

§ 4 *Inhaltliche Anforderungen an die Kantonsverfassungen*

I. **Widerspruchsfreiheit zu übergeordnetem Recht**

1. Allgemein

Artikel 51 Absatz 2 der Bundesverfassung fordert die Konformität des kantonalen Verfassungsrechts mit Bundesrecht. Bei dieser Gewährleistungsbedingung handelt es sich um eine Nachführung der alten Vorschrift, wonach eine Kantonsverfassung nichts den Vorschriften der Bundesverfassung Zuwiderlaufendes enthalten durfte.¹ In der neuen Bestimmung wird weiterhin nicht der positive Begriff «übereinstimmen» verwendet, sondern negativ verlangt, dass die Kantonsverfassung «Bundesrecht nicht widersprechen» darf. Die gewählte Terminologie hat für die Auslegung der Bestimmung gewisse Folgen, da «nicht widersprechen» keine unbeschränkte Kongruenz des kantonalen Verfassungsrechts mit Bundesrecht verlangt: Was Bundesrecht nicht widerspricht, stimmt deswegen nicht in jedem Fall ausdrücklich mit diesem überein. Nicht widersprechenden, aber ebenfalls nicht mit Bundesrecht übereinstimmenden kantonalen Verfassungsnormen ist daher die Garantie des Bundes zu erteilen. Die gewählte Formulierung belässt den Kantonen demzufolge eine etwas grössere Freiheit in der Ausgestaltung ihres Grundgesetzes als es eine positiv formulierte würde, und damit mehr Platz für ihre kantonalen Eigenarten in formeller wie auch materieller Hinsicht. Dies entspricht darüber hinaus dem durch den Gewährleistungsartikel verfolgten Zweck der Verfassungsharmonisierung.

Bei der geforderten Widerspruchsfreiheit kantonalen Verfassungsrechts handelt es sich um eine Anwendungsnorm des allgemeinen Grundsatzes, dass Bundesrecht entgegenstehendem kantonalen Recht vorgeht.² Die Ungültigkeit kantonalen Rechts bei Widerspruch zu Bundesrecht ergibt sich zudem aus Artikel 3 und 42 der Bundesverfassung. Bei der Beurteilung der Wirkung von Kollisionen des kantonalen mit dem eidgenössischem Recht sollte die Gewährleistungsvorschrift gleich wie beim Grundsatz der derogatorischen Wirkung des Bundesrechts ausgelegt werden, um die innere Widerspruchsfreiheit der Bundesverfassung sicherzustellen.³ Demgemäss sind bei offenen Fragen auch Materialien, Lehre und Praxis zu Artikel 49 Absatz 1 der Bundesverfassung beizuziehen.

¹ Art. 6 Abs. 2 Bst. a BV 1874; Botschaft VE 96, 219

² Art. 49 Abs. 1 BV; AUBERT, Bundesstaatsrecht I, 229 f.; BURCKHARDT, Kommentar, 65; FLEINER/GIACOMETTI, 62; RUCH, SG-Kommentar Art. 51 BV, N. 14; SALADIN, Art. 6 BV 1874, N. 34.

³ Vgl. SALADIN, Art. 6 BV 1874, N. 50; DERS., Art. 2 ÜbBest. BV 1874, N. 16 ff.

2. Bundesrecht

Im Grossen und Ganzen ist der gesamte Bestand bundesrechtlicher Normen für die Kantone massgebend, es sind jedoch je nach Normstufe und Zweck gewisse Differenzierungen anzubringen. Das kantonale Recht darf zudem über den Wortlaut der Bestimmung hinaus nicht gegen «den Sinn und Geist des Bundesrechts verstossen und dessen Zwecke nicht beeinträchtigen oder gar vereiteln»⁴. Alle Normen des Bundesrechts, ob auf Verfassungs-, Gesetzes-, oder Verordnungsstufe, geniessen Vorrang vor dem kantonalen Recht, entfalten also bei einem Konflikt zu kantonalen Verfassungsnormen derogatorische Kraft.⁵ Demgemäss muss eine Kantonsverfassung insbesondere allen Bestimmungen der Bundesverfassung gegenüber widerspruchsfrei sein, einschliesslich gegenüber deren ungeschriebenen Normen und den Übergangsbestimmungen.⁶ Unter diese geforderte Widerspruchsfreiheit des kantonalen Verfassungsrechts fällt ausserdem die Forderung nach einer demokratischen Kantonsverfassungsordnung,⁷ die allerdings positiv sichergestellt werden muss. Bei einer Verletzung dieser letzteren Vorschrift ist daher zugleich immer auch Artikel 51 Absatz 2 der Bundesverfassung verletzt.⁸

a) Ausnahmslose Widerspruchsfreiheit gegenüber kompetenzkonform erlassenen Bundesrecht

Bei einem inhaltlichen Widerspruch einer kantonalen Verfassungsbestimmung dürfte zumeist die Kollision mit kompetenzkonform erlassenen Bundesrecht im Vordergrund stehen. Die kantonale Norm widerspricht dabei einer bundesrechtlichen Regelung nicht nur materiell, sondern es liegt gleichzeitig eine Kompetenzverletzung vor, indem der Kanton in eine Bundeskompetenz eingreift;⁹ Normkollision und Kompetenzkollision sind in derartigen Fällen deckungsgleich.¹⁰ Ein Verstoss des kantonalen Rechts gegenüber rechtmässigen eidgenössischen Verordnungen ist kaum vorstellbar, da zugleich fast zwangsläufig eine Kollision zu einem Bundesgesetz vorliegen wird und kantonale Verfassungsnormen in der Regel so allgemein gehalten sind, dass ein genügend gros-

⁴ So die Praxis des Bundesgerichts: BGE 125 I 474, 480; 125 II 56, 58; 125 II 315, 316 f.; 124 I 107, 109; 123 I 313, 316 f.

⁵ Vgl. dazu HÄFELIN/HALLER, N. 1173; GUT, 12 f.; FLEINER/GIACOMETTI, 94; BURCKHARDT, Kommentar, 64 f. und 823; P. WIDMER, Normkonkurrenz, 32 f.

⁶ Ähnlich MARTENET, 76.

⁷ Art. 51 Abs. 1 BV.

⁸ JENNY, Aufsicht, 34; CEREGHETTI, 54; RUCH, SG-Kommentar Art. 51 BV, N. 14.

⁹ Vgl. HÄFELIN/HALLER, N. 1178.

¹⁰ FORSTER, 134; P. WIDMER, Normkonkurrenz, 8.

ser Raum für eine Handhabung bleibt, die mit Bundesrecht vereinbar ist.¹¹ Wenig wahrscheinlich ist ebenfalls der Widerspruch kantonalen Verfassungsrechts zu einer gesetzesvertretenden Verordnung des Bundes. Zuständigkeitsgerechtes Bundesrecht verdrängt jedoch in jedem Fall widersprechendes kantonales Recht.¹² Eine betroffene kantonale Verfassungsnorm dürfte von der Bundesversammlung daher keinesfalls gewährleistet werden.

b) Anwendungsgebot kompetenzwidrig erlassenen Bundesrechts

Kompetenzwidrig erlassene *Parlamentsverordnungen* sowie kompetenzwidrige *Verordnungen des Bundesrates* fallen nicht unter das Anwendungsgebot von Artikel 190 der Bundesverfassung¹³ und stellen folglich kein von den Kantonen bei ihrer Verfassungsgebung zu beachtendes Bundesrecht dar. Diese Feststellung gilt in Bezug auf alle bundesverfassungs- oder bundesgesetzwidrigen Rechtsverordnungen.¹⁴ Bei kompetenzwidrig erlassenen *Bundesgesetzen* hingegen kann die Frage der Bindung des kantonalen Verfassungsgebers nicht eindeutig beantwortet werden. In den Verhandlungen der Kommissionen und der Bundesversammlung gab Artikel 51 Absatz 2 der Bundesverfassung indes zu keinen Debatten Anlass. Dem Aspekt der Bindung des kantonalen Verfassungsgebers an kompetenzwidrige Erlasse des Bundes wurde keine Aufmerksamkeit geschenkt. Wegen der engen Verwandtschaft dieser Gewährleistungsbedingung mit dem Vorrang des Bundesrechts nach Artikel 49 Absatz 1 bietet es sich aber an, die Materialien zu letzterer Vorschrift heranzuziehen, um diese Ungewissheit auszuräumen.

aa) *Die Diskussion bei Artikel 49 Absatz 1 der Bundesverfassung*

Im Verfassungsentwurf von 1996 schlug der Bundesrat unter dem Titel «Beachtung des Bundesrechts» die Formulierung «Bundesrecht bricht kantonales Recht» vor.¹⁵ Die Vorschrift normiere den bundesstaatlichen Grundsatz, wonach Bundesrecht entgegenstehendem kantonalem Recht vorgeht. Dabei beziehe sich der Grundsatz auf «zuständigkeitsgerecht erlassenes Bundesrecht». Bei einer Überschreitung seiner Regelungskompetenzen durch den Bund gehe grundsätzlich das kantonale Recht vor.¹⁶ Der National- und Ständerat nahm in

¹¹ SALADIN, Art. 6 BV 1874, N. 41.

¹² SALADIN, Art. 2 ÜbBest. BV 1874, N. 11.

¹³ JuRef. (vgl. dazu HÄFELIN/HALLER, N. 1181; KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit, N. 26 ff.; MARTENET, 80).

¹⁴ SALADIN, Art. 6 BV 1874, 40; vgl. auch AUBERT, Art. 49 BV, N. 8.

¹⁵ Art. 40 Abs. 1 VE 96.

¹⁶ Botschaft VE 96, 215 f.

der Folge jedoch diskussionslos eine veränderte Fassung an, welche auf die Beratungen in den Kommissionen des National- und Ständerates zurückgeht.¹⁷

In der ersten Sitzung der zuständigen Subkommission des Ständerates war gegenüber dem bundesrätlichen Entwurf geltend gemacht worden, die gewählte Formulierung nehme eine überlieferte Regel auf, die bildlich etwas zum Ausdruck bringen solle – es breche aber nicht jedes Bundesrecht einfach das kantonale Recht. Lehre und Praxis seien sich einig, dass nur das verfassungsmässige Bundesrecht diese Wirkung entfalten könne. Korrekt zum Ausdruck gebracht bedeute dies, dass *im Rahmen dieser Verfassung erlassenes Bundesrecht* kantonalem Recht vorgehe.¹⁸ Von Seiten der Bundesverwaltung wurde diese Ansicht als problematisch bezeichnet, da bei einer Überschreitung der verfassungsmässigen Kompetenzen durch den Bundesgesetzgeber ein betreffendes Bundesgesetz entgegenstehendem kantonalem Recht trotzdem vorgehe, weil das Bundesgericht keine Verfassungsmässigkeitskontrolle wahrnimmt: Selbst wenn das kantonale Recht nicht als nichtig erklärt werde, so könne es doch nicht angewandt werden. In der Subkommission wurde eingeräumt, dies entspreche zwar der aktuellen Rechtslage und es sei richtig, dass kein Rechtsmittel gegen die Verletzung der Zuständigkeitsregeln durch den Bundesgesetzgeber bestehe. Dies sei aber eine Frage des eingeschränkten Rechtsschutzes und nicht der materiellen Normkollision.¹⁹ Als Kompromissvorschlag nahm die Subkommission am Ende die Formulierung an, wonach Bundesrecht entgegenstehendem kantonalem Recht vorgeht.²⁰ Die Subkommission des Nationalrates folgte diesem Vorschlag.²¹ In der Ständeratskommission betonte schliesslich deren Präsident, es sei die Regel «Bundesrecht bricht kantonales Recht» überholt und verkürze eine Regel in einer Absolutheit, die zwar ein Jurist verstehe, der heutige Leser einer Bundesverfassung aber nicht mehr. Damit widerspreche sie dem Gebot der Verständlichkeit und der Transparenz. Dies beginne damit, dass nur entgegenstehendes kantonales Recht gebrochen werde, nicht einfach nur kantonales Recht. Es gehe also um den Vorrang nur dort, wo kantonales Recht bundesrechtswidrig sei. Die Formulierung «geht vor» lasse die Sanktion offen. Ob es Klageverfahren oder Aufsichtsmittel des Bundes gebe, sage die Verfassung nicht.²²

¹⁷ Amtl. Bull. NR, Reform BV, 249 ff.; 255; Amtl. Bull. StR, Reform BV, 62.

¹⁸ Vgl. dazu die identische Formulierung von Art. 27 Abs. 1 VE MÜLLER/KÖLZ.

¹⁹ Protokoll Subkommission 3 StR, Sitzung vom 17.02. bis 18.02.1997, 27 f.

²⁰ Protokoll Subkommission 3 StR, Sitzung vom 17.02. bis 18.02.1997, 29.

²¹ Protokoll Subkommission 3 NR, Sitzung vom 26.03.1997, 25.

²² Protokoll Verfassungskommission StR, Sitzung vom 30.04. 1997, 16. Die Verfassungskommission des Nationalrates schloss sich dieser Ansicht an (Sitzung vom 03.09. bis 04.09.1997, 57). Vgl. auch AUER/MALINVERNI/HOTTELIER I, N. 1012; RUCH, SG-Kommentar Art. 49 BV, N. 6.

bb) Folgerungen für das Gewährleistungsverfahren

In den Beratungen zu Artikel 49 Absatz 2 wollten die Parlamentarier zum Ausdruck bringen, dass kompetenzwidrig erlassene Bundesgesetze kantonalem Recht grundsätzlich nicht vorgehen sollten.²³ Gleichzeitig sollte es aber dem Bundesgericht untersagt bleiben, Bundesgesetze bei Verfassungswidrigkeit nicht anzuwenden.²⁴ Es stellt sich somit die Frage, ob die Bundesversammlung bei der Gewährleistung von Kantonsverfassungen ebenfalls durch das Anwendungsgebot gebunden ist. Falls diese Bindung verneint wird, könnte im Gewährleistungsverfahren kein Widerspruch zu Bundesrecht ausgemacht werden, wenn eine kantonale Verfassungsnorm einem kompetenzwidrig erlassenen Bundesgesetz widerspräche, und die eidgenössischen Räte müssten die entsprechende kantonale Bestimmung genehmigen.

Eine solche Auslegung würde zwar einerseits dem Sinn von Artikel 51 der Bundesverfassung entsprechen, der ja nicht mehr im gleichen Masse eine Homogenisierung der kantonalen Verfassungen anstrebt, sondern vielmehr eine Harmonisierung der Rechtsordnungen im Bundesstaat erreichen will. Andererseits wäre es aber aus rechtsstaatlicher und demokratischer Sicht problematisch, wenn die Bundesversammlung ihre eigenen und darüber hinaus dem fakultativen Gesetzesreferendum unterstehenden Gesetze nicht anwenden würde. Eine Ausnahme müsste meines Erachtens daher bundesverfassungsrechtlich ausdrücklich verankert sein. Demgemäss ist das Anwendungsgebot dergestalt zu interpretieren, dass es sämtliche Behörden in der Rechtsanwendung bindet, also auch die Bundesversammlung im Gewährleistungsverfahren.²⁵ Zwischen den betroffenen beiden Vorschriften der Bundesverfassung²⁶ besteht für einmal ein Widerspruch, der selbst durch eine harmonisierende Auslegung nicht aufgelöst werden kann: Zwar soll grundsätzlich kantonales Verfassungsrecht kompetenzwidrig erlassenem Bundesrecht vorgehen,²⁷ im konkreten Fall eines kompetenzwidrigen Bundesgesetzes muss dieses jedoch trotzdem angewandt werden.

Der angestrebte Vorrang kantonalen Verfassungsrechts erweist sich somit als rein *staatspolitische* Zielnorm ohne rechtliche Durchsetzungskraft, weshalb Artikel 51 Absatz 2 der Bundesverfassung weiterhin einen gewissen «Homogenisierungseffekt» zu entfalten vermag, der sich auf das statuierte Anwendungsgebot zurückführen lässt.²⁸

²³ Vgl. bereits GIACOMETTI, Staatsrecht, 56.

²⁴ Art. 190 BV (JuRef.). Es handelt sich jedoch um kein Prüfungsverbot (HALLER, Art. 113 BV 1874, N. 205 f.).

²⁵ MARTENET, 78; SALADIN, Art. 6 BV 1874, N. 35 ff.; vgl. aber KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit, N. 30 in Bezug auf die Kerngehaltsgarantie der Grundrechte.

²⁶ Art. 49 Abs. 1 BV und Art. 190 BV (JuRef.).

²⁷ Vgl. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER I, N. 1011; AUBERT, Art. 49 BV, N. 7.

²⁸ Der Anwendungsvorrang bliebe auch bei einem In-Kraft-Treten des VE NFA bestehen (Amtl. Bull. StR 2002, 880 f.; NR 2003, 1184 ff., 1187; AUBERT, Art. 49 BV, N. 9).

c) Nichtigkeit rein kompetenzwidrigen kantonalen Verfassungsrechts

In einem Bereich, wo der Bund über eine ursprünglich derogatorische Bundeskompetenz verfügt, darf ein Kanton keinerlei Vorschriften erlassen.²⁹ Eine kantonale Verfassungsbestimmung, welche in diesem Bereich den gleichen Inhalt aufweist wie eine Norm des Bundesrechts, ist ebenfalls nichtig.³⁰ Zwar liegt kein eigentlicher *Normenkonflikt* vor. Da es aber beim statuierten Vorrang des Bundesrechts um die unabdingbare *Kompetenzabgrenzung* im Bundesstaat geht, dürfte eine derartige kantonale Norm nach dem Prinzip der derogatorischen Kraft des Bundesrechts trotzdem nicht gewährleistet werden.³¹ Praktische Beispiele lassen sich allerdings kaum finden, da *genau* gleich lautende und wirkende kantonale Bestimmungen auf Verfassungsebene zwar vorstellbar, aber unwahrscheinlich sind: Zumeist bleibt den Kantonen ein gewisser Handlungsspielraum, sodass bundesrechtskonforme Anwendungsfälle einer betroffenen kantonalen Verfassungsvorschrift denkbar erscheinen. Wenn keine vollständige Inhaltsgleichheit vorliegt, kann aber auch kein Widerspruch zu Bundesrecht ausgemacht werden.³² Zudem bedarf es zur Umsetzung der freiheitlichen Ordnung im Bundesstaat «gleichgerichteter Regelungen sowohl des Bundes als auch der Kantone und damit entsprechende Parallelkompetenzen von Bund und Kantonen»³³. Problembereiche stellen dabei insbesondere die kantonalen Aufgaben- und Grundrechtskataloge dar, welche im Lichte des veränderten Verfassungsumfelds betrachtet werden sollen.

d) Die Problematik kantonaler Aufgabenkataloge

Kantonale Aufgabenkataloge normieren die gliedstaatlichen Sachzuständigkeiten beziehungsweise die öffentlichen Aufgaben.³⁴ Diese sind begrifflich von den Sachkompetenzen der Kantone abzugrenzen, da Letztere zwar eng mit den zu erfüllenden Aufgaben zusammenhängen, die Kompetenz inhaltlich indessen meist nur einen Teilbereich – etwa die Aufgabenzuweisung – einer bestimmten öffentlichen Aufgabe umfasst.³⁵ Kantonale Aufgabenkataloge dürfen ferner nicht mit Bestimmungen über den Staatszweck, die Staatsziele beziehungsweise mit Präambeln gleichgesetzt werden, die in der Regel weder kompetenzbegrün-

²⁹ RUCH, SG-Kommentar Art. 49 BV, N. 11; BBl 2003 3353 und 3597.

³⁰ HÄFELIN/HALLER, N. 1183.

³¹ Vgl. dazu IMBODEN, Bedeutung, 132 f.

³² Solche Widersprüche sind auch auf Ebene der Gesetzgebung äusserst selten (HÄFELIN/HALLER, N. 1183; IMBODEN, Bedeutung, 132, mit Beispielen).

³³ HANGARTNER, Kompetenzverteilung, 184; vgl. auch TSCHANNEN, Staatsrecht, 307 f.

³⁴ Dazu P. MÜLLER, Aufgabennormierung, 16 f.; WEBER-MANDRIN, 17 ff.

³⁵ WEBER-MANDRIN, 31.

dend noch direkt anwendbar sind,³⁶ und bei deren Verankerung den Kantonen deshalb reichlich Möglichkeiten für ihre kantonalen Eigenarten verbleiben.³⁷ Bei der Prüfung der Bundesrechtskonformität kantonaler Aufgabenkataloge muss zwar ein strengerer Massstab angesetzt werden. Eine in der Kantonsverfassung verankerte Aufgabe ist aber gleichwohl nur dann als bundesrechtswidrig zu beurteilen, wenn sie entweder in eine ausschliessliche Bundeskompetenz eingreift oder der Bund eine Kompetenz mit nachträglich derogatorischer Wirkung vollständig ausgeschöpft hat.³⁸ Sobald allerdings die Kantone über einen eigenständigen Handlungsspielraum verfügen, ist die normierte Aufgabe mit Bundesrecht vereinbar, selbst wenn sie gleich lautendes Bundesrecht wiederholt. Eine solche Erwähnung im Aufgabenkatalog des Kantons rechtfertigt sich darüber hinaus «auch im Sinne einer Informationsfunktion der Verfassung»³⁹, da den Kantonen in Bereichen, in denen der Bund legiferiert hat, zumeist wichtige Vollzugsaufgaben und Restkompetenzen zukommen.

e) Die Problematik kantonaler Grundrechtskataloge

aa) *Das Verhältnis zu den Grundrechten des Bundes*

Eine Sonderstellung zum Grundsatz der Ungültigkeit kompetenzwidrig erlassenen kantonalen Verfassungsrechts nehmen die in den Kantonsverfassungen verankerten Grundrechtsgarantien ein. In diesem Bereich darf von einer Parallelkompetenz der Kantone ausgegangen werden.⁴⁰ Diese Ansicht lässt sich historisch abstützen, da bereits Artikel 5 der Bundesverfassung von 1848 ausdrücklich von kantonalen verfassungsmässigen Rechten der Bürger sprach, welche der Bund garantiere. Die Rechtsgleichheit und die Freiheitsrechte in den Bundesverfassungen von 1848 und 1874 stellten daneben nur eine Mindestgarantie dar⁴¹ – es wurden einzig aktuell gefährdete Freiheitsrechte beispielhaft in die Verfassung aufgenommen.⁴² Wegen der Anerkennungspraxis des Bundesgerichts bezüglich neuer ungeschriebener Grundrechte des Bundes⁴³ und des nun

³⁶ Vgl. WEBER-MANDRIN, 31 ff. und 109 ff.

