



Subsidiarität und fiskalische Äquivalenz als Garanten für einen substanziellen Föderalismus?

BERNHARD WALDMANN, Prof. Dr. iur.

Mit der verfassungsrechtlichen Verankerung der Prinzipien der Subsidiarität und der fiskalischen Äquivalenz sollten Bund und Kantone in ihren jeweiligen Rollen im bundesstaatlichen Gefüge gekräftigt und der Föderalismus in seiner Substanz gestärkt werden. Rund acht Jahre nach dem Inkrafttreten der NFA-Reform lässt sich allerdings mit einer gewissen Ernüchterung feststellen, dass diese Prinzipien ihre erwünschte Wirkung (noch?) nicht erzielt haben. Der vorliegende Beitrag versucht, den Gründen für diesen Misserfolg nachzugehen, indem er die rechtliche Tragweite dieser Prinzipien klären und deren Inhalt näher ausleuchten will. Als Illustration dient das Beispiel der vorgeschlagenen Bundesregelung über Ladenöffnungszeiten (E-LadÖG).

Inhalt

I. Ausgangslage	2
II. Subsidiaritätsprinzip (Art. 5a BV)	3
1. Hintergrund und verfassungsrechtliche Verankerung	3
2. Geltungsbereich	3
3. Inhalt	4
a) Ausgangslage	4
b) Konkretisierung durch den Verfassungsgeber (Art. 43a Abs. 1 BV)	4
c) Konkretisierung in Lehre und Praxis	5
d) Würdigung	6
4. Tragweite und Rechtsnatur	8
5. Die Probe aufs Exempel: Eine Bundesregelung zu den Ladenöffnungszeiten ...	10
III. Prinzip der fiskalischen Äquivalenz	13
1. Hintergrund und verfassungsrechtliche Verankerung	13
2. Geltungsbereich und Inhalt	13
3. Tragweite und Rechtsnatur	14
IV. Schlusswürdigung	15
Bibliographie	16

I. Ausgangslage

Die Aufteilung der Zuständigkeiten und Aufgaben zwischen Bund und Kantonen wird in der Bundesverfassung explizit geregelt: Demnach sind die Kantone in allen Bereichen zuständig, welche die Bundesverfassung nicht dem Bund zuweist (Art. 3 BV: *Grundsatz der Einzelmächtigung*), während der Bund jene Aufgaben zu erfüllen hat, die ihm die Bundesverfassung auferlegt (Art. 42 BV: *Verfassungsvorbehalt für Bundesaufgaben*). Die Zuweisung neuer Zuständigkeiten und Aufgaben an den Bund bedarf einer Verfassungsänderung, an welcher die Kantone über das Erfordernis des Ständemehrs mitwirken¹.

Mit diesem in der Verfassung festgelegten System der Kompetenz- und Aufgabenteilung ist aber noch nicht bestimmt, ob und nach welchen Kriterien der Verfassungsgeber neue Bundeskompetenzen und -aufgaben begründen oder der Bundesgesetzgeber bestehende Kompetenzen in Anspruch nehmen darf. Hierzu hält die Verfassung *bereichsübergreifende Prinzipien und Maximen* bereit, welche eine zweckmässige bundesstaatliche Aufgabenordnung gewährleisten sollen². Im Zentrum stehen dabei die Prinzipien der *Subsidiarität* (Art. 5a und Art. 43a Abs. 1 BV) und der *fiskalischen Äquivalenz* (Art. 43a Abs. 2–3 BV)³. Diese Prinzipien richten sich – allerdings mit unterschiedlicher normativer Tragweite – an den Bundesverfassungsgeber, den Bundesgesetzgeber und die Bundesverwaltung. Sie sollen ihnen sachgerechte Leitlinien zur Hand geben für ein optimales Verhältnis zwischen Zentralisierung und Dezentralisierung bzw. zwischen Rechtsvereinheitlichung (Einheit) und Regelungsvielfalt (Diversität)⁴. Ihre Anwendung erweist sich allerdings in der Praxis als schwierig⁵. Angesichts der hohen Konkretisierungsbedürftigkeit der Prinzipien ist es kaum möglich, eine in allen Punkten sachgerechte Aufgaben- und Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen vorzunehmen. Vieles bleibt auch weiterhin der politischen Ausgestaltung überlassen.

Der folgende Beitrag möchte einige Ansätze zur Konkretisierung und rechtlichen Durchdