleiben (vorne B.II.1.), ist verfassungsrechtlich nur unzulänglich abgesichert. Die ausdrückliche Anerkennung der «Eigenständigkeit der Kantone» (Art. 47 BV 1999) hat die prekäre Situation nicht grundlegend verbessert. Der schweizerische Bundesstaat gründet auf einem Versprechen, dessen Einhaltung die Bundesverfassung nicht garantieren kann – so liesse sich das auf den freiheitlichen, säkularisierten Staat gemünzte Diktum von ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE bundesstaatlich abwandeln.⁵⁰⁶

Der schweizerische Bundesstaat ist kein «selbsterfüllendes» Phänomen. Seine Tragik besteht darin, dass er ein Produkt des Rechts ist und dass die Gefahren, die das ihm zugrunde liegende Versprechen bedrohen, nicht zuletzt durch das Rechtssystem selbst erzeugt werden – als Folge einer dynamischen Verfassungsentwicklung, die in der Bundesstaatlichkeit angelegt ist. Die Bundesverfassung ist Grundlage und Gefahr für den Bundesstaat zugleich.

Diese paradoxe Erkenntnis mag erklären, weshalb Untersuchungen zum Zustand der schweizerischen Bundesstaatlichkeit regelmässig in einen Aufruf zur Stärkung des «Willens zum Föderalismus» ausmünden.⁵⁰⁷ Solche Appelle be-

504 Exemplarisch für Ersteres ist die gestaffelte Übertragung von Rechtsprechungszuständigkeiten an das Bundesgericht im Bereich der verfassungsmässigen Individualrechte (vorne C.V.3.a.), für Letzteres die Schaffung neuer Grundrechtspositionen (vorne C.V.3.b.) und die Einführung des Frauenstimmrechts im Kanton Appenzell Innerrhoden durch das Bundesgericht (vorne C.I.2.b.).

505 Formulierung bei HANGARTNER, Kompetenzverteilung, S. 40.

506 «Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann» (ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation [1967], in: ders., Recht, Staat, Freiheit, 7. Aufl., Frankfurt a.M. 2019, S. 112 f.).

507 So z.B. bei PETER SALADIN im Bericht für den Juristentag von 1984: «Wichtiger als jede institutionelle Reform ist das stete Bemühen um Stärkung des <Willens zum Föderalismus>» (Bund und Kantone, S. 589).

stätigen indirekt, dass der schweizerische Bundesstaat, bei aller «Rechtlichkeit», ein primär politisches Projekt ist und dass das Verfassungsrecht bei der Erfüllung seiner bundesstaatsspezifischen Aufgaben manchmal an die Grenzen seiner Leistungsfähigkeit stösst. Um das prekäre Versprechen von 1848 besser schützen zu können, sollten die Appelle allerdings stärker fokussiert werden: Gestärkt werden muss der *Wille zur Bewahrung der Eigenständigkeit der Kantone als politische Einheiten*. Und vermehrt und verbessert werden muss das Wissen um die Gefahren, denen die bundesstaatliche Ordnung ausgesetzt ist, namentlich auch das Wissen um jene Gefahren, die in der Verfassungsordnung selbst lauern.

