

§ 5 Verfahren und Rechtswirkungen

I. Einordnung

1. Die Gewährleistung als «Doppelinstitut»

Die politische Grundanschauung, wie sie in den Artikeln 49 und 51 der Bundesverfassung zum Ausdruck kommt, welche die Widerspruchsfreiheit der verschiedenen Rechtssetzungsebenen und die Gleichartigkeit der Staatsstruktur des Bundes und der Kantone anstrebt, verlangt nach einer ständigen Kontrolle, die sicher stellt, dass die Kantone den bundesrechtlichen Anforderungen Genüge tun. Zur Durchsetzung stehen dem Bund verschiedene rechtliche Aufsichtsmittel zur Verfügung, die Gewährleistung der Kantonsverfassungen stellt eines dieser Kontrollinstrumente dar. Mittels der Verfassungsgewährleistung soll die bundesstaatliche Einheit gefördert und die kantonale Demokratie gesichert werden. Es handelt sich dabei um ein «Doppelinstitut»¹, denn was gemeinhin unter den Begriff «Gewährleistung» subsumiert wird, beinhaltet effektiv zwei verschiedene Akte: Erstens den Genehmigungsbeschluss der Bundesversammlung und zweitens die Übernahme der Verfassungsgarantie durch den Bund. Genehmigung und Garantie werden jedoch zugleich ausgesprochen,² weshalb die verschiedenen Begriffe synonym verwendet werden können.

2. Repressives Instrument der Bundesaufsicht

Jede kantonale Verfassungsbestimmung durchläuft ein zweistufiges Verfahren: Einerseits muss sie im Kanton in einer demokratischen Abstimmung von der Mehrheit der Stimmenden angenommen worden sein und andererseits bedarf sie der Gewährleistung des Bundes.³ Im ersten Fall handelt es sich um eine aufschiebende (suspensive) Bedingung, weil eine Verfassungsnorm ohne die Sanktion des Volkes nicht in Kraft gesetzt werden kann; diese Voraussetzung ist augenfällig und ergibt sich aus der Bundesverfassung.⁴ Schwieriger zu beurteilen ist hingegen der zweite Verfahrensschritt, die Gewährleistung durch den Bund. Die Genehmigung könnte ihre Wirkung als Aufsichtsmittel am stärksten entfalten, wenn es sich um eine konstitutive Voraussetzung handelte. Bereits zu Beginn der Gewährleistungspraxis wurde indessen festgehalten, eine Kantons-

¹ JENNY, Aufsicht, 25.

² JENNY, Aufsicht, 25 und 40 f.; GUT, 25; CEREGETTI, 42; PEROLINI, 33.

³ Art. 51 Abs. 2 BV.

⁴ Art. 51 Abs. 1 BV.

verfassung müsse nicht bis nach erteilter Garantie suspendiert werden, im Gegenzug sei jedoch eine Bundesrecht widersprechende kantonale Verfassungsbestimmung als rechtlich nicht existierend zu betrachten.⁵ Somit wurde dem Gewährleistungsakt nur die Wirkung einer auflösenden (resolutiven) Bedingung zugestanden.⁶ Eine in der kantonalen Volksabstimmung angenommene Verfassungsnorm darf in diesem Sinne zwar vor der Gewährleistung in Kraft gesetzt werden, eine mögliche Nichtgewährleistung schwebt aber bis zum positiven Beschluss der Bundesversammlung einem Damoklesschwert gleich über jeder gliedstaatlichen Verfassungsbestimmung. Diese Gefahr wird allerdings durch den Gewährleistungsentscheid nicht definitiv abgewendet,⁷ da übergeordnetem Recht entgegenstehendes kantonales Recht ohne Einschränkung derogiert wird.⁸ Mit anderen Worten sind die Bestimmungen, welchen die Garantie erteilt wird, damit nicht als bundesrechtsmässig erklärt; sie werden bloss zurzeit nicht beanstandet.⁹

Die Lehre qualifiziert die Gewährleistung mehrheitlich als ein *präventives* Mittel der Bundesaufsicht,¹⁰ was jedoch zu einem unhaltbaren Ergebnis führt: Obwohl dieser Teil der Doktrin das Genehmigungsverfahren als vorbeugend betrachtet, da die Bundesgewalt bereits eingreife, bevor eine bundesrechtswidrige kantonale Verfassungsbestimmung zur Anwendung gelange, soll dem Gewährleistungsbeschluss gleichwohl keine aufschiebende Wirkung zukommen.¹¹ Cereghetti macht zu Recht geltend, dass präventive Aufsichtsinstrumente ihrer Natur nach bereits die Entstehung rechtswidriger Akte verhindern sollen.¹² Eine bundesrechtswidrige kantonale Verfassungsnorm hat aber unter Umständen bereits vor Abschluss des Gewährleistungsverfahrens eine Anwendung erfahren, weil sie unmittelbar nach der Sanktion durch das Stimmvolk in Kraft gesetzt werden kann. Dass die Kantonsverfassungen häufig vor ihrer Anwendung überprüft werden, ist nicht von Bedeutung, da einzig die Wirkung des Entscheids ausschlaggebend sein kann und nicht der Zeitpunkt der Aufsichtsausübung. Es spielt aus diesem Grund keine Rolle, dass es sich bei der Gewährleistung um eine frühzeitige Prüfung handelt, die zudem keines äusseren Anstosses – etwa durch eine Beschwerde – bedarf. Deshalb muss die Gewährleistung unter die repressiven Aufsichtsmittel subsumiert werden.¹³

⁵ Vorne, S. 58 f.

⁶ Vgl. auch SALADIN, Art. 6 BV 1874, N. 14.

⁷ Vgl. Erläuterungen VE 95, 73.

⁸ Art. 49 Abs. 2 BV.

⁹ BURCKHARDT, Kommentar, 71; BBl 1957 I 813.

¹⁰ BURCKHARDT, Kommentar, 65; GUT, 11 f.; FLEINER/GIACOMETTI, 133; HANGARTNER, Grundzüge I, 60; JAAG, Rechtsstellung, N. 41; SALADIN, Art. 6 BV 1874, N. 34.

¹¹ PEROLINI, 32.

¹² CEREGHETTI, 29, 36 ff. und 61 f.; FLEINER, Bundesstaatsrecht, 56.

¹³ CEREGHETTI, 61 f.; KURER, 164.

3. Wirkung des Entscheids

a) Grundsätzlich: Deklaratorische Wirkung

Bei einem präventiven Aufsichtsmittel wirkt der notwendige Genehmigungsakt konstitutiv, da eine Norm andernfalls nicht in Kraft gesetzt werden kann. Bei einem repressiven Aufsichtsmittel entfaltet der Entscheid hingegen keine Wirkung in Bezug auf das In-Kraft-Treten. Besonders deutlich zeigt sich dies beim Gewährleistungsverfahren im Falle der Nichtgewährleistung: Mit dem Beschluss, die Genehmigung zu verweigern, wird einzig die Bundesrechtswidrigkeit einer Bestimmungen autoritativ festgestellt,¹⁴ weshalb die betroffene Norm *ex tunc* – also seit ihrem Erlass – dahinfällt.¹⁵ Diese Rechtswirkung leuchtet ein, weil derartiges kantonales Recht auf Grund der derogatorischen Wirkung des Bundesrechts gar nicht rechtsgültig hat entstehen können.¹⁶ Der positive wie auch der negative Gewährleistungsentscheid sind demgemäss bloss feststellender – deklaratorischer – Natur.

Nach dem Gesagten müsste somit jener Teil der Lehre, welcher die Gewährleistung unter die präventiven Aufsichtsmittel einordnet, gleichzeitig von einer konstitutiven Wirkung des Entscheids ausgehen. Diese Konsequenz anerkannten indessen einzig Fleiner und Gut,¹⁷ welche zwischen dem Zustandekommen und der Vollziehbarkeit einer Verfassungsbestimmung unterschieden. Zwar war auch für diese beiden Autoren die Genehmigung keine Voraussetzung für das Zustandekommen einer kantonalen Verfassungsnorm; wegen des präventiven Charakters sei vor der Erteilung der Gewährleistung aber keine Kantonsverfassung vollziehbar, da ihr bis dorthin noch eine gesetzliche Voraussetzung für das In-Kraft-Treten fehle.¹⁸ Historisch lässt sich eine solche Suspendierung wie dargelegt nicht stützen. Vielmehr ist – wenn auch nicht in der Begründung, so doch im Ergebnis – der herrschenden Lehre zuzustimmen, welche davon ausgeht, dass die Genehmigung in der Regel nur deklaratorische Wirkung entfaltet.¹⁹ Allerdings erweist sich der Begriff der deklarativen *Genehmigung* als missverständlich, da es bei der Gewährleistung letztlich nur um

¹⁴ Vgl. CEREGHETTI, 79 f.

¹⁵ Botschaft VE 96, 219.

¹⁶ BURCKHARDT, Kommentar, 70; CEREGHETTI, 79 f.

¹⁷ FLEINER, Bundesstaatsrecht, 58; GUT, 29. Die gegenteilige Praxis bezeichnet FLEINER gar als missbräuchlich (Bundesstaatsrecht, 59, Fn 17).

¹⁸ FLEINER, Bundesstaatsrecht, 167; GUT, 28.

¹⁹ Siehe u.a. Botschaft VE 96, 219; BURCKHARDT, Kommentar, 69; HÄFELIN/HALLER, N. 1024 und 1218; HANGARTNER, Grundzüge I, 61; HANGARTNER/KLEY, N. 1652; HOTZ, 198; RUCH, SG-Kommentar Art. 51 BV, N. 17; JENNY, Aufsicht, 40; SALADIN, Art. 6 BV 1874, N. 17; TSCHANNEN, Staatsrecht, 259; MARTENET, 464 f.

eine Kontrolle einer kantonalen Verfassungsbestimmung geht, die dem Akt der Garantieübernahme vorangehen muss.²⁰ Im Gewährleistungsverfahren wird das kantonale Verfassungsrecht gleich zu Anfang einer Kontrolle unterworfen, der daran anschliessende Gewährleistungsbeschluss soll die auf diese Weise geprüften Normen aber bloss «abstempeln»²¹.

b) Ausnahme: Konstitutive Wirkung

In Einzelfällen kann der Verfassungsgewährleistung konstitutive Wirkung zukommen. So kann der Kanton selbst in seiner Verfassung den Beschluss der Bundesversammlung als Bedingung für das In-Kraft-Treten seines revidierten Grundgesetzes vorsehen;²² in diesem Fall nimmt die Gewährleistung ausnahmsweise den Charakter eines präventiven Mittels der Bundesaufsicht an. Konstitutive Wirkung muss ferner dem nachträglichen Gewährleistungsbeschluss zugesprochen werden, der einen zuvor ergangenen, ablehnenden Beschluss der Bundesversammlung aufhebt und ersetzt, da ohne diesen positiven Wiedererwägungsentscheid eine nicht gewährleistete kantonale Verfassungsnorm nicht wieder aufleben kann.²³ Ein Spezialfall stellte die Verfassung des neuen Kantons Jura dar,²⁴ da für deren In-Kraft-Treten *drei* Voraussetzungen erfüllt sein mussten: Erstens die Annahme der Verfassung durch die zukünftigen Bürger des im Entstehen begriffenen Gliedstaates, zweitens die Gewährleistung der Bundesversammlung und drittens die Zustimmung von Volk und Ständen zu den notwendigen Änderungen der Bundesverfassung. Der Gewährleistungsentscheid der Bundesversammlung war die *zweite* konstitutive Voraussetzung, damit eine jurassische Verfassungsvorschrift überhaupt jemals Wirkung entfalten konnte,²⁵ da die Kantonsverfassung erst nach der Revision der Bundesverfassung in Kraft gesetzt werden konnte.

Diese konstitutive Wirkung im Ausnahmefall ändert am Verfahren und den Rechtsfolgen der Gewährleistung jedoch nichts, weil es den Kantonen zwar freisteht dem Genehmigungsbeschluss in ihren Wirkungskreisen grössere Bedeutung zuzugestehen, sie aber dadurch keinesfalls Einfluss auf die Kompetenzebene des Bundes nehmen können.

²⁰ CEREGHETTI, 62 f. und 33.

²¹ JENNY, Aufsicht, 40.

²² Vgl. z.B. § 100 Abs. 2 KV TG sowie die vorbehaltene Möglichkeit in Art. 113 Abs. 2 Bst. a KV OW und Art. 94 Abs. 2 Ziff. 1 KV NW. Vgl. auch § 58 Ziff. 6 KV BS.

²³ Vgl. dazu vorne, S. 59 f. und 98 f.; BBl 1960 II 221.

²⁴ Vorne, S. 101 f.

²⁵ Vgl. auch AUER, Verfassungsgerichtsbarkeit, 152.