³⁷ Anschaulich z.B. Art. 4 Abs. 3 KV JU (vgl. dazu BBl 1977 II 271).

³⁸ HÄFELIN/HALLER, N. 1097 ff. und 1092 ff.

³⁹ BBl 2003 3356; vgl. auch BBl 2003 3600 f.; 1994 I 408; vorne, S. 170 f., 184.

⁴⁰ So auch HANGARTNER, Kompetenzverteilung, 183 f.; WIEDERKEHR, Kerngehaltsgarantie, 126; a.M. KURER, 139 ff.

⁴¹ KÖLZ, Verfassungsgeschichte, 583 ff.

⁴² Vorne, S. 46 f.; GIACOMETTI, Staatsrecht, 157 ff.

⁴³ Bger. vom 11.05.1960, ZBl 1961, 69 ff.; BGE 87 I 114, 117; 89 I 92, 98; 91 I 480, 485 f.; 96 I 219, 244; 121 I 367. Das Bundesgericht soll nach dem Willen des Parlamentes auch in Zukunft neue ungeschriebene Grundrechte anerkennen können (Amtl. Bull. NR, Reform BV, 151; HÄFELIN/HALLER, N. 230).

ausführlichen Grundrechtskatalogs in der aktuellen Bundesverfassung ist die früher beachtliche Anzahl selbständiger kantonaler Grundrechte wesentlich kleiner geworden. Die Vorstellung eigenständiger kantonaler Grundrechte floss mittelbar aber auch in die neue Bundesverfassung ein. So beurteilt das Bundesgericht weiterhin Streitigkeiten wegen Verletzung kantonaler verfassungsmässiger Rechte;⁴⁴ es handelt sich insbesondere um Grundrechte, einschliesslich solche sozialer Art.⁴⁵ In welchem Verhältnis stehen nun die vom Bund und die von den Kantonen garantierten Rechte? Für die Beurteilung ihrer Bundesrechtskonformität müssen vier Fälle unterschieden werden:⁴⁶ Erstens kann ein kantonales Grundrecht mit dem betreffenden der Bundesverfassung inhaltsgleich sein, zweitens kann ein kantonales Grundrecht weiter oder drittens weniger weit gehen und viertens kann es sich um ein im Bund nicht normiertes eigenständiges kantonales Grundrecht handeln.

Inhaltsgleichen kantonalen Grundrechten kommt einerseits eine gewisse rechtliche,⁴⁷ andererseits vor allem aber eine staatspolitische Bedeutung zu.⁴⁸ Nur eine Minderheit der Lehre nimmt an, diese seien nichtig, weil die Kompetenzfrage in diesem Bereich nicht anders beantwortet werden dürfe, wie bei anderen kantonalen Rechtsnormen.⁴⁹ Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass Inhaltsgleiches nicht Widersprechendem gleichgesetzt werden darf; Artikel 51 Absatz 2 und Artikel 49 Absatz 1 der Bundesverfassung wollen im Gegenteil den Kantonen die Möglichkeit geben, vollständige Verfassungen zu erlassen, ja, sie implizieren geradezu eine minimale Vollständigkeit der kantonalen Grundgesetze.⁵⁰ In der Gewährleistungspraxis ist denn auch unbestritten, dass Kantone die gleichen Rechte wie der Bund garantieren können.⁵¹ Inhaltsgleiche kantonale Grundrechte verdeutlichen die Grundrechtsbindung des kantonalen Gemeinwesens, weshalb nicht von einer Kompetenzwidrigkeit ausgegangen werden darf. In Frage steht nicht die Wahrnehmung einer dem Bund zustehenden Kompetenz durch einen Kanton, sondern es handelt sich um ein Hervorheben von dessen grundrechtskonformem Handeln und Verhalten, was insbesondere durch die jedem Grundrecht ohnehin innewohnende programmatische Normschicht deutlich wird.⁵² In Bezug auf den direkt-anspruchs begründenden

⁴⁴ Art. 189 Absatz 1 Bst. d BV (JuRef.).

⁴⁵ HALLER, SG-Kommentar Art. 189 BV (JuRef.), N. 25.

⁴⁶ WIEDERKEHR, Kerngehaltsgarantie, 127.

⁴⁷ HANGARTNER, Kompetenzverteilung, 183 und 188; GIACOMETTI, Staatsrecht, 172; HALLER, SG-Kommentar Art. 189 BV (JuRef.), N. 27.

⁴⁸ Vgl. G. MÜLLER, Drittwirkung, 162.

⁴⁹ So KURER, 142 ff.

⁵⁰ Vorne, S. 183 f.

⁵¹ Vgl. etwa BBl 2003 3598 und 3354; BBl 2001 1876.

⁵² Vgl. dazu BENJAMIN SCHINDLER, Zu Begriff und Verständnis der «Grundrechte» in der neuen Bundesverfassung, in: Gächter/Bertschi (Hrsg.), 51 ff., 68 f.

Aspekt geht das Bundesgericht davon aus, einem Grundrecht des Bundes inhaltlich entsprechendes kantonales Grundrecht sei zwar nicht nichtig, aber in seiner Rechtswirkung suspendiert, und es komme ihm deshalb keine selbständige Bedeutung zu.⁵³ Eine solche Interpretation entwertet jedoch die kantonalen Verfassungen ohne zwingende Gründe in Richtung reiner Organisationsstatute. Für eine weiter gehende «parallele» Bedeutung kantonaler Grundrechte spricht – nebst den genannten Gründen – zudem, dass im Verhältnis von Bundesverfassung und Europäischer Menschenrechtskonvention die Grundrechte des Bundes ebenfalls nicht als suspendiert gelten,⁵⁴ obwohl sie teilweise inhaltsgleich erscheinen und thematisch weitgehend den Freiheitsrechten und Verfahrensgarantien der Bundesverfassung entsprechen sowie unmittelbar anwendbar sind.⁵⁵ Den Garantien der Bundesverfassung wird ihre eigenständige Bedeutung nicht von vorneherein abgesprochen, sondern es werden im konkreten Anwendungsfall immer beide Rechte geprüft und dasjenige angewendet, welches in seiner Schutzwirkung weiter geht.⁵⁶ Eine ähnliche Lösung drängt sich auch für das Verhältnis zwischen Grundrechten in den Kantonsverfassungen und der Bundesverfassung auf, da erst in der Einzelfallprüfung festgestellt werden kann, ob tatsächlich eine Inhaltsgleichheit vorliegt oder nicht – eine solche ergibt sich nämlich nicht unbedingt nur aus einem gleich lautenden Verfassungstext.⁵⁷

Unbestritten war die Lösung bisher im Fall, dass der Schutzbereich eines kantonalen Grundrechts geringer war als jener des entsprechenden Grundrechts des Bundes,⁵⁸ da dies eine Kompetenzkollision darstellt, falls die Grundrechte des Bundes als absolute Mindestgarantien verstanden werden. Allerdings darf zu Recht bezweifelt werden, ob diese These angesichts des umfassenden Grundrechtskatalogs in der aktuellen Bundesverfassung in dieser Form noch aufrechterhalten werden kann:⁵⁹ Sollte ein solches kantonales Grundrecht weniger umfassenden Schutz bieten, ohne gleichzeitig in den Schutzbereich eines Grundrechts der Bundesverfassung oder der Europäischen Menschenrechtskonvention einzugreifen, kann alleine deswegen noch nicht von einem *Widerspruch* zu Bundesrecht gesprochen werden. Vielmehr ist von einer Suspendierung des betreffenden kantonalen Grundrechts auszugehen. Sobald – aber erst wenn – ein kantonales Grundrecht Bundesrecht entgegensteht, ist es von der Bundesversammlung oder dem Bundesgericht als nichtig zu beurteilen.

⁵³ Vgl. z.B. bereits BGE 5, 334, 336 oder neueren Datums BGE 119 Ia 53, 55.

⁵⁴ Art. 2 bis 14 EMRK.

⁵⁵ Vgl. HÄFELIN/HALLER, N. 235. Der Grundrechtskatalog wurde in der BV 1999 sogar ausdrücklich mit EMRK-Garantien vervollständigt (Botschaft VE 96, 137 f.).

⁵⁶ Vgl. Art. 53 EMRK.

⁵⁷ ANDREAS AUER, Les constitutions cantonales – une source négligée du droit constitutionnel suisse, ZBl 1990, 14 ff., 20; TSCHANNEN, Staatsrecht, 308.

⁵⁸ KURER, 145 f. und 151; zum Ganzen MARTENET, 428 ff.

⁵⁹ WIEDERKEHR, Kerngehaltsgarantie, 128.

Eine letzte Frage betrifft die Konstellation der «Mehrgewährleistung» durch einen kantonalen Grundrechtskatalog, sei es durch eine Erweiterung des persönlichen oder sachlichen Schutzbereiches oder durch die Garantie eines in der Bundesverfassung nicht statuierten Grundrechts.⁶⁰ Nach Ansicht des Bundesgerichts kommt diesen Normen zumindest dann eine eigene Tragweite zu, wenn sie einen ausgedehnteren Schutzbereich als das entsprechende Grundrecht der Bundesverfassung aufweisen.⁶¹ Derartige selbständige kantonale Grundrechte stellen beispielsweise der begrenzte Anspruch auf Einsicht in amtliche Akten, das Recht auf Obdach und auf grundlegende medizinische Versorgung in Notlagen, der Anspruch auf Opferhilfe im Fall schwerer Straftaten,⁶² die Gewährleistung der freien Wahl einer nicht-eheähnlichen Form des Zusammenlebens,⁶³ der Anspruch des Kindes auf Schutz und Fürsorge,⁶⁴ der Anspruch auf Beantwortung von Petitionen,⁶⁵ das Recht auf eine Mutterschaftsversicherung⁶⁶ oder das Recht, «Privatschulen zu gründen und zu führen sowie zu besuchen»⁶⁷ dar. Bei einzelnen kantonalen Grundrechten sozialer Art, etwa dem Recht auf Wohnung oder dem Recht auf Arbeit, können allerdings Unsicherheiten bezüglich eines Widerspruchs zu Bundeszivilrecht auftauchen.

bb) Die Drittwirkung kantonalen Grundrechte

Sozialrechte vermitteln einen gerichtlich durchsetzbaren menschenrechtlichen Anspruch auf eine positive Leistung des Staates. Fragen in Bezug auf damit verbundene mögliche Widersprüche zu Bundeszivilrecht tauchten erstmals anlässlich der Gewährleistung der jurassischen Verfassung von 1977 auf, wo verschiedene soziale Grundrechte verankert worden waren.⁶⁸ Die betreffenden Bestimmungen garantierten etwa ein Recht auf Arbeit, das durch verschiedene Bestimmungen ergänzt wurde, insbesondere durch den Anspruch auf einen ein menschenwürdiges Dasein sichernden Mindestlohn.⁶⁹ Der Bundesrat musste daher in seiner Botschaft klarstellen, dass der Arbeitslohn Teil des bundesprivatrechtlich geregelten Arbeitsvertrags sei, der nach dem Prinzip der Vertrags-

⁶⁰ Vgl. BBl 2003 3598 f. mit einer Zusammenstellung der Mehrgewährleistungen in der neuen KV VD.

⁶¹ BGE 121 I 196, 200; vgl. auch BBl 1989 III 735 und 879.

⁶² Vgl. zu diesen drei Grundrechten insbesondere die Regelungen Art. 17 Abs. 3, Art. 29 Abs. 1 sowie Art. 29 Abs. 3 KV BE.

⁶³ Vgl. Art. 13 Abs. 2 KV BE; Art. 14 Abs. 2 KV VD.

⁶⁴ Vgl. Art. 24 Abs. 2 AR; 14 KV NE.

⁶⁵ Vgl. die Regelung in Art. 26 KV SO; auch Art. 31 KV VD, Art. 3 Bst. d KV SG.

⁶⁶ Vgl. Art. 35 KV VD.

⁶⁷ Art. 3 Bst. a KV SG; vgl. auch Art. 36 Abs. 3 KV VD.

⁶⁸ Problematisch war auch das verankerte Vorkaufsrecht zu Gunsten des Staates nach Art. 12 Abs. 5 KV JU, da ein generelles Vorkaufsrecht als bundesrechtswidrig hätte beurteilt werden müssen (BBl 1976 II 149; 1977 II 272).

⁶⁹ Art. 19 Abs. 1 und 3 KV JU.

freiheit beliebig vereinbart werden könne. In einem engen Rahmen und gemäss den strengen Voraussetzungen der Verhältnismässigkeit sei das Vorschreiben von Mindestlöhnen unter wirtschaftspolizeilichen Gesichtspunkten grundsätzlich aber denkbar. Zudem weist die Systematik der Kantonsverfassung darauf hin, dass damit kein eigentliches subjektives, justiziables Recht auf Arbeit hatte begründet werden sollen. Dieses «Recht» findet sich nämlich nicht im Abschnitt über die Grundrechte sondern in jenem über die Staatsaufgaben; ein deutlicher Hinweis, dass es sich lediglich um eine Zielbestimmung programmatischer Natur, also um ein Sozialziel handelt. Gleich verhält es sich im Übrigen mit den in der jurassischen Verfassung verankerten Rechten auf Wohnung und auf Ausbildung.⁷⁰ Der Kanton Jura hat demnach mit der Bezeichnung «Recht» justiziable und nicht-justiziable Bestimmungen vermischt, was aber keinen Grund für eine Nichtgenehmigung darstellt. Diese Sozialziele des Jura wurden daher von der Bundesversammlung – trotz vereinzelter Kritik in den Debatten⁷¹ – vorbehaltlos gewährleistet.⁷² Der begrifflichen Schwächen der jurassischen Verfassungsbestimmungen war man sich jedoch sehr wohl bewusst: Es würde mit dieser sehr grosszügigen Beurteilung in Kauf genommen, «dass einzelne Bestimmungen unter Umständen mehr versprechen, als sie in ihrer Substanz zu bieten vermögen»⁷³.

Vor eine ähnliche Situation sahen sich die Bundesbehörden bei der Gewährleistung des Genfer Rechts auf Wohnung von 1992 gestellt.⁷⁴ Auch hier handelt es sich um ein Sozialziel, obwohl dieses systematisch in den Grundrechtskatalog eingefügt wurde. Es fehlt der Bestimmung aber zweifellos an Justiziabilität, da eine richterliche Instanz nicht einfach Wohnraum an Wohnungssuchende verteilen kann.⁷⁵ Andernfalls läge ein Verstoss gegen die bundesrechtlich garantierte Eigentumsgarantie und die Wirtschaftsfreiheit vor.⁷⁶ Als programmatische Zielnorm bestehen für einen Kanton jedoch durchaus grössere Freiräume, etwa im Bereich der Wohnbauförderung, da hier eine parallele Kompetenz von Bund und Kantonen vorliegt.⁷⁷ Eine Verdeutlichung des Unterschiedes von Sozialrechten und -zielen ist jedoch empfehlenswert; in den

⁷⁰ Art. 22 und Art. 40 KV JU.

⁷¹ Vgl. Votum ALLGÖWER, Amtl. Bull. NR 1977, 1125: «Wenn das ein anderer Kanton (tun) würde, würden wir ganz sicher keine Gewährleistung erteilen.»

⁷² BBl 1977 III 256.

⁷³ Votum Bundesrat FURGLER, Amtl. Bull. NR 1977, 1149; vgl. auch G. MÜLLER, Drittwirkung, 160.

⁷⁴ Art. 10A KV GE, BBl 1992 V 1232 f.

⁷⁵ Vgl. KURER, 112.

⁷⁶ BBl 1992 V 1232 f.

⁷⁷ LUZIUS MADER, Art. 108 BV, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), SG-Kommentar, 1138 ff., N. 4.

Verfassungen der Kantone Bern, Appenzell Auserrhoden und Tessin wird denn auch sauber zwischen Sozialrechten und -zielen getrennt.⁷⁸

Eine letzte Streitfrage stellt die Möglichkeit der Statuierung einer indirekten oder gar direkten Drittwirkung kantonaler Grundrechte dar.⁷⁹ Die mittelbare Drittwirkung erscheint dabei unproblematisch und ist heute unbestritten.⁸⁰ Soweit das Bundesprivatrecht keine abschliessende Ordnung darstellt und die kantonalen Bestimmungen einem öffentlichen Interesse entsprechen, das Bundeszivilrecht nicht aushöhlen oder dessen Sinn und Geist widersprechen,⁸¹ ist eine kantonal normierte indirekte Drittwirkung mit Bundesrecht vereinbar. Ablehnende Stimmen, wie sie noch anlässlich der Gewährleistung der totalrevidierten Verfassung des Kantons Aargau von 1981 zu vernehmen waren,⁸² sind weitestgehend verstummt. Allerdings entfaltet eine kantonale Drittwirkungsklausel kaum selbständige Bedeutung, weil nach Artikel 35 Absatz 3 der aktuellen Bundesverfassung die Behörden von Bundes wegen dafür zu sorgen haben, dass die Grundrechte des Bundes, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden.⁸³

Nur im Fall von «Mehrgewährleistungen» in einem kantonalen Grundrechtskatalog, entfaltet eine kantonale Garantie daher greifbare Wirkung.⁸⁴ Eine kantonale Grundrechtsordnung kann aber unvollständig und aus sich selbst heraus nicht verständlich erscheinen, wenn auf eine Aufnahme einer Drittwirkungsnorm in die Verfassung verzichtet wird.⁸⁵ Fast einmütig abgelehnt wird in der schweizerischen Lehre hingegen die direkte Drittwirkung.⁸⁶ Eine solche ist aber ebenfalls einzig an ihrer Vereinbarkeit mit Bundesrecht im Sinne von Artikel 51 Absatz 2 der Bundesverfassung zu messen: Falls im konkreten Einzelfall ein Widerspruch nicht ausgemacht werden könnte, und weil eine vollkommene Übereinstimmung von den Kantonen nicht verlangt wird, wäre daher einer entsprechenden kantonalen Verfassungsvorschrift die Gewährleistung zu erteilen.

⁷⁸ Art. 29/30 KV BE; Art. 24/25 KV AR; Art. 13/14 KV TI.

⁷⁹ G. MÜLLER, Drittwirkung, 153 ff.

⁸⁰ A.M. KURER, 152 ff., da die Kantone nicht kompetent seien, die Anwendung des Privatrechts zu beeinflussen, selbst wenn dies bundesrechtskonform geschehe.

⁸¹ G. MÜLLER, Drittwirkung, 161 und 166.

⁸² BBl 1981 II 249 ff.; III 1131; Amtl. Bull. StR 1981, 416 ff.; NR 1981, 1644 ff., 1647.

⁸³ Vgl. dazu PATRICIA EGLI, Drittwirkung von Grundrechten – Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten im Schweizer Recht, Diss. Zürich 2002, 17 ff.

⁸⁴ Vgl. z.B. § 14 Abs. 2 KV BL; Art. 20 Abs. 2 KV SO; Art. 27 KV BE.

⁸⁵ G. MÜLLER, Drittwirkung, 162 und 166.

⁸⁶ RAINER J. SCHWEIZER, Art. 35 BV, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), SG-Kommentar, SG-Kommentar, 629 ff. N. 20; KURER, 142 ff.

3. Völkerrecht

Als im Bundesrecht eingeschlossen gilt unbestritten auch das gesamte für die Schweiz verbindliche Völkerrecht.⁸⁷ So haben die Kantonsverfassungen insbesondere den Anforderungen der Europäischen Menschenrechtskonvention und den Pakten der Uno zu entsprechen.⁸⁸ In der neuen Bundesverfassung wurde die Beachtung des Völkerrechts als eine ausdrückliche Pflicht für Bund und Kantone statuiert.⁸⁹ Die Schweiz anerkennt die Geltung des Völkerrechts ohne weiteres, es braucht dazu weder ein Umgiessen in nationales Recht, noch eine ausdrückliche Ausstattung mit nationaler Gesetzeskraft.⁹⁰ Dieser für die schweizerische Rechtsordnung geltende «Monismus» kann jedoch nicht aus Artikel 5 Absatz 4 abgeleitet werden,⁹¹ sondern ergibt sich aus der gefestigten und unbestrittenen Praxis, die sich zu gewohnheitsrechtlichem Verfassungsrecht verdichtet hat.⁹² Für die geforderte Widerspruchsfreiheit der Kantonsverfassungen bedeutet dies erstens, dass kantonales Verfassungsrecht nicht gegen verbindliches Völkerrecht verstossen darf.⁹³ Der Kanton ist zweitens durch die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Völkerrechts gebunden. Seine Verfassung darf drittens ebenfalls nicht völkerrechtlichem Gewohnheitsrecht und vor allem nicht dem völkerrechtlichen *ius cogens* widersprechen. Viertens sind die Kantone durch die völkerrechtlichen Verträge des Bundes gebunden. Schliesslich können auch keine Widersprüche gegenüber völkerrechtlichen Verträgen geduldet werden, welche durch die Bundesversammlung genehmigt wurden, auch wenn sie der Bundesverfassung widersprechen.⁹⁴

4. Umfang und Grenzen des Vorrangs interkantonalen Rechts

Völkerrechtliche Verträge des um Gewährleistung nachsuchenden Kantons oder anderer Kantone sowie interkantonale Konkordate stellen keine Hindernisse für

⁸⁷ Botschaft VE 96, 219; AUBERT, Art. 51 BV, N. 4.

⁸⁸ VILLIGER, EMRK, 43. Vgl. zur differenzierten Rechtsprechung des Bundesgerichts BGE 125 III 277, 281 ff.

⁸⁹ Art. 5 Abs. 4 BV.

⁹⁰ HALLER, SG-Kommentar Art. 189 BV (JuRef.), N. 15; vgl. auch MARTENET, 75; VILLIGER, EMRK, 42 f.

⁹¹ HANGARTNER, SG-Kommentar Art. 5 BV, N. 40 f.