Zusammenfassung

Der schweizerische Bundesstaat startete 1848 als ein verfassungsrechtlich fundiertes und flankiertes politisches Projekt. Die Standortbestimmung aus Anlass des 175. Doppelgeburtstags ergibt, dass die Schweizerische Eidgenossenschaft, entgegen gewissen Befürchtungen, nicht zu einem dezentralen Einheitsstaat mutiert ist. Dennoch ist die Bundesstaatlichkeit das Sorgenkind unter den verfassungsrechtlichen Strukturprinzipien. Die 1848 geschaffene bundesstaatliche Ordnung beruht einerseits auf neuen organisatorischen Strukturen und auf einem neuartigen Problemlösungsprozess (bundesstaatliche Methode), andererseits auf dem verfassungsrechtlich nur unzulänglich abgesicherten Versprechen, dass die Kantone als eigenständige politische Einheiten bestehen bleiben. Die Weiterentwicklung des 1848 noch «unfertigen» Bundesstaats setzte eine mehrfache Dynamik in Gang. Wichtige rechtsstaatliche Errungenschaften wie die Grundrechte und die Verfassungsgerichtsbarkeit spielen dabei aus bundesstaatlicher Sicht eine ambivalente Rolle. Die Chance, die Bundesstaatlichkeit im Rahmen der Totalrevision von 1999 und des NFA-Projekts zu erneuern, wurde nur partiell genutzt. Dies liegt auch an Defiziten der Bundesstaatstheorie, die sich in einem schwindenden Bundesstaatsverständnis in Wissenschaft und Praxis spiegeln. Gefordert ist eine *Verfassungstheorie* des Bundesstaats, die sowohl die besonderen Funktionen als auch die Leistungsgrenzen der Bundesverfassung als Bundesstaatsverfassung aufzeigt. Zu den Aufgaben einer Verfassungstheorie des Bundesstaats gehört es, den Blick und das Bewusstsein dafür zu schärfen, dass die Gefahren, die die 1848 versprochene und 1999 bekräftigte Eigenständigkeit der Kantone bedrohen, nicht zuletzt in der dynamischen bundesstaatlichen Verfassungsordnung selbst lauern.

Résumé

L'État fédéral suisse a été fondé en 1848 en tant que projet politique basé sur le droit constitutionnel et encadré par ce dernier. Le présent bilan, dressé à l'occasion du 175^{ème} double anniversaire, montre que, contrairement à certaines craintes, la Confédération suisse ne s'est pas transformée en un État unitaire décentralisé. Toutefois, le fédéralisme demeure une source principale de préoccupation parmi les principes structurels de la constitution. L'État fédéral suisse, créé en 1848, se fonde d'une part sur de nouvelles structures organisationnelles et sur un nouveau processus de résolution de problèmes (la méthode «fédérale»), et d'autre part sur la promesse que les cantons demeurent des entités politiques autonomes. Cette promesse n'est pas suffisamment garantie par le droit constitutionnel. Le développement de l'État fédéral, encore «inachevé» en 1848, a déclenché diverses dynamiques. Des acquis importants de l'état de

droit, tels que les droits fondamentaux et la juridiction constitutionnelle, jouent un rôle ambivalent du point de vue fédéral. L'occasion de renouveler le fédéralisme dans le cadre de la révision totale de la constitution (1999) et du projet RPT n'a été saisie que partiellement. Cela est également dû aux lacunes de la théorie de l'État fédéral, qui se reflètent par une perte de compréhension de l'État fédéral dans la doctrine et dans la pratique. Une théorie *constitutionnelle* de l'État fédéral («Verfassungstheorie des Bundesstaats») est nécessaire, montrant à la fois les fonctions spécifiques et les limites de performance de la constitution en tant que constitution d'un État fédéral. L'une des tâches d'une théorie constitutionnelle de l'État fédéral est de sensibiliser le regard et la conscience sur le fait que les dangers qui menacent l'autonomie («Eigenständigkeit») des cantons, promise en 1848 et confirmée en 1999, se cachent également au sein de l'ordre constitutionnel dynamique lui-même.