II. Das Gewährleistungsverfahren

1. Pflicht der Kantone

a) Einleitung des Verfahrens

Das Gewährleistungsverfahren wird durch ein Gesuch der Kantone eingeleitet: Die Kantone sind verpflichtet, eine Verfassungsbestimmung unverzüglich nach deren Annahme in der Volksabstimmung dem Bund vorzulegen,²⁶ was durch die in Artikel 51 Absatz 2 gewählte Formulierung «die Kantonsverfassungen bedürfen der Gewährleistung des Bundes» deutlich zum Ausdruck kommt. Bereits der heute noch gültige Garantierungsbeschluss von 1851 sah vor, dass die neue oder geänderte Verfassung dem Bundesrat einzusenden ist.²⁷ Die Vorlegungspflicht der Kantone umfasst dabei ausnahmslos jede – auch nur formelle – Verfassungsänderung.²⁸ Dass es sich bei den kantonalen Grundgesetzen um schriftlich niedergelegte Verfassungen handeln muss, ist aus historischen Gründen eine Selbstverständlichkeit.²⁹

b) Einzureichende Normen

Es stellt sich die Frage, welche kantonalen Normen beim Bund eingereicht werden müssen. In der Literatur wird mehrheitlich die Ansicht vertreten, dass dabei einzig auf einen formellen Verfassungsbegriff abgestellt werden kann, nach Ansicht einer Minderheit macht das Gewährleistungsverfahren hingegen nur Sinn, wenn ein materieller Verfassungsbegriff herangezogen wird.³⁰ Die mit dieser Frage verbundene Problematik zeigt Schaub anschaulich auf: So wäre seines Erachtens das Abstellen auf einen rein formellen Verfassungsbegriff, also auf das Verfahren des Zustandekommens und die Bezeichnung einer Norm, zwar klar, würde aber gegen das Prinzip der Gleichheit der Kantone verstossen, da ein Kanton eine Norm dem Gewährleistungsverfahren entziehen könnte, indem er sie auf Gesetzesebene regelte, während die identische Norm eines anderen Kantons der Genehmigungspflicht unterläge, weil sie auf Verfassungsstufe geregelt würde. Das Abstellen auf einen materiellen Verfassungsbegriff sei daher einleuchtender, «denn dieser materielle Begriff wäre für alle Kantone der

²⁶ Botschaft VE 96, 219; HÄFELIN/HALLER, N. 1020; SALADIN, Art. 6 BV 1874, N. 77; AUBERT, Art. 51 BV, N. 1 und 10.

²⁷ Ziff. 1 GarB.

²⁸ Vgl. vorne, S. 59.

²⁹ Vorne, S. 26.

³⁰ Vorne, S. 170 ff.

gleiche».³¹ Eine ähnliche Ansicht hatte bereits Schollenberger vertreten: Es müssten selbst Gesetze der Kantone, welche materielle Verfassungsgrundsätze enthielten, nicht anders als die Verfassung, durch den Bund genehmigt werden.³² Jenny ging ebenfalls noch selbstredend davon aus, es sei das Verfassungsrecht sowohl im formellen als auch im materiellen Sinn gemeint.³³

Dieser materielle Verfassungsbegriff entspricht zwar den Intentionen der Revisionskommission von 1848,³⁴ er erweist sich jedoch als nicht ohne weiteres konkretisierbar, weil definiert werden müsste, welche Regelungen materiellen Verfassungsinhalt darstellen – sei es, weil sie für die Konstituierung eines Gemeinwesens unabdingbar sind oder weil sie zu den wichtigsten Grundlinien des gesellschaftlichen Zusammenlebens gehören. Ein Teil der Lehre stellte unter anderem wegen dieser dogmatischen Schwierigkeit auf einen rein formellen Verfassungsbegriff ab und wollte es alleine den Kantonen anheim gestellt lassen, für welche Normen sie um Gewährleistung nachsuchen.³⁵ Schaub resümiert, es sei ein Abstellen auf einen formellen Verfassungsbegriff möglich, aber unbefriedigend und umgekehrt, die Berücksichtigung eines materiellen Verfassungsbegriffs befriedigend, aber unmöglich.³⁶

Bei der Beantwortung der Frage nach dem im Gewährleistungsverfahren massgebenden Verfassungsbegriff sind indessen zwei Aspekte auseinander zu halten: Aus praktischen Erwägungen ist erstens davon auszugehen, dass die Kantone grundsätzlich nur für ihr formelles Verfassungsrecht um die Genehmigung nachsuchen müssen. Im Gewährleistungsverfahren ist dann aber zweitens zu prüfen, ob die Kantone in ihren formellen Verfassungen die notwendigen materiellen Mindestinhalte regeln. Für dieses Vorgehen spricht nebst der historischen auch die in das neue Umfeld der Bundesverfassung eingebettete Auslegung, welche die Regelung gewisser Mindestinhalte in den Kantonsverfassungen implizit voraussetzt. Das materielle Verfassungsrecht statuiert in diesem Sinn ein «Gebot der Aufnahme»³⁷ bestimmter inhaltlicher Mindestregelungen in die formelle Verfassung.

³¹ SCHAUB, 152.

³² SCHOLLENBERGER, 5 f., 134 f.

³³ JENNY, Aufsicht, 26.

³⁴ Vorne, S. 39 ff.

³⁵ U.a. BURCKHARDT, Kommentar, 64; SALADIN, Art. 6 BV 1874, N. 7 f.; RUCH, SG-Kommentar Art. 51 BV, N. 4; SCHAUB, 157. Vgl. vorne, S. 153 f.

³⁶ SCHAUB, 154.

³⁷ SCHOLLENBERGER, 5; vgl. auch KAISER III, 120.

2. Zuständigkeiten

a) Die Aufgaben des Bundesrates

Die Ausübung der Bundesaufsicht über die Kantone ist in der Regel Sache des Bundesrates.³⁸ Die Erteilung der Gewährleistung fällt hingegen in die ausschliessliche Kompetenz der Bundesversammlung;³⁹ dem Bundesrat kommen auf Grund der Bundesverfassung in diesem Bereich keine Befugnisse zu.⁴⁰ Die Exekutive kann deshalb weder über die Gewährleistung entscheiden noch den Entscheid der eidgenössischen Räte präjudizieren.⁴¹ Faktisch spielen Bundesrat und Verwaltung im Prüfungsverfahren jedoch eine gewichtige Rolle.⁴² So hat die Exekutive zu Beginn des Verfahrens im Rahmen ihrer Aufsichtskompetenzen dafür zu sorgen, dass die Kantone ihre neuen beziehungsweise geänderten Verfassungsnormen dem Bund einsenden.⁴³ Im Unterlassungsfall hat der Bundesrat die Kantone zur Einreichung der betreffenden Verfassungsbestimmungen aufzufordern.⁴⁴ Sobald die Kantone ihrer Nachsuchungspflicht nachgekommen sind, lässt der Bundesrat vom Bundesamt für Justiz eine Gewährleistungsbotschaft ausarbeiten und sorgt für die Übersetzung. Zumeist dürfte daher wohl hier «die eigentliche Überprüfung»⁴⁵ der kantonalen Verfassungsbestimmungen stattfinden – dem Prüfungsergebnis kommt in den weiteren Verfahrensabschnitten zumindest grosses Gewicht zu. Das skizzierte Vorgehen wurde bereits im Garantierungsbeschluss von 1851 festgelegt, gemäss welchem der Bundesrat die Verfassungen übersetzen lässt und die «Übersetzung seinem Berichte an die Bundesversammlung»⁴⁶ beilegt. Diese Botschaften zu den betreffenden Verfassungen werden zweimal jährlich den eidgenössischen Räten übergeben.⁴⁷

Dem Bundesrat kommen im Rahmen der Bundesaufsicht noch weitere Aufgaben zu, welche in einem Zusammenhang mit dem Gewährleistungsverfahren stehen. Aus dem verfassungsrechtlichen Auftrag, für die Einhaltung des

³⁸ Art. 49 Abs. 2 i.V.m. Art. 186 Abs. 4 BV; vgl. SÄGESSER, N. 1026 ff.

³⁹ Art. 172 Abs. 2 BV.

⁴⁰ Vgl. PEROLINI, 31 Fn 26; CEREGHETTI, 63 ff.; GRISEL, Garantie, 164; MARTENET, 453 f. Im VE 95 war noch eine Variante zur Diskussion gestellt worden, wonach die Gewährleistung in die Zuständigkeit des Bundesrates gefallen wäre. Dabei hätte jedoch die Bundesversammlung bei Verweigerung der Gewährleistung und bei Einspruch eines Kantons als zweite Instanz entschieden (vgl. Erläuterungen VE 95, 170).

⁴¹ Vgl. vorne, S. 54.

⁴² Vgl. SCHAUB, 141 f.

⁴³ Ziff. 1 GarB i.V.m. Art. 186 Abs. 4 BV; Botschaft VE 96, 420; SÄGESSER, N. 1036.

⁴⁴ AUER, Verfassungsgerichtsbarkeit, 152; BURCKHARDT, Kommentar, 45.

⁴⁵ AUER, Verfassungsgerichtsbarkeit, 153.

⁴⁶ Ziff. 2 GarB.

⁴⁷ Vgl. HOTZ, 196; SALADIN, Art. 6 BV 1874, N. 79.

Bundesrechts zu sorgen,⁴⁸ ist etwa abzuleiten, dass der Bundesrat bundesrechtswidrige Anwendungen noch nicht gewährleisteter kantonaler Verfassungsnormen unterbinden muss. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Voraussetzungen der Gewährleistung eindeutig nicht erfüllt sind.⁴⁹

Da durch eine neue kantonale Verfassung oder Verfassungsbestimmung immer auch das gesamte bundesstaatliche Gefüge berührt sein kann,⁵⁰ besteht für die Kantone die Möglichkeit der Einsprache gegenüber Verfassungsbestimmungen anderer Kantone,⁵¹ obwohl dies die Bundesverfassung nicht explizit vorsieht.⁵² Solche Einsprachen sowie mögliche Stellungnahmen des betroffenen Kantons sind vom Bundesrat in der Gewährleistungsbotschaft zu berücksichtigen.⁵³ Private können sich ebenfalls zu einer Kantonsverfassung äussern. Derartige Beschwerden waren im 19. Jahrhundert für das Gewährleistungsverfahren von nicht zu unterschätzender Bedeutung, weil die politischen Bundesbehörden für die Rechtssprechung bezüglich der verfassungsmässigen Rechte der Bürger zuständig waren. Heute sind solche Anliegen indessen nur, aber immerhin, als Petitionen zu behandeln.⁵⁴

Nach Abschluss des Verfahrens hat der Bundesrat schliesslich für die Aufrechterhaltung und Durchsetzung der gewährleisteten Verfassungsnormen zu sorgen⁵⁵ und die Einhaltung der demokratischen Regeln im Sinne von Artikel 51 Absatz 1 der Bundesverfassung zu beobachten.⁵⁶ Wegen der ihm übertragenen Obliegenheit, die Einheitlichkeit der schweizerischen Rechtsordnung zu überwachen, sollte der Bundesrat die Kantone zudem auf neu entstandene Bundesrechtswidrigkeiten aufmerksam machen.⁵⁷

b) Die Aufgaben der Bundesversammlung

aa) Allgemein

Das Begehren eines Kantons um Gewährleistung seiner Verfassung wird mit der Einreichung bei der Bundeskanzlei in den Räten anhängig gemacht.⁵⁸ Danach beraten die ständigen staatspolitischen Kommissionen des National- und

⁴⁸ Art. 186 Abs. 4 BV.

⁴⁹ Vgl. SALADIN, Art. 6 BV 1874, N. 31.

⁵⁰ Vgl. dazu vorne, S.88 ff. und 101 ff.

⁵¹ Analog Art. 172 Abs. 3 BV.

⁵² JAAG, Rechtsstellung, N. 47.

⁵³ Vgl. auch GRISEL, Garantie, 164 f.; MARTENET, 458.

⁵⁴ Art. 33 BV. Siehe MARTENET, 458 f; vgl. vorne, S. 124 ff.

⁵⁵ Art. 186 Abs. 4 BV.

⁵⁶ Botschaft VE 96, 420.

⁵⁷ Vgl. SÄGESSER, N. 1036; CEREGHETTI, 65.

⁵⁸ Art. 72 Abs. 2 ParlG.

des Ständerates das Geschäft.⁵⁹ Ihr Vorschlag wird anschliessend in den beiden Räten getrennt verhandelt,⁶⁰ wobei das Eintreten der Bundesversammlung obligatorisch ist. Sollten die Beschlüsse divergieren, gilt die Garantie mit dem zweiten ablehnenden Entscheid als verweigert.⁶¹ Desgleichen ist in der Situation einer unüberwindbaren Differenz über das Anbringen eines Vorbehalts zu verfahren – es ist also ebenfalls von einer Verweigerung der Gewährleistung auszugehen, da die Beschlüsse der Bundesversammlung positiv übereinstimmend gefällt werden müssen.⁶² Allerdings dürfte dieser Fall kaum je eintreffen; zu meist wird auf eine Detailberatung verzichtet und die Gesamtabstimmung fällt nicht selten einstimmig aus.⁶³ Schliesslich berücksichtigt die Bundesversammlung in ihrem Entscheid mögliche Einsprachen der Kantone und nimmt Eingaben Privater zur Kenntnis.

bb) Keine Zuständigkeit nur eines Rates, aber Möglichkeit der Delegation an die Kommissionen

Eine Mehrheit der Staatspolitischen Kommission des Ständerates und eine Minderheit jener des Nationalrates hatten in der Beratungen zur Revision der Bundesverfassung von 1999 vorgeschlagen, das Parlament zu entlasten, indem das Gesetz Befugnisse von untergeordneter Bedeutung einem einzigen Rat sollte zuweisen können.⁶⁴ Als Beispiel für entsprechende Geschäfte wurde unter anderem die Gewährleistung von Kantonsverfassungen genannt, welche in die Kompetenz des Ständerates hätte fallen sollen. Die Subkommission des Ständerates verwarf jedoch diese Neuerung, da es sich um einen Einbruch ins Zweikammersystem handle, der zu einem Dambruch führen könne.⁶⁵ Die Verfassungskommission des Nationalrates schloss sich dieser ablehnenden Haltung an, hauptsächlich, weil die Genehmigung von Verfassungen – wie zum Beispiel jener des Kantons Jura – durchaus politischen Konfliktstoff enthalte.⁶⁶ Diese Darlegungen zeigen, «dass die Gleichberechtigung der beiden Räte ein unverrückbares Prinzip der Bundesversammlung geworden ist»⁶⁷ und auch im Gewährleistungsverfahren nicht davon abgewichen werden kann.

⁵⁹ Vgl. dazu Art. 15 Geschäftsreglement NR; Art. 10 Geschäftsreglement StR.

⁶⁰ Art. 156 Abs. 1 BV i.V.m. Art. 74 Abs. 3 ParlG.

⁶¹ Art. 95 Bst. d ParlG.