⁹² HANGARTNER/KLEY, N. 518 ff.

⁹³ SALADIN, Art. 6 BV 1874, N. 45 ff. Einzelne können sich jedoch auf eine völkerrechtliche Norm nur dann berufen, wenn sie direkt anwendbar ist (HALLER, SG-Kommentar Art. 189 BV [JuRef.], N. 16).

⁹⁴ Vgl. SALADIN, Art. 6 BV 1874, N. 47.

die Genehmigung einer Kantonsverfassung dar.⁹⁵ Dies ergibt sich mittelbar aus den Bestimmungen der Bundesverfassung, wonach die Kantone völkerrechtliche und interkantonale Verträge dem Bund nur zur Kenntnis bringen müssen und die Bundesversammlung darüber einzig auf Grund von Einsprachen entscheiden kann.⁹⁶ Interkantonales Recht ist eben nicht Bundesrecht, da es alleine den Zuständigkeitsbereich der Kantone berührt. Bereits innerkantonal sind einem Vorrang interkantonalen Rechts Grenzen gesetzt, falls solches Vertragsrecht nur über eine ungenügende demokratische Legitimation verfügt.⁹⁷

Eine differenzierte Sichtweise könnte sich hingegen aufdrängen, falls der Vorrang interkantonalen Rechts gegenüber kantonalem Recht in der Bundesverfassung eine explizite Verankerung fände.⁹⁸ Der Ständerat stellte indessen bei der Beratung des Neuen Finanzausgleichs zu Recht klar, nicht jedes interkantonale Recht könne kantonalen Verfassungen und Gesetzen vorgehen. Interkantonales Recht entstehe beispielsweise nämlich durch Vereinbarungen zwischen Kantonsregierungen oder gar Vereinbarungen von Amtsstellen, die Kantonsregierungen unterstehen:

«Es scheint offensichtlich, dass solche Vereinbarungen gegenüber Kantonsverfassungen, die immerhin vom Volk angenommen worden sind und überdies vom Bund, konkret von der Bundesversammlung, gewährleistet werden müssen, nicht auch Vorrang geniessen dürfen.»⁹⁹

Das angesprochene Problem betrifft also die Sicherung der alleine auf dem Grundsatz der Volkssouveränität beruhenden Kantonsverfassung sowie die damit verbundenen Gefahr einer Umgehung der Verfassungsgewährleistung.

⁹⁵ SALADIN, Art. 6 BV 1874, N. 47; BURCKHARDT, Kommentar, 65; MARTENET, 87 ff.; a.M. JENNY, Aufsicht, 28. Verträge zwischen Bund und Kantonen hingegen dürfen die Zuständigkeitsordnung nicht verändern und müssen im öffentlichen Interesse liegen (HANGARTNER, Grundzüge I, 83; SALADIN, Art. 3 BV 1874, N. 114). Verfassungsrechtlich zulässig dürften derartige Vereinbarungen einzig in Materien sein, wo Bund und Kantone über parallele Kompetenzen verfügen (HÄNNI, Verträge, N. 42). Widersprüche kantonaler Verfassungsnormen bei solchen Verträgen sind zwar denkbar, aber unwahrscheinlich.

⁹⁶ Art. 48 Abs. 3, 56 Abs. 1 und 2; Art. 172 Abs. 3 BV; vgl. SÄGESSER, N. 680 und 1022.

⁹⁷ A.M. BGE 120 Ib 360 und 112 Ia 75, 77. Ansonsten geht interkantonales Recht innerkantonalen Recht vor (MARTENET, 283 f.; KÖLZ, Verfassungsprinzip, 152, 157).

⁹⁸ Vgl. dazu Art. 48 Abs. 6 BV VE NFA; BBl 2002 2354 und 2463.

⁹⁹ Votum INDERKUM, Amtl. Bull. StR 2002, 863. Daher vertrat die ständerätliche Kommission die Auffassung, die Formulierung «die Kantone *beachten* das interkantonale Recht» sei angemessener. Die Konfliktregel im Verhältnis Völkerrecht zu Landesrecht dürfe ferner nicht «einfach *mutatis mutandis*» auf das Verhältnis von interkantonalen Recht zu kantonalem Recht angewandt werden.

II. Die grundlegenden Organisationsprinzipien nach Artikel 51

Die Kantone müssen sich in Bezug auf ihre Verfassungsordnung an zwei Organisationsprinzipien halten, aus denen sich alles Weitere ergibt: Erstens muss sich alle staatliche Gewalt direkt oder indirekt auf das Volk zurückführen lassen und zweitens müssen die kantonalen Verfassungen den Grundsatz der Gewaltenteilung als Strukturprinzip beachten. Aus diesen beiden Hauptgestaltungselementen lassen sich die weiteren Anforderungen an die strukturelle Gliederung und die Ausgestaltung und Wahl von Parlament, Regierung und Gerichten ableiten. Die Grundentscheidungen der kantonalen Organisation müssen dabei in der Verfassung geregelt werden, da andernfalls im Gewährleistungsverfahren eine Überprüfung der Vorgabe nach einer demokratischen Organisation gar nicht möglich wäre.¹⁰⁰

1. Das Stimmvolk als Ausgangspunkt aller kantonalen Macht

a) Das Volk im Sinne der Aktivbürger

Artikel 51 der Bundesverfassung setzt das kantonale Volk als wichtigstes Staatsorgan ein,¹⁰¹ es ist unmittelbarer oder mittelbarer Ausgangspunkt aller staatlichen Macht, die «Quelle aller Staatsgewalt»¹⁰². Alle anderen Staatsorgane, die Verfassung und die Gesetze müssen sich auf diese «vierte Gewalt»¹⁰³ zurückführen lassen, in diesem Sinne also über demokratische Legitimation verfügen. In der alten Bundesverfassung kam dies besonders deutlich zum Ausdruck, indem ausdrücklich festgestellt wurde, dass der Bund die Rechte und Befugnisse der kantonalen Behörden nur soweit garantiert, als das Volk ihnen diese übertragen hat.¹⁰⁴ Dies war eine konkrete Ausformung des vom Bund geschützten Selbstkonstituierungsrechts des Volkes, welches mittels des obligatorischen Verfassungsreferendums und der Verfassungsinitiative abgesichert wurde.¹⁰⁵ Ferner gewährleistete der Bund die rechtsgleiche Ausübung der politischen Rechte im Rahmen der kantonalen Verfassungsordnung.¹⁰⁶ Alle diese Bestimmungen dienten dem Zweck der Volkssouveränität – dem wahren Willen

¹⁰⁰ Vgl. dazu auch DUBS I, 51 ff.

¹⁰¹ FLEINER/GIACOMETTI, 428 f.

¹⁰² DUBS I, 55, auch 139.

¹⁰³ MAHON, N. 19; vgl. auch GIACOMETTI, Staatsrecht, 275 ff.

¹⁰⁴ Art. 5 BV 1848 und 1874.

¹⁰⁵ Art. 5 und 6 Abs. 2 Bst. c BV 1848 und 1874.

¹⁰⁶ Art. 4 und 6 Abs. 2 Bst. b BV 1848 und 1874.

des Volkes – zum Durchbruch zu verhelfen.¹⁰⁷ Der nachgeführte Artikel 51 der Bundesverfassung verfolgt dasselbe Ziel einer möglichst hochgradigen demokratischen Legitimation: Das gesamte staatliche Handeln soll sich auf den Willen des Volkes zurückführen lassen. Unter «Volk» ist dabei das kantonale Stimmvolk beziehungsweise die *Summe aller Aktivbürger zu verstehen*.¹⁰⁸ Im Allgemeinen ist dieser Kreis auf Staatsangehörige beschränkt, welche ein bestimmtes Alter erreicht haben und urteilsfähig sind. Ihr Stimm- und Wahlrecht wird in der neuen Bundesverfassung durch den Gewährleistungsartikel und die Artikel 34 und 39 sowie 52 Absatz 1 der Bundesverfassung geschützt. Zudem ist für die Kantone, wie zu zeigen sein wird, in Bezug auf das Wahlrecht Artikel 25 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte von Bedeutung.

b) Notwendigkeit der Ermittlung des wahren Willens der Stimmbürger

Das Stimmrecht hat eine doppelte Natur,¹⁰⁹ da es einerseits ein Recht ist, andererseits aber auch eine staatliche Funktion. Die Gesamtheit der Stimmberechtigten bildet das oberste Staatsorgan, in diesem Sinne trägt der Stimmberechtigte auch eine Mitverantwortung, damit diese Funktion wahrgenommen werden kann.¹¹⁰ Das Demokratiegebot fordert in diesem Sinne kategorisch die zweifelsfreie Ermittlung des *wahren Willens* der Stimmbürger. Damit dieser aber tatsächlich ermittelt werden kann, müssen gewisse Grundvoraussetzungen in den Kantonen erfüllt sein. Bundes- und Völkerrecht schränken zu diesem Zweck den kantonalen Gesetzgebungsspielraum ein.¹¹¹ Die Kantone sind dementsprechend nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet die Ausübung der kantonalen politischen Rechte demokratiekonform zu regeln. Die Grundzüge des Stimm- und Wahlrechts sind von derart grosser Bedeutung, dass sie als zwingender, verfassungswesentlicher Inhalt erscheinen. Gefordert ist dabei ein allgemeines und gleiches Stimmrecht, wie es aus Artikel 8, 34 und 51 Absatz 1 der Bundesverfassung sowie aus Artikel 25 Buchstabe b des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte abgeleitet werden kann.¹¹²

¹⁰⁷ Vgl. dazu auch MARTENET, 327.

¹⁰⁸ GIACOMETTI, Staatsrecht, 206 ff.; HANGARTNER/KLEY, N. 326; MARTENET, 319 ff. Zur Mehrdeutigkeit des Volksbegriffs: HALLER/KÖLZ, 7 f.

¹⁰⁹ HÄFELIN/HALLER, N. 1381 f.

¹¹⁰ Diese doppelte Funktion des Stimmrechts spricht für eine ausdrückliche statuierte *Stimmpflicht* (vgl. dazu FLEINER/GIACOMETTI, 428 ff.; GIACOMETTI, Staatsrecht, 208, 232 ff.; POLEDNA, Wahlrecht, 255 f.; KLEY, Grundpflichten, 153 ff.). Auch ein *Stimmzwang*, der die Nichterfüllung der Stimmpflicht mit Sanktionen ahndet, lässt sich daher demokratietheoretisch rechtfertigen (KLEY, Grundpflichten, 173 ff.).

¹¹¹ KLEY, SG-Kommentar Art. 39 BV, N. 4; POLEDNA, Wahlrecht, 215 ff.

¹¹² Vgl. ACHERMANN/CARONI/KÄLIN, 226 ff. zu den völkerrechtlichen Vorgaben.

aa) Bürgerrecht und Einbürgerung

Das Stimmrecht in kantonalen und kommunalen Angelegenheiten kommt nach Artikel 37 Absatz 2 Satz 1 der Bundesverfassung allen Schweizer Bürgern zu und darf nicht auf die eigenen Kantonsbürger beschränkt werden. Ausgenommen sind einzig Sonderfälle wie Bürgergemeinden und Korporationen;¹¹³ derartige Gemeinden dürfen jedoch nicht abschliessend mit Aufgaben betraut werden, die alle Einwohner einer Gemeinde betreffen.¹¹⁴ Es handelt sich um eine bundesrechtliche Mindestvorschrift, das Stimmrecht muss demgemäss nur den Schweizer Bürgern mit Wohnsitz im betroffenen Kanton zugestanden werden. Die Bundesverfassung erlaubt darüber hinaus aber, dass die Kantone im Rahmen ihrer Verfassungsautonomie alle oder einen Teil der den Schweizern zuerkannten politischen Rechte auf ihre ausländische Bevölkerung ausdehnen oder die Gemeinden zur Einführung des Ausländerstimmrechts in kommunalen Angelegenheiten ermächtigen.¹¹⁵ Die Kantone sind also berechtigt, ihr Staatsvolk im Sinne der Aktivbürgerschaft abweichend von den im Bund geltenden Vorschriften zu definieren.¹¹⁶ Die Kantone Jura, Neuenburg, Waadt und in beschränktem Umfang Appenzell Auser Rhoden sowie Graubünden haben von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht.¹¹⁷

Aus dem Demokratiegebot von Artikel 51 der Bundesverfassung lässt sich das Ziel der möglichst umfassenden Verwirklichung einer auf der Volkssouveränität beruhenden Gesellschaftsordnung ableiten. Die demokratische Ordnung eines jeden Kantons erfordert daher eine reale Einbürgerungsmöglichkeit.¹¹⁸ Nach schweizerischem Demokratieverständnis sollten möglichst alle Personen bei Abstimmungen und Wahlen als handelnde Subjekte in die Entscheidungsprozesse mit einbezogen werden und mitbestimmen können. Der damit verbundene Grundsatz der politischen Selbstbestimmung und Partizipation des Einzelnen schliesst mit ein, dass im Land integrierten Ausländern innert nützlicher Frist die politischen Rechte zugestanden und sie in den Staatsverband aufgenommen werden, soweit keine bedeutsamen sachliche Gründe dagegen sprechen.¹¹⁹ Eine Gesellschaft, die über lange Zeit wesentliche Personengruppen von den demokratischen Entscheidungen ausschliesst, könnte nämlich nicht mehr als wirkliche Demokratie bezeichnet werden, da statt des Grundsatzes der

¹¹³ Art. 37 Abs. 2 BV.

¹¹⁴ Vgl. HANGARTNER/KLEY, N. 99.

¹¹⁵ Vgl. GIACOMETTI, Staatsrecht, 186; NOWAK, 445 N. 20.

¹¹⁶ Vgl. aber GRISEL, Initiative, 82 f.

¹¹⁷ Siehe Art. 73 KV JU, Art. 37 Abs. 1 Bst. c KV NE; Art. 142 Abs. 1 Bst. b KV VD; Art. 105 Abs. 2 KV AR und Art. 9 Abs. 4 KV GR. Vgl. zum Ganzen TIZIANA LOCATI HARZENMOSER, Warum ein Stimmrecht für Ausländerinnen und Ausländer?, in: Schiess Rütimann (Hrsg.), 165 ff., 170 ff.

¹¹⁸ Dazu HANGARTNER, Grundsätzliche Fragen, 951 ff.

¹¹⁹ HANGARTNER, Grundsätzliche Fragen, 963.

Selbstbestimmung des Volkes eine Fremdbestimmtheit Vieler die Folge wäre, was zu einer faktisch oligarchischen Staatsform führen würde.¹²⁰ Diese Gefahr wurde bereits 1848 erkannt und daher wurde dem Bund die Kompetenz zugesprochen, dafür zu sorgen, dass die schweizerische Demokratie zu einer wahrhaften Demokratie werde: Die früher in verschiedenen Orten zahlreich ansässigen minderberechtigten Staatsangehörigen, wie so genannte «Landsassen», «Hintersassen» oder «ewige Einwohner», hatten die Kantone als vollberechtigte Bürger und damit als Stimmberechtigte aufzunehmen.¹²¹ Eine ähnliche Situation wie damals entsteht, wenn die Einbürgerungshürden für Ausländer von den Kantonen zu hoch angesetzt werden. Die sich über drei Ebenen erstreckende Bürgerrechtsordnung wird «der Idee der Demokratie nicht gerecht»¹²², wenn sogar die Einbürgerung integrierter einbürgerungswilliger Ausländer der zweiten oder dritten Generation ohne sachliche Gründe abgelehnt werden kann.

Aus dem Demokratiegebot von Artikel 51 der Bundesverfassung ist daher abzuleiten, dass das Einbürgerungsverfahren keinesfalls dazu missbraucht werden darf, Einbürgerungswillige durch Verzögern von ihrem Vorhaben abzubringen. Die Gutheissung von Einbürgerungsanträgen von Bewerbern, welche die Mindestvoraussetzungen erfüllen und denen nichts vorzuwerfen ist, dürfen die Kantone demgemäss nicht unverhältnismässig lange hinauszögern,¹²³ da diese andernfalls «dauernd in die Stellung von Menschen zweiter Klasse in der Art der früheren Hintersassen» verwiesen würden.¹²⁴

bb) Alter, Urteilsfähigkeit und Stimmrechtsausschluss

In allen Kantonen hat sich das zurückgelegte 18. Lebensjahr als Stimmrechtsalter durchgesetzt; die politische und zivilrechtliche Mündigkeit fallen also zusammen.¹²⁵ Das 18. Lebensjahr ist heute als Altersobergrenze zu verstehen, über welche die Kantone nicht mehr hinausgehen können. Es leuchtet nicht ein, einer Person die Fähigkeit zum Abschluss privatrechtlicher Verträge zuzuerkennen ohne sie gleichzeitig für fähig zu erklären, die Folgen politischer Entscheidungen bewerten zu können. Bei der Zuerkennung des Stimmrechts sollte demzufolge einzig auf die politische Urteilsfähigkeit abgestellt werden – für die politische Teilhabe ist «die geistige Einsichtsfähigkeit, die innere und nicht die äussere Unabhängigkeit»¹²⁶ massgebend.

Das Kriterium des Alters muss sachgerecht und vernünftig gewählt sein. Andernfalls würde eine kantonale Regelung Artikel 8 und 51 der Bundesverfas-

¹²⁰ TÖNDURY, Einbürgerung, 200.

¹²¹ HIS III, 527.

¹²² HANGARTNER/KLEY, N. 54.

¹²³ HANGARTNER, Grundsätzliche Fragen, 958.

¹²⁴ HANGARTNER, Grundzüge II, 229.

¹²⁵ Vgl. Art. 14 ZGB.

¹²⁶ POLEDNA, Wahlrecht, 224.

sung¹²⁷ sowie den völkerrechtlichen Vorgaben¹²⁸ widersprechen. Eine massvolle Anpassung des Stimmrechtsalter nach unten – beispielsweise auf sechzehn Jahre – wäre in diesem Sinne unproblematisch, insbesondere unter Berücksichtigung der Tatsache, dass an die politische Urteilsfähigkeit mündiger Erwachsener keine grossen Ansprüche gestellt werden.¹²⁹ Unzulässig wäre aus diesen Gründen auch eine Beschränkung des Stimmrechts alter Menschen,¹³⁰ desgleichen würde etwa eine Verminderung des Gewichtes der Individualstimme entsprechend dem fortschreitenden Alter Bundesrecht und besonders dem Grund-Grundsatz der Zählwertgleichheit widersprechen.¹³¹ Die Stimmrechtsfähigkeit kann und darf einem Individuum nur dann abgesprochen werden, wenn entweder die politische Urteilsfähigkeit noch fehlt oder sie verloren gegangen ist. Zu Recht sehen daher die Kantone die Einstellung des Stimmrechts alleine noch bei Entmündigung infolge Geisteskrankheit oder Geistesschwäche vor.¹³² Ein Stimmrechtsausschluss im Sinne einer Nebenstrafe ist heute untersagt,¹³³ ebenso wenig darf das Stimmrecht wegen Steuerversäumnissen gesperrt¹³⁴ oder dürfen fruchtlos gepfändete oder konkursite Bürger vom Stimmrecht ausgeschlossen werden.¹³⁵ Ein Ausschluss ist einzig bei einem Verlust der politischen Urteilsfähigkeit zulässig.¹³⁶

cc) Politischer Wohnsitz und Karenzfristen

Allen im Inland wohnhaften Schweizerbürgern wird das Stimmrecht am Wohnsitz von Bundes wegen gewährleistet.¹³⁷ Neben der Wohnsitznahme muss sich der Stimmberechtigte als stimmfähige Person am Ort des politischen Wohnsitzes in das Stimmregister eintragen lassen;¹³⁸ die Gemeinden sind von Amtes wegen zum Eintrag verpflichtet.¹³⁹ Wer zwar in der Schweiz, aber ausserhalb

¹²⁷ Vgl. POLEDNA, Wahlrecht, 225.

¹²⁸ Art. 25 UNO-Pakt II.

¹²⁹ Vgl. GIACOMETTI, Staatsrecht, 192.

¹³⁰ Zur Frage einer oberen Altersgrenze vgl. auch BBl 1989 III 730 ff., 739 f.

¹³¹ Vgl. dazu den Vorschlag von SILVANO MÖCKLI, Demographische Struktur und Volksabstimmungen, in: Peter Füglistaler (Hrsg.), *Hilfe! Die Schweiz schrumpft*, Zürich 1994, 13 ff.; insbesondere 24.

¹³² Art. 369 ZGB. Vgl. dazu HANGARTNER/KLEY, N. 131; MARTENET, 325 f.; ACHERMANN/CARONI/KÄLIN, 227; NOWAK, 446 N. 23

¹³³ TSCHANNEN, Stimmrecht, 46.

¹³⁴ POLEDNA, Wahlrecht, 205.

¹³⁵ § 3 Abs. 2 KV BS fällt daher dahin und ist aus der KV zu streichen. Zu weiteren heute nicht mehr aktuellen Ausschlussgründen: SCHWINGRUBER, 99 ff.

¹³⁶ Vgl. POLEDNA, Wahlrecht, 226; MARTENET, 326 f.; SCHWINGRUBER, 98 und 128.

¹³⁷ Art. 39 Abs. 2 BV. Vgl. dazu auch NOWAK, 446 N. 23.

¹³⁸ Der politische und der zivilrechtliche Wohnsitz sind in der Regel identisch (TSCHANNEN, Stimmrecht, 50).