Abstract

The Swiss federal state was founded in 1848 as a political project based on, and flanked by, constitutional law. This analysis on the occasion of the 175th double anniversary shows that, despite certain fears, the Swiss Confederation has not become a decentralized unitary state. Nevertheless, federalism remains a principal concern among constitutional structural principles. The Swiss federal state, founded in 1848, is based on new organizational structures and a new problem-solving mechanism (the federal method) on the one hand, and on the promise, which is not sufficiently guaranteed by constitutional law, that the cantons will remain autonomous political entities on the other hand. The evolvement of the federal state, which was still «unfinished» in 1848, has set dynamic and multifaceted developments in motion. Important achievements of the rule of law, such as fundamental rights and constitutional jurisdiction, play an ambivalent role from a federal perspective. The opportunity to renew the federal order in the scope of the total revision of the constitution (1999) and the NFA-project (Reform of Fiscal Equalization and Task Allocation between the Confederation and the Cantons) was only partially seized. This is partly due to the deficits of the general theory of the federal state, reflected in a diminishing understanding of the federal state in legal doctrine and practice. A *constitutional* theory of the federal state («Verfassungstheorie des Bundesstaats») that shows the specific functions as well as the limits of the constitution as the constitution of a federal state is necessary. It is one of the tasks of a constitutional theory of the federal state to sharpen the view and the awareness of the fact that the dangers threatening the autonomy («Eigenständigkeit») of the cantons, promised in 1848 and confirmed in 1999, are also due to the dynamic federal constitutional order itself.

Abgekürzt zitierte Literatur⁵⁰⁸

- AUBERT JEAN-FRANÇOIS, Bundesstaatsrecht der Schweiz, Fassung von 1967 und bearbeiteter Nachtrag, 2 Bände, Basel/Frankfurt a.M. 1991 und 1995 (zit.: Bundesstaatsrecht I bzw. II).
- AUBERT JEAN-FRANÇOIS, Geschichtliche Einführung (1986), in: Jean-François Aubert et al. (Hrsg.), Komm. BV 1874 (zit.: Geschichtliche Einführung).
- AUBERT JEAN-FRANÇOIS, La Constitution – son contenu, son usage, Basel 1991 (Referate zum 125. Schweizerischen Juristentag 1991) (zit.: Constitution).
- AUBERT JEAN-FRANÇOIS/EICHENBERGER KURT/MÜLLER JÖRG PAUL/RHINOW RENÉ A./SCHINDLER DIETRICH (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Loseblatt, Basel/Zürich/Bern 1987–1996 (zit.: VERF., in: Komm. BV 1874).
- AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MAHON PASCAL, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich 2003 (zit.: VERF., in: Petit Comm. Cst.).
- AUER ANDREAS, Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Bern 2016 (zit.: Staatsrecht der Kantone).
- BEAUD OLIVIER, Föderalismus und Souveränität, Bausteine zu einer verfassungsrechtlichen Lehre der Föderation, Der Staat 1996, S. 45 ff. (zit.: Föderalismus und Souveränität).
- BEAUD OLIVIER, Le pacte fédératif, Essai sur la constitution de la Fédération et sur l'Union européenne, Paris 2022 (zit.: Pacte fédératif).
- BEAUD OLIVIER, Théorie de la fédération, 3. Aufl., Paris 2013 (zit.: Théorie de la fédération).
- BELSER EVA MARIA, Föderalismuskonzeption der Bundesverfassung, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Band I, Zürich 2020, S. 667 ff. (zit.: Föderalismuskonzeption).
- BIAGGINI GIOVANNI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit.: Komm. BV).
- BIAGGINI GIOVANNI, Grundrechtsinnovation im Bundesstaat – ein Streifzug durch 175 Jahre Verfassungsgeschichte, im Erscheinen (zit.: Grundrechtsinnovation im Bundesstaat).
- BIAGGINI GIOVANNI, Theorie und Praxis des Verwaltungsrechts im Bundesstaat, Habil. Basel, Basel/Frankfurt a.M. 1996 (zit.: Theorie und Praxis).