⁶² Art. 156 Abs. 2 BV. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz statuiert das ParlG nur für wenige Fälle, z.B. für die Beurteilung von Volksinitiativen nach Art. 98 Abs. 2 (vgl. auch VON WYSS, SG-Kommentar Art. 156 BV, N. 5).

⁶³ AUER, Verfassungsgerichtsbarkeit, 153.

⁶⁴ BBI 1997 III 271 f.

⁶⁵ Protokoll Subkommission 1 StR, Sitzung vom 08.09. bis 09.09.1997, 6; vgl. Protokoll Subkommission 1 NR, Sitzung vom 25.06. bis 27.06.1997, 21.

⁶⁶ Protokoll Verfassungskommission NR, Sitzung vom 07.07.1997, 34 f.; vgl. Protokoll Verfassungskommission StR, Sitzung vom 17.09.1997, 5.

⁶⁷ VON WYSS, Bundesversammlung, 256. Siehe Art. 156 Abs. 2 BV.

Eine andere Frage ist, ob es möglich wäre, mittels eines Gesetzes die Gewährleistung zur abschliessenden Beurteilung an Kommissionen zu übertragen. Nach Artikel 153 Absatz 3 der Bundesverfassung können Befugnisse delegiert werden, wenn sie «nicht rechtsetzender Natur sind». Unter den Begriff der Rechtsetzung fallen nebst den Verfassungsbestimmungen und Bundesgesetzen die Parlamentsverordnungen, nicht aber der Gewährleistungsbeschluss.⁶⁸ Rechtlich stünde einer solchen Übertragung durch ein Bundesgesetz daher nichts entgegen.⁶⁹ Verfassungswidrig wäre allerdings die Einsetzung nur *einer gemeinsamen* Gewährleistungskommission,⁷⁰ unabhängig davon, ob sie abschliessend über die Genehmigung der Kantonsverfassungen beschliessen würde. Gemeinsame Kommissionen können nämlich nur dort eingesetzt werden, wo ein getrenntes Vorgehen unzweckmässig erscheint, wie etwa im Bereich der Oberaufsicht gemäss Art. 169 Absatz 1 der Bundesverfassung.⁷¹ Die Gewährleistung umfasst jedoch nicht nur eine Aufsichtsfunktion, sondern auch den Entscheid der Garantieübernahme. Sobald aber verbindliche Beschlüsse gefasst werden, darf meines Erachtens ohne gegenteilige verfassungsrechtliche Regelung das Zweikammerprinzip selbst auf Kommissionsebene nicht umgangen werden.

Freilich dürfte eine Delegation der Gewährleistung per Gesetz an die Kommissionen wegen ihrer politischen Bedeutung zurzeit kaum ernsthaft erwogen werden.⁷² Bei einem weiteren Anstieg der Arbeitslast des Parlamentes läge es jedoch nahe, die Einführung eines zweistufigen Verfahrens in Betracht zu ziehen. In diesem könnte die Gewährleistung der Kantonsverfassungen an die Kommissionen delegiert werden, wobei ein betroffener Kanton im Falle der Verweigerung der Gewährleistung den Entscheid der Kommissionen an die Bundesversammlung weiterziehen können müsste. Eine solche Weiterzugsmöglichkeit drängt sich auf, weil ein irrtümlicher Entscheid der Kommissionen einen starken Eingriff in die bundesstaatliche Kompetenzordnung nach sich ziehen würde.

⁶⁸ Vgl. dazu LÜTHI, SG-Kommentar Art. 153 BV, N. 6 ff.

⁶⁹ VON WYSS, Maximen und Prinzipien, 193.

⁷⁰ Nach Art. 153 Abs. 2 BV können jedoch in bestimmten Bereichen gemeinsame Kommissionen eingesetzt werden.

⁷¹ VON WYSS, SG-Kommentar Art. 156, N. 2; LÜTHI, SG-Kommentar Art. 153, N. 8.

⁷² VON WYSS, Bundesversammlung, 257 f.

3. Massstab und Umfang der Prüfung

a) Prüfung des Zustandekommens einer Verfassungsnorm

Zur Prüfung der kantonalen Verfassungsbestimmungen gehörte ursprünglich auch das Zustandekommen der zu gewährleistenden Norm. Die Bundesversammlung übte ihre Pflicht in diesem Bereich jedoch sehr zurückhaltend aus. Insbesondere gegen gekoppelte Abstimmungen, bei denen die In-Kraft-Setzung einer Verfassungsvorlage von der Annahme einer Gesetzesvorlage abhängig gemacht wurde, schritten die eidgenössischen Räte kaum ein.⁷³ Anlässlich der Gewährleistung zweier Änderungen der Kantonsverfassungen von Schaffhausen und Graubünden⁷⁴ officialisierte die Bundesversammlung diese Praxis des grundsätzlichen Nichtprüfens des korrekten Zustandekommens einer Verfassungsnorm. Es wurde insbesondere hervorgehoben, die oft juristisch heikle Kontrolle sei beim Bundesgericht besser aufgehoben. Dieses entscheide ja im Rahmen der Stimmrechtsbeschwerde, ob die Durchführung einer Abstimmung den Grundsätzen der freien und unverfälschten Willenskundgabe genüge.⁷⁵

Indessen verlangt auch der Grundsatz der Volkssouveränität, dass eine in der Volksabstimmung angenommene kantonale Verfassungsnorm auf dem wahren Willen der Stimmenden beruht. Überspitzt gesagt darf eine nicht korrekt zu Stande gekommene Verfassungsbestimmung, gar nicht als Verfassungsrecht betrachtet und behandelt werden, da die Zustimmung des Volkes für das Entstehen von Verfassungsrecht unerlässlich ist. Der abschliessende Gewährleistungsbeschluss kennzeichnet zwar das kantonale Verfassungsrecht ebenfalls, entfaltet aber keine «heilende Wirkung». Aus diesem Grund kann der Inhalt einer Verfassungsregelung von dessen Zustandekommen nicht vollständig getrennt werden. Zu Recht will und soll die Bundesversammlung daher bei offensichtlichen Unregelmässigkeiten auch nach künftiger Praxis die Gewährleistung verweigern.⁷⁶ Als Beispiel eines solchen ins Auge springenden Widerspruchs ist die formelle oder materielle Koppelung zu nennen, was die Bundesversammlung bei ihrer Kontrolle berücksichtigen sollte. Eine weitere offensichtliche Unzulässigkeit wäre bei einer Verfassungsbestimmung festzustellen, die allgemein vorbehalten würde, dass sie inhaltlich auf dem Weg der Gesetzgebung abgeändert werden könnte. Denn dadurch wäre es nicht nur möglich den Willen des Volkes nachträglich zu umgehen, sondern darüber hinaus eine auf dieser Grundlage vorgenommene Verfassungsänderung der Kontrolle der Bundesversammlung zu entziehen.

⁷³ Vorne, S. 287 ff. und S. 55 f.

⁷⁴ Vgl. dazu BBl 1997 I 1393, 1401 und 1405.

⁷⁵ Amtl. Bull. StR 1997, 229; Art. 189 Abs. 1 Bst. f BV (JuRef.).

⁷⁶ Amtl. Bull. StR 1997, 229; Amtl. Bull. NR 1997, 1010.

b) Prüfung des Inhalts einer Verfassungsnorm

aa) *Massstab*

Bei der Gewährleistung handelt es sich nach Schaub um «die reinste Form der Aufsicht»⁷⁷, da bei der Genehmigung der Kantonsverfassung alle übergeordneten Normen des Bundes- und Völkerrechts für die Kontrolle herangezogen werden. Die Kantonsverfassungen sind demzufolge auf ihre Übereinstimmung mit dem *gesamten* übergeordneten Recht zu überprüfen, wozu auch ungeschriebenes Bundesrecht, das Völkerrecht und gar kompetenzwidrig erlassene Bundesgesetze gehören, nicht aber internationale oder interkantonale Verträge der Kantone.⁷⁸ Allerdings ist es wegen der Fülle von nationalen und internationalen Normen illusorisch, dass die Bundesbehörden die Konformität jeder kantonalen Verfassungsregelung mit jeder dieser massgebenden Bestimmung abstrakt überprüfen könnte. Solches wäre einzig mit einem unverhältnismässig hohen zeitlichen und personellen Aufwand möglich. Vielmehr haben sich die politischen Bundesbehörden in diesem Bereich der Überprüfung auf das offensichtlich Unzulässige zu konzentrieren.

Die eidgenössischen Räte sind in ihren Überlegungen und bei ihrer Beschlussfassung frei. So ist etwa ein Urteil des Bundesgerichts nicht in jedem Fall massgebend,⁷⁹ da der Bundesversammlung bei der Kontrolle der kantonalen Verfassungen – zum Teil gemeinsam mit dem Bundesgericht – die höchste Macht zukommt;⁸⁰ sie kann demgemäss ihre eigene Praxis verfolgen.⁸¹ Die eidgenössischen Räte sollten dabei auf eine Gleichbehandlung der Kantone achten, was allerdings nicht in einer «Gleichbehandlung im Unrecht» enden darf – vielmehr sollte gegebenenfalls eine einem Kanton für eine Regelung erteilte Gewährleistung zurückgezogen werden, falls deren Bundesrechtswidrigkeit erst später bei der Prüfung einer inhaltsgleichen Verfassungsnorm eines anderen Kantons festgestellt wird.

bb) *Kognition*

Ein gewichtiges Problem stellt im Gewährleistungsverfahren die Beurteilung der Kognition dar, also die Frage nach der Gründlichkeit der Kontrolle durch die politischen Bundesbehörden.⁸² Die Gewährleistungspraxis der Bundesversammlung ist schwankend: Während im 19. Jahrhundert teilweise streng geprüft wurde, um das Ziel einer auf politischer Rechtsgleichheit beruhenden umfas-

⁷⁷ SCHAUB, 165.

⁷⁸ Vorne, S. 203 f.

⁷⁹ Vorne, S. 124; Kritik bei GRISEL, Garantie, 168 f.

⁸⁰ Vgl. MARTENET, 491 ff., 494.

⁸¹ Ebenso der Bundesrat in seiner Beurteilung und Antragsstellung (BB1 1988 I 268).

⁸² Vgl. auch SALADIN, Kommentar zu Art. 6 BV 1874, N. 56 ff.

senden Demokratie in den Kantonen durchzusetzen, änderte sich dies im Verlauf der Zeit.⁸³ Während Jenny noch konstatierte, es werde in den Fällen einer bloss zweifelhaften, möglichen bundesrechtswidrigen Auslegung die Genehmigung mit Vorbehalt ausgesprochen, während bei zweifellosen, offensichtlichen Widersprüchen die Gewährleistung meistens verweigert werde, gleichviel, ob sich die betreffenden Bestimmungen absolut oder nur teilweise widersprechen,⁸⁴ vertrat Burckhardt die Meinung, dass der Gewährleistung lediglich die «negative Aufgabe eines Siebes» zukommen solle, welches einzig «die von vorneherein als unzulässig erkannten Vorschriften aufhält»⁸⁵. Dieses bereits grosszügige Raster trieb der Bundesrat anlässlich der Gewährleistung der jurassischen Verfassung von 1977 auf die Spitze, indem er die Ansicht vertrat, es müsse eine kantonale Verfassungsbestimmung schon dann gewährleistet werden, wenn ein praktischer Anwendungsfall denkbar sei, der Bundesrecht *nicht* verletze.⁸⁶ Damit sollte die Kognition der Bundesversammlung mit jener des Bundesgerichts bei der abstrakten Normenkontrolle in Übereinstimmung gebracht werden.⁸⁷ Diese Übernahme war äusserst fragwürdig, weil einerseits das Bundesgericht bei gewährleisteteten Bestimmungen von Kantonsverfassungen bis dahin keine Prüfung vorgenommen hatte, eine solche Selbstbeschränkung der Bundesversammlung jedoch ein strenges und umfassendes gerichtliches Kontrollverfahren bedingt hätte, und andererseits die Gewährleistung gerade kein Gerichtsverfahren darstellt.⁸⁸ Die Praxis des Bundesgerichts hätte es daher im Gegenteil eher nahe legen müssen, einer kantonalen Verfassungsnorm die Gewährleistung zu verweigern, falls sie bereits in einem einzigen Anwendungsfall höherrangiges Recht verletzt.⁸⁹

Die Frage der Kognition der politischen Bundesbehörden sollte aus diesen Gründen unabhängig von der Praxis des Bundesgerichts beantwortet werden. Es handelt sich um zwei verschieden Arten von Verfahren, die einem unterschiedlichen Zweck dienen: Während im Gerichtsverfahren der Individualschutz im Vordergrund steht, geht es im Gewährleistungsverfahren um die Sicherung der Einheit der bundesstaatlichen Rechtsordnung und die Konformität des kantonalen Rechts als Voraussetzung der Übernahme der Verfassungsgarantie. Hotz und Saladin kritisieren denn auch die Zurückhaltung der Bundesbehörden.⁹⁰ Nach Ansicht beider Autoren sollte geprüft werden, ob eine

⁸³ Vorne, S. 80 f.

⁸⁴ JENNY, Gewährleistung, 129.

⁸⁵ BURCKHARDT, Kommentar, 71; vgl. auch AUER, Verfassungsgerichtsbarkeit, 155 f.; PEROLINI, 34 f.

⁸⁶ BBI 1977 II 273.

⁸⁷ Vorne, S. 141 f.

⁸⁸ Vgl. dazu auch SALADIN, Art. 6 BV 1874, N. 60.

⁸⁹ Vgl. AUER, Verfassungsgerichtsbarkeit, 160.