¹³⁹ Vgl. GIACOMETTI, Staatsrecht 224; SCHWINGRUBER, 146 f.

einer betreffenden Gemeinde oder eines Kantons wohnt, darf vom Kanton nicht für stimmberechtigt erklärt werden. Das Stimmrecht kann somit alleine in einem Kanton wahrgenommen werden.¹⁴⁰ Dieses Wohnsitzprinzip bezieht sich auf die Stimmrechtsausübung in allen Gebietskörperschaften, welche über hoheitliche Befugnisse verfügen – also die Kantone, die Einwohnergemeinden und andere Spezialgemeinden mit Territorialhoheit.¹⁴¹ Die Einheit des politischen Wohnsitzes gilt ebenfalls im Verhältnis zwischen zwei Gemeinden desselben Kantons, da es sich um ein allgemeines Prinzip handelt, welches sich aus dem demokratischen Ideal einer Identität von Rechtsschaffenden und Rechtsunterworfenen ergibt.¹⁴² Daher versties etwa eine Bestimmung im jurassischen Wahlgesetz, welche jurassischen Bürgern im Alter zwischen achtzehn und zwanzig Jahren, die in ihrem Wohnsitzkanton noch nicht stimmberechtigt waren, ein Stimmrecht im Kanton Jura einräumen wollte, gegen die Bundesverfassung.¹⁴³

Die Kantone können aber vom Prinzip des politischen Wohnsitzes in geringem Umfang abweichen, wobei bei allen Abweichungen zu berücksichtigen ist, dass diese dem Territorialitätsprinzip und damit der Idee der Demokratie zuwiderlaufen.¹⁴⁴ Nicht auf den politischen Wohnsitz abgestellt werden muss beispielsweise bei Abstimmungen in Bürgergemeinden oder im Fall von Personen, welche keinen festen Wohnsitz kennen, wie etwa die Fahrenden. Die gewichtigste Ausnahme betrifft allerdings das kantonale *Stimmrecht für Ausland-Auslandschweizer*. Eine solche Durchbrechung des Wohnsitzprinzips fordert wegen ihrer Schwere jedoch zumindest eine ausdrückliche kantonale Verfassungsgrundlage.¹⁴⁵ Eine Ausnahme vom Wohnsitzprinzip in zeitlicher Dimension bilden schliesslich die *Karenzfristen*:¹⁴⁶ Artikel 39 Absatz 4 der Bundesverfassung ermächtigt die Kantone, eine höchstens dreimonatige Frist für neu zugezogene Bürger zu verlangen. Diese soll eine gewisse Vertrautheit des Stimmbürgers mit kommunalen und kantonalen Angelegenheiten sicherstellen. Solche Karenzfristen sollen einen unerwünschten «Stimmrechts-Tourismus»¹⁴⁷ und ein «Wahlsöldnertum»¹⁴⁸ verhindern helfen.¹⁴⁹ Meines Er-

¹⁴⁰ Art. 39 Abs. 3 BV.

¹⁴¹ HANGARTNER/KLEY, N. 138 f.

¹⁴² Vgl. GRISEL, Art. 43 BV 1874, N. 37; KLEY, SG-Kommentar Art. 39 BV, N. 12; POLEDNA, Wahlrecht, 219; TSCHANNEN, Stimmrecht, 49.

¹⁴³ GRISEL, Art. 43 BV 1874, N. 43. Kritisch dazu MARTENET, 323 Fn 335.

¹⁴⁴ HANGARTNER/KLEY, N. 140 ff.

¹⁴⁵ Vgl. KLEY, SG-Kommentar Art. 39 BV, N. 9. Auch Auslandschweizer dürfen natürlich keinesfalls in mehr als einem Kanton beziehungsweise einer Gemeinde ihre Stimme abgeben können (MARTENET, 323).

¹⁴⁶ Vgl. GIACOMETTI, Staatsrecht, 214 ff.

¹⁴⁷ HANGARTNER/KLEY, N. 122.

¹⁴⁸ TSCHANNEN, Stimmrecht, 52 f.

¹⁴⁹ KLEY, SG-Kommentar Art. 39 BV, N. 14.

achtens sind Karenzfristen überholt, weil sich in den letzten Jahrzehnten die Anforderung der Volkswirtschaft an die Mobilität der Arbeitnehmer stark erhöht hat. Solche Fristen könnten daher nicht mehr als bundesrechtskonform angesehen werden, wenn sie nicht durch die Bundesverfassung ausdrücklich vorbehalten würden.¹⁵⁰

c) Die Sicherung durch die Garantie der politischen Rechte

aa) *Der Schutz durch eine Institutsgarantie*

Artikel 34 Absatz 1 der Bundesverfassung gewährleistet in allgemeiner Weise die politischen Rechte.¹⁵¹ Die Bestimmung ist nicht grundsätzlich neu, da der Bund bereits in der alten Bundesverfassung die verfassungsmässigen Rechte der Bürger und die Rechte des Volkes garantierte.¹⁵² Zudem findet sich die Garantie ebenfalls in Artikel 52 Absatz 1 der Bundesverfassung, wonach der Bund die verfassungsmässige Ordnung schützt – die Sicherung der politischen Rechte in den Kantonen ist in diesen Bestimmungen weiterhin mit enthalten.¹⁵³ Beide Normen weisen eine enge Verwandtschaft zur geforderten demokratischen Organisation gemäss Artikel 51 Absatz 1 und zu Artikel 39 Absatz 1 der Bundesverfassung auf.¹⁵⁴

Die allgemeine Garantie des Bundes bezüglich der kantonalen Verfassungsordnungen wird somit durch das neu verankerte Grundrecht in Artikel 34 Absatz 1 der Bundesverfassung abgerundet, wobei dieses als eigentliches Individualrecht ausgestaltet ist, weshalb sich *alle* Personen, die nach dem Recht des Bundes, der Kantone oder der Gemeinden über politische Rechte verfügen, darauf berufen können.¹⁵⁵ Allerdings wird damit nur eine Institutsgarantie verankert; es kann daher einzig im Zusammenspiel mit den konkreten kantonalen und bundesrechtlichen Vorschriften Geltung entfalten. Immerhin werden die Kantone aber dadurch zur uneingeschränkten Durchsetzung der politischen Rechte verpflichtet sowie zur Verhinderung, dass diese ihrer Substanz verlustig gehen.¹⁵⁶

¹⁵⁰ Kein Hinderungsgrund stellt Art. 25 Uno-Pakt II dar (HANGARTNER/KLEY, N. 122).

¹⁵¹ Vgl. dazu GEROLD STEINMANN, Die Gewährleistung der politischen Rechte durch die neue Bundesverfassung (Art. 34 BV), ZBJV 2003, 481 ff. Steinmann leitet aus Art. 34 BV eine Institutsgarantie, ein Gleichheitsgebot und ein Rechtsschutzgebot durch ein Gericht ab (487 ff.).

¹⁵² Art. 5 BV 1848 und 1874.

¹⁵³ SCHWEIZER/KÜPFER, SG-Kommentar Art. 52 BV, N. 10.

¹⁵⁴ STEINMANN, SG-Kommentar Art. 34 BV, N. 3.

¹⁵⁵ Eventuell also auch Jugendliche unter 18 Jahren und ausländische Staatsangehörige (STEINMANN, SG-Kommentar Art. 34 BV, N. 5; a.M. HANGARTNER/KLEY, N. 66).

¹⁵⁶ Vgl. dazu BGE 125 I 87 und 124 I 55.

bb) Die bundesrechtliche Garantie der Wahl- und Abstimmungsfreiheit

Im Hinblick auf ein demokratisches Wahl- und Abstimmungsverfahren schützt die Bundesverfassung mit Artikel 34 Absatz 2 die freie Willensbildung und die unverfälschte Stimmabgabe. Es handelt sich dabei um eine Aufforderung an die Kantone, ihr Stimm- und Wahlrecht nach diesem Grundsatz auszugestalten. Dem Stimmbürger wird der Anspruch eingeräumt, dass kein Abstimmungs- oder Wahlergebnis Anerkennung finden kann, das nicht den freien Willen der Stimmberechtigten zuverlässig und unverfälscht zum Ausdruck bringt. Entscheide sollen daher gestützt auf einen möglichst freien und umfassenden Prozess der Meinungsbildung getroffen werden können.¹⁵⁷ Der verankerte Anspruch der Wahl- und Abstimmungsfreiheit liess sich in den alten Bundesverfassungen aus Artikel 5 und Artikel 6 herleiten.¹⁵⁸ Vor allem die letztere Bestimmung garantierte eine Ausgestaltung des kantonalen Stimmrechts nach den Grundsätzen der Volkssouveränität und der Rechtsgleichheit, was die Abstimmungsfreiheit zwingend mit einschloss.

Als Grundrecht bindet die Wahl- und Abstimmungsfreiheit Bund, Kantone und Gemeinden.¹⁵⁹ Die bundesrechtliche Garantie verlangt von den Kantonen daher die Beachtung folgender Grundsätze: Der Grundsatz der *Einheit der Form* sichert die Abstimmungsfreiheit, indem die Initiativformen der allgemeinen Anregung und des ausgearbeiteten Entwurfs nicht vermischt werden dürfen. Der Grundsatz gilt auch in den Kantonen, wo er nicht ausdrücklich statuiert ist.¹⁶⁰ Das Prinzip der *Einheit der Materie* verhindert,¹⁶¹ dass in einer einzigen Vorlage über mehrere Fragen, die sachlich nicht eng zusammenhängen, abgestimmt wird.¹⁶² Bei Volksinitiativen sichert der Grundsatz die freie Willensbildung und -kundgabe gleichermassen bei der Unterschriftensammlung und bei der Volksabstimmung.¹⁶³ Eine Nichtbeachtung der Einheit der Materie hätte zur Folge, dass die Stimmbürger zu Gunsten oder zu Lasten einzelner Abstimmungsfragen die ganze Vorlage entweder annehmen oder ablehnen müssten.¹⁶⁴ Der Grundsatz verbietet nicht alleine ein Zusammenfassen verschiedener Anliegen in einem Erlass, sondern verhindert auch die Aufteilung einer zusammen-

¹⁵⁷ BGE 119 Ia 271, 272.

¹⁵⁸ Aus Art. 5 BV 1874 z.B. BURCKHARDT, Kommentar, 61; FLEINER/GIACOMETTI, 884; BBI 1890 III 137. Aus Art. 6 BV 1874 HUSER, 147 f.; POLEDNA/WIDMER, 289 ff.; S. WIDMER, Freiheit, 74 ff.

¹⁵⁹ Art. 35 Abs. 1 BV. Vgl. TSCHANNEN, Stimmrecht, 25 ff.; S. WIDMER, Freiheit, 78.

¹⁶⁰ Vgl. KÖLZ, Volksinitiative, 17 f.; GRISEL, Initiative, 249 f.

¹⁶¹ Vgl. auch HANGARTNER/KLEY, N. 2480 ff.; CRISPIN F. M. HUGENSCHMIDT, Einheit der Materie – überholtes Kriterium zum Schutze des Stimmrechts?, Diss. Basel 2000; TSCHANNEN, Stimmrecht, 78 f.; 128 f.

¹⁶² Vgl. z.B. BGE 125 I 230; 123 I 63, 71.

¹⁶³ Vgl. KÖLZ, Volksinitiative, 18.

¹⁶⁴ HÄFELIN/HALLER, N. 1388.

hängenden Vorlage, beispielsweise im Bereich des Finanzreferendums.¹⁶⁵ Eine Relativierung erfährt das Prinzip allerdings bei Totalrevisionen, insbesondere von kantonalen Verfassungen. Es liegt in der Natur solcher Vorhaben, dass das Stimmvolk am Ende eines umfassenden Prozesses über zahlreiche verschiedene Materien gleichzeitig entscheiden muss.¹⁶⁶

Während diese beiden ersten Prinzipien ihrer Natur nach nur auf Abstimmungen zutreffen, lassen sich noch weitere Aspekte ableiten, welchen auch bei der Durchführung von Wahlen Beachtung geschenkt werden muss: Garantiert wird die *richtige Zusammensetzung der Aktivbürgerschaft*,¹⁶⁷ was eine unabdingbare Grundvoraussetzung für das Zustandekommen eines richtigen Ergebnisses darstellt. Es ist ferner bei Wahlen und Abstimmungen ein grosses Mass an *Stimmkraftgleichheit* aller Stimmbürger sicherzustellen.¹⁶⁸ Aus der Wahl- und Abstimmungsfreiheit lässt sich zudem ein *Verbot der Irreführung der Stimmberechtigten* ableiten,¹⁶⁹ woraus ein Anspruch auf objektive behördliche Informationen und die korrekte Formulierung von Abstimmungsfragen abzuleiten ist.¹⁷⁰ Ebenso ist es den Behörden *verboten, propagandistisch* in einen Wahl- oder Abstimmungskampf einzugreifen,¹⁷¹ wobei die Neutralitätspflicht der Behörden bei Wahlen in noch erhöhterem Masse als bei Abstimmungen beachtet werden muss.¹⁷² Weitere die Kantone bindende Grundsätze stellen die *geheime Stimmabgabe*¹⁷³ sowie die *korrekte Ermittlung des Wahl- und Abstimmungsergebnisses* dar.¹⁷⁴ Ferner besteht ein Anspruch der Stimmbürger auf die Durchführung von Wahlen und Abstimmungen, wie sie die Kantonsverfassung vorschreibt, nach der strittigen Praxis des Bundesgerichts besteht indessen kein Anspruch auf Ungültigerklärung einer kantonalen Initiative.¹⁷⁵

¹⁶⁵ Vgl. BGE 112 Ia 221, 229; AUER, *droits politiques*, 173 ff.; HANGARTNER/KLEY, N. 2525; S. WIDMER, *Freiheit*, 114 ff.

¹⁶⁶ HANGARTNER/KLEY, N. 2517.

¹⁶⁷ Vgl. AUER, *droits politiques*, 67; HANGARTNER/KLEY, N. 2533 ff.; JAAG/POLEDNA, 615; TSCHANNEN, *Stimmrecht* 61 ff.; S. WIDMER, *Freiheit*, 79 ff.

¹⁶⁸ Hinten, S. 247, 264 und 285 f.

¹⁶⁹ HÄFELIN/HALLER, N. 1390 ff.

¹⁷⁰ Vgl. G. MÜLLER, Art. 4 BV 1874, N. 11d; TSCHANNEN, *Stimmrecht*, 99 ff.; S. WIDMER, *Freiheit*, 178 ff. und 249 ff.

¹⁷¹ Vgl. HÄFELIN/HALLER, N. 1393.

¹⁷² Nach der Rechtsprechung liegt eine unerlaubte behördliche Intervention vor, wenn z.B. in amtlichen Erläuterungen über Zweck und Tragweite einer Vorlage falsch orientiert wird. Über solche Erläuterungen hinausgehende Aktivitäten sind äusserst fragwürdig. Bei Wahlen ist jegliche behördliche Stellungnahme untersagt (BGE 113 Ia 291, 295 ff.; HANGARTNER/KLEY, N. 2604; POLEDNA, *Wahlrecht*, 161 ff. und 233 ff.).

¹⁷³ HÄFELIN/HALLER, N. 1397 ff.; vgl. auch GIACOMETTI, *Staatsrecht*, 248 ff.; POLEDNA, *Wahlrecht*, 257 ff.; TSCHANNEN, *Stimmrecht*, 134 ff.; S. WIDMER, *Freiheit*, 140 ff.

¹⁷⁴ POLEDNA/WIDMER, 282; S. WIDMER, *Freiheit*, 168 ff.

¹⁷⁵ BGE 114 Ia 267, 271 ff.; HÄFELIN/HALLER, N. 1401; TSCHANNEN, *Stimmrecht*, 81.

cc) *Der Spezialfall der Landsgemeindedemokratie*

Die Landsgemeinde ist eine verfassungsmässig einberufene und tagende Versammlung der Stimmberechtigten des Kantons, welche die den kantonalen Stimmberechtigten zustehenden Wahlen und die dem Volksentscheid unterliegenden Beschlüsse vornimmt. Die Landsgemeinde als oberstes Organ existiert auf kantonaler Ebene nur noch in den Kantonen Glarus und Appenzell Innerrhoden. Wenige Kantone kennen die Landsgemeinde zudem in einzelnen Bezirken oder Kreisen; ausserdem haben sich die meisten Gemeinden als Versammlungsdemokratien konstituiert. Die Landsgemeinde als Zusammenkunft der Stimmberechtigten ermöglicht, dass mit der Willensbildung beziehungsweise der Entscheidungsfindung nochmals ein Meinungsbildungsprozess stattfindet. Im Kanton Glarus wird den Stimmbürgern etwa eine zwar beschränkte, aber unmittelbare Mitgestaltungsmöglichkeit eingeräumt.¹⁷⁶ An der Landsgemeinde verfügen die Bürgerinnen und Bürger im Übrigen über weit reichende Kompetenzen in Bezug auf Rechtsetzung, Finanzen und Wahlen.¹⁷⁷ Nebst den Vorteilen, welche eine Versammlungsdemokratie bietet, nämlich den unmittelbar Kontakt zu den Behörden und der direkten Erlebbarkeit des Entscheidungsvorgangs und des Volksentscheids, sind mit dieser Art der Demokratie auch gewisse Nachteile verbunden. So verhindern beispielsweise Krankheit, Alter oder berufliche und andere Verpflichtungen eine Teilnahme, was zu einer Schmälerung der Stimmbeteiligung und damit zu einer Verringerung der demokratischen Legitimation des Entscheids führen kann.¹⁷⁸ Am schwerwiegendsten erscheint jedoch die Beeinträchtigung der freien Willenskundgabe, da bei der offenen Stimmabgabe die Gefahr einer faktischen Behinderung wahrscheinlich ist – insbesondere in kleineren Verhältnissen wird oft ein erheblicher Druck in Richtung eines mehrheitskonformen Abstimmungsverhaltens aufgebaut. Tschannen fordert daher, es müssten bei Wahlen und Sachvorlagen zumindest die geschäftserledigenden Hauptabstimmungen im Urnenverfahren durchgeführt werden.¹⁷⁹

Die Schweiz hat sich völkerrechtlich nicht zur Einhaltung des Stimmheimnisses verpflichtet. Einerseits verzichtete die Eidgenossenschaft aus Rücksicht auf kantonale Regelungen, welche offene Wahlen an Versammlungen vorsehen,¹⁸⁰ auf die Ratifizierung jenes Artikels des ersten Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention, der zur Durchführung geheimer Wahlen in die gesetzgebende Behörde verpflichten würde.¹⁸¹ Andererseits brachte die Schweiz beim Internationalen Pakt über bürgerliche und politische

¹⁷⁶ Art. 65 Abs. 2 KV GL.

¹⁷⁷ Art. 69 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a–e KV GL; Art. 20 Abs. 1 KV AI; Art. 69 Abs. 1 lit. d–e KV GL; Art. 68 KV GL; Art. 20 KV AI

¹⁷⁸ Vgl. HÄFELIN/HALLER, N. 1398.

¹⁷⁹ TSCHANNEN, Stimmrecht, 135 f.

¹⁸⁰ Vgl. z.B. Art. 68 Bst. a–c KV GL und Art. 20 Abs. 2 Ziff. 1 und 2 KV AI.

¹⁸¹ Art. 3 des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK.

Rechte einen Vorbehalt in Bezug auf die Bestimmungen des kantonalen und kommunalen Rechts an, die Wahlen von Parlamentsmitgliedern in offenen Abstimmungen vorsehen oder zulassen.¹⁸² Die Landsgemeinde entspricht ansonsten dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte voll und ganz, da die Versammlungsdemokratie eine unmittelbare Partizipation der Bürger an den politischen Entscheiden ermöglicht.¹⁸³

Das Bundesgericht prüfte die Einhaltung des Stimmgeheimnisses bisher stets unter Berücksichtigung der lokalen Verhältnisse und des historischen Hintergrunds.¹⁸⁴ Die Rechtmässigkeit von nichtgeheimen Wahlen und Abstimmungen in Bürgerversammlungen und Landsgemeinden wurde nie als solches in Frage gestellt.¹⁸⁵ Immerhin kritisierte das Bundesgericht aber deren systembedingte Unzulänglichkeiten.¹⁸⁶ In der Regel wird davon ausgegangen, dass der Bund diese Ausnahme zur Wahl- und Abstimmungsfreiheit ausdrücklich zulässt. Eine Garantie der Landsgemeindedemokratie kann in Artikel 6 Absatz 2 Buchstabe b der alten Bundesverfassung erblickt werden, wonach die Kantone die politischen Rechte nach repräsentativen oder demokratischen Formen zu sichern hatten. Bei der geforderten demokratischen Form dachte man ursprünglich vor allem an die Versammlungsdemokratie.¹⁸⁷ Zu einem differenzierten Ergebnis kommt hingegen Martenet, nach dessen Ansicht *kein Schutz dieser Demokratieform bei Verfassungsreferenden* bestehen soll:¹⁸⁸ Die Landsgemeinde wird auf der einen Seite zwar durch die oben genannte Bestimmung geschützt, gemäss seiner Interpretation jedoch nur im Bereich der Wahlen und der Gesetzgebung. Auf der anderen Seite verlangt die Annahme von Verfassungsänderungen durch das Volk im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe c der alten Bundesverfassung die Durchsetzung des *wahren* Willens des Volkes, was die Stimmfreiheit und damit die Respektierung des geheimen Stimmrechts zwingend mit einschliesst: «En d'autres termes, le constituant cantonal peut maintenir l'institution de la Landsgemeinde pour les scrutins autres que ceux qui

¹⁸² Vgl. den Vorbehalt gegenüber Art. 25 Bst. b UNO-Pakt II: Art. 1 Abs. 1 Bst. g BB vom 13. Dezember 1991 betreffend den UNO-Pakt II, AS 1993 757. Nicht notwendig war ferner das Anbringen eines Vorbehalts in Bezug auf die offene Stimmabgabe bei Sachabstimmungen, da die Beachtung dieses Grundsatzes vom Internationalen Pakt nur für Wahlen gefordert wird. CLAUDE ROULLER hält hingegen den Verzicht auf das Anbringen eines solchen Vorbehalts für Sachabstimmungen für unvorsichtig (Le pacte international relatif aux droits civils et politiques, ZSR 1992 I, 107 ff., 127) – wohl nicht ganz zu Unrecht (vgl. ACHERMANN/CARONI/KÄLIN, 229 f.).

¹⁸³ Im Sinne von Art. 25 Bst. a UNO-Pakt II.

¹⁸⁴ Vgl. BGE 121 I 138; Bger. vom 25. März 1970, ZBl 1970 470 ff., 471.

¹⁸⁵ Vgl. die Kritik bei POLEDNA, Grundzüge, N. 2.

¹⁸⁶ BGE 121 I 138.

¹⁸⁷ Vorne, S. 49 f.; HANGARTNER/KLEY, N. 192.

¹⁸⁸ MARTENET, 343 ff., 348.

portent sur la révision – totale ou partielle – de la constitution.»¹⁸⁹ Martenet betrachtet also die Bedingung des alten Gewährleistungsartikels über die Verfassungsänderungen als Spezialität zur allgemeinen Regelung der gleichen Bestimmung, welche die Ausübung der politischen Rechte nach demokratischen Formen schützte.¹⁹⁰ Diese Interpretation liesse sich jedoch nur untermauern, wenn den verschiedenen Bedingungen des alten Gewährleistungsartikels verschiedene Demokratiebegriffe zu Grunde liegen würden, was indessen nach der hier vertretenen Ansicht nicht der Fall ist, da es sich bei beiden Bedingungen um Konkretisierungen der Forderung des Bundes nach einer möglichst direkten und umfassenden Verwirklichung des Grundsatzes der Volkssouveränität handelt. Der Begriff der Demokratie nach schweizerischer Prägung beinhaltet folglich die Möglichkeit der Beibehaltung der Landsgemeindedemokratien in einem umfassenden Sinn, als Ausprägung einer sich unmittelbar konstituierenden Volkssouveränität, was die Vornahme von Verfassungsänderungen durch die Versammlung mit beinhalten muss. Die durch Artikel 51 statuierte Ausnahme betrifft allerdings alleine die althergebrachten Landsgemeindedemokratien, welche sich auf den historischen Willen des Verfassungsgebers berufen können. Eine allfällige Neueinführung einer Versammlungsdemokratie müsste hingegen sämtlichen Vorgaben der Wahl- und Abstimmungsfreiheit genügen.

Während die Bundesverfassung bezüglich des geheimen Stimmrechts eine Ausnahme zulässt, sind die weiteren Aspekte des Anspruchs auf unverfälschte Willenskundgabe in der Versammlungsdemokratie in gleicher Weise wie an Urnenabstimmungen zu wahren. Prekär erscheint aus dieser Sicht beispielsweise, wenn an einer Landgemeinde die Stimmen nur geschätzt, nicht aber gezählt werden können. So räumt die Glarner Verfassung dem Landammann an der Landgemeinde die *alleinige* Kompetenz ein, die Mehrheit durch Abschätzen zu ermitteln; sein Ergebnis ist darüber hinaus gar unanfechtbar.¹⁹¹ Diese Verfahrensvorschrift widerspricht dem bundesrechtlich zugesicherten Anspruch der Stimmbürger auf korrekte Ermittlung des Wahl- und Abstimmungsergebnisses. Es müsste demgemäss «mindestens die *rechtliche Möglichkeit* offen stehen, *bei Bedarf eine Auszählung* zu veranstalten».¹⁹² Die betreffende Norm der Glarner Verfassung hätte demzufolge von der Bundesversammlung in dieser Form nicht gewährleistet werden dürfen.¹⁹³

¹⁸⁹ MARTENET, 347.

¹⁹⁰ Art. 6 Abs. 2 Bst. c bzw. Bst. b BV 1874.

¹⁹¹ Art. 67 KV GL. Nach Art. 16 Abs. 2 Verordnung betreffend die Landgemeinde und die Gemeindeversammlungen von AI (131 GS AI) ist hingegen eine solche Auszählung vorgesehen.

¹⁹² TSCHANNEN, Stimmrecht, 133.

¹⁹³ Vgl. BBl 1989 III 1723.

2. Gewaltenteilung als Strukturprinzip

a) Die ursprüngliche Nebenrolle des Gewaltenteilungsprinzips

Die Bundesverfassungen von 1848 und 1874 folgten einem Gewaltenteilungsmodell, welches im Sinne der französisch-republikanischen Demokratiekonzeption von einer *Gewaltenvereinigung* beim Volk und einer sich daraus ergebenden Überordnung des Parlamentes ausging.¹⁹⁴ Es ist nach Dubs in diesem Sinne «die Lehre von dem Rechte des Souveräns im demokratischen Staate vorzuschicken, und dann die verschiedenen Gewalten als Ausstrahlungen (Emanationen) dieser Souveränität folgen zu lassen».¹⁹⁵

Trotz dieser klaren geschichtlichen Ausgangslage versuchten im 19. Jahrhundert verschiedene Exponenten der Staatsrechtslehre eine Annäherung an das amerikanisch-liberale Modell einer strikten *Gewaltentrennung* zu erreichen.¹⁹⁶ So waren etwa Burckhardt und Schollenberger Anhänger der Lehre einer Auscheidung von Stammfunktionen der Staatsorgane.¹⁹⁷ Gemäss dieser Ansicht wäre die Staatstätigkeit dergestalt zu verstehen, dass die Verwaltung prinzipiell der Exekutive und die Rechtsprechung prinzipiell der Judikative zukomme. In diesem Sinn bestünde eine Zuständigkeitsvermutung bezüglich der jeweiligen Staatsfunktion zum Vorteil des entsprechenden Staatsorgans.¹⁹⁸ Eine solche «Uminterpretation der Bundesverfassung»¹⁹⁹ führte in gewissen Bereichen zu einer historisch falschen Auslegung des schweizerischen Gewaltenteilungssystems des Bundes zu Gunsten von Regierung und Verwaltung und zu Lasten von Parlament und Demokratie.²⁰⁰ Das Gewährleistungsverfahren war von dieser fehlgeleiteten Lehre jedoch nicht betroffen. In Übereinstimmung mit dem historischen Willen des Verfassungsgebers von 1848 und 1874 wurde dem Gewaltenteilungsprinzip im Gegenteil nur eine Nebenrolle zugestanden. In der älteren Genehmigungspraxis der Bundesbehörden finden sich deshalb keine Hinweise auf eine bundesrechtliche Anforderung, welche ausdrücklich eine gewaltenteilige kantonale Behördenorganisation verlangen würde. Die Beachtung gewisser Aspekte der Gewaltenteilung und vor allem einer Gewaltenbeschränkung durch

¹⁹⁴ Vorne, S. 42 f. und 48; vgl. KÖLZ, Verfassungsgeschichte, 627 und Grundlagen, N. 35.

¹⁹⁵ DUBS I, 55.

¹⁹⁶ Das amerikanische Gewaltenteilungsmodell setzt demgemäss einem Ausbau der direkten Demokratie Grenzen; allerdings ist die Einrichtung des Referendums und der Initiative in den Einzelstaaten mit Art. IV Sec. 4 US Const. vereinbar (vgl. AUER, Etats-Unis, 102 f.).

¹⁹⁷ SCHOLLENBERGER, 544; BURCKHARDT, Kommentar, 640 und 661.

¹⁹⁸ SEILER, Gewaltenteilung, 445 ff.

¹⁹⁹ SEILER, Gewaltenteilung, 480.

²⁰⁰ Beispielsweise wurde deshalb auch die Verwaltungsgerichtsbarkeit nur zögernd und lückenhaft eingeführt (SEILER, Gewaltenteilung, 480).

die Kantone setzten jedoch bereits die alten Bundesverfassungen voraus,²⁰¹ weshalb der Ansicht von Aubert, wonach eine kantonale Ordnung, welche keine Gewaltenteilung kenne, mit der Bundesverfassung vereinbar sei,²⁰² in dieser Radikalität nicht zugestimmt werden kann. Auszugehen ist vielmehr von einer Gewaltenteilung, deren Dreh- und Angelpunkt die demokratische Legitimation ist,²⁰³ was die direkte oder indirekte Rückbindung aller Behörden an das Volk und die Konstituierung einer jeden kantonalen Organisationsstruktur gemäss den Grundsätzen der Volkssouveränität und des Selbstkonstituierungsrechts des Volkes erfordert.

In den Botschaften zu den in den fünfziger und sechziger Jahren des 20. Jahrhunderts totalrevidierten Verfassungen liess weiterhin nichts darauf schliessen, dass der Grundsatz der Gewaltenteilung als Anforderung des Bundesrechts betrachtet wurde.²⁰⁴ Erst in der zweiten Hälfte der achtziger Jahre nahm der Bundesrat in seine Botschaften die Aussage auf, dass das Prinzip der Gewaltenteilung in die Verfassung aufgenommen worden sei und durch die Kompetenzverteilung zwischen den Organen respektiert werde.²⁰⁵ Als unproblematisch wurde daher etwa erachtet, dass in der totalrevidierten Verfassung des Kantons Basel-Landschaft das Prinzip der Gewaltenteilung nicht ausdrücklich erwähnt wurde.²⁰⁶ Bis Anfang der 1990er Jahre fand das Gewaltenteilungsprinzip weiterhin keine Erwähnung als Anforderung an das kantonale Verfassungsrecht.²⁰⁷ Erst in der Botschaft zur Gewährleistung einer Teilrevision der Zuger Verfassung hielt der Bundesrat 1992 fest, dass die Gewaltenteilung als wesentlicher Grundsatz für die Organisation der Behörden in Bund und Kantonen gelten müsse, wobei den Kantonen grosse Organisationsautonomie zukomme.²⁰⁸ Anlässlich der Gewährleistung einer Verfassungsrevision des Kantons Appenzell Innerrhoden von 1995 wurde ausgeführt, nach neuerer Lehre und Praxis gebe das Bundesrecht das Prinzip der Gewaltenteilung als Grundsatz des kantonalen Verfassungsrechts vor und die Kantone seien demnach verpflichtet, sich nach dieser Vorgabe zu organisieren. Bei der Verwirklichung dieses Grundsatzes bestehe jedoch ein grosser Gestaltungsspielraum. Die Art und Weise wie die Kantone diesen Grundsatz in ihrem Verfassungsrecht organisatorisch verwirklichen würden, falle denn auch in ihre Kompetenz.²⁰⁹ In den Erläuterungen zum Verfassungsentwurf von 1995 führte der Bundesrat dementsprechend aus, es müsse

²⁰¹ Vorne, S. 42 f.

²⁰² AUBERT, Bundesstaatsrecht I, 231; differenzierter AUBERT, Art. 51 BV, N. 7.

²⁰³ GIACOMETTI, Staatsrecht, 279; DUBS I, 112 f.

²⁰⁴ Vgl. SEILER, Gewaltenteilung, 550.

²⁰⁵ Vgl. z.B. BBl 1985 II 627 (KV UR); 1987 II 650 (KV SO); 1989 III 743 (KV GL).

²⁰⁶ Vgl. BBl 1985 II 1165.

²⁰⁷ Vgl. SEILER, Gewaltenteilung, 550 f.

²⁰⁸ BBl 1992 III 654.

²⁰⁹ BBl 1995 I 977.

dieses Prinzip «wenigstens in einem gewissen Umfang» beachtet werden.²¹⁰ In der Botschaft zum Verfassungsentwurf von 1996 findet sich schliesslich die verkürzte Aussage wieder, es hätten die Kantonsverfassungen den Grundsatz der Gewaltenteilung zu beachten.²¹¹ Seither scheint sich das Erfordernis der «Beachtung der Gewaltenteilung» als neue bundesrechtliche Anforderung durchgesetzt zu haben.²¹²

b) Das Gewaltenteilungsprinzip als «Stützpfeiler» des Demokratiegebots

Die Festlegung, dass sich die Kantone ausdrücklich gewaltenteilig zu organisieren haben, ist also neueren Datums. Unklar bleibt jedoch weiterhin, was für eine *Ausformung* der Gewaltenteilung gemeint ist und in welchem Umfang der Grundsatz in den Kantonen in funktionaler, organisatorischer sowie personeller Hinsicht durchgesetzt werden muss. Um die Mindestanforderung definieren zu können, dürfte sich nebst den geschichtlichen Materialien das Heranziehen von gemeineidgenössischem Staatsrecht als hilfreich erweisen. Dabei sind jene Prinzipien herauszuschälen, welche einer gesamtschweizerisch vorherrschenden Rechtsüberzeugung entsprechen und durch die kantonale Staatsrechtspraxis, die Staatsrechtslehre sowie das Bundesgericht geprägt wurden.

Nach der Untersuchung von Seiler liegt den Kantonsverfassungen kaum ein einheitliches Gewaltenteilungssystem zu Grunde. Was das Verhältnis Volk, Parlament und Regierung anbelangt, könne im kantonalen Staatsrecht nicht von einer strikten Trennung der Staatsfunktionen in Rechtsetzung und Verwaltung gesprochen werden.²¹³ Dieser Beurteilung kann allerdings nur in Bezug auf das Verhältnis von Volk und Parlament und für die Funktionsverteilung in den Landsgemeindekantonen mit ihren schwach ausgebildeten Parlamenten zugestimmt werden. Ansonsten handelt es sich bei den Kantonen um Rechtssetzungsdemokratien beziehungsweise um liberale Gesetzgebungsstaaten,²¹⁴ die eindeutig von einer Gesetzgebung durch das Parlament ausgehen – in der Regel unter Vorbehalt eines Volksreferendums.²¹⁵ Es ist daher zumindest davon auszugehen, dass für wichtige Sachgeschäfte, Finanzbeschlüsse und Rechtsetzungsgeschäfte in sämtlichen Kantonen das Parlament, allenfalls unter Vorbehalt eines Referendums, zuständig ist, sodass hier von gemeineidgenössi-

²¹⁰ Erläuterungen VE 95, 73.

²¹¹ Botschaft VE 96, 218. Im Ergebnis entspricht dies dem Vorschlag des Verfassungsentwurfs von Jörg Paul Müller und Alfred Kölz, wonach sich die Kantone «nach den Grundsätzen der gewaltenteiligen Demokratie» organisieren müssten (Art. 25 Abs. 1 VE MÜLLER/KÖLZ).

²¹² Zum Einfluss der EMRK: Vorne, S. 175 f.

²¹³ SEILER, Gewaltenteilung, 679 ff., insbesondere 681.

²¹⁴ A.M. SEILER, Gewaltenteilung, 691.

²¹⁵ Vgl. KÖLZ, Verfassungsgeschichte, 345 ff., 569 f.

schem Staatsrecht ausgegangen werden darf.²¹⁶ In diesem Sinn anerkennt auch das Bundesgericht das in sämtlichen Kantonsverfassungen explizit oder implizit garantierte Prinzip der Gewaltenteilung als verfassungsmässiges Recht, dessen Inhalt sich in erster Linie aus dem kantonalen Recht ableite.²¹⁷ Als solches schützt es die Einhaltung der verfassungsmässigen kantonalen Zuständigkeitsordnung. Diese bundesgerichtliche Praxis ist allerdings mit der Gefahr einer Untergewichtung des Demokratieaspekts verbunden, da unbedingt der Tatsache Rechnung zu tragen ist, dass sich der Grundsatz der Gewaltenteilung für die Kantone aus der in Artikel 51 Absatz 1 der Bundesverfassung gestellten Forderung nach einer demokratischen Verfassung ergibt. Mit dem Gewaltenteilungsprinzip soll also das Demokratiegebot gestützt und gefestigt werden. Es handelt sich um einen Stützpfiler der kantonalen Demokratie, indem das Prinzip ihrer Verwirklichung dient: Es wird demgemäss der Erlass der grundlegenden Regelungen im ordentlichen kantonalen Gesetzgebungsverfahren durch Parlament und Volk verlangt.²¹⁸

Über die Bindung der Kantone an gewisse Teilaspekte des Gewaltenteilungsgrundsatzes besteht Einigkeit: Das Prinzip wird generell als zwingender Bestandteil der demokratischen Grundstruktur verstanden,²¹⁹ wobei – nebst der richterlichen Unabhängigkeit – vor allem das Legalitätsprinzip und die Anforderungen der Gesetzesdelegation im Mittelpunkt stehen.²²⁰ Seiler resümiert, es sei der Grundsatz der Gewaltenteilung, wie er heute in Lehre und Praxis aufgefasst wird, zwar «kein bestimmtes, einheitlich motiviertes und konsequent durchgeführtes Organisationsprinzip». In den genannten Teilbereichen habe sich das Prinzip aber «zu relativ feststehenden, vom positiven Verfassungsrecht wie von einem abstrakten Gewaltenteilungsschema losgelösten Regeln» verdichten können, «denen Verfassungsrang zuerkannt werden kann».²²¹ Der Bund garantiert somit das Prinzip der Gewaltenteilung als Institut, wobei die Forderung nach Sicherung des demokratischen Prinzips und der Unabhängigkeit der Gerichte der zentrale Bereich darstellt, den Kantonen ansonsten aber grosser Gestaltungsspielraum verbleibt. Auf grundsätzlicher Ebene existieren denn auch keine «unwilligen» Kantone, alle bekennen sich entweder ausdrücklich oder stillschweigend zum Gewaltenteilungsprinzip und verteilen die Kompetenzen auf die Stimmbürgerschaft, das Parlament, die Regierungen und die Justizbehörden.²²² Eine Relativierung ist allerdings bezüglich der Landsgemeindekanto-

²¹⁶ So auch SEILER, Gewaltenteilung, 690.

²¹⁷ U.a. BGE 128 I 327, 329 f.; 128 I 113, 116; 127 I 60, 63; 126 I 180, 182.

²¹⁸ Vgl. HANGARTNER, Bemerkungen [zu BGE 128 I 113], 1500.

²¹⁹ SCHMID/UHLMANN, Grundzüge, N. 6.

²²⁰ SALADIN, Art. 3 BV 1874, N. 246 ff., 248; HANGARTNER, Grundzüge I, 94.

²²¹ SEILER, Gewaltenteilung, 610.

²²² NUSPLIGER, Grundzüge, N. 4. Das Prinzip der Gewaltenteilung bindet dabei auch die Gemeinden (SEILER, Gemeinden, N. 20; GIACOMETTI, Staatsrecht, 408).

ne zu konstatieren: In Appenzell Innerrhoden und Glarus erfolgt die Kontrolle der Behörden in nicht geringem Umfang direkt durch das Volk,²²³ weshalb in diesen beiden Kantonen der Gewaltenteilungsgrundsatz in Bezug auf das Verhältnis von Legislative und Exekutive nicht gleich konsequent umgesetzt worden ist.

c) Die Bindung an das Legalitätsprinzip und die Delegationsregeln

aa) *Allgemein: Sicherung der demokratischen Legitimation*

Je mehr Verordnungskompetenzen an die Legislative und Exekutive delegiert werden können, desto grösser wird die Gefahr einer Aushöhlung der Volksrechte beziehungsweise der Demokratie, was das Gewaltenteilungsprinzip im Sinne von Artikel 51 der Bundesverfassung verhindern muss. Als Instrumente dienen dabei das Legalitätsprinzip und die Delegationsregeln.

Das Legalitätsprinzip im materiellen Sinn leitet sich aus Artikel 5 Absatz 1 der Bundesverfassung ab und verlangt, dass sich ein staatlicher Akt auf eine materiellgesetzliche Grundlage stützen muss, die hinreichend bestimmt und vom staatsrechtlich zuständigen Organ erlassen worden ist. Es dient damit einerseits dem demokratischen Anliegen der Sicherung der staatsrechtlichen Zuständigkeitsordnung, und andererseits dem rechtsstaatlichen Anliegen der Rechtsgleichheit, Berechenbarkeit und Voraussehbarkeit des staatlichen Handelns.²²⁴ Eine Delegation von an sich dem Gesetzgeber zustehenden Rechtsetzungsbefugnissen an die Regierung oder an ein anderes Organ wird dabei aber unter bestimmten Voraussetzungen – Delegationsregeln – als zulässig erachtet.²²⁵ Zwischen dem Legalitätsprinzip und den Delegationsregeln besteht daher ein enger Zusammenhang. Geht man allerdings wie Seiler davon aus, dass eine kantonale Verfassung nicht Rechtssetzungs- oder Rechtsanwendungs- sondern Sachzuständigkeiten zuweist, führt dies zur Interpretation, eine Kompetenz sei nicht delegierbar, wenn eine Kantonsverfassung für eine bestimmte Materie ein Gesetz vorschreibt oder einen bestimmten Sachentscheid in die Hände des Parlamentes legt.²²⁶ Auch Rechtssetzungsbefugnisse anderer Organe müssten demnach in der Verfassung selbst niedergelegt sein, weshalb die Delegationsregeln nicht als eigentliche Delegationsregeln, sondern als Bestimmtheitsanforderungen an das formelle Gesetz verstanden werden müssen.²²⁷ Dieser Ansicht kann meines Erachtens nur beschränkt zugestimmt werden, da sie zwar in Bezug auf

²²³ Vgl. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER I, N. 198 f.

²²⁴ BGE 128 I 113, 121.

²²⁵ Vgl. dazu HANGARTNER/KLEY, N. 1680 ff. und 1691 ff.

²²⁶ Vgl. dazu Art. 164 Abs. 2 BV; SÄGESSER, N. 477 ff.

²²⁷ SEILER, Gewaltenteilung, 692 f.; vgl. auch G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, N. 209 f.

die Gewaltenteilungsproblematik einleuchtet, den Demokratieaspekt jedoch zu stark ausblendet.

Die Frage der Rechtmässigkeit von Rechtssetzungsbefugnissen einer Verwaltungsbehörde wird nicht alleine durch Artikel 5 der Bundesverfassung beantwortet, wo lediglich das Legalitätsprinzip im materiellen Sinn verankert ist, sondern in erster Linie vom in Artikel 51 Absatz 1 der Bundesverfassung verankerten Demokratiegebot.²²⁸ Der Gewaltenteilungsgrundsatz sichert dieses als tragende Säule und damit die Durchsetzung des Legalitätsprinzips im formellen Sinn,²²⁹ indem bei wichtigen gesetzgeberischen Entscheiden die Beschlussfassung auf dem ordentlichen Gesetzgebungsweg verlangt ist. Nur dann kann ein Rechtssatz als formelles Gesetz gelten. Falls hingegen dieses Verfahren nicht eingehalten wird oder nicht eingehalten werden muss – etwa bei selbständigen Verordnungen gestützt auf die Kantonsverfassung –, sind die betreffenden Normen als Verordnungen zu qualifizieren, einerlei, ob es sich um Parlamentsverordnungen oder regierungsrätliche Verordnungen handelt, und ob der Bund den Kantonen nur die indirekte Demokratie auf Gesetzgebungsebene vorschreibt: Ausschlaggebend ist, dass es sich um *eine Abweichung vom ansonsten geltenden ordentlichen kantonalen Gesetzgebungsverfahren* handelt, weshalb nur von einer *Verordnungskompetenz*, nicht aber von einer Kompetenz zur formellen Gesetzgebung ausgegangen werden kann. In diesen Fällen genügen allein vom Parlament beschlossene Akte dem Erfordernis des formellen Gesetzes folglich nicht.²³⁰ Der Gewaltenteilungsgrundsatz im Sinne von Artikel 51 Absatz 1 der Bundesverfassung sichert demgemäss, dass dem kantonalen Stimmvolk das ihm zustehende letzte Wort über wichtige staatliche Akte, etwa im Sinne von Artikel 36 Absatz 1 der Bundesverfassung, von Bundes wegen nicht entzogen werden darf beziehungsweise das kantonale Stimmvolk sich seiner Kompetenzen nicht entäussern kann. Dies gilt insbesondere darum, weil die formellgesetzliche Grundlage im genannten Bereich dem Schutz des Individuums vor unrechtmässigen Eingriffen in seine Grundrechte dient.²³¹

Soweit die Gesetzgebung nicht unmittelbar durch das Volk erfolgt, obliegt es dem Parlament, auf dem Weg der Gesetzgebung die fundamentalen Regelungen zu treffen.²³² Alle Kantone kennen heute zudem das fakultative oder obligatorische Gesetzesreferendum. Es kann deshalb der Legislative aus dieser Sicht nicht einfach freistehen, ihre Kompetenz an die Regierung oder an andere rechtsetzende Organe weiterzugeben²³³ und damit dem Referendum zu entzie-

²²⁸ Vgl. HANGARTNER, Bemerkungen [zu BGE 128 I 113], 1500.

²²⁹ Kritisch G. MÜLLER, Legalitätsprinzip, 756.

²³⁰ A.M. G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, N. 198; BGE 128 I 327, 338; BGE 126 I 180, 182; BBl 2003 3395.

²³¹ Vgl. dazu auch die Kritik bei TSCHANNEN, Stimmrecht, 515 ff.

²³² HANGARTNER/KLEY, N. 1696; vgl. auch Art. 25 Bst. c UNO-Pakt II.

²³³ Vgl. SCHMID/UHLMANN, Grundzüge, N. 7.

hen.²³⁴ Die «demokratische Verfassung» verlangt einerseits, dass die Gesetzgebung in erster Linie Sache des Parlamentes ist und die Delegationsmöglichkeiten zum Schutz der politischen Rechte beschränkt sind. Die mittelbar aus dem Demokratiegebot abzuleitenden Anforderungen an die kantonale Verfassungsordnung, das Legalitätsprinzip im formellen Sinn durchzusetzen und der Gesetzesdelegation Schranken zu setzen, ergeben sich somit auch aus Artikel 52 und Artikel 34 der Bundesverfassung, wonach der Bund die Rechte des Volkes und die politischen Rechte garantiert.²³⁵ Das bundesrechtlich geschützte Gesetzesreferendum nach kantonalem Recht würde nämlich ausgehöhlt und das demokratische Prinzip unzulässig eingeschränkt, wenn Gesetzgebungsbefugnisse grenzenlos an andere Organe übertragen werden könnten.²³⁶ Aus diesen Gründen lehnte zum Beispiel Giacometti die Möglichkeit einer Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen gänzlich ab.²³⁷ Eine solch grundsätzliche Ablehnung wird der Komplexität der Wirklichkeit nicht gerecht, welche die Zusammenarbeit von Volk, Parlament und Exekutive erforderlich macht.²³⁸ Trotzdem muss die Möglichkeit der Gesetzesdelegation in der Schweiz wegen der Referendumsrechte generell strengeren Anforderungen genügen als in ausländischen Staaten ohne solche Volksrechte.²³⁹ Zwei Möglichkeiten der Delegation können daher von vornherein ausgeschlossen werden:

1. Eine Delegation der Verfassungsgesetzgebung an Parlament oder Exekutive ist mit den absolut geltenden Prinzipien der Volkssouveränität und des Selbstkonstituierungsrechts des Volkes unvereinbar.
2. Eine Kompetenzabtretung an die Exekutive oder andere Organe zur *primären Rechtssetzung* steht nicht im Einklang mit den liberaldemokratischen Prinzipien der schweizerischen Rechtsordnung.²⁴⁰ In diesem Bereich können nur das Volk und das kantonale Parlament als Volksvertretung zuständig sein.

²³⁴ Vgl. dazu SÄGESSER, N. 485 bezüglich Art. 164 BV.

²³⁵ Dazu zählen insbesondere die kantonalen demokratischen Rechte (vgl. KNAPP, Art. 5 BV 1874, N. 59; SCHWEIZER/KÜPFER, SG-Kommentar Art. 52 BV, N. 10).

²³⁶ Vgl. HÄFELIN/HALLER, N. 1157.

²³⁷ FLEINER/GIACOMETTI, 800 ff. Die exekutivfreundliche Delegationstheorie stammt nach Giacometti aus der Doktrin des deutschen monarchischen Verfassungsrechts, welche zur in der Schweiz geltenden liberalen Theorie im Widerspruch steht (GIACOMETTI, Verfassungsrecht, 208).

²³⁸ Vgl. HALLER/KÖLZ, 184; MASTRONARDI, 456 ff.; NUSPLIGER, Grundzüge, N. 3; SEILER, Gewaltenteilung, 203 und 400 f.

²³⁹ Vgl. HANGARTNER/KLEY, N. 1697.

²⁴⁰ Vgl. GIACOMETTI, Verfassungsrecht, 206 f.

Im Bereich der sekundären Rechtssetzung ist indessen eine Gesetzesdelegation möglich. Sie darf jedoch nicht dazu dienen die Referendumsrechte des Volkes zu umgehen. Besonders problematisch ist es, wenn etwa durch eine Delegation ein obligatorisches Finanzreferendum ausgeschaltet beziehungsweise durch ein fakultatives Gesetzesreferendum ersetzt wird; eine solche Ausnahme müsste im Sinne einer *Parallelität der Rechtsform* in der Kantonsverfassung selbst vorgesehen sein.²⁴¹ Die politischen Rechte des Volkes sind schliesslich nicht genügend geschützt, wenn nur über die Delegation an sich abgestimmt werden kann, da dieses Recht des Volkes nicht darin besteht, entscheiden zu können, *wer* ein Gesetz erlässt, sondern den Stimmbürgern das letzte Wort vorbehalten sein soll, *was* in diesem Gesetz geregelt wird. Das Bundesgericht stellt daher zu Recht folgende Anforderungen auf,²⁴² die als bundesverfassungsrechtlich vorgegeben gelten dürfen:²⁴³

1. Die Gesetzesdelegation darf nicht durch das kantonale Recht ausgeschlossen sein.²⁴⁴
2. Die Übertragung muss in einem formellen Gesetz vorgesehen sein.
3. Die Delegation muss auf ein bestimmtes, genau umschriebenes Sachgebiet beschränkt werden.
4. Es müssen die Grundzüge der Regelung – wenigstens soweit sie die Rechtsstellung des Einzelnen berühren – im delegierenden Gesetz selbst vorgesehen sein.²⁴⁵

Diese Voraussetzungen sind als demokratischer Minimalstandard zu verstehen, der aus Artikel 51 der Bundesverfassung abgeleitet werden kann und den alle kantonalen Verfassungsordnungen zu respektieren haben.²⁴⁶ Die gleichen Regeln gelten ferner für die Möglichkeit einer Subdelegation,²⁴⁷ sofern es sich dabei um vom Volk oder Parlament gewählte und damit demokratisch legitimierte Organe handelt.

²⁴¹ Vgl. hinten, S. 284 f.; AUER, *droits politiques*, 115 ff.

²⁴² Vgl. z.B. BGE 128 I 113, 122; 118 Ia 245, 247 f.; 305, 310 f.; HÄFELIN/HALLER, N. 1872; HÄFELIN/MÜLLER, N. 404 ff.; MARTENET, 301 ff.

²⁴³ Vgl. dazu die vorbildliche Regelung in Art. 69 KV BE.

²⁴⁴ Vgl. in Bezug auf die Bundesebene Art. 164 Abs. 2 BV.

²⁴⁵ Vgl. in Bezug auf die Bundesebene Art. 164 und Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV.

²⁴⁶ Vgl. MARTENET, 305.

²⁴⁷ BGE 118 Ia 245, 249 f.; vgl. auch SEILER, *Gewaltenteilung* 559.

bb) Grenzen der wirkungsorientierten Verwaltungsführung

Die «wirkungsorientierte Verwaltungsführung» beziehungsweise das «New Public Management» soll die Vorteile privatwirtschaftlicher Unternehmensführung für die öffentliche Verwaltung nutzbar machen. Die Verwaltung soll durch Zielvorgaben, Leistungsvereinbarungen und Wirkungskontrollen gesteuert werden. Im Unterschied zum traditionellen Konzept von Verwaltungsreformen will die wirkungsorientierte Verwaltungsführung das Zusammenwirken von Parlament, Regierung und Verwaltung von Grund auf neu gestalten.²⁴⁸ Grosses Gewicht wird auf die Trennung von strategischen und operativen Kompetenzen gelegt, weshalb sich Parlament und Regierung auf die strategische Ebene beschränken und klare Zielvorgaben entwickeln sollen, während die operativen Kompetenzen an die Verwaltung delegiert werden.²⁴⁹ Bei der wirkungsorientierten Verwaltungsführung besteht die Gefahr, dass betriebswirtschaftliche Grundsätze der Unternehmensführung unkritisch auf staatliches Handeln übertragen werden. Eine solche Übertragung verkennt, dass der Staat in erster Linie im Rahmen demokratisch erlassener Gesetze dem Gemeinwohl zu dienen hat, während der Hauptzweck eines privaten Unternehmens in der Gewinnorientierung besteht.²⁵⁰

Die Verlagerung von Kompetenzen vom Parlament auf die Regierung beziehungsweise die Verwaltung kann darüber hinaus im Namen vermeintlicher Effizienz zu einem Abbau von Volksrechten führen, welche mit der Anforderung an eine demokratische Verfassung nicht mehr vereinbar sind. Artikel 51 Absatz 1 der Bundesverfassung schränkt diese Form der Verwaltungsführung insofern ein, als sich aus dem Demokratiegebot eine strikte Bindung an die rechtsstaatlichen und demokratischen Regeln ergibt. Das Gewaltenteilungsprinzip kann daher in den Kantonen *keinesfalls* durch «eine Staatsmaxime der optimalen Aufgabenerfüllung»²⁵¹ abgelöst werden. Der Anpassungsfähigkeit von Rechtsnormen sind im Gegenteil strikte Grenzen zu setzen. Die Gesetzgebung ist von zu grosser demokratischer Bedeutung, als dass sie als «Versuchsanstalt» missbraucht werden darf. Deshalb sind etwa einer allfälligen Möglichkeit des Erlasses von «Versuchsverordnungen» des Regierungsrates engste Grenzen zu setzen.²⁵² Das Legalitätsprinzip mit seiner Anforderung an die Bestimmtheit der Rechtsnormen, wie es in Artikel 5 niedergelegt ist, sowie das Erfordernis der

²⁴⁸ Vgl. dazu MASTRONARDI, 457 f.; KURT NUSPLIGER, Gewaltenteilung und wirkungsorientierte Verwaltungsführung, ZBl 1999, 465 ff.

²⁴⁹ HÄFELIN/MÜLLER, N. 1266.

²⁵⁰ Vgl. HALLER/KÖLZ, 263; Kritik bei HÄFELIN/MÜLLER, N. 1276 ff.

²⁵¹ DANIEL KETTIGER, Aufgabenteilung von Regierung und Parlament bei der wirkungsorientierten Steuerung – Gedanken und Thesen zur Gewaltenteilung unter NPM, AJP/PJA 2000, 521 ff., 530.

²⁵² Vgl. dazu DANIEL KETTIGER, Die Einführung von New Public Management aus gesetzgeberischer Sicht, AJP/PJA 2003, 641 ff., 652.

Gesetzesform dürfen nicht missachtet werden.²⁵³ Private müssen staatliches Handeln voraussehen und sich darauf ausrichten können. Bürgerinnen und Bürger sind ebenfalls keine Kundinnen und Kunden, welche unterschiedlich behandelt werden dürften.²⁵⁴ Staatliches Handeln und Entscheiden muss daher in jedem Fall demokratisch legitimiert bleiben; es hat auf Grundsätzen zu beruhen, «die der Gesetzgeber – Parlament und Volk – in einem offenen Verfahren und nach öffentlicher Diskussion festgelegt hat»²⁵⁵. Das Gesagte gilt primär im Bereich der Eingriffsverwaltung, wo an die Rechtssicherheit, die Rechtsgleichheit und die demokratische Legitimation höchste Anforderungen zu stellen sind, während sich Bereiche der Leistungsverwaltung, wie das Gesundheitswesen oder der öffentliche Verkehr, besser für eine Organisation im Sinne des New Public Management eignen.²⁵⁶ Das demokratische Prinzip und der Grundsatz der Gewaltenteilung fordern jedoch auch in letzterem Bereich zumindest einen kräftigen Ausbau von Kontroll- und Steuerungsinstrumenten des Parlamentes.

Wegen der genannten Risiken in Bezug auf die Rechtsstellung der Bürger und die Gewaltenteilungs- und Demokratiekonzeption erscheint die Einführung der wirkungsorientierten Verwaltungsführung in einem Kanton ferner als verfassungswesentlicher Inhalt, welcher der obligatorischen Sanktion des Stimmvolkes bedarf.²⁵⁷

cc) *Begrenzte Möglichkeiten der Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen an interkantonale Organe*

Die Kantone können nach Artikel 48 Absatz 1 der Bundesverfassung gemeinsame Organisationen und Einrichtungen schaffen und Aufgaben von regionalem Interesse gemeinsam wahrnehmen. In Artikel 191b Absatz 1 werden die Kantone demgemäss ermächtigt, gemeinsame richterliche Behörden einzusetzen. Die Aufnahme dieser Spezialnorm zeigt jedoch, dass die Bundesverfassung nicht von einer generellen Befugnis der Kantone zur Errichtung solcher Organe ausgeht, sondern dass dafür enge Grenzen zu ziehen sind. Demgemäss wurde bezüglich solcher gemeinsamer richterlicher Behörden geltend gemacht, eine Zusammenlegung von Staatsorganen sei durch die erst genannte generelle Norm nicht gedeckt.²⁵⁸ Eine Machtverschiebung auf interkantonale Institutionen, welche mit einer Delegation umfassender Kompetenzen oder einer Reihe wichtiger

²⁵³ Vgl. HANGARTNER, SG-Kommentar Art. 5 BV, N. 12.

²⁵⁴ Art. 8 Abs. 1 BV.

²⁵⁵ HÄFELIN/MÜLLER, N. 1268.

²⁵⁶ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER, N. 1269.

²⁵⁷ Vgl. dazu etwa URS BOLZ/ANDREAS LIENHARD, Staatsrechtliche Kernfragen der wirkungsorientierten Steuerung in den Kantonen, ZBl 2001, 1ff., 14; DENISE BUSER, Anforderungen an die Rechtsgrundlagen für die Einführung von New Public Management, AJP/PJA 2002, 1037 ff.

²⁵⁸ KISS/KOLLER, SG-Kommentar Art. 191b BV (JuRef.), N. 18.

Verwaltungsaufgaben verbunden wäre, erwiese sich als unzulässig,²⁵⁹ da dies der Schaffung einer weiteren, bundesverfassungswidrigen Gesetzgebungsebene im Bundesstaat gleichkommen würde.²⁶⁰

Die herrschende Lehre und Praxis hält es mit Recht für unzulässig, interkantonalen Organen Rechtsetzungsfunktionen auf der Stufe von formellen Gesetzen zu übertragen; zulässig kann einzig eine Delegation von Vollziehungsverordnungen sein.²⁶¹ Es dürfen somit keinesfalls ganze Sachbereiche zur selbständigen Regelung an interkantonale Institutionen delegiert werden,²⁶² sondern höchstens begrenzte Entscheidungskompetenzen in genau bestimmten Aufgabenbereichen.²⁶³ Zudem muss immer die Frage gestellt werden, ob die Übertragung einer Zuständigkeit für die Erfüllung einer Aufgabe geeignet und erforderlich, und ob keine unverhältnismässige Machtübertragung an interkantonale Organe die Folge ist.²⁶⁴ Weiter gehenden Vorhaben steht das Demokratiegebot von Artikel 51 Absatz 1 der Bundesverfassung entgegen, das den ordentlichen kantonalen Gesetzgebungsweg und die Referendumsrechte des Volkes sichert.²⁶⁵ Der Delegation von weit reichenden Kompetenzen steht ausserdem entgegen, dass bereits die dafür notwendigen interkantonalen Vereinbarungen ein Demokratiedefizit aufweisen, da die Kantonsparlamente faktisch keinen Einfluss auf den Inhalt der Vereinbarung nehmen können²⁶⁶ und einige Kantone darüber hinaus nicht einmal ein Staatsvertragsreferendum vorsehen.²⁶⁷

Neue und aus demokratischer Sicht problematische Möglichkeiten der interkantonalen Zusammenarbeit sollen mit dem Neuen Finanzausgleich geschaffen werden. Eine Änderung der Bundesverfassung soll es interkantonalen Organen ermöglichen, Gesetze im formellen Sinne zu erlassen.²⁶⁸ Dafür müsste der betreffende Vertrag nach dem gleichen Verfahren genehmigt werden, welches für die Gesetzgebung gilt, und es wären die inhaltlichen Grundzüge im delegierenden Gesetz festzulegen.²⁶⁹ Dieser Vorschlag verkennt jedoch die Bedeutung des Parlamentes für die Gesetzgebung und wird daher dem Demokratiegebot nicht gerecht. Eine andere Beurteilung könnte eine solche interkantonale Gesetzgebung nur dann erfahren, wenn ein interkantonales Organ direkt

²⁵⁹ HÄFELIN, Art. 7 BV 1874, N. 47; WIEDERKEHR, Föderalismusreform, 78.

²⁶⁰ Vgl. Art. 1, 3, 52 Abs. 1 und 53 Abs. 1 BV; zum Ganzen auch MARTENET, 284 ff.

²⁶¹ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER I, N. 1588 f.; HÄFELIN/HALLER, N. 1294; MARTENET, 284 f. Vgl. zum Ganzen ABDERHALDEN, Zusammenarbeit, 69 ff., 71 und 119 ff.

²⁶² HÄNNI, Verträge, N. 27.

²⁶³ BRUNNER, 136.

²⁶⁴ WIEDERKEHR, Regionen, 630; vgl. ABDERHALDEN, Zusammenarbeit, 74.

²⁶⁵ Vgl. auch MARTENET, 286.

²⁶⁶ ABDERHALDEN, Zusammenarbeit, 186 ff.; HÄFELIN/HALLER, N. 1289.

²⁶⁷ Siehe dazu aber hinten, S. 293 ff. und 303 ff.

²⁶⁸ BBl 2001 2356.

²⁶⁹ Vgl. Art. 48 Abs. 5 Bst. a und b VE NFA.

vom Volk gewählt würde und die erlassenen Normen weiterhin den kantonal vorgesehenen Referenden unterstellt wären.²⁷⁰ Eine Hauptkritik bezüglich des Erlasses derartiger Rechtsnormen würde aber auch durch die Einführung einer Art interkantonaler Parlamente nicht entkräftet: Diese neuen Formen der Gesetzgebung führen zu einer Verkomplizierung des Staatsaufbaus, die fatal an das überwunden geglaubte «Bundesgeflecht» der alten Eidgenossenschaft erinnert und damit einer klaren und präzisen Verfassungsordnung sowie den demokratie- und bürgerfreundlichen Absichten der Bundesverfassung entgegensteht.

dd) Enge Schranken bei der Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen an ausgliederte Verwaltungseinheiten oder Private

Die oben erwähnten Probleme stellen sich noch ausgeprägter, wenn es um die Möglichkeit einer Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen an Private geht. Eine derartige Kompetenzübertragung an nichtstaatliche und in der Verfassung nicht verankerte Organisationen stellt einen massiven Eingriff in die Kompetenzordnung dar. Daher dürfen in diesem Bereich überhaupt nur Zuständigkeiten zur Regelung inferiorer Fragen technischer Natur delegiert werden; eine solche Übertragung muss sich zudem zwingend auf eine Grundlage in einem formellen Gesetz stützen können.²⁷¹

So darf etwa der Verwaltungskommission einer ausgegliederten selbständigen öffentlichrechtlichen Anstalt nicht die Befugnis übertragen werden, Richtlinien über die Anstellungsbedingungen von Personal zu erlassen, wenn die Arbeitsverhältnisse weiterhin öffentlichrechtlich geregelt sind. Das Bundesgericht hob daher eine Kompetenzerteilung an die Verwaltungskommission der «Psychiatrischen Dienste Graubünden» zu Recht auf.²⁷² Dem Umbau der kantonalen Verwaltung sind rechtsstaatliche und demokratische Grenzen gesetzt, die der «Unverfrorenheit» begegnen, «spezialisierten, gegenüber dem demokratischen Prozess weitgehend abgeschotteten Verwaltungsbehörden gleichzeitig unternehmerische Freiheit und obrigkeitliche Rechtsetzungsbefugnisse einzuräumen»²⁷³. Ausgangspunkt für die Beurteilung einer solchen Delegation an eine Verwaltungsbehörde stellt dabei die von der Bundesverfassung verlangte demokratische Verfassung nach Artikel 51 dar und nicht Artikel 5, der lediglich die Notwendigkeit einer Rechtsgrundlage für staatliches Handeln statuiert.²⁷⁴ Das Demokratiegebot verpflichtet die Kantone wie dargelegt, wenigstens die grundlegenden Regelungen im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren – unter

²⁷⁰ WIEDERKEHR, Föderalismusreform, 78.

²⁷¹ HÄFELIN/HALLER, N. 1890. Vgl. zum Ganzen GIOVANNI BIAGGINI, Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung, in: Rapports suisses présentés au XV^e Congrès international de droit comparé, Zürich 1998, 67 ff., 101 ff.; JAAG, Dezentralisierung, 37.

²⁷² BGE 128 I 113, 114 f.

²⁷³ HANGARTNER, Bemerkungen [zu BGE 128 I 113], 1500.

²⁷⁴ HANGARTNER, Bemerkungen [zu BGE 128 I 113], 1500.