508 Weitere Literaturhinweise finden sich in den Fussnoten (mit vollständigen Angaben).

- BIAGGINI GIOVANNI/GÄCHTER THOMAS/KIENER REGINA (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021 (zit.: VERF., ... [Beitragstitel], in: Staatsrecht).
- BLUNTSCHLI JOHANN CASPAR, Geschichte des schweizerischen Bundesrechtes, von den ersten ewigen Bünden bis auf die Gegenwart, Band 1: Geschichtliche Darstellung, Zürich 1849; Band 2: Urkundenbuch, Zürich 1852 (2. Aufl., Stuttgart 1875) (zit.: Geschichte des schweizerischen Bundesrechtes).
- BS-Komm. BV: siehe WALDMANN/BELSER/EPINEY (Hrsg.).
- BURCKHARDT WALTHER, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. Aufl., Bern 1931 (zit.: Komm. BV).
- BUSSJÄGER PETER, Föderale Systeme – über Entstehung, Scheitern und Erfolg von Föderalismus, Wien 2017 (zit.: Föderale Systeme).
- Commentaire romand Cst.: siehe MARTENET/DUBEY (Hrsg.).
- DIGGELMANN OLIVER/HERTIG RANDALL MAYA/SCHINDLER BENJAMIN (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, 3 Bände, Zürich 2020 (zit.: VERF., ... [Beitragstitel], in: VDS I bzw. II bzw. III).
- EGLI PATRICIA, Die Bundestreue. Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Habil. St. Gallen, Zürich/Baden-Baden 2010 (zit.: Bundestreue).
- EHRENZELLER BERNHARD ET AL. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung (St. Galler Kommentar), 2 Bände, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit.: VERF., in: SG-Komm. BV).
- EHRENZELLER BERNHARD/EHRENZELLER KASPAR, «L'amour de la complexité» im Bundesstaat Schweiz – Kompetenzzuteilung und Kompetenzwahrnehmung in Bund und Kantonen, in: Anna Gamper et al. (Hrsg.), Föderale Kompetenzverteilung in Europa, Baden-Baden 2016, S. 33 ff. (zit.: Kompetenzzuteilung).
- EICHENBERGER KURT, Sinn und Bedeutung einer Verfassung, Basel 1991 (Referate zum 125. Schweizerischen Juristentag 1991) (zit.: Verfassung).
- EICHENBERGER KURT, Verfassungsrechtliche Einleitung (1995), in: Jean-François Aubert et al. (Hrsg.), Komm. BV 1874 (zit.: Verfassungsrechtliche Einleitung).
- Federalist Papers: siehe HAMILTON/MADISON/JAY.
- FLEINER FRITZ, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923 (zit.: Bundesstaatsrecht).
- FLEINER FRITZ/GIACOMETTI ZACCARIA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Neubearbeitung der ersten Hälfte des gleichnamigen Werkes von Fritz Fleiner, Zürich 1949 (zit.: Bundesstaatsrecht).

- FLEINER THOMAS/BASTA FLEINER LIDIJA R., Allgemeine Staatslehre – über die konstitutionelle Demokratie in einer multikulturellen globalisierten Welt, 3. Aufl., Berlin 2004 (zit.: Allgemeine Staatslehre).
- FORSYTH MURRAY, Unions of States – The Theory and Practice of Confederation, Leicester/New York 1981 (zit.: Unions of States).
- FRENKEL MAX, Föderalismus und Bundesstaat: System, Recht und Probleme des Bundesstaats im Spannungsfeld von Demokratie und Föderalismus, 2 Bände, Bern 1984/1986 (zit.: Föderalismus I bzw. II).
- FRIEDRICH CARL J., Trends of Federalism in Theory and Practice, London 1968 (zit.: Trends of Federalism).
- GAMPER ANNA, Staat und Verfassung: Einführung in die Allgemeine Staatslehre, 5. Aufl., Wien 2021 (zit.: Staat und Verfassung).
- GIACOMETTI ZACCARIA, Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Zürich 1941 (zit.: Staatsrecht der Kantone).
- GREBER ANTON R., Die vorpositiven Grundlagen des Bundesstaates, Diss. Freiburg (Schweiz), Basel 2000 (zit.: Grundlagen des Bundesstaates).
- HÄFELIN ULRICH, Der kooperative Föderalismus in der Schweiz, Zeitschrift für schweizerisches Recht (ZSR) 1969 II, S. 549 ff. (zit.: Der kooperative Föderalismus).
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich 2020 (zit.: Bundesstaatsrecht).
- HALLER WALTER/KÖLZ ALFRED/GÄCHTER THOMAS, Allgemeines Staatsrecht, 6. Aufl., Zürich 2020 (zit.: Allgemeines Staatsrecht).
- HAMILTON ALEXANDER/MADISON JAMES/JAY JOHN, Die Federalist Papers, München 2007 bzw. The Federalist Papers, Chicago 2009 (zit.: Federalist Papers).
- HANGARTNER YVO, Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, Habil. St. Gallen, Bern/Frankfurt a.M. 1974 (zit.: Kompetenzverteilung).
- HANGARTNER YVO/KLEY ANDREAS/BRAUN BINDER NADJA/GLASER ANDREAS, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2023 (zit.: HANGARTNER ET AL., Demokratische Rechte).
- HÄRTEL INES (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, 4 Bände, Heidelberg 2012 (zit.: VERF., ... [Beitragstitel], in: Härtel [Hrsg.], Handbuch Föderalismus).
- HESSE KONRAD, Der unitarische Bundesstaat, Karlsruhe 1962 (zit.: Der unitarische Bundesstaat).