⁹⁰ HOTZ, 199 f.; SALADIN, Art. 6 BV 1874, N. 59.

kantonale Verfassungsnorm in ihrem «zentralen Anwendungsbereich»⁹¹ – nicht nur am Rande – mit dem Bundesrecht übereinstimmt. Die «eigentliche Intention des kantonalen Verfassungsgebers»⁹² muss demnach bundesrechtskonform sein. Aus historischer Warte ist anzufügen, dass ein Prüfungsminimalismus den ursprünglichen Absichten diametral entgegengläuft, weil damit die Heterogenität und nicht die Homogenität der bundesstaatlichen Strukturen gefördert würde. Der Gewährleistungsartikel soll aber gerade die staatliche Einheit begünstigen, indem er für eine Harmonisierung der kantonalen Verfassungsstrukturen sorgt.⁹³

Saladin ergänzt derweil zu Recht, dass bei der Ermittlung des Widerspruchs im zentralen Anwendungsbereich – ohne stichhaltige Hinweise auf das Gegenteil – davon auszugehen sei, dass sich der Kanton bei der Anwendung der Bestimmung gemäss dem Grundsatz der bundesstaatlichen Treuepflicht verhalte.⁹⁴ Die bundesstaatliche Treuepflicht ist im Sinne einer politischen Verhaltensmaxime in Artikel 44 der Bundesverfassung verankert worden.⁹⁵ Danach unterstützen sich Bund und Kantone wechselseitig – sie sind weder beziehungslos tätig noch arbeiten sie gegeneinander.⁹⁶ Der Grundsatz der bundesstaatlichen Treuepflicht ergänzt die Regeln der Kompetenzausscheidung und sorgt für die Ausübung der Kompetenzen in gegenseitiger Rücksichtnahme.⁹⁷ Allerdings ist zwischen der bundesstaatlichen Treuepflicht als rechtlichem und als politischem Prinzip zu unterscheiden.⁹⁸ Der Grundsatz stellt rechtlich nichts anderes dar als «eine Anwendung des allgemeinen Grundsatzes von Treu und Glauben auf das Staatsrecht»⁹⁹ und wird nur bei offensichtlichem Rechtsmissbrauch verletzt. Die bundesstaatliche Treuepflicht verbietet somit Bund und Kantone, dass sie ihre Zuständigkeiten «mit dem Ziel ausüben, die Erfüllung von Aufgaben der Partner zu vereiteln»¹⁰⁰. Es dürfen einem betroffenen Kanton jedoch nicht von vornherein bundesfeindliche Absichten unterstellt werden, da eine solche Annahme genauso gegen den Grundsatz der gegenseitigen bundesstaatlichen Treuepflicht verstossen würde. Aus dem Prinzip darf daher kein allgemeine Regel abgeleitet werden, wonach den Kantonen untersagt wäre, durch kompetenzgemässes und nicht rechtsmissbräuchliches Handeln Aufgaben des Bundes zu erschweren. Im Gegenteil ergeben sich solche Erschwerungen gerade

⁹¹ HOTZ, 200.

⁹² SALADIN, Art. 6 BV 1874, N. 59.

⁹³ Vgl. vorne, S. 164 f.

⁹⁴ SALADIN, Art. 6 BV 1874, N. 59; vgl. dazu auch MARTENET, 457.

⁹⁵ BLAISE KNAPP, Art. 44 BV, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), SG-Kommentar, 574 ff., N. 5.

⁹⁶ Art. 44 Abs. 1 BV; vgl. auch HANGARTNER, Kompetenzaufteilung, 218.

⁹⁷ Vgl. P. WIDMER, Normkonkurrenz, 35.

⁹⁸ KÖLZ, Verfassungsprinzip, 152 ff.

⁹⁹ KÖLZ, Verfassungsprinzip, 157.

¹⁰⁰ SALADIN, Art. 3 BV 1874, N. 35.

aus der Struktur des Bundesstaates, der seinen Gliedstaaten eigene Wirkungskreise einräumt.¹⁰¹

Die politischen Bundesbehörden haben demgemäss bei einer heiklen kantonalen Verfassungsbestimmung zu prüfen, ob der *zentrale Anwendungsbereich wenigstens einen bundesrechtskonformen Hauptanwendungsfall* zulässt, wobei ohne gegenteilige Anzeichen von einem Verhalten des Kantons gemäss der bundesstaatlichen Treuepflicht auszugehen ist.

Die Anwendung dieser Regel macht freilich alleine bei der Kontrolle der verlangten Widerspruchsfreiheit kantonalen Verfassungsrechts Sinn, welche von den eidgenössischen Räten wegen der Fülle an bundes- und völkerrechtlichen Normen nur *nebenbei* überprüft werden kann.¹⁰² In diesem Rahmen müssen die Kantonsverfassungen aber einer möglichst gründlichen Durchleuchtung – vor allem in Bezug auf die Bundesverfassung – unterzogen werden.

Mehr Gründlichkeit verlangt hingegen die Kontrolle der Gewährleistungsbedingungen nach Artikel 51 Absatz 1 der Bundesverfassung: Die geforderte «demokratische Verfassung» soll die Gleichartigkeit der Verfassungs- und Organisationsstrukturen sowie die Verwirklichung des umfassenden Demokratiegebots *positiv* sicherstellen, weshalb das «grobe Raster» in diesem Bereich nicht sachgerecht ist.¹⁰³

4. Art der Begutachtung

a) Die Kontrolle durch eine politische Behörde

Nach vorherrschender Lehre hat sich die Bundesversammlung bei der Überprüfung der Kantonsverfassungen auf eine reine Rechtskontrolle zu beschränken.¹⁰⁴ Dies in Übereinstimmung mit der allgemeinen Regel, dass die Bundesaufsicht keine Ermessenskontrolle über den autonomen Wirkungsbereich der Kantone

¹⁰¹ HANGARTNER, Kompetenzaufteilung, 217.

¹⁰² Vgl. auch SCHAUB, 76.

¹⁰³ GRISEL will hingegen darauf abstellen, ob eine Verfassungsbestimmung direkt anwendbar ist oder noch der Umsetzung in einem Gesetz bedarf (Garantie, 166 ff.).

¹⁰⁴ AUBERT, Bundesstaatsrecht, 219; BURCKHARDT, Kommentar, 65; CEREGHETTI, 56 f.; HÄFELIN/HALLER, N. 1022; JENNY, Aufsicht, 27; MARTENET, 455 f.; SALADIN, Art. 6 BV 1874, N. 52; SCHAUB, 166 f.

beinhaltet.¹⁰⁵ Es sollen Zweckmässigkeits- und Opportunitätsüberlegungen beim Gewährleistungsentscheid keine Rolle spielen.¹⁰⁶ Perolini hingegen geht zwar im Grundsatz ebenfalls von einer Rechtskontrolle aus, ergänzt jedoch, der Bundesversammlung bleibe trotzdem ein nicht unbeträchtlicher Ermessensspielraum, da die Verfassungskontrolle ein politisches und kein administratives oder jurisdiktionelles Aufsichtsinstrument darstelle. Das Ermessen dürfe sich allerdings nicht auf blosse Zweckmässigkeitserwägungen abstützen.¹⁰⁷ Das staatspolitische Element des Gewährleistungsverfahrens spiegelt sich denn auch in der reichhaltigen Praxis wider, indem die Bundesversammlung von Beginn an aus politischen Erwägungen zum Beispiel zu Gunsten einer kantonalen Regelung entschied, obwohl diese nach dem Wortlaut rechtlich keine bundesrechtskonforme Auslegung zuliesse oder indem sie bei bundesrechtskonformen, aber politisch umstrittenen Regelungen, Vorbehalte in den Gewährleistungsbeschluss aufnahm.¹⁰⁸ Solche kantonalen Verfassungsbestimmungen wurden zum Beispiel aus Rücksichtnahme auf politische Konflikte genehmigt, welche die gesamtschweizerischen Interessen berührten.¹⁰⁹ Bei Betrachtung der Praxis in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts fällt zudem auf, dass die eidgenössischen Räte in einzelnen Fällen aus staatspolitischen Gründen zum Schluss kamen, es sei eine kantonale Verfassungsbestimmung bundesrechtswidrig, obwohl sie aus rein rechtlicher Sicht hätte genehmigt werden können. Die politische Kontrolle fand dabei meistens über das Argument einer Verletzung der bundesstaatlichen Treuepflicht Eingang in die Ratsdebatten.¹¹⁰

Die Bundesversammlung war sich bei dem Rückgriff auf die Treuepflicht der politischen Komponente ihres Entscheids durchaus bewusst. Es wurde etwa geltend gemacht, die Gewährleistung sei eine eminent politische Aufgabe, da alle Rechtsüberlegungen ebenso auf politischem Kern basierten, «wie alle politischen Konstruktionen rechtliche Grundlagen» hätten.¹¹¹ Anlässlich der Beratungen des «Oppositionsartikels» des Kantons Basel-Landschaft erwog die Bundesversammlung gar eine offizielle Änderung der Überprüfungspraxis, weil der Gewährleistungsentscheid in ein Grenzgebiet zwischen Staatsrecht und Staatspolitik falle, weshalb auch Zweckmässigkeitsprüfungen vorgenommen werden können sollten; die Gewährleistung sei kein rein formeller Akt.¹¹² Eine solche schrankenlose Prüfung würde jedoch zu weit führen und widerspräche

¹⁰⁵ Vgl. HÄFELIN/HALLER, N. 1022.

¹⁰⁶ SALADIN, Art. 6 BV 1874, N. 32; ALEXANDER RUCH, Art. 172 BV, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), SG-Kommentar, 1688 ff., N. 9.

¹⁰⁷ PEROLINI, 30 f. Fn 25.

¹⁰⁸ Vgl. etwa vorne, S. 61 f., 67 f., 122 ff., 131 f.; CEREGHETTI, 107 ff., 115 ff. und 119.

¹⁰⁹ Vgl. vorne, S. 241; CEREGHETTI, 106.

¹¹⁰ Vorne, S. 85, 110 f., 120 f. und 130.

¹¹¹ Votum GERWIG, Amtl. Bull. NR 1977, 1123.

¹¹² Vorne, S. 122 ff.; z.B. Amtl. Bull. StR 1985, 515 und Amtl. Bull. NR 1986, 219.

der Absicht der aktuellen Bundesverfassung, den Kantonen in ihrer Verfassungsgebung Freiräume für eigenständige Lösungen zu überlassen.

Einer kantonalen Regelung darf nicht alleine wegen ihrer politischen Umstrittenheit die Gewährleistung verweigert werden. Dies würde die gliedstaatliche Verfassungsautonomie über Gebühr einschränken. Ob eine kantonale Verfassungsbestimmung politisch unklug ist, entzieht sich daher der Beurteilung durch die Bundesbehörden.

Der Bundesversammlung ist aber im Gewährleistungsverfahren ein staatspolitischer Wächterauftrag überbunden worden: Sie hat als «Hüterin der bundesstaatlichen Einheit» zu berücksichtigen, welche konkreten Auswirkungen ihr Entscheid entfaltet.¹¹³ In dem Sinne schliesst der Gewährleistungsartikel ein, dass die Bundesversammlung einerseits zu Gunsten der kantonalen Demokratie einer umstrittenen Verfassungsnorm die Gewährleistung mit Vorbehalt erteilen dürfte, obwohl nur wenige bundesrechtskonforme Anwendungsfälle zulässig sind. Andererseits sollte sie einer kantonalen Verfassungsnorm die Genehmigung dann verweigern, wenn zwar eine bundesrechtskonforme Auslegung möglich erschiene, die Gewährleistung aber aus anderen – staatspolitischen – Gründen eine Gefahr für die bundesstaatliche Einheit darstellen würde.

b) Die staatspolitischen Einflüsse

aa) *Der Vorbehalt als staatspolitische Massnahme*

Die staatsrechtliche Qualifikation des Vorbehalts einer bundesrechtlichen Bestimmung im Gewährleistungsbeschluss bereitet gewisse Schwierigkeiten. Aus *rein* rechtlicher Sicht erweist sich das Anbringen eines solchen als sinnlos, da er eine verfassungsrechtliche Selbstverständlichkeit enthält: Wegen der durch die Bundesverfassung statuierten abschliessenden und lückenlosen Kompetenzverteilung zwischen Bund und Gliedstaaten¹¹⁴ können die Kantone in einem Aufgabenbereich nur solange tätig sein, als der Bund eine Kompetenz nicht selbst wahrnimmt. Bei Ausübung eigener Kompetenzen sind die Kantone ausserdem ohne Einschränkung an die rechtsstaatlichen Grundsätze und das grundrechtliche Wertesystem der Bundesverfassung gebunden.¹¹⁵ Es findet sich infolgedessen für sämtliche möglichen *rechtlichen* Probleme in Bezug auf die Frage eines Widerspruchs zu Bundesrecht auch eine *rechtliche* Lösung, welche sich direkt aus den Normen der Bundesverfassung ableiten lässt. Weil ferner dem Gewährleistungsbeschluss nur eine deklaratorische Wirkung zukommt, kann sich ein Kanton bei Bundesrecht widersprechenden kantonalen Regelungen nicht auf eine einmal erteilte Genehmigung berufen. Vielmehr ist die Schöpfung bundes-

¹¹³ Vorne, S. 47; vgl. dazu auch TÖNDURY, Wiedervereinigungsartikel, 125.

¹¹⁴ Art. 42 Abs. 1 BV; vgl. auch Art. 3 BV; vorne, S. 167.

¹¹⁵ Art. 5 und Art. 35 BV; vgl. auch vorne, S. 169.

rechtswidrigen neuen kantonalen Verfassungsrechts wegen der derogatorischen Wirkung des Bundesrechts gar nicht denkbar beziehungsweise vernichtet neues Bundesrecht ihm widersprechende ältere kantonale Verfassungsnormen.¹¹⁶ Das gesamte übergeordnete Recht wird demzufolge bereits durch die Bundesverfassung generell und kategorisch vorbehalten, weshalb sich der Gewährleistungsvorbehalt als «juristische Banalität»¹¹⁷ erweist und sich ein solcher Entscheid daher vom positiven Gewährleistungsbeschluss rechtlich nicht unterscheidet.