Beteiligung von Parlament und Volk – zu treffen. Erlasse *demokratisch* organisierter Selbstverwaltungskörper wie Gemeinden oder Bezirke sind dabei den formellen Gesetzen der Kantone im Grossen und Ganzen ebenbürtig,²⁷⁵ keinesfalls aber Regelungen nicht demokratisch organisierter Selbstverwaltungskörper; so besitzt die betroffene «Anstalt ‹Psychiatrische Dienste Graubünden› ... Verwaltungsautonomie, aber nicht politische Autonomie»²⁷⁶. Es geht daher nicht an, Gemeindeerlasse, welche in einem demokratischen Verfahren beschlossen werden, mit Erlassen einer derartigen privatisierten Verwaltungseinheit gleichzusetzen. Unternehmerische Freiheit und paralleles hoheitliches Auftreten lässt sich mit dem Demokratiegebot nicht vereinbaren. Ein «sowohl als auch» ist mit den bundesrechtlichen Anforderungen unverträglich; die Kantone müssen sich im Gegenteil entweder für das eine oder das andere entscheiden.

²⁷⁵ Vgl. SEILER, Gemeinden, N. 21; BGE 120 Ia 265, 266 f.

²⁷⁶ HANGARTNER, Bemerkungen [zu BGE 128 I 113], 1500.

III. Anforderungen an die territoriale Gliederung

Die Durchsetzung einer rechtsgleichen Demokratie in den Kantonen ist nicht alleine an bestimmte Verfahren oder behördliche Strukturen gebunden, sondern es ist dabei die territoriale Organisationsstruktur von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Das Demokratiegebot setzt den Kantonen daher in diesem Bereich ebenfalls gewisse Grenzen, auch wenn diese über ihren internen Aufbau grundsätzlich selbst sollen entscheiden können.²⁷⁷ Alle Kantone weisen in grösserem oder kleinerem Masse eine Unterteilung auf, indem sie ihr Gebiet in Gemeinden gegliedert haben. Ferner können die Kantone zusätzliche Zwischengebilde wie etwa Bezirke oder Kreise vorsehen. Aus dem Demokratiegebot, der Rechtsgleichheit und der Garantie der politischen Rechte auf der einen Seite²⁷⁸ sowie den Bestimmungen zum Schutz der kantonalen Eigenständigkeit und der Gemeindeautonomie auf der anderen Seite²⁷⁹ sind bezüglich der territorialen Gliederung der Kantone zwei Prinzipien abzuleiten: Einerseits ein *Gebot der Dezentralisierung* und andererseits ein *Verbot der Föderalisierung*:

1. Gebot der Dezentralisierung

Aus der Bundesverfassung kann aus Gründen der Demokratie ein Gebot der Dezentralisierung abgeleitet werden, da in kleineren Gemeinwesen der einzelne Staatsbürger die Verhältnisse besser zu überblicken und daher seine Meinung besser zu bilden vermag.²⁸⁰ Es bedeutet zudem eine wesentliche Sicherung der Freiheit und Selbstbestimmung der Bürger, wenn die staatliche Gewalt auch räumlich dezentralisiert wird.²⁸¹ Ein Kanton kann und soll sich also administrativ dezentralisieren, er kann zu diesem Zweck demokratisch organisierte Selbstverwaltungskörper bilden.²⁸² Eine Dezentralisierung ist daher auch ohne verfassungsrechtliche Grundlage grundsätzlich zulässig.²⁸³ De facto setzt im Übrigen auch der Vollzug von Bundesrecht eine gewisse Dezentralisierung voraus.²⁸⁴ Allerdings müssen die Kantone das bundesrechtlich statuierte Subsidia-

²⁷⁷ Vgl. RICCARDO JAGMETTI, Die Stellung der Gemeinden, ZSR 1972 II, 221 ff., 288 f.

²⁷⁸ Art. 51, 8 und 34 BV.

²⁷⁹ Art. 47 und 50 BV.

²⁸⁰ Vgl. dazu FLEINER, Bundesstaatsrecht, 23. Fleiner bezeichnet deshalb die Kantone als «Heimat der Demokratie» (Zentralismus, 209).

²⁸¹ HANGARTNER/KLEY, N. 568.

²⁸² Vgl. dazu GIACOMETTI, Staatsrecht, 59 ff.

²⁸³ Vgl. JAAG, Dezentralisierung, 37.

²⁸⁴ MARTENET, 259.

ritätsprinzip nicht in ihre Verfassungen aufnehmen.²⁸⁵ Soweit dieser Grundsatz aber kantonalrechtlich verankert ist, sollte ein Kanton nur jene Aufgaben übernehmen, die auf Gemeindeebene nicht oder nicht wirkungsvoll und kostengünstig vollzogen werden können. In den meisten Kantonen herrscht die Auffassung vor, dass sich jede territoriale Einheit möglichst selbst verwalten und auch über eigene Entscheidungsbefugnisse und finanzielle Mittel verfügen soll. Aus diesem Grund sind die Grundzüge der strukturellen Gliederung eines Kantons in der Verfassung zu regeln.²⁸⁶

a) Die Gliederung in Gemeinden

Die Gemeinden sind öffentlich-rechtliche Körperschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit. Die meisten Kantone kennen nebst der Einwohnergemeinde eine Vielzahl weiterer Gemeinden, so zum Beispiel Bürger-, Schul-, Kirch-, Korporations- oder Fürsorgegemeinden,²⁸⁷ welche entweder an ein territoriales oder personales Element anknüpfen.²⁸⁸ Das Nebeneinander der verschiedenen Gemeindearten führt zu einer «Gemeindezersplitterung», welche vor allem für die Unabhängigkeit der kleineren Kommunen einige Gefahren in sich bergen kann.²⁸⁹ Die wichtigste Gemeindeform ist indes die politische Gemeinde, weshalb sich die folgenden Ausführungen zumeist auf diese beziehen. Alle Gemeinden besorgen gewisse hoheitliche Aufgaben und handeln zumindest teilweise in eigener Verantwortung.²⁹⁰ Ihr kommunales Recht ist aber nicht unabhängig, sondern Teil der im betreffenden Gebiet geltenden, sich überlagernden Gesamtordnung von kantonalen und bundesrechtlichen Vorschriften.

aa) *Anforderungen an den Umfang der Autonomie und an die Organisation?*

Den Gemeinden kommt in der Regel eine gewisse Autonomie zu, wobei deren Sinn und Rechtfertigung «aus staatsrechtlicher Sicht hauptsächlich in ihrem Zusammenhang mit der Gemeindedemokratie erblickt» wird.²⁹¹ Kommunalem Recht kommt eine nicht zu unterschätzende praktische Bedeutung zu, da die Gemeinden vielfach für wichtige Fragen des öffentlichen Lebens Regelungen aufstellen.²⁹² Demgemäss stellt die Kompetenz zur Setzung kommunalen Rechts den Kernbereich der Gemeindeautonomie dar. Bereits in seiner frühen Rechtsprechung anerkannte das Bundesgericht die Gemeindeautonomie als verfas-

²⁸⁵ Vgl. Art. 42 Abs. 2 BV.

²⁸⁶ Vgl. dazu WEBER-MANDRIN, 141 ff.

²⁸⁷ Vgl. GIACOMETTI, Staatsrecht, 81 ff.

²⁸⁸ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER, N. 1372 ff.; HANGARTNER/KLEY, N. 2422 ff.

²⁸⁹ HÄFELIN/MÜLLER, N. 1380.

²⁹⁰ Vgl. SEILER, Gemeinden, N. 15.

²⁹¹ SEILER, Gemeinden, N. 39; vgl. auch BGE 109 Ia 173.

²⁹² HÄFELIN/MÜLLER, N. 1395 (zu den wichtigsten Autonomiebereichen: N. 1408 ff.).

sungsmässiges Recht, obwohl dieses nicht den Bürgern, sondern der Gemeinde zusteht. Der Schutz wurde bisher indessen nur soweit gewährt, als das kantonale Verfassungs- und Gesetzesrecht den Gemeinden Autonomie zugesteht.²⁹³ Die Sicherung dieser kantonalen Gemeindeautonomie entwickelte sich mit der Zeit zu gemeineidgenössischem Staatsrecht und korrigierte damit die von den Radikalen verfolgte Politik aus den Kantonen Einheitsstaaten nach französischen Vorstellungen zu machen.²⁹⁴

Die aktuelle Bundesverfassung verankert diesen *dreigliedrigen Bundesstaat*. Im dritten Titel etwa werden die drei Ebenen Bund, Kantone und Gemeinden ausdrücklich erwähnt,²⁹⁵ ferner soll der Bund die möglichen Auswirkungen seines Handelns auf die Gemeinden beachten.²⁹⁶ Die Gemeinden sind jedoch weiterhin keine gleichberechtigten föderalistischen Partner, da diese Dreigliedrigkeit als «doppelte Zweigliedrigkeit» statuiert wurde.²⁹⁷ Einerseits wird das Verhältnis Bund und Kanton geregelt, andererseits das Verhältnis Kanton und Gemeinde. Artikel 50 Absatz 1 garantiert die Gemeindeautonomie, jedoch weiterhin nur im Rahmen des kantonalen Rechts;²⁹⁸ immerhin steht der Gemeinde zur Geltendmachung aber die Autonomiebeschwerde offen.²⁹⁹

Bundesrechtliche Anforderungen an den Umfang der Gemeindeautonomie existieren hingegen keine, garantiert wird einzig die Einhaltung der kantonalen Rechtsordnung, welche nach den kantonalen Verfahrensvorschriften problemlos abgeändert werden kann. Auch über eine *Existenzgarantie* verfügen die Gemeinden nicht von Bundes wegen, immerhin aber bereits dann, wenn eine Verfassung deren Existenz und den Gebietsbestand nicht ausdrücklich ausschliesst.³⁰⁰ Die Gemeinden können also nicht autonom über ihren Weiterbestand oder allfällige Gebietsveränderungen bestimmen, sondern nur im Rahmen des kantonalen Rechts, das mittels der kantonalen Verfassungsinitiative jederzeit geändert werden könnte. Falls ein Kanton über eine gesetzliche Regelung verfügt, ist daher auch die zwangsweise Aufhebung einer Gemeinde bundesrechtskonform.³⁰¹ Indessen findet die Verfügungsgewalt des Kantons eine Grenze bei Gebietsveränderungen zwischen den Kantonen, da solche zwingend der Zustimmung der betroffenen Bevölkerung bedürfen.³⁰²

²⁹³ Vgl. HÄFELIN/HALLER, N. 976.

²⁹⁴ Vgl. dazu aber vorne, S. 45 Fn 221; KAISER II, 23 und 274 f.

²⁹⁵ Vgl. dazu RHINOW, BV 2000, 90 f.

²⁹⁶ Art. 50 Abs. 2 BV; vgl. KÖLZ/KUSTER, 151 f.

²⁹⁷ KÄGI-DIENER, SG-Kommentar Art. 50 BV, N. 4.

²⁹⁸ Vgl. MARTENET, 257 ff. Zur Tragweite von Art. 50 BV: ULRICH ZIMMERLI, Bund – Kantone – Gemeinden, in: DERS. (Hrsg.), Bundesverfassung, 35 ff., 58 ff.

²⁹⁹ Art. 189 Abs. 1 Bst. e. Zur Beschwerdelegitimation vgl. HÄFELIN/MÜLLER, N. 1470 f.

³⁰⁰ Bger. vom 23. Dezember 1970, ZBl 1971, 427 ff., 428.

³⁰¹ Vgl. Bger. vom 5. November 1998, ZBl 1998, 421 ff.

³⁰² Art. 53 Abs. 3 BV.

Einer der wichtigsten Bereiche der Gemeindeautonomie stellt die Gemeindeorganisation dar. Im Rahmen des kantonalen Rechts kann unter anderem die Art der Bestellung der Gemeindebehörden und die Organisation der Gemeindeverwaltung selbständig festgesetzt werden. Auch die Gemeinde kann sich aber dem bundesrechtlich verankerten Demokratiegebot nicht entziehen. Aus der Rechtfertigung der Gemeindeautonomie, welche sich primär auf das direktdemokratische Element der Gemeindeorganisation abstützt, ist zumindest abzuleiten, dass die Definition des Autonomiebereichs an die Entscheidungszuständigkeiten der Stimmbürger gekoppelt sein muss.³⁰³ Einigkeit dürfte in der Lehre darüber herrschen, dass sich Gemeinden republikanisch organisieren und über eine Gemeindeversammlung oder ein direkt und frei gewähltes Parlament verfügen müssen;³⁰⁴ die grosse Mehrzahl der schweizerischen Gemeinden haben sich als Versammlungsdemokratien organisiert.³⁰⁵ Nach Seiler schreibt Artikel 51 der Bundesverfassung, der auch für die Gemeindeebene gelte, als Minimum zudem vor, dass die kommunale Grundordnung vom Volk angenommen worden sein müsse;³⁰⁶ in logischer Konsequenz wäre daher ebenfalls ein Initiativrecht vorzusehen. Auswirkungen auf die Gemeindedemokratie entfaltet ferner das Legalitätsprinzip,³⁰⁷ da eine demokratische Legitimation unabdingbar wird, wenn als gesetzliche Grundlage ein Gesetz im formellen Sinn verlangt ist.³⁰⁸ Für eine parallele Anwendung des in der Bundesverfassung verankerten Demokratiegebots für die Gemeinden spricht ebenfalls, dass die Grundsätze der Volkssouveränität und des Selbstkonstituierungsrechts des Volkes die ganze schweizerische Rechtsordnung durchdringen sollen. Dadurch würde zudem das Risiko der Aushöhlung der demokratischen Rechte entschärft, welche mit einer Kompetenzabtretung eines Kantons an die Gemeinden verbunden sein kann.³⁰⁹

bb) Grenzen interkommunaler Zusammenarbeit

Viele Aufgaben können heute von den einzelnen Gemeinden nicht mehr alleine bewältigt werden, weil sie gemeindeübergreifende Dimensionen angenommen haben. Als Beispiele sind etwa das Spitalwesen, die Raum- und Verkehrsplanung, die Abfallbeseitigung oder die Bildung zu nennen.³¹⁰ Die verschiedensten Formen der interkommunalen Zusammenarbeit erlauben einerseits je nach Auf-

³⁰³ Vgl. SEILER, Gemeinden, N. 44.

³⁰⁴ MARTENET, 265.

³⁰⁵ HANGARTNER/KLEY, N. 2426; HÄFELIN/HALLER, N. 1398.

³⁰⁶ SEILER, Gemeinden, N. 24.

³⁰⁷ Art. 5 Abs. 1 BV.

³⁰⁸ SEILER, Gemeinden, N. 21; vgl. dazu auch BGE 120 Ia 265.

³⁰⁹ Einer Gemeindedemokratie sind aber auch Grenzen gesetzt, so sind etwa Abstimmungen über Entscheide unzulässig, für die Gerichtsinstanzen vorgeschrieben sind (SEILER, Gemeinden, N. 24).

³¹⁰ Vgl. WIEDERKEHR, Regionen, 620.

gabenbereichen unterschiedliche Strukturen, sie führen andererseits aber zu einer Unübersichtlichkeit der staatlichen Ebenen, was mit einem Verlust an demokratischer Mitwirkung und effizienter Kontrollmöglichkeiten verbunden ist.³¹¹ Möglichkeiten und Grenzen von Zweckverbänden sollten in den Kantonen deshalb auf Verfassungsstufe geregelt werden; deren mögliche Aufgaben erscheinen daher ebenso verfassungswürdig, «wie die Minimalanforderungen an deren Organisation und an die Rechte der Stimmbürger»³¹².

dd) Die Zulässigkeit von Zwangsfusionen und einer Abschaffung der kommunalen Ebene

Um überschaubare und klare Verhältnisse zu schaffen, werden in verschiedenen Kantonen Gemeindefusionen in Betracht gezogen.³¹³ Die Kantone gehen dabei unterschiedlich vor. Während manche fusionswillige Gemeinden finanziell unterstützen, um die Anzahl der Gemeinden zu reduzieren,³¹⁴ kann beispielsweise der Kanton Tessin den Zusammenschluss von Gemeinden zwingend erwirken. Aus diesem Grund billigte das Bundesgericht eine umstrittene Fusion von Tessiner Gemeinden, bei der die Bevölkerungsmehrheit von sechs Gemeinden einem Zusammenschluss zu einer einzigen Gemeinde zugestimmt hatte, diese aber in einer Gemeinde abgelehnt worden war. Letztere wurde in der Folge trotz des negativen Entscheids «mitfusioniert». Da der Tessin keine Existenzgarantie für Gemeinden kennt, entschied das Bundesgericht, die Zusammenlegungen von Gemeinden könne gegen ihren ausdrücklichen Willen erfolgen.³¹⁵

Es stellt sich noch die Frage, ob eine Aufhebung *sämtlicher* Gemeinden zulässig wäre, oder ob die kommunale Ebene als unverzichtbarer Bestandteil der schweizerischen Staatsstruktur angesehen werden muss. Nach Giacometti liegt es nahe, dass die geschichtlich überlieferte Struktur der Kantone eine verfassungsrechtliche Sicherung vor Zugriffen des Gesetzgebers oder der Verordnungsberechtigten darstellt.³¹⁶ Die Existenz von Gemeinden wäre in diesem Sinne als geschriebenes oder ungeschriebenes *kantonales* Verfassungsrecht zu betrachten. In Artikel 50 Absatz 1 hat der Bund ein zurückhaltendes Bekenntnis zur Gemeindeautonomie abgelegt. Dies ist bemerkenswert, weil der Verfassungsentwurf von 1996 die Regelung der Autonomie und der Organisation der Gemeinden noch vollständig den Kantonen überlassen wollte.³¹⁷ Es bleibt aber

³¹¹ SEILER, Gemeinden, N. 47; vgl. auch MARTENET, 269.

³¹² JAAG, Funktionen, 31.

³¹³ Vgl. dazu DANIEL ARN, Liegt die Zukunft in der Fusion von Gemeinden?, ZBl 1999, 241 ff.; WEBER-MANDRIN, 145 f.

³¹⁴ Vgl. SEILER, Gemeinden, N. 50.

³¹⁵ Bger. 1P.700/2000, 1P.704/2000 vom 12. März 2001.

³¹⁶ GIACOMETTI, Staatsrecht 72.

³¹⁷ Vgl. Art. 41 VE 96.

unsicher, ob daraus eine Institutsgarantie abgeleitet werden kann.³¹⁸ Die Materialien lassen vermuten, dass die Organisationsautonomie der Kantone in diesem Bereich bewusst nicht eingeschränkt werden sollte.³¹⁹ Für eine vollständige Unitarisierung eines Kantons müsste also nur, aber immerhin, die betreffende Kantonsverfassung geändert werden, da der Bund eine Gliederung des Kantones in Gemeinden zwar nicht zwingend vorschreibt, die erfolgte Einteilung in solche territoriale Einheiten aber im Rahmen des kantonalen geschriebenen oder ungeschriebenen Verfassungsrechts schützt.

Das Bundesgericht beurteilt demgemäss die Verletzung «der Gemeindeautonomie und anderer Garantien», aber auch Letztere alleine im Rahmen des kantonalen Rechts.³²⁰ Trotz der Wünschbarkeit einer Dezentralisierung wäre somit eine Abschaffung aller Gemeinden in einem Kanton theoretisch zulässig. Im Gegensatz dazu schützt Artikel 28 des deutschen Grundgesetzes die kommunale Selbstverwaltung im Sinne einer Institutsgarantie ausdrücklich, schränkt also die Organisationsmöglichkeit der Länder stärker ein.³²¹ In der schweizerischen Rechtsordnung dürfte aber beispielsweise der Kanton Basel-Stadt, welcher nur zwei Gemeinden kennt, auf eine territoriale Gliederung gänzlich verzichten.³²²

b) Die Regionenbildung in den Kantonen

Die Bildung einer weiteren Zwischenebene innerhalb eines Kantons liegt in der Organisationshoheit der Kantone.³²³ In den meisten Kantonen besteht eine solche, welcher aber in der Regel keine Rechtspersönlichkeit zukommt; dabei handelt es sich regelmässig um dezentralisierte Verwaltungseinheiten. Die Kantone Schwyz, Appenzell Innerrhoden und Graubünden haben ihre jeweiligen Zwischenebenen allerdings mit eigener Rechtspersönlichkeit und somit als selbständige Gebietskörperschaften ausgestaltet.³²⁴

Die Bundesverfassung erwähnt solche Gebilde nicht. Eine Verankerung hätte zur Folge, dass der Bund, neben den drei Ebenen Bund, Kanton und Gemeinde, eine vierte Ebene zwischen Kantonen und Gemeinden berücksichtigen müsste. Derartige Gebilde verfügen in der Schweiz jedoch nicht über das gleiche Gewicht wie die kommunale Ebene und verkomplizieren den Föderalismus. Daher wurde eine Erwähnung in der Bundesverfassung einerseits als unnötig

³¹⁸ KÄGI-DIENER, SG-Kommentar Art. 50 BV, N. 5.

³¹⁹ Vgl. dazu Amtl. Bull. StR, Reform BV, 64 ff., 167 f.; NR, Reform BV, 250 ff., 439 ff.

³²⁰ Art. 189 Abs. 1 Bst. e BV (JuRef.). Eine solche «andere Garantie» stellt z.B. die Bestandesgarantie dar (BGE 120 Ia 95, 97; vgl. auch HÄFELIN/HALLER, N. 1971 ff.).

³²¹ Vgl. dazu SCHMIDT-BLEIBTREU/KLEIN, 638 ff.

³²² Ebenso SCHWEIZER, Homogenität, N. 2 Fn 14; TSCHANNEN, Staatsrecht, 244.

³²³ SALADIN, Art. 3 BV 1874, N. 258; vgl. WEBER-MANDRIN, 146 f.; GERMANN, 409 ff.

³²⁴ Vgl. § 26, 70 ff.; 81 ff. KV SZ; Art. 15, 33 ff. KV AI; Art. 68 ff. KV GR.

angesehen,³²⁵ andererseits aber «eine integrale Erhaltung»³²⁶ des bisherigen föderalistischen Systems garantiert, da die Aufnahme einer entsprechenden Norm als Einmischung in die politischen Prozesse der Kantone hätte verstanden werden können.