- JELLINEK GEORG, Die Lehre von den Staatenverbindungen, Wien 1882 (zit.: Staatenverbindungen).
- KELSEN HANS, Allgemeine Staatslehre, Studienausgabe der Originalausgabe 1925, Tübingen 2019 (zit.: Allgemeine Staatslehre).
- KLEY ANDREAS, Geschichte des schweizerischen Verfassungsrechts von 1798 bis in die Gegenwart, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Band I, Zürich 2020, S. 57 ff. (zit.: Geschichte).
- KLEY ANDREAS, Verfassungsgeschichte der Neuzeit, 4. Aufl., Bern 2020 (zit.: Verfassungsgeschichte).
- KNAPP BLAISE, Le fédéralisme, Zeitschrift für schweizerisches Recht (ZSR) 1984 II, S. 275 ff. (zit.: Le fédéralisme).
- KÖLZ ALFRED, Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte, Band I: Ihre Grundlinien vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848, Bern 1992; Band II: Ihre Grundlinien in Bund und Kantonen seit 1848, Bern 2004 (zit.: Verfassungsgeschichte I bzw. II).
- Komm. BV 1874: siehe AUBERT/EICHENBERGER/MÜLLER/RHINOW/SCHINDLER (Hrsg.).
- LA PERGOLA ANTONIO, Residui «contrattualistici» e struttura federale nell'ordinamento degli Stati Uniti, Milano 1969 (zit.: Residui «contrattualistici»).
- LEHNER ROMAN, Souveränität im Bundesstaat und in der Europäischen Union: Eine Untersuchung auf Grundlage des deutschen und schweizerischen Verfassungsrechts, Habil. Göttingen, Tübingen 2021 (zit.: Souveränität im Bundesstaat).
- LINDER WOLF/MUELLER SEAN, Schweizerische Demokratie: Institutionen – Prozesse – Perspektiven, 4. Aufl., Bern 2017 (zit.: Schweizerische Demokratie).
- LOEWENSTEIN KARL, Verfassungslehre, 4. Aufl., Tübingen 2000 (zit.: Verfassungslehre).
- MARTENET VINCENT/DUBEY JACQUES (Hrsg.), Constitution fédérale. Commentaire romand, 2 Vol., Basel 2021 (zit.: Commentaire romand Cst.).
- MASTRONARDI PHILIPPE, Verfassungslehre. Allgemeines Staatsrecht als Lehre vom guten und gerechten Staat, Bern 2007 (zit.: Verfassungslehre).
- NAWIASKY HANS, Der Bundesstaat als Rechtsbegriff, Tübingen 1920 (zit.: Bundesstaat).
- ORTINO SERGIO, Introduzione al diritto costituzionale federativo, Torino 1993 (zit.: Diritto costituzionale federativo).