Seine Rechtfertigung findet der Vorbehalt nicht im Staatsrecht, sondern in der Staatspolitik: Als politische Behörde darf und soll die Bundesversammlung auch staatspolitische Erwägungen für ihren Entscheid heranziehen. In unstrittenen Fragen kann es sich daher rechtfertigen, den durch das Bundesrecht beschränkten Handlungsspielraum eines Kantons in einer bestimmten Angelegenheit nochmals zu betonen¹¹⁸ und den «politischen Befürchtungen»¹¹⁹ oder dem Unbehagen gegenüber einer kantonalen Verfassungsbestimmung in einem Vorbehalt Ausdruck zu verleihen. Der Vorbehalt stellt in diesem Sinne einen «Wink mit dem Zaunpfahl»¹²⁰ dar, der eine mögliche bundesstaatliche Belastungsprobe verhindern kann. Die Rechtsfolge bei einer Kompetenzüberschreitung durch den Kanton bleibt sich indessen gleich,¹²¹ mit der Ausnahme, dass sich der Kanton bei einem Zuwiderhandeln gegen einen Vorbehalt eines Verstoßes gegen die bundesstaatliche Treuepflicht schuldig machen würde.¹²²

bb) Die Verweigerung der Gewährleistung aus staatspolitischen Gründen

Eine Verletzung der bundesstaatlichen Treuepflicht als eines rechtlichen Prinzips kann nur dann ausgemacht werden, wenn sich ein Kanton offensichtlich rechtsmissbräuchlich verhält.¹²³ Die historisch-teleologische Auslegung des Gewährleistungsartikels führt jedoch zum Schluss, dass die Bundesversammlung in bestimmten Situationen auf dieses Prinzip zurückgreifen können muss, damit die Bundesversammlung ihrer Rolle als «Hüterin der bundesstaatlichen Einheit» gerecht werden und «Zwist und Uneinigkeit»¹²⁴ verhindern kann.

Im Fall des jurassischen Wiedervereinigungsartikels zum Beispiel hätte eine Gewährleistung zu diesem Zeitpunkt zu einer weiteren Eskalation und nicht zur angestrebten Beruhigung der Lage geführt.¹²⁵ Der konkrete Gewähr-

¹¹⁶ HÄFELIN/HALLER, N. 1192.

¹¹⁷ SCHAUB, 217.

¹¹⁸ Vgl. dazu auch MARTENET, 462; SALADIN, Art. 6 BV 1874, N. 28.

¹¹⁹ CEREGHETTI, 114.

¹²⁰ Votum Bundesrätin KOPP, Amtl. Bull. NR 1986, 732.

¹²¹ Vgl. auch CEREGHETTI, 85.

¹²² Dazu hinten, S. 333.

¹²³ KÖLZ, Verfassungsprinzip, 152 ff., 157.

¹²⁴ Vorne, S. 30.

¹²⁵ Vorne, S. 114 ff.

leistungsbeschluss war daher mit einer immanent staatspolitischen Frage verbunden. Zwar hätte der Text aus rein rechtlicher Sicht gewährleistet werden dürfen, die Regelung stellte jedoch eine politische Provokation dar, welche ernsthafte Konsequenzen hätte nach sich ziehen können. Gemäss Kölz kam das Festhalten an dieser Bestimmung deshalb einem Verstoss «gegen die bundesstaatlichen Höflichkeitsregeln» gleich, den die Bundesversammlung als politische Behörde in dieser konkreten Situation unter «Berufung auf die bundesstaatliche Treuepflicht als *politisches* Prinzip»¹²⁶ einzig mit der Nichtgewährleistung ahnden konnte.

c) Folgerung: Eine Rechtskontrolle mit subsidiärer staatspolitischer Prüfungsmöglichkeit

Im Gewährleistungsverfahren soll in erster Linie eine rechtliche Prüfung vorgenommen werden und nur ausnahmsweise und ergänzend eine politische,¹²⁷ weshalb rechtliche und staatspolitische Argumente klar voneinander zu trennen sind. Eine staatspolitische Kontrolle darf zudem nur vorgenommen werden, wenn die rechtliche Prüfung zu keinem zweifelsfreien Ergebnis führt. Eine solche subsidiäre staatspolitische Kontrolle in Ausnahmesituationen bietet die Chance, in schwierigen Konstellationen auf das ausserhalb der zu genehmigenden Verfassung stehende Umfeld Rücksicht zu nehmen und einen Entscheid zu Gunsten der bundesstaatlichen Einheit zu treffen. Einer kantonalen Bestimmung darf die Genehmigung jedoch keinesfalls versagt werden, nur weil sie «unsympathisch» oder politisch umstritten ist. Die Verweigerung der Gewährleistung aus staatspolitischen Gründen ist darum an strenge Voraussetzungen zu binden. Es ist darauf zu achten, dass nicht über den Umweg derartiger Überlegungen die kantonale Verfassungsautonomie ohne Not eingeschränkt wird. Deshalb müssen folgende Punkte kumulativ erfüllt sein, bevor die Bundesversammlung einer Verfassungsnorm aus staatspolitischen Gründen die Gewährleistung verweigern kann:¹²⁸

1. Die rechtliche Prüfung ergibt, dass die betroffene kantonale Verfassungsbestimmung gewährleistet werden müsste, da in ihrem zentralen Anwendungsbereich bundesrechtskonforme Anwendungsfälle denkbar sind.
2. Es ist unmöglich, das Problem – im Sinne einer mildereren staatspolitischen Massnahme – über das Anbringen eines Vorbehalts aus dem Weg zu räumen.

¹²⁶ KÖLZ, Verfassungsprinzip, 155; vgl. Art. 44 Abs. 2 BV.

¹²⁷ Ähnlich auch TSCHANNEN, Staatsrecht, 259.

¹²⁸ Vgl. auch TÖNDURY, Wiedervereinigungsartikel, 128 f.

3. Es liegt eine staatspolitische Ausnahmesituation vor; das heisst, eine Gewährleistung würde zu einer Eskalation oder zu ernsthaften Konflikten führen beziehungsweise die bundesstaatliche Einheit gefährden.

Sobald die Bundesversammlung zur Überzeugung gelangt, dass diese Voraussetzungen zutreffen, ist sie in ihrer Funktion als Hüterin der bundesstaatlichen Einheit nicht nur berechtigt, sondern geradezu verpflichtet, die Gewährleistung zu verweigern. Sind die genannten Bedingungen dagegen nicht erfüllt, hat der betreffende Kanton Anspruch auf Erteilung der Gewährleistung.¹²⁹

5. Der Gewährleistungsbeschluss

a) Ein öffentlichrechtlicher Akt sui generis

Die Gewährleistung setzt sich wie dargelegt aus zwei Einzelbeschlüssen zusammen, über die jedoch gleichzeitig entschieden wird: Aus dem Genehmigungsbeschluss und dem Beschluss der Garantieübernahme. Diese Doppelnatur erschwert die Qualifikation und systematische Einordnung. Wird die Funktion der Gewährleistung schergewichtig im Genehmigungsverfahren erblickt, deutet die abstrakte Normenkontrolle durch die Bundesversammlung auf die Wahrnehmung einer Rechtspflegefunktion hin.¹³⁰ Von Wyss folgert daher unter Berücksichtigung der politischen Komponente der Gewährleistung, es sei die grobe Überprüfung als «eine Art präventive Rechtsprechung politischer Natur» anzusehen.¹³¹ Die Mehrheit der Lehre kommt indessen zum Ergebnis, der Genehmigungsbeschluss müsse als Verwaltungsakt qualifiziert werden,¹³² da das Gewährleistungsverfahren ein Mittel der Bundesaufsicht, mithin also des Verwaltungshandelns des Bundes sei. Mit Blick auf den Zweck der Kontrolle, nämlich die Überprüfung der Gewährleistungsbedingungen nach Artikel 51 der Bundesverfassung, bestreitet aber Saladin diese Qualifikation als reinen Verwaltungsakt: Man könne sehr wohl die Meinung vertreten, der Gewähr-

¹²⁹ Vgl. AUBERT, Art. 51 BV, N. 11. Dieser Anspruch ist verfahrensrechtlich freilich nicht gesichert (SALADIN, Art. 6 BV 1874, N. 33).

¹³⁰ Vgl. AUBERT, Bundesstaatsrecht I, 234 ff.

¹³¹ VON WYSS, Prinzipien und Maximen, 192.

¹³² BURCKHARDT, Kommentar 70; CEREGHETTI, 69; FLEINER/GIACOMETTI, 133, GUT, 25; HOTZ, 196; JENNY, Aufsicht, 15; SCHAUB, 76 f. Präziser ist allerdings die Aussage, dass der Gewährleistungsbeschluss ein konkreter Rechtsanwendungsakt der Bundesversammlung ist (so HÄFELIN/HALLER, N. 1023).

leistungsbeschluss sei rechtssetzend.¹³³ Der deklaratorische Beschluss führt jedoch nicht zu einer höheren Gesetzeskraft, «auch nicht im Sinne einer definitiven Rechtsgültigkeit»¹³⁴, weshalb diese Ansicht abzulehnen ist.

Bei der Beurteilung darf die doppelte Natur der Gewährleistung nicht ausser Acht gelassen werden: Das Genehmigungsverfahren soll weder zu einem rechtskräftigen Entscheid der Bundesversammlung im Sinne eines Urteils führen noch einen Akt der Gesetzgebung darstellen.¹³⁵ Die Prüfung der Bundesrechtskonformität der Kantonsverfassung verfolgt vielmehr das überwiegende Ziel, den Bund davor zu bewahren, für eine kantonale Verfassungsordnung entstehen zu müssen, die den Anforderungen an eine rechtstaatliche Demokratie im Sinne von Artikel 51 der Bundesverfassung nicht genügt. Durch die Verfassungskontrolle müssen deswegen auf der einen Seite offensichtliche Widersprüche ausgemerzt und auf der anderen Seite die Verwirklichung der demokratischen Staatsstruktur der Kantone positiv gesichert werden. Die Prüfung dient aus dieser Perspektive in erster Linie der internen Entscheidungsfindung für den Beschluss zur Garantieübernahme. Wäre hingegen die Funktion der Gewährleistung als Aufsichtsmittel der primäre Zweck der Gewährleistung, dürfte die Bundesversammlung keine Grobkontrolle, sondern müsste eine präzise Prüfung einer jeden kantonalen Verfassungsnorm vornehmen. Der Gewährleistungsbeschluss offenbart sich somit als deklaratorischer Entscheid der Bundesversammlung, der einerseits ein Aufsichtsverfahren abschliesst, eine gewisse abstrakte Normenkontrolle vornimmt und bei dem subsidiär auch politische Elemente berücksichtigt werden. Andererseits ist er ein Entscheid, der die Selbstverpflichtung des Bundes beinhaltet, den Schutz der kantonalen Verfassungsordnung sicherzustellen. Aus diesem Grund erweist es sich als unmöglich, den Gewährleistungsbeschluss treffend in das gängige System staatlichen Handelns einzugliedern, weshalb er als *öffentlichrechtlicher Akt sui generis* bezeichnet werden sollte.¹³⁶ Der Gewährleistungsentscheid ist folglich als Einzelakt des Bundes zu qualifizieren, der dem Referendum nicht untersteht und deshalb in der Form des einfachen Bundesbeschlusses ergeht.¹³⁷

¹³³ SALADIN, Art. 6 BV 1874, N. 81; vgl. die Kritik von MARTENET, 459. Diese Charakterisierung würde etwa erklären, weshalb der Gewährleistungsbeschluss hundert Jahre lang in der AS veröffentlicht wurde (vgl. vorne, S. 54).

¹³⁴ CEREGHETTI, 67.

¹³⁵ FLEINER/GIACOMETTI, 133.

¹³⁶ So auch MARTENET, 460.

¹³⁷ Art. 163 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 29 Abs. 1 ParlG.

b) Die Beschlussarten

aa) *Der positive Gewährleistungsentscheid*

In der Regel werden Kantonsverfassungen beziehungsweise einzelne vorgelegte Verfassungsbestimmungen diskussionslos genehmigt und damit der Garantie des Bundes nach Artikel 52 Absatz 1 der Bundesverfassung unterstellt. Mit dem Gewährleistungsbeschluss wird festgehalten, dass die Bedingungen nach Artikel 51 der Bundesverfassung zurzeit erfüllt sein dürften,¹³⁸ weil bei der Durchsicht keine augenfälligen Widersprüche zu Bundesrecht ausgemacht wurden – die genehmigten Normen werden dementsprechend als nicht offensichtlich bundesrechtswidrig erklärt, nicht aber als ausdrücklich bundesrechtskonform.

bb) *Der positive Gewährleistungsentscheid unter Vorbehalt*

Die Bundesversammlung kann wie dargelegt im Sinne einer staatspolitischen Massnahme die Gewährleistung unter Vorbehalt erteilen. Keine Berechtigung zum Anbringen eines Vorbehalts hat hingegen der Bundesrat,¹³⁹ da ihm im Gewährleistungsverfahren keine Entscheidkompetenzen zukommen. Eine bundesrätliche Kritik ist, wenn sie von der Bundesversammlung nicht in den Gewährleistungsbeschluss aufgenommen wird, bedeutungslos. Ein «Vorbehalt» in der Gewährleistungsbotschaft kann nur als Entscheidvorschlag oder Erläuterung zuhanden der Bundesversammlung verstanden werden.