Solange von den Kantonen keine eigentliche vierte bundesstaatliche Ebene zwischen Gemeinden und Kantonen geschaffen wird,³²⁷ es sich also um rein innerkantonale Dezentralisierungen handelt, sind diese mit Bundesrecht problemlos vereinbar.³²⁸ Allerdings führte die Einschaltung einer solchen Ebene mit eigener Rechtspersönlichkeit vor allem in den kleineren Kantonen Schwyz und Appenzell Innerrhoden zu einer komplizierten Staatsorganisation – wobei zu berücksichtigen ist, dass in diesen Kantonen die Bezirke in vielen Bereichen faktisch die Aufgaben der Gemeinden wahrnehmen. Die Kantonsverfassung des Kantons Schwyz sieht demgemäss ausdrücklich vor, dass in den drei kleineren Bezirken die Bezirksorgane gleichzeitig die der politischen oder Einheitsgemeinde obliegenden Aufgaben erfüllen.³²⁹ Die autonomen Bezirke von Schwyz und Appenzell Innerrhoden sind ferner körperschaftlich und demokratisch organisiert. Es gibt Wahlen in die Behörden, Bürgerversammlungen sowie Initiativ- und Referendumsrechte.³³⁰ Die Ausgestaltung einer solchen Zwischenebene in diesen Kantonen erscheint daher mit Blick auf Artikel 51 der Bundesverfassung unproblematisch.

2. Verbot der Föderalisierung

Die Kantone dürfen sich also dezentralisierte Strukturen geben, sie müssen aber nicht. Sie können in den oben dargelegten Grenzen den Gemeinden mehr oder weniger Autonomie einräumen, sie können Bezirke vorsehen oder Regionen, die sie wiederum mehr oder weniger als Selbstverwaltungskörper konstituieren können. Den Kantonen bleibt somit viel Freiraum für die Pflege ihrer Eigenarten. Begrenzt werden die Möglichkeiten der Dezentralisierung allerdings durch das bundesrechtlich verankerte Demokratiegebot in Verbindung mit dem Prinzip der politischen Gleichheit.³³¹ Aus diesen Grundsätzen sowie dem geschichtlichen Hintergrund der Gewährleistungsbestimmung ergibt sich, dass einer Dezentralisierung Grenzen gesetzt sind, weil sich die Kantone *auf politischer*

³²⁵ BREITENMOSER, N. 20.

³²⁶ BREITENMOSER, N. 20.

³²⁷ Vgl. WIEDERKEHR, Regionen, 630 f.

³²⁸ Vgl. MARTENET, 269.

³²⁹ § 82 KV SZ.

³³⁰ Vgl. auch Art. 73 KV GR.

³³¹ Art. 51 Abs. 1 i.V.m. Art. 8 Abs. 1 und Art. 34 Abs. 2 BV.

Ebene einheitsstaatlich zu organisieren haben.³³² Mit den Worten von Dubs: «Wie man immer die Eintheilungen gestalten mag, so darf man dabei den Charakter der Staatseinheit auch innerlich nicht preisgeben.»³³³

a) Grundsatz: Politische Einheitsstaatlichkeit

Durch Artikel 6 der Bundesverfassung von 1848 sollten die Kantone gezwungen werden, sich als Einheitsstaaten mit alleine auf der Volkssouveränität beruhenden Verfassungen zu organisieren; sie verlangte somit «eine gesteigerte Helvetik der Kantone»³³⁴. Zudem sollten mittels dieser Bestimmung die politischen Ungleichheiten in den Kantonen behoben werden,³³⁵ weshalb jegliche «Vorrechte des Ortes»³³⁶ ausdrücklich untersagt wurden. Die Gewährleistungspraxis der Bundesbehörden in der Zeit nach 1848 zur politischen Gleichheit und zum Verfassungsreferendum zeigt das damit angestrebte Ziel besonders deutlich: Föderalistische Elemente in der Verfassungsstruktur sah die Bundesversammlung in der Regel als bundesrechtswidrig an. Demgemäss durfte und darf ein Kanton die Annahme einer Verfassungsänderung in einer Volksabstimmung nicht von der Zustimmung einer Mehrheit innerkantonaler Gebietseinheiten, beispielsweise einer Mehrheit der Bezirke oder Gemeinden, abhängig machen und ebenso wenig darf eine territoriale Einheit gegenüber den anderen bevorzugt werden.³³⁷ Mit diesen Entscheiden versuchte die Bundesversammlung den sich aus dem Gewährleistungsartikel ergebenden Forderungen nach politischer Rechtsgleichheit und Einheitsstaatlichkeit zum Durchbruch zu verhelfen.

Forderungen nach der Zulassung föderaler Strukturen in den Kantonen mussten auch noch in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts abgewehrt werden. Mit der Bundesverfassung unvereinbar war etwa die Forderung des «Comité de Moutier», welches 1947 in Anbetracht der Spannungen zwischen Bern und dem jurassischen Landesteil forderte, die kantonale Verfassung habe mit allen daraus sich ergebenden Folgen anzuerkennen, dass die Souveränität im Kanton Bern einerseits dem Bernervolk und andererseits dem jurassischen Volk gehöre, welche sie gemeinsam ausübten, weshalb die Rechte des Jura mittels der Errichtung eines föderalistischen Zweikammersystems sichergestellt werden müssten.³³⁸ Auch andere Vorschläge, welche die unzufriedene jurassische Minderheit vorbrachte und welche eine Föderalisierung des Kantons Bern zur Folge

³³² Vgl. PEROLINI, 55 ff.

³³³ DUBS I, 53. Das einzelne Glied des Staates müsse dem Willen des ganzen Staates folgen, weshalb für Dubs die Selbständigkeit der Bezirke ein entschiedener Fehler war.

³³⁴ JAGMETTI, Einfluss, 115.

³³⁵ Vgl. HIS III, 498.

³³⁶ Art. 4 BV 1848 und 1874.

³³⁷ Dazu vorne, S. 67 ff., 71 f. und 77 f.

³³⁸ BBl 1977 III 778; vgl. auch AUBERT, Bundesstaatsrecht I, 222.

gehabt hätten, mussten zurückgewiesen werden.³³⁹ – So zum Beispiel jene nach einem doppelten Mehr bei Verfassungsänderungen oder nach einer Neuordnung des Gesetzesreferendums, welches die Annahme eines Gesetzes von der Mehrheit des Jura und des übrigen Kantons abhängig gemacht hätte. Mit Bundesrecht unvereinbar waren schliesslich auch die Forderungen nach einem eigenen Wahlkreis für die Nationalratswahlen³⁴⁰ und eines durch die Kantonsverfassung zugesicherten Sitzes im Ständerat, da durch diese Massnahmen die Stimmbürger der kleinen jurassischen Minorität über eine ungleich grössere Stimmkraft verfügt hätten wie jene des übrigen Kantons, was dem Grundsatz der politischen Gleichheit zutiefst widersprochen hätte.

b) Ausnahme: Schutz territorialer Minderheiten

Zu einer *bewussten* Änderung der restriktiven Praxis der Bundesversammlung bezüglich der Einführung föderativer Elemente in den Kantonen kam es 1951 anlässlich der Gewährleistung der Partialrevision einiger Artikel der Berner Verfassung.³⁴¹ Die betroffenen Artikel beinhalteten ein eigentliches Minderheitenstatut für den französischsprachigen Berner Jura. Seither weicht die Bundesversammlung in Einzelfällen von der grundsätzlich geforderten politischen Einheitsstaatlichkeit ab. Eine solche Durchbrechung im Einzelfall muss jedoch wegen der Bedeutsamkeit dieses Prinzips an enge Zulässigkeitsvoraussetzungen gebunden werden.

aa) *Zulässigkeitsvoraussetzungen*

Eine massvolle Relativierung des Einheitsstaatsprinzips kann sich in Einzelfällen rechtfertigen, wo zum Beispiel kantonale *sprachliche* Minderheiten besonders berücksichtigt werden sollen und wenn etwa bei der Majorzwahl der Regierung in einem gesamtkantonalen Einheitswahlkreis solche Unterschiede zu wenig in das Ergebnis einflössen. Bei Eingriffen in das kantonale Wahlrecht ist jedoch grosse Zurückhaltung angebracht, da durch Massnahmen zur Förderung solcher Minderheiten die Gefahr eines Ausschlusses neuer Gruppen evident ist. Meines Erachtens ist zwischen einsprachigen und mehrsprachigen Kantonen zu unterscheiden. Während sich im ersten Fall für eine Bevorzugung einer territorialen Einheit keine Rechtfertigung finden lässt, dürfte in mehrsprachigen Kantonen eine *geringe Einschränkung des Prinzips der politischen Einheitsstaatlichkeit* zu Gunsten einer sprachlichen Minderheit Sinn machen, wenn damit der kulturellen Vielfalt in einem Kanton besser Rechnung getragen werden kann. Eine solche Rücksichtnahme auf Kosten der politischen Gleichheit

³³⁹ PEROLINI, 57 f.

³⁴⁰ Art. 149 Abs. 3 BV.

³⁴¹ BBl 1951 I 879. Vgl. PEROLINI, 52; GARRONE, 160; vgl. aber MARTENET, 383 Fn 687.

könnte sich meines Erachtens für die gefährdete romanisch- und italienischsprachige Minderheit im Kanton Graubünden aufdrängen. Alle anderen sprachlichen Minderheiten finden heute wohl genügend grossen kulturellen Rückhalt in anderen Kantonen, sodass sich eine Einschränkung – zum Beispiel der Wahlrechtsgleichheit – nur in den seltensten Fällen rechtfertigen lassen dürfte.³⁴² Darauf deutet auch die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung hin, wonach jeder Stimmbürger, der die einschlägigen verfassungsmässigen Voraussetzungen erfüllt, mit gleichen Chancen an einer Wahl teilnehmen können muss – sei es als Wähler oder Kandidat. Eine Einschränkung dieser Grundsätze ist einzig aus zwingenden, von *öffentlichem Interesse getragenen gewichtigen Gründen* zulässig. Ansonsten beanspruchen die genannten Prinzipien absolute Geltung.³⁴³ Grundsätzlich sind daher für ein Besserstellen einer territorialen Minderheit drei kumulativ zu erfüllende Bedingungen zu fordern:

1. Es muss sich tatsächlich um eine kulturelle beziehungsweise sprachliche Minderheit handeln, die Schutz für die Bewahrung ihrer Eigenart benötigt.
2. Die Mittel der örtlichen Dezentralisation der Verwaltung reichen nicht aus, damit die betroffene Minderheit genügend gefördert werden kann.
3. Die politische Gleichheit aller Stimmberechtigten im Kanton darf durch die Bevorzugung der Minderheit nur massvoll beschränkt werden.

bb) Die Problematik von Sitzgarantien und von Vorkehrungen gegen eine Übervertretung territorialer Einheiten

Bundesrechtlich unproblematisch sind Regelungen, welche alleine feststellenden Charakter aufweisen – beispielsweise historisch-kultureller Art.³⁴⁴ So war die Berner Verfassungsbestimmung, wonach die Staatsgewalt im Kanton Bern auf der «Gesamtheit des Volkes im alten Kantonsteil und im Jura» beruhe, mit Bundesrecht gut vereinbar, weil sie die staatsrechtliche Einheit des Berner Volkes nicht in Frage stellte.³⁴⁵ Als heikel erscheinen hingegen tatsächliche rechtliche Privilegien, so etwa Sitzgarantien für gewisse territoriale Einheiten. Stossend sind diese vor allem, wenn sie etwa bei Parlamentswahlen kleinen Wahlkreisen zugestanden werden, da dadurch die verfassungsrechtlich geforderte *rein bevölkerungsmässige* Vertretung durch eine *regionale* durchbrochen

³⁴² Vgl. auch HANGARTNER, Bemerkungen [zu BGE 129 I 185], 837 f.

³⁴³ BGE 125 I 21, 33; BGE 123 I 152, 172.

³⁴⁴ Vgl. dazu PEROLINI, 58.

³⁴⁵ Vgl. BBl 1950 III 745 ff.; 1951 I 897.

wird.³⁴⁶ Daneben bevorteilen kleine Wahlkreise in erster Linie starke politische Parteien und dienen erst in zweiter Linie dem Schutz regionaler Minderheiten. Einer Föderalisierung des Kantons durch Wahlkreiseinteilung müssen daher *engste* Grenzen gesetzt sein, vor allem wenn etwa bei Proporzwahlen das allgemein für zulässig erachtete Quorum von 10 Prozent überschritten wird.³⁴⁷

Vor diesem Hintergrund erscheint die neue Bestimmung der Berner Verfassung, welche dem französischsprachigen jurassischen Wahlkreis eine Vertretung von zwölf Sitzen im 160-köpfigen Parlament sichert, mit Bundesrecht kompatibel,³⁴⁸ da die Abweichung von der Repräsentationsgleichheit als massvoll beurteilt werden kann und im Wahlkreis genügend viele Mandate vergeben werden. Damit ist das zulässige Quorum unterschritten, auch kleinere Parteien und «Minderheiten in der Minderheit» können in diesem Wahlkreis einen Sitz erringen. Bei einer massgeblichen Veränderung der Bevölkerung im Kanton Bern zu Ungunsten des Berner Jura müsste allerdings die Zahl der Sitze angepasst werden, damit die Verhältnismässigkeit des Eingriffs in das Prinzip der Repräsentationsgleichheit gewahrt bliebe.³⁴⁹ *Hingegen widersprechen die Wahlkreise im Kanton Graubünden der Bundesverfassung in eklatanter Weise*, da die Stimmberechtigten in den Kleinstwahlkreisen bis um das neunfache bevorteilt werden.³⁵⁰ Zurzeit verfügen etwa die 183 Bewohner des Kreises Avers oder die 439 Bewohner des Kreises Safien über je ein Mitglied im Grossen Rat des Kantons, während den 26'116 Churern lediglich 19 Sitze zugeteilt worden sind. Ein Churer Grossrat vertritt also 1374,5 Bewohner.³⁵¹ Bei dieser Wahlkreiseinteilung ist die Repräsentationsgleichheit nicht im Entferntesten mehr gegeben; es handelt sich folglich um eine verpönte Föderalisierung des Kantons.³⁵² Entsprechendes gilt es ferner in Bezug auf die Regelungen der Kantone Schwyz und Appenzell Ausserrhoden festzuhalten, wonach jede auch noch so kleine Gemeinde mindestens einen Abgeordneten stellen kann.³⁵³ Das einkammerige Parlament ist nicht mehr einfach als Repräsentationsorgan des Volkes ausgestaltet, sondern als eine Art «Vereinigte Bundesversammlung» auf Kantonsebene.

³⁴⁶ POLEDNA, Wahlrecht, 73 ff.

³⁴⁷ Dazu hinten, S. 262 ff und 267 ff.

³⁴⁸ Art. 73 Abs. 3 KV BE; BBl 2003 3391 f.

³⁴⁹ BBl 2003 3391.

³⁵⁰ POLEDNA, Wahlrecht, 96 f.

³⁵¹ BUNDI, 249.

³⁵² Auch das im Kanton Graubünden abgelehnte Mischwahlssystem, das so genannte «Bündner Modell», hätte den Anforderungen des Bundes an die politische Einheitsstaatlichkeit widersprochen, weil in jedem der 39 sehr unterschiedlich grossen Kreise zuerst ein «föderalistisches» Mandat im Majorz hätte vergeben werden sollen, während die restlichen 81 Sitze im Proporz – wiederum in elf verschiedenen grossen Bezirken! – hätten verteilt werden sollen (Art. 27 KV GR-Variante; NZZ, 16.09.2003, S. 16).

³⁵³ § 26 KV SZ; Art. 71 Abs. 2 KV AR; vgl. auch Art. 23 KV UR; hinten, S. 265 f.

Ein analoges Problem stellen ferner *Vertretungsansprüche bei Exekutivwahlen* dar.³⁵⁴ Eine Bestimmung, welche einem Landesteil eine feste oder gar überproportionale Vertretung in der Regierung garantiert, den anderen aber nicht, ist mit dem Gleichheitsgrundsatz grundsätzlich nicht vereinbar.³⁵⁵ Aus diesem Grund war die bernische Regelung, welche *alleine* dem jurassischen Landesteil zwei Sitze einräumte, im Grunde bundesrechtswidrig. Rechtfertigen lässt sich die Gewährleistung nur, da weiterhin in einem Einheitswahlkreis durch das ganze Berner Volk gewählt wurde und die Vorschrift dazu diente, die Spannungen zwischen altem und neuem Kanton abzubauen.³⁵⁶ Ein massvolles Besserstellen war zudem *staatspolitisch* sinnvoll, um die verschiedenen Sprachkulturen zu erhalten und zu fördern.³⁵⁷ Auch eine solche Bevorzugung muss jedoch in Relation zur Grösse einer territorialen Minderheit stehen. Folgerichtig wurde nach der Gründung des Kantons Jura 1978 der Anspruch der nun viel kleineren jurassischen Minderheit, welche in der Folge nur noch zwischen fünf und sechs Prozent der gesamtbernischen Bevölkerung umfasste, auf einen Sitz im Regierungsrat reduziert.³⁵⁸

Derartige Sitzgarantien dürfen nicht mit Bestimmungen verwechselt werden, welche eine regionale Übervertretung verhindern wollen. Es handelt sich dabei um eine mildere Massnahme für einen interkantonalen Interessensausgleich, trotzdem sind auch solche Vorschriften am Grundsatz der politischen Einheitsstaatlichkeit zu messen. Unzulässig war beispielsweise eine Verfassungsbestimmung des Kantons Waadt von 1885, wonach nicht mehr als zwei Mitglieder der Regierung aus dem gleichen Bezirk stammen durften, was die Stadt Lausanne massiv benachteiligte.³⁵⁹ Zulässig ist hingegen die Walliser Verfassungsvorschrift, wonach je eines der fünf Mitglieder des Staatsrates aus einem von drei ungefähr gleich grossen Wahlkreisen stammen muss und nicht mehr als ein Staatsrat aus dem gleichen Bezirk kommen darf.³⁶⁰ Da es sich um die Bestimmung eines zweisprachigen Kantons handelt, die das Ziel verfolgt, eine gleichmässige Vertretung der verschiedenen Landessprachen im Staatsrat sicherzustellen und die Regierungsräte trotzdem gesamtkantonal zu wählen, lässt sich diese Vorschrift mit den Artikeln 8, 34 Absatz 2 und Artikel 51 der

³⁵⁴ Vgl. dazu VATTER, 50.

³⁵⁵ Vgl. dazu die Nichtgewährleistung einer Vorschrift in der KV SZ von 1876, wonach dem Bezirk Schwyz drei Sitze in der siebenköpfigen Regierung hätten zugestanden werden sollen (vorne, S. 68 f.).

³⁵⁶ Vgl. MARTENET, 275.

³⁵⁷ CEREGHETTI, 106 betont ebenfalls die politische Komponente bei dieser Entscheidung.

³⁵⁸ BBl 1978 II 1755; 1990 II 476 ff.; Art. 84 KV BE. Der Vertretungsanspruch des Berner Jura ist allerdings immer noch sehr hoch, da ca. 5,4% der Bevölkerung einen Regierungsrat (14,3% der Sitze) stellt.

³⁵⁹ Vorne, S. 69. Waadt hob diese Norm 1997 auf (HANGARTNER/KLEY, N. 1562 Fn 79).

³⁶⁰ Art. 52 KV VS; vorne, S. 69; GARRONE, 160.

Bundesverfassung vereinbaren. Eine kritischere Beurteilung muss hingegen die Regelung des einsprachigen Kantons Uri erfahren, wonach nicht mehr als drei von sieben Regierungsräten aus derselben Gemeinde stammen dürfen.³⁶¹ Wird diese Zahl jedoch ins Verhältnis zur jeweiligen Wohnbevölkerung in den Gemeinden gesetzt, ergibt sich, dass dadurch die Stimmbürger in keiner Gemeinde proportional zu ihrer Grösse benachteiligt werden.³⁶² Die Vorschrift erscheint daher mit Bundesrecht gerade noch vereinbar; allerdings könnte langfristig ein Widerspruch zu Bundesrecht entstehen, falls sich die Bevölkerungsverteilung im Kanton stark ändern würde.

Auszuschliessen sind *Sitzgarantien bei kantonalen Richterwahlen*, da für eine solche Regelung kein schutzwürdiges Interesse einer Minderheit besteht. Ein Richter hat nur nach dem Recht zu urteilen und nicht gemäss regionalen Interessen. Bei Wahlen in richterliche Behörden ist – wenn schon – auf die fachliche Qualifikation abzustellen. Die Bedingung in einem bestimmten Bezirk wohnhaft sein zu müssen, um überhaupt gewählt werden zu können, widerspricht der Rechtsgleichheit, weil sie durch einen vernünftigen und sachlichen Grund nicht gerechtfertigt werden kann. Zudem lassen sich in eher dünn besiedelten, ländlichen Gebieten aus wirtschaftlichen Gründen regelmässig viel weniger Personen, welche über die nötigen Qualifikationen verfügen, nieder als in städtischen. Zum Schutz sprachlicher Minderheiten in mehrsprachigen Kantonen kann schliesslich die Kenntnis der anderen Amtssprachen als Bedingung für die Wählbarkeit in ein Richteramt aufgestellt werden. Die Verfassungsbestimmung des Kantons Schwyz, wonach für die Wahlen ins Kantonsgericht den unterschiedlich grossen Bezirken eine feste Anzahl Sitze zugeteilt werden,³⁶³ ist folglich als bundesrechtswidrig zu beurteilen.

³⁶¹ Art. 95 Abs. 2 KV UR.

³⁶² Die Wohnbevölkerung betrug im Kanton Uri im Jahr 2000 35'246, wovon in der grössten Gemeinde Altdorf 8623 Personen (ca. 24,5%) lebten. Würden die Mandate im siebenköpfigen Regierungsrat proportional zur Einwohnerzahl verteilt, hätte Altdorf einen Anspruch auf ca. 1,7 Sitze. Gemäss der Vorschrift könnte Altdorf jedoch immerhin 3 Regierungsräte stellen (Vgl. die Statistik des jährlichen Bevölkerungsstandes [ESPOP] 2000).

³⁶³ § 60 Abs. 2 KV SZ.