- PALERMO FRANCESCO/KÖSSLER KARL, *Comparative Federalism: Constitutional Arrangements and Case Law*, Oxford/Portland (Oregon) 2017 (zit.: *Comparative Federalism*).
- PERNTHALER PETER, *Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre*, 2. Aufl., Wien 1996 (zit.: *Verfassungslehre*).
- Petit Comm. Cst.: siehe AUBERT/MAHON.
- RAPPARD WILLIAM, *Die Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft 1848–1948*, Zürich 1948 (zit.: *Bundesverfassung 1848–1948*).
- RHINOW RENÉ/SCHEFER MARKUS/UEBERSAX PETER, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 3. Aufl., Basel usw. 2016 (zit.: *Verfassungsrecht*).
- RÜTTIMANN JOHANN JAKOB, *Das nordamerikanische Bundesstaatsrecht verglichen mit den politischen Einrichtungen der Schweiz*, 3 Bände, Zürich 1867–1876 (zit.: *Das nordamerikanische Bundesstaatsrecht*).
- SALADIN PETER, *Bund und Kantone. Autonomie und Zusammenwirken im schweizerischen Bundesstaat*, *Zeitschrift für schweizerisches Recht (ZSR)* 1984 II, S. 431 ff. (zit.: *Bund und Kantone*).
- SALADIN PETER, *Grundrechte im Wandel. Die Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts zu den Grundrechten in einer sich ändernden Umwelt*, 3. Aufl., Bern 1982 (zit.: *Grundrechte im Wandel*).
- SCHINDLER BENJAMIN, *Die föderale Kompetenzverteilung in der Schweizerischen Eidgenossenschaft aus historischer Sicht*, in: *Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs* 2021, S. 238 ff. (zit.: *Kompetenzverteilung*).
- SCHMITT CARL, *Verfassungslehre*, 8. Aufl., Berlin 1993 (Neusatz auf Basis der 1928 erschienenen 1. Aufl.) (zit.: *Verfassungslehre*).
- SCHÖNBERGER CHRISTOPH, *Die Europäische Union als Bund. Zugleich ein Beitrag zur Verabschiedung des Staatenbund–Bundesstaat-Schemas*, *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)* 2004, S. 81 ff. (zit.: *Die Europäische Union als Bund*).
- SCHWEIZER RAINER J., *Entstehung und Entwicklung des schweizerischen Föderalismus*, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Band I, Zürich 2020, S. 531 ff. (zit.: *Entstehung und Entwicklung des schweizerischen Föderalismus*).
- SG-Komm. BV: siehe EHRENZELLER ET AL. (Hrsg.).
- SIEGRIST ULRICH K., *Die schweizerische Verfassungsordnung als Grundlage und Schranke des interkantonalen kooperativen Föderalismus*, Band I: *Grundlagen (Diss.)*, Zürich 1976; Band II: *Schranken*, Zürich 1978 (zit.: *Föderalismus I bzw. II*).

Staatsrecht: siehe BIAGGINI/GÄCHTER/KIENER (Hrsg.).

THÜRER DANIEL/AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MÜLLER JÖRG PAUL (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001 (zit.: VERF., ... [Beitragstitel], in: VRS).

TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021 (zit.: Staatsrecht).

USTERI [JOHANN] MARTIN, Theorie des Bundesstaates, Diss., Zürich 1954 (zit.: Theorie des Bundesstaates).

VATTER ADRIAN, Föderalismus, in: Yannis Papadopoulos et al. (Hrsg.), Handbuch der Schweizer Politik, 7. Aufl., Zürich 2022, S. 135 ff. (zit.: Föderalismus).

VATTER ADRIAN, Swiss Federalism. The Transformation of a Federal Model, London/New York 2018 (zit.: Swiss Federalism).