In der bisherigen Gewährleistungspraxis haben drei unterschiedliche Vorbehaltsarten eine Anwendung erfahren.¹⁴⁰ Zwei davon erweisen sich heute jedoch als bedeutungslos: So kann der Vorbehalt erstens darauf hinweisen, dass für die materielle Realisierung des Ziels einer kantonalen Verfassungsnorm eine Änderung der Bundesverfassung notwendig ist. Solche Vorbehalte wurden bei den Basler Wiedervereinigungsparagraphen und beim Verfassungszusatz zur bernischen Staatsverfassung hinsichtlich des jurassischen Landesteils angebracht.¹⁴¹ Als Sonderfall ist zweitens der Vorbehalt bei der Gewährleistung der jurassischen Verfassung zu betrachten, da nebst der Änderung der Bundesverfassung auch die Gründung des Kantons selbst vorbehalten wurde.¹⁴² Die eidgenössischen Räte haben indessen beschlossen diese Vorbehaltsarten künftig nicht mehr zu verwenden, da der Vorrang des Bundesrechts und die für eine bundesrechtliche Statusänderung oder die Neubildung eines Kantons notwendige Änderung der Bundesverfassung selbstverständlich sei.¹⁴³ Der Argumentati-

¹³⁸ SALADIN, Art. 6 BV 1874, N. 19; Erläuterungen VE 95, 73.

¹³⁹ A.M. HOTZ, 197; MARTENET, 462.

¹⁴⁰ BBl 1990 II 484 f.

¹⁴¹ Vorne, S. 99 und 105.

¹⁴² Vorne, S. 101.

¹⁴³ BBl 1989 I 572 ff. und II 954; 1990 II 482 f. Die betreffenden ausgesprochenen und noch aktuellen Vorbehalte wurden aufgehoben (BBl 1990 II 483 ff. und III 1799).

on der Bundesversammlung ist zuzustimmen, was die rechtliche Einschätzung betrifft.¹⁴⁴ Unter Umständen könnte sich das Anbringen eines solchen Vorbehalts in Zukunft freilich als staatspolitisch notwendig erweisen.

Eine dritte Gruppe von Vorbehalten weist schliesslich auf materielles Bundesrecht hin, das im Regelungsbereich der kantonalen Verfassungsbestimmung Vorschriften aufstellt, die dem kantonalen Recht nur noch einen beschränkten Auslegungs- und Gestaltungsspielraum belassen. An dieser Vorbehaltsart will die Bundesversammlung festhalten, obschon auch hier wie dargelegt eine rechtliche Selbstverständlichkeit statuiert wird. Demgemäss kam Cereghetti zum Schluss, dass Vorbehalte dem Sinn und Zweck der Gewährleistung nicht entsprechen, da mit diesem Mittel das Problem der Bundeswidrigkeit nicht gelöst werde, sondern dieses im Vorbehalt weiterlebe.¹⁴⁵ Dem Vorbehalt könne jedoch ein gewisser Sinn zugesprochen werden, der in der Betonung liege, dass sich die kantonalen Behörden in Bezug auf die künftige Interpretation einer Regelung an das Bundesrecht zu halten hätten. Der Vorbehalt sei daher als *präventive aufsichtsrechtliche Weisung* anzusehen.¹⁴⁶

Wegen des staatspolitischen Charakters sollten Vorbehalte indessen nur ausnahmsweise angebracht werden. Eine inflationäre Verwendung dieses Behelfs rechtfertigt sich weder rechtlich noch staatspolitisch.¹⁴⁷ Eine kantonale Verfassungsbestimmung darf sich auch bei der Gewährleistung unter Vorbehalt nicht jeder bundesrechtskonformen Auslegung entziehen. Andernfalls wäre der Vorbehalt «lediglich ein sprachlich ungeschicktes Vorgehen, hinter dem sich tatsächlich die Verweigerung der Genehmigung verbirgt»¹⁴⁸. Die Gewährleistung soll jedoch im Gegenteil die Kantonsverfassung von klar bundesrechtswidrigen Regelungen möglichst frühzeitig «entkrusten». Abzulehnen ist ferner ein Globalvorbehalt des Bundesrechts oder ein Vorbehalt bestimmter demokratischer oder rechtsstaatlicher Grundprinzipien der Bundesverfassung, da die Kantone in diesen Bereichen über keine eigenen Ermessensspielräume verfügen und eine solche Praxis deshalb zu einem Leerlauf verkommen würde.¹⁴⁹ Vorbehalte sind vielmehr auf Bestimmungen der Bundesverfassung zu beschränken, welche

¹⁴⁴ Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass der Bundesrat noch 1947 die Meinung vertrat, es sei eine Änderung der Bundesverfassung bei einer Vereinigung der beiden Basel nicht erforderlich (vorne, S. 92; BBl 1947 I 1066 f.).

¹⁴⁵ CEREGHETTI, 88.

¹⁴⁶ CEREGHETTI, 98 f. Vgl. auch AUER, Verfassungsgerichtsbarkeit, 154; HOTZ, 197; MARTENET, 462; SALADIN, Art. 6 BV 1874, N. 28.

¹⁴⁷ Siehe dazu die Warnungen vor einer «Vorbehaltitis» (vorne, S. 132).

¹⁴⁸ SCHAUB, 215.

¹⁴⁹ Zu Recht verzichtete die Bundesversammlung daher auf das Anbringen eines Vorbehalts bei Art. 104 Abs. 1 KV SG, welcher ausdrücklich festlegt, dass die Stimmberechtigten der politischen Gemeinde über die Erteilung des Bürgerrechts beschliessen können, da die Bindung des Kantons an die Rechtsweggarantie und das Willkürverbot eine Selbstverständlichkeit darstelle (Amtl. Bull. NR 2002, 902; vorne, S. 290 f.).

die Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Gliedstaaten vornehmen; freilich unter Ausschluss jener Bereiche, in denen der Bund über eine ursprünglich derogatorische Kompetenz verfügt, weil den Kantonen hier ebenfalls keine Befugnisse zukommen. Bei anderen Kompetenzbereichen kann es sich hingegen als nützlich erweisen, die Grenzen der kantonalen Anwendungsmöglichkeiten im bundesstaatlichen Aufgabengeflecht zu verdeutlichen und so Missverständnissen vorzubeugen.

cc) Der negative Gewährleistungsentscheid

Eine Verweigerung der Gewährleistung kann die ganze Kantonsverfassung treffen, wenn etwa bei einer Totalrevision die Abstimmungsmodalitäten gegen Bundesrecht verstossen hätten oder eine Regelung als zentraler Bestandteil des gesamten Verfassungswerks erschiene.¹⁵⁰ In der Regel dürfte die Gewährleistung jedoch nur bei einzelnen Verfassungsbestimmungen verweigert werden. Möglich ist ferner, einer Textsequenz die Genehmigung zu verweigern, falls dadurch der Sinn der kantonalen Regelung nicht nachträglich verändert wird.¹⁵¹

Aus der doppelten Natur des Gewährleistungsbeschlusses können in Bezug auf die Nichtgewährleistung zwei Aspekte abgeleitet werden: Erstens wird als Abschluss des Kontrollverfahrens die Nichtigkeit der betreffenden Bestimmung festgestellt und zweitens verweigert der Bund gleichzeitig die Übernahme der Verfassungsgarantie im Sinne von Artikel 52 der Bundesverfassung.¹⁵² Die Deckungsgleichheit beider Entscheide ist in der Vergangenheit auch schon relativiert worden. So verzichtete die Bundesversammlung zu Beginn ihrer Gewährleistungspraxis in Ausnahmefällen darauf, bundesrechtswidrige Regelungen ausdrücklich für ungültig zu erklären und verweigerte einzig die Garantieübernahme.¹⁵³ Die Vereinigung beider Entscheide in einem Beschluss ist allerdings unumgänglich, um die Rechtssicherheit und die Einheit der bundesstaatlichen Rechtsordnung sicherzustellen.

c) Die Veröffentlichung des Beschlusses

Als einfacher Bundesbeschluss wird der Gewährleistungsentscheid im Bundesblatt veröffentlicht.¹⁵⁴ Dies entspricht dem deklaratorischen Charakter des Entscheids, dem keine Gesetzeskraft zukommt. Im Beschluss sind die nicht-

¹⁵⁰ SALADIN, Art. 6 BV 1874, N. 30.

¹⁵¹ Beim Genfer Energieartikel, wonach alternativ ein Bewilligungsverfahren für oder ein Verbot von Klimaanlage und elektrischen Widerstandsheizungen eingeführt werden konnte, hätte demnach die Möglichkeit eines Verbots von der Gewährleistung angenommen werden müssen, da ein solches bundesrechtswidrig wäre (vorne, S. 132).

¹⁵² Vgl. auch MARTENET, 463.

¹⁵³ Vorne, S. 60 f.

¹⁵⁴ Art. 14 Abs. 1 Bst. b PublG.

gewährleisteten Normen aufzuführen beziehungsweise die betroffene Textsequenz sowie allfällige Vorbehalte zu erwähnen. Bei vorbehaltlos gewährleisteten Verfassungen und Verfassungsbestimmungen genügt indessen die generelle Feststellung der Gewährleistung.

Im Anschluss an die Veröffentlichung des Beschlusses werden die Kantonsverfassungen in der Amtlichen Sammlung in den Amtsprachen des betreffenden Kantons publiziert.¹⁵⁵ Bei einer Verweigerung der Gewährleistung wird der Text der kassierten Bestimmung in der Systematischen Sammlung des Bundesrechts *nicht* publiziert und er ist zudem vom Kanton aus seiner Rechtssammlung zu entfernen. Hangartner und Kley stellen die Vermutung auf, eine nichtgewährleistete Norm müsse – entgegen der bisherigen Praxis – mit einer erläuternden Fussnote versehen in der Systematischen Sammlung des Bundesrechts wieder gegeben werden.¹⁵⁶ Die beiden Autoren leiten dies aus der vom Parlament in Bezug auf den Vorrang des Bundesrechts gewählten und im Vergleich zur alten Bundesverfassung veränderten Formulierung ab, dass Bundesrecht entgegenstehendem kantonalem Recht vorgeht.¹⁵⁷ Das Parlament verfolgte mit dieser Änderung aber nicht den Zweck, den absolut geltenden Vorrang des Bundesrechts abzuschwächen, sondern den staatspolitischen Unterschied zwischen kompetenzkonformen und kompetenzwidrigen Bundesgesetzen zum Ausdruck zu bringen.¹⁵⁸ Deshalb gilt die Praxis, nichtgewährleistete Verfassungsbestimmungen formell aus der Verfassung zu entfernen, unter der aktuellen Bundesverfassung weiterhin. Die entstehenden «Lücken» sind dabei mit einer erläuternden Fussnote zu kennzeichnen, desgleichen müssen nur unter Vorbehalt gewährleistete Bestimmungen mit einer solchen versehen werden.

¹⁵⁵ Art. 11 Abs. 1 und 3 PublG. Nach Meinung des Bundesrates sollen künftig die Kantonsverfassungen nicht mehr in der SR veröffentlicht werden (Totalrevision PublG, Erläuternder Bericht zum Vernehmlassungsentwurf, Bundeskanzlei, Bern 15. Januar 2003, 3, 7, 19 und 25 f.).

¹⁵⁶ HANGARTNER/KLEY, N. 1652 Fn 100.

¹⁵⁷ Art. 49 Abs. 1 BV.

¹⁵⁸ Vorne, S. 193 ff.

III. Die Rechtswirkungen des Gewährleistungsbeschlusses

1. Die Rechtswirkungen des positiven Entscheids

a) Garantie der verfassungsmässigen Ordnung

Mit dem Gewährleistungsbeschluss übernimmt der Bund die Garantie der Kantonsverfassung nach Artikel 52 der Bundesverfassung.¹⁵⁹ Folglich schützt der Bund die Verfassungsordnung der Kantone erst nach erfolgter Gewährleistung. Diese Folge lässt sich historisch erklären, da eine Garantiepflicht alleine gegenüber Kantonsverfassungen bestehen sollte, die in einer Volksabstimmung sanktioniert und in denen die Möglichkeit der «legalen Revolution» mittels Verfassungsinitiative verankert worden waren. Andernfalls sollte sich das kantonale Volk auf sein naturrechtlich begründetes Selbstkonstituierungsrecht berufen können, ohne dass der Bund zum Schutze einer undemokratischen Verfassungsordnung hätte einschreiten müssen.¹⁶⁰ Die Gefahr einer fehlenden Bundesgarantie ist jedoch seit Beginn der Gewährleistungspraxis nur mehr theoretischer Natur, da die Prüfung der Gewährleistungsbedingungen im Genehmigungsverfahren die demokratischen Verfassungen der Kantone sichert und eine auf undemokratische Weise zu Stande gekommenes Grundgesetz wegen Widerspruchs zu Bundesrecht gar nicht in Kraft treten könnte. Vielmehr müsste der Bund die alte demokratische und gewährleistete Kantonsverfassung gegen solche Änderungsversuche schützen.¹⁶¹

Bundesversammlung, Bundesrat und Bundesgericht sind beauftragt, über die Einhaltung der Kantonsverfassung zu wachen und die notwendigen Massnahmen zu treffen.¹⁶² Zum Schutz der kantonalen Verfassungsordnung stehen dem Bund zwei Mittel zur Verfügung: Die Bundesintervention und die Bundesexekution. Die Bundesintervention gemäss Artikel 52 Absatz 2 der Bundesverfassung setzt eine Störung der verfassungsmässigen Ordnung voraus, etwa durch Unruhen, revolutionäre Aufstände oder Verhinderung der Einhaltung der kantonalen Verfassungsordnung.¹⁶³ Bei einer Bundesexekution schützt hingegen der Bund die Freiheit und die Rechte des Volkes gegenüber einer verfassungswidrig handelnden kantonalen Behörde.¹⁶⁴ Für Bundesintervention wie

¹⁵⁹ Vgl. auch AUBERT, Art. 51 BV, N. 12.

¹⁶⁰ Vgl. vorne, S. 28.

¹⁶¹ Burckhardt unterscheidet daher zwischen der formellen Gewährleistung nach Art. 51 und der materiellen Gewährleistung nach Art. 52 BV, die in keinem Zusammenhang (mehr) stünden (BURCKHARDT, Kommentar, 71 f.).

¹⁶² Art. 172 Abs. 2, Art. 186 Abs. 4 und Art. 189 Abs. 1 Bst. a BV.

¹⁶³ HÄFELIN/HALLER, N. 1038.

¹⁶⁴ HÄFELIN/HALLER, N. 1039.

auch für die Bundesexekution sind die Bundesversammlung und der Bundesrat parallel zuständig.¹⁶⁵

In Bezug auf die Bundesexekution folgt aus dem Gewährleistungsbeschluss der Bundesversammlung, dass die Bundesrechtswidrigkeit einer kantonalen Verfassungsnorm von Bundesversammlung, Bundesrat oder Bundesgericht ausdrücklich festgestellt werden muss, bevor der Bund eine Zwangsmassnahme androhen kann. Erst wenn der Kanton eine für bundesrechtswidrig erkannte Verfassungsnorm trotzdem anwendet, liegt eine Pflichtverletzung des Kantons vor, die eine Voraussetzung für das Einleiten des Exekutionsverfahrens darstellt.¹⁶⁶ Eine Ausnahme gilt folglich bei der *Gewährleistung unter Vorbehalt*: Falls ein Kanton gegen einen Vorbehalt verstiesse, läge eine rechtliche Verletzung der bundesstaatlichen Treuepflicht vor, sodass das Verfahren direkt eingeleitet werden könnte: Durch den Vorbehalt wurde der Kantone ja bereits *präventiv* gemahnt, die betreffende Norm bundesrechtskonform anzuwenden. Der Bund dürfte diesen deshalb ohne vorgängige Feststellung sogleich mahnen, eine Frist setzen sowie die Bundesexekution androhen.

b) Umfang und Grenzen der Bindung der Bundesbehörden

aa) Entstehung von Bundesrechtswidrigkeiten

Eine gewährleistete kantonale Verfassungsnorm kann Bundesrecht von Anfang an widersprechen, da die politischen Bundesbehörden einen Widerspruch übersehen oder sich in der Beurteilung geirrt haben. Eine übergeordnetem Recht zuwiderlaufende kantonale Verfassungsbestimmung wird keinesfalls dadurch bundesrechtskonform, dass der Widerspruch im Gewährleistungsverfahren unentdeckt geblieben ist.¹⁶⁷ Eine Bundesrechtswidrigkeit kann ebenso erst nachträglich eintreten.¹⁶⁸ Nicht alleine der Erlass von neuem Bundesrecht, sondern auch eine neue Interpretation von Bundesrecht oder eine Änderung der Auslegung einer gliedstaatlichen Verfassungsbestimmung kann zu Widersprüchen führen. Im Vordergrund stehen dürften in letzterem Fall allerdings vornehmlich bundesrechtswidrige Konkretisierungen der betreffenden Verfassungsnorm, weshalb sich das Problem eine Normstufe tiefer – auf Gesetzes- oder Verordnungsebene – stellt und die Rechtswirkung der Gewährleistung nicht betrifft.¹⁶⁹

Wegen der derogatorischen Wirkung des Bundesrechts fällt im Augenblick des Entstehens einer Bundesrechtswidrigkeit gleichzeitig das entgegen-

¹⁶⁵ Art. 173 Abs. 1 Bst. b und Art. 185 Abs. 2 BV; Art. 173 Abs. 1 Bst. e und Art. 186 Abs. 4 BV.

¹⁶⁶ HÄFELIN/HALLER, N. 1230.

¹⁶⁷ Vgl. vorne, S. 59.

¹⁶⁸ Dazu CEREGHETTI, 72 ff.; MARTENET, 467 f.; SALADIN, Art. 6 BV 1874, N. 20 f.

¹⁶⁹ Vgl. CEREGHETTI, 73.

stehende kantonale Verfassungsrecht materiell dahin und darf nicht mehr angewandt werden.¹⁷⁰ Diese Rechtsfolge ist bei der Frage nach der Bindung der Bundesbehörden an den Gewährleistungsentscheid genauso zu berücksichtigen wie die Tatsache, dass die Vielzahl der bundes- und völkerrechtlichen Normen die ausdrückliche Bundesrechtskonformitätserklärung verunmöglicht, da dafür eine nicht durchführbare akribische Feinkontrolle der Kantonsverfassung erforderlich wäre.¹⁷¹ Anlässlich der Revision der Bundesverfassung hielt der Bundesrat daher fest: «Der Beschluss, eine kantonale Verfassungsbestimmung zu gewährleisten, bindet weder das Bundesgericht noch andere Behörden.»¹⁷²

bb) Widerrufbarkeit

Aus der deklaratorischen Natur des Gewährleistungsbeschlusses, welche nur eine summarische Prüfung der kantonalen Verfassungen voraussetzt, kann abgeleitet werden, dass der Entscheid der Bundesversammlung grundsätzlich widerrufbar ist,¹⁷³ da mit dem positiven Entscheid bloss festgestellt wird, dass im Kontrollverfahren keine offensichtlichen Bundesrechtswidrigkeiten ausgemacht worden sind. Deshalb kann dem Beschluss wie dargelegt auch keine «heilende Wirkung» zukommen. Die Bundesversammlung darf folglich einen Gewährleistungsbeschluss aufheben, falls sie später eine bestehende Bundesrechtswidrigkeit entdeckt. Dem Bundesrat kommt hingegen keine Kompetenz zu, die Garantie formell zu widerrufen, weil auf dem Gebiet der Erteilung und damit auch des Entzugs der Gewährleistung einzig die Bundesversammlung zuständig ist. Die Exekutive darf und soll jedoch die Kantone auf Bundesrechtswidrigkeiten aufmerksam machen. Dabei kann ein betroffener Kanton eine gerügte Bestimmung formell aufheben, er ist dazu aber nicht verpflichtet. Der Bundesrat vermag dennoch im Rahmen seiner allgemeinen Aufsichtskompetenzen über die Kantone¹⁷⁴ bundesrechtswidrige Anwendung einer ursprünglich mangelhaften kantonalen Verfassungsnorm zu unterbinden.¹⁷⁵

Unproblematisch ist der Fall einer nachträglich eingetretenen Bundesrechtswidrigkeit – bereits mit In-Kraft-Treten einer bundesrechtlichen Regelung wird die Garantie gegenstandslos, weshalb ein neuerlicher Entscheid als überflüssig erscheint.¹⁷⁶ Die Bundesversammlung verzichtet aus diesem Grund zu

¹⁷⁰ Art. 49 Abs. 1 BV.

¹⁷¹ Anschaulich BURCKHARDT, Kommentar, 70.

¹⁷² Erläuterungen VE 95, 73.

¹⁷³ Siehe u.a. AUER, Verfassungsgerichtsbarkeit, 154; BURCKHARDT, Kommentar, 70 f.; CEREGHETTI, 69 ff.; FLEINER/GIACOMETTI, 133; GRISEL, Garantie, 171, GUT, 25 f.; HÄFELIN/HALLER, N. 1026; HOTZ, 196 f.; MARTENET, 466 ff.; RUCH, SG-Kommentar Art. 51 BV, N. 20; SALADIN, Art. 6 BV 1874, 20; SCHAUB, 205.

¹⁷⁴ Vgl. Art. 186 Abs. 4 BV.

¹⁷⁵ CEREGHETTI, 70 f.

¹⁷⁶ Vgl. HÄFELIN/HALLER, N. 1026.

Recht darauf, den erfolgten Rückzug ausdrücklich zu bestätigen. In diesem Bereich darf daher der Bundesrat im Sinne von Artikel 186 Absatz 4 der Bundesverfassung die betroffenen Kantone anmahnen, ihre materiell gegenstandslos gewordene Verfassungsbestimmung zu ändern oder zu entfernen.

cc) *Die Zulässigkeit der konkreten Normenkontrolle durch das Bundesgericht*¹⁷⁷

Das Bundesgericht prüft im Rahmen der Stimmrechtsbeschwerde das korrekte Zustandekommen der kantonalen Verfassungsnormen.¹⁷⁸ In diesem Bereich kommt ihm die primäre Kontrolle zu, während die Bundesversammlung parallel nur bei krassen Verstössen eines Kantons einschreitet. Mit der inhaltlichen Prüfung kantonaler Verfassungsnormen tut sich das Bundesgericht hingegen schwerer. So lehnt es das Gericht ab, *vor dem Gewährleistungsbeschluss* auf Beschwerden wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte einzutreten. Diese Ablehnung implizierte aber eine aufschiebende Wirkung in Bezug auf das Inkraft-Treten der kantonalen Verfassungen, weil es ansonsten Betroffenen verunmöglicht wird, sich gegen Anwendungen eines möglicherweise bundesrechtswidrigen kantonalen Verfassungsartikels zu wehren. Die Möglichkeit im anschliessenden Gewährleistungsverfahren mittels einer rechtlich unverbindlichen Petition an die politischen Bundesbehörden zu gelangen, vermag den gerichtlichen Schutz nicht zu ersetzen. Deshalb ist diese Praxis in Bezug auf die konkrete Normenkontrolle abzulehnen.¹⁷⁹

Entsprechendes muss bezüglich der Anfechtungsmöglichkeit *nach dem Gewährleistungsbeschluss* festgehalten werden: Da dem Gewährleistungsbeschluss keine konstitutive Wirkung zukommt, ist das Bundesgericht an einen positiven Entscheid der Bundesversammlung nicht gebunden. Dieser Zusammenhang wird auf fragwürdige Weise missachtet, wenn zwar die deklaratorische Natur des Gewährleistungsentscheids postuliert, gleichzeitig aber die Überprüfbarkeit der Kantonsverfassungen nach dem Gewährleistungsbeschluss abgelehnt wird.¹⁸⁰ Für eine Überprüfbarkeit spricht ferner die historische Interpretation, da die Bundesverfassung von 1874 von einem Zusammenspiel des Gewährleistungsverfahrens und der Anfechtungsmöglichkeit vor Bundesgericht zu Gunsten der bundesstaatlichen Einheit und des Schutzes der verfassungsmässigen Rechte der Bürger ausging: Während die Bundesversammlung die Kantonsverfassungen einer summarischen und abstrakten Kontrolle unterziehen sollte, war dem Bundesgericht die genaue Überprüfung im konkreten Anwen-

¹⁷⁷ Siehe zur Rolle des Bundesgerichts vorne, S. 133 ff.

¹⁷⁸ Art. 189 Abs. 1 Bst. f BV (JuRef.).

¹⁷⁹ Dazu vorne, S. 139 ff.

¹⁸⁰ FLEINER, Bundesstaatsrecht, 59 und GUT, 31 f., welche eine solche Unüberprüfbarkeit annahmen, gingen denn auch konsequenterweise von einer konstitutiven Wirkung des Gewährleistungsbeschlusses aus.

dungsfall zgedacht. Gut begründete seine Ablehnung der abstrakten Normenkontrolle deswegen nicht zuletzt damit, es würde das Parlament bei einer derartigen Kognitionsbefugnis des Bundesgerichts im Hintergrund «viel rascher über eine Gewährleistung hinweggehen»¹⁸¹.

Das Bundesgericht hat aber entschieden, gewährleistete kantonale Verfassungsbestimmungen grundsätzlich als bindend zu betrachten und abstrakt nicht mehr zu überprüfen, weil die Bundesverfassung die Kontrolle der Verfassungen der Bundesversammlung zugewiesen habe und keine Übertragung der Prüfungsbefugnisse an zwei unterschiedliche Organe angenommen werden könne.¹⁸² Eine parallele Überprüfung birgt nach Ansicht des Bundesgerichts die Gefahr divergierender Entscheide,¹⁸³ weshalb es nur, aber immerhin, eine vorfrageweise Kontrolle im konkreten Anwendungsfall vornimmt, falls die Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht in Frage steht und dieses erst nach dem Gewährleistungsbeschluss der Bundesversammlung in Kraft getreten ist.

In Bezug auf die Kontrollbefugnisse des Bundesgerichts gilt es einerseits zwischen ursprünglicher und nachträglicher Bundesrechtswidrigkeit und andererseits zwischen abstrakter und der konkreter Normenkontrolle zu unterscheiden. Die Vornahme der *abstrakten Normenkontrolle* bleibt den eidgenössischen Räten überlassen, unabhängig davon, ob es sich um einen ursprünglichen oder nachträglichen Widerspruch handelt.¹⁸⁴ In letzterem Fall ist die Ablehnung der Prüfungszuständigkeit des Bundesgerichts zwar vertretbar, sie wäre aber keineswegs zwingend.¹⁸⁵ Das Gericht überprüfte nämlich bei einer solchen Kontrolle den Entscheid der Bundesversammlung *nicht* nochmals, sondern hielte einzig das Dahinfallen einer betroffenen Verfassungsnorm und damit ebenfalls der Verfassungsgarantie auf Grund der derogatorischen Wirkung des Bundesrechts fest.

Die *konkrete Normenkontrolle* ist in drei Situationen unabdingbar:¹⁸⁶ Erstens müssen Anwendungen von nachträglich bundesrechtswidrig gewordenen kantonalen Regelungen unterbunden werden, da andernfalls die angestrebte Einheit und Widerspruchsfreiheit der bundesstaatlichen Rechtsordnung geradezu ad absurdum geführt würde. Zweitens ist es möglich, dass sich ein Widerspruch zu Bundesrecht entweder erst in der konkreten Anwendung zeigt oder drittens auf der Basis einer kantonalen Verfassungsnorm, für welche die Bun-

¹⁸¹ GUT, 32.

¹⁸² Vorne, S. 139 f.; vgl. aber die Verhandlung des Ständerates anlässlich der Gewährleistung der Neuenburger Verfassung vom 24. September 2000, in welcher zu dieser Selbstbindung des Bundesgerichts ausgeführt wurde, dass streng rechtlich gesehen keine solche Pflicht bestehe (Votum REIMANN, Amtl. Bull. StR 2001, 480).

¹⁸³ BGE 118 Ia 124, 126 f.

¹⁸⁴ Vgl. auch MARTENET, 480.

¹⁸⁵ HALLER, Art. 113 BV 1874, N. 198; vgl. auch TSCHANNEN, Staatsrecht, 261.