VDS: siehe DIGGELMANN/HERTIG RANDALL/SCHINDLER (Hrsg.).

VRS: siehe THÜRER/AUBERT/MÜLLER (Hrsg.).

VVDStRL: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Berlin usw.

WALDMANN BERNHARD, Perspektiven des schweizerischen Föderalismus, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Band I, Zürich 2020, S. 797 ff. (zit.: Perspektiven des Föderalismus).

WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015 (zit.: VERF., in: BS-Komm. BV).

WATTS RONALD L., Comparing Federal Systems, 3. Aufl., Montreal 2008 (zit.: Comparing Federal Systems).

WHEARE K. C. [Kenneth Clinton], Federal Government, 4. Aufl., Oxford 1963 (zit.: Federal Government).

WIEDERIN EWALD, Bundesrecht und Landesrecht, zugleich ein Beitrag zu Strukturproblemen der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung in Österreich und in Deutschland, Habil. Wien, Wien/New York 1995 (zit.: Bundesrecht und Landesrecht).

Abgekürzt zitierte Materialien und Verfassungen⁵⁰⁹

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Sonderdruck Reform der Bundesverfassung, Bern 1998 (zit.: AB SD 1998).

⁵⁰⁹ Weitere Hinweise auf Materialien finden sich in den Fussnoten (mit vollständigen Angaben).

- BUNDESRAT, Botschaft des Bundesrates an die h. Bundesversammlung, betreffend die Revision der Bundesverfassung vom 17. Juni 1870, BBl 1870 II 665.
- BUNDESRAT, Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1 ff. (zit.: Botschaft nBV), mit Verfassungsentwurf (zit.: VE BV 1996).
- BUNDESRAT, Botschaft zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen vom 14. November 2001, BBl 2002 2291 ff. (zit.: Botschaft NFA).
- EIDGENÖSSISCHES JUSTIZ- UND POLIZEIDEPARTEMENT (EJPD), So könnte eine neue Bundesverfassung aussehen, Modell-Studie vom 30. Oktober 1985, BBl 1985 III 189 ff. (zit.: Modell-Studie).
- EXPERTENKOMMISSION FÜR DIE VORBEREITUNG EINER TOTALREVISION DER BUNDESVERFASSUNG, Bericht und Verfassungsentwurf, Bern 1977.
- IMBODEN MAX, Der Ankara-Entwurf – Entwurf für eine neue Bundesverfassung von Max Imboden, geschrieben in der Schweizer Botschaft in der Türkei (1967), in: Felix Hafner et al. (Hrsg.), *Commentationes Historiae Iuris Helveticae*, Bd. XVI, Lausanne 2018, S. 127 ff. (eingeleitet von CHRISTINA CORADI, S. 121 ff.).
- IMBODEN MAX, Die Bundesverfassung – wie sie sein könnte. Verfassungsentwurf erarbeitet von Studenten der juristischen Fakultät der Universität Basel unter der Leitung von Prof. Dr. Max Imboden (1959), in: Max Imboden, *Staat und Recht. Ausgewählte Schriften und Vorträge*, Basel/Stuttgart 1971, S. 219 ff. (zit.: Bundesverfassung).
- KÖLZ ALFRED/MÜLLER JÖRG PAUL, Entwurf für eine neue Bundesverfassung vom 16. Mai 1984, 3. Aufl., Bern 1995 (zit.: BV-Entwurf).
- REVISIONSKOMMISSION, Bericht über den Entwurf einer Bundesverfassung, vom 8. April 1848, erstattet von der am 16. August 1847 von der Tagsatzung ernannten Revisionskommission (Berichterstatter: Johann Konrad Kern und Henri Druey) (zit.: Bericht).
- Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 12. September 1848 (BBl 1849, 3 ff.) (zit.: BV 1848).
- Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (AS 1 1; BS 1 3) (zit.: BV 1874).
- Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101) (zit.: BV 1999).