¹⁸⁶ Vgl. auch SALADIN, Art. 6 BV 1874, N. 23; KÄLIN, Beschwerde, 148.

desversammlung im zentralen Anwendungsbereich bundesrechtskonforme Anwendungsfälle ausmachte, trotzdem eine bundrechtswidrige Anwendung erging.

Das Bundesgericht beschränkt seine Kontrollbefugnisse bisher wie dargelegt auf jene Fälle, in denen der Widerspruch zu übergeordnetem Recht erst nachträglich eintritt;¹⁸⁷ einerlei, ob auf Grund neuen geschriebenen oder ungeschriebenen Verfassungs- oder sonstigen Bundesrechts, einer Weiterentwicklung übergeordneter Verfassungsprinzipien oder neuer völkerrechtlicher Vorschriften.¹⁸⁸ Die Unterscheidung zwischen bereits ursprünglich vorhandenen und erst nachträglich eingetretenen Widersprüchen rechtfertigt sich jedoch nicht, falls – wie im Normalfall – im Genehmigungsverfahren keine inhaltliche Auseinandersetzung mit einer Verfassungsnorm stattgefunden hat. *Eine nur grobe, formelle Durchsicht stellt materiell keine Konkurrenz zum bundesgerichtlichen Verfahren dar.*¹⁸⁹ Daher steht einer vorfrageweisen Überprüfung nichts entgegen, falls sich die eidgenössischen Räte in den Verhandlungen zu einer betroffenen kantonalen Verfassungsbestimmung nicht näher geäußert haben. Das Bundesgericht kann sich in diesem Fall gar nicht in die Gefahr einer unterschiedlichen Beurteilung begeben, da die Bundesversammlung ja nicht die Bundesrechtskonformität einer Norm festgestellt, sondern diese bloss im Zeitpunkt der Garantieübernahme nicht beanstandet hat.¹⁹⁰

2. Die Rechtswirkungen des negativen Entscheids

a) Nichtigkeit der Verfassungsnorm

aa) *Kassation*

Bei der Verweigerung der Gewährleistung stellt die Bundesversammlung die ursprüngliche Bundesrechtswidrigkeit einer betroffenen kantonalen Verfassungsnorm fest. Der Entscheid soll folglich nicht einfach die Nichtanwendbarkeit statuieren, sondern die Nichtigkeit der betroffenen Bestimmung.¹⁹¹ Die

¹⁸⁷ BGE 121 I 138, 147; 116 Ia 359, 366 f.; 111 Ia 239.

¹⁸⁸ HÄFELIN/HALLER, N. 1033; vgl. auch Ruch, SG-Kommentar Art. 51, N. 51.

¹⁸⁹ Vorne, S. 140; HANGARTNER/KLEY, N. 1340; HANGARTNER, Grundzüge I, 199; RHINOW, Grundzüge, N. 867; TSCHANNEN, Staatsrecht, 263.

¹⁹⁰ Daher könnte das Bundesgericht z.B. überprüfen, ob Art. 104 KV SG, welcher den Entscheid bei Einbürgerungen den Stimmbürgern der Gemeinde zuspricht, bundesrechtskonform ist. Dies umso mehr, als die Bundesversammlung die Grundrechtsbindung des Entscheidungsorgans und die bundesgerichtliche Prüfungsmöglichkeit in den Verhandlungen ausdrücklich betonte (Amtl. Bull. NR 2002, 900 ff.; vorne, S. 290 f.).

¹⁹¹ HÄFELIN/HALLER, N. 1025; RHINOW, Grundzüge, N. 868; RUCH, SG-Kommentar Art. 51 BV, N. 18; a.M. HANGARTNER/KLEY, N. 1652.

Verfassungsnorm wird kassiert, weshalb der Kanton diese auch formell aufzuheben beziehungsweise eine neue bundesrechtskonforme Regelung zu erlassen hat.¹⁹²

bb) Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der Anwendungsakte?

Wegen der bloss deklaratorischen Wirkung des Gewährleistungsentscheids liegt es im Bereich des Möglichen, dass kantonale Akte auf eine im Nachhinein nicht gewährleistete Verfassungsbestimmung abgestützt worden sind. Aus der Ungültigerklärung der Verfassungsbestimmung ist grundsätzlich zu folgern, dass sämtliche Anwendungsakte der nicht genehmigten Verfassungsnorm ebenfalls nichtig sind,¹⁹³ weshalb sie grundsätzlich widerrufen und rückabgewickelt werden müssen.¹⁹⁴ In die Überlegungen sollten jedoch weitere Elemente mit einbezogen werden, insbesondere ist zu berücksichtigen, dass die Bundesverfassung mit den statuierten Grundsätzen des rechtsstaatlichen Handelns nach Artikel 5 auch der Rechtssicherheit einen hohen Stellenwert einräumt.

Aus diesem Grund bietet es sich an – analog wie bei fehlerhaften Verfügungen – zwischen der Anfechtbarkeit und der Nichtigkeit betroffener Anwendungsakte zu unterscheiden. Für die Abgrenzung kann die dort entwickelte Evidenztheorie herangezogen werden, wonach kumulativ drei Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit die Nichtigkeit eintritt.¹⁹⁵ Zwei davon sind allerdings mit der Veröffentlichung des ablehnenden Entscheids der eidgenössischen Räte bereits als erfüllt anzusehen: Ein Anwendungsakt, der auf Grund einer bundesrechtswidrigen Verfassungsnorm ergeht oder erlassen wird, weist den geforderten besonders schweren Mangel auf, der wegen des Gewährleistungsbeschlusses zudem offen zu Tage tritt. Zu prüfen ist somit einzig noch die dritte Bedingung, wonach die Nichtigkeit die Rechtssicherheit nicht ernsthaft gefährden darf.¹⁹⁶ Zu diesem Zweck ist eine Abwägung zwischen dem Interesse an der Rechtssicherheit und dem Interesse der richtigen Rechtsanwendung vorzunehmen. Falls die Nichtigkeit bejaht wird, bedeutet dies die absolute Unwirksamkeit des Anwendungsakts, der zu keinem Zeitpunkt Rechtswirkungen hat entfalten können und seit Erlass rechtlich unverbindlich ist.¹⁹⁷ Beim gegenteiligen Ergebnis wäre der Anwendungsakt im Interesse der Rechtssicherheit nur anfechtbar.

¹⁹² Vgl. FLEINER/GIACOMETTI, 134.

¹⁹³ Vgl. JENNY, Aufsicht, 38.

¹⁹⁴ Vgl. HANGARTNER/KLEY, N. 1652.

¹⁹⁵ HÄFELIN/MÜLLER, N. 956.

¹⁹⁶ Vgl. auch SALADIN, Art. 6 BV 1874, N. 17.

¹⁹⁷ Vgl. dazu HÄFELIN/MÜLLER, N. 955 bezüglich nichtiger Verfügungen.

b) Pflicht der Beseitigung betroffener Bestimmungen durch die Kantone

Der Nichtgewährleistungsbeschluss umfasst zwei Elemente, nämlich die Feststellung der materiellen Ungültigkeit und die aufsichtsrechtliche Weisung an den Kanton, die betroffene Norm formell zu beseitigen.¹⁹⁸ Diese redaktionelle Bereinigung wird in der Regel von den Kantonsregierungen vorgenommen, welche die betreffende Bestimmung allerdings nur aufheben, nicht aber in eigener Kompetenz abändern können.¹⁹⁹ Eine blosser Abänderung der Norm ist nicht möglich, da sie mittels des Gewährleistungsbeschluss für rechtlich nicht existierend erklärt worden ist. Änderungen sind daher als Neuschöpfung kantonales Verfassungsrechts zu behandeln²⁰⁰ und in den dafür vorgesehenen Verfahren beziehungsweise durch die dafür zuständigen Organe neu zu erlassen. Ebenfalls unzulässig ist dementsprechend die Bevollmächtigung des Kantonsparlamentes nicht gewährleistete Verfassungsbestimmungen mit Bundesrecht in Übereinstimmung zu bringen: Sobald das Entfernen einer nichtgewährleisteten Regelung nicht ausreicht und eine positive Neu- oder Umformulierung nötig ist, handelt es sich um eine Änderung der Kantonsverfassung, die dem obligatorischen Referendum untersteht und der Gewährleistung des Bundes bedarf. Die beiden gegenteilig lautenden Artikel in den Verfassungen der Kantone Nidwalden und Obwalden²⁰¹ hätten daher von der Bundesversammlung nicht – zumindest nicht vorbehaltlos – gewährleistet werden dürfen, da eine Anwendung dieser Bestimmungen nur unter Achtung des obligatorischen Verfassungsreferendums und der Verfassungsgewährleistung möglich sein kann.²⁰²

Schliesslich ist anzumerken, dass der Bund das Verfahren der Bundesexekution einleiten darf, falls sich ein Kanton weigert, den Entscheid der Bundesversammlung anzuerkennen und die kantonale Regelung in seiner Verfassung belassen oder gar anzuwenden will.²⁰³

¹⁹⁸ CEREGHETTI, 80; vgl. dazu auch SALADIN, Art. 6 BV 1874, N. 30.

¹⁹⁹ Vorne, S. 59.

²⁰⁰ CEREGHETTI, 80.

²⁰¹ Art. 107 KV NW und Art. 122 KV OW.

²⁰² In den Botschaften zur Gewährleistung der beiden Verfassungen werden diese problematischen Bestimmungen jedoch mit keinem Wort erwähnt (BBl 1965 III 619 ff., 1966 I 558 [KV NW]; BBl 1968 II 53 ff., 1288 f. [KV OW]).

²⁰³ Vgl. die berechtigte Kritik von MARTENET (463 f.) an den jurassischen Behörden, welche den Text von Art. 138 KV JU trotz verweigerter Gewährleistung mit einem Minimalhinweis in der jurassischen Gesetzessammlung publizieren. Der Bundesrat sollte daher den Kanton auffordern, seiner Aufhebungspflicht nachzukommen (a.M. RHINOW, Grundzüge, N. 869, der einen Hinweis genügen lassen will).

c) Bindung der Bundesbehörden und Ausschluss der staatsrechtlichen Klage
Die Verweigerung der Gewährleistung hat für alle Behörden endgültigen Charakter.²⁰⁴ Einzig die eidgenössischen Räte können ihren Entscheid neu überdenken; sie dürfen nicht bloss genehmigte Verfassungsbestimmungen nachträglich als bundesrechtswidrig erklären, sondern auch Verfassungsvorschriften, denen die Gewährleistung versagt wurde, nachträglich die Bundesrechtmässigkeit zuerkennen. Die Bundesversammlung verfügt in diesem Bereich folglich über das «Monopol der Verfassungsgerichtsbarkeit»²⁰⁵.

Alle anderen rechtsanwendenden Behörden sind an den negativen Entscheid der Bundesversammlung gebunden:²⁰⁶ Die Anwendung und Überprüfung einer nichtgewährleisteten Bestimmung käme einer Verletzung der Kompetenzordnung der Bundesverfassung gleich.²⁰⁷ Deshalb bleibt es auch dem Bundesgericht verwehrt, eine nichtgewährleistete kantonale Norm erneut zu überprüfen. Aus diesem Grund ist zudem die Anhebung der staatsrechtlichen Klage ausgeschlossen.²⁰⁸ Dadurch würde nämlich das Gericht nicht nur als eine parallele, sondern gar als der Bundesversammlung übergeordnete Kontrollinstanz angerufen.²⁰⁹ Die fehlende Anfechtungsmöglichkeit leuchtet vor dem Hintergrund des Zwecks der Gewährleistung ein, hat doch die Bundesversammlung als oberste Behörde im Bundesstaat in diesem Verfahren über die rechtliche wie auch staatspolitische Einheit im Bundesstaat zu wachen. Ein in dieser Funktion gefällter negativer Entscheid kann keiner gerichtlichen Überprüfung zugänglich sein.

Die Bundesverfassung statuiert in gewissen Fällen den Vorrang der bundesstaatlichen Einheit und des demokratischen Prinzips gegenüber dem Föderalismus oder dem Rechtsstaatsprinzip,²¹⁰ was im Ausschluss der direkten Anfechtbarkeit von Akten der Bundesversammlung zum Ausdruck kommt.²¹¹ Selbst wenn daher der ablehnende Gewährleistungsbeschluss sämtliche Bedingungen erfüllen würde, welche einen föderalistischen Kompetenzkonflikt kennzeichnen, beispielsweise weil der betroffene Kanton glaubt, es sei ihm die

²⁰⁴ Vgl. GIACOMETTI, Verfassungsgerichtsbarkeit, 114; JENNY, Aufsicht, 39.

²⁰⁵ AUER, Verfassungsgerichtsbarkeit, 156; vgl. auch von SALIS I, N. 52 S. 207 f.

²⁰⁶ HÄFELIN/HALLER, N. 1025.

²⁰⁷ AUER, Verfassungsgerichtsbarkeit, 156.

²⁰⁸ A.M. CEREGETTI, 81 f.

²⁰⁹ SALADIN, Art. 6 BV 1874, N. 82.

²¹⁰ Vorne, S. 165.

²¹¹ Art. 190 und Art. 189 Abs. 4 BV (JuRef.); vgl. dazu HALLER, SG-Kommentar Art. 189 (JuRef.), N. 43 ff. Aus überwiegenden öffentlichen Interessen werden z.B. auch im Kartellrecht politische Entscheide des Bundesrates zugelassen, welche sich einer gerichtlichen Kontrolle entziehen (Art. 36 Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 [SR 251]).

Gewährleistung zu Unrecht verweigert worden, bliebe diesem die Möglichkeit eines Direktprozesses vor Bundesgericht²¹² verwehrt.²¹³

²¹² Art. 189 Abs. 2 BV (JuRef.).

²¹³ Vgl. dazu auch HALLER, SG-Kommentar Art. 189 (JuRef.), N. 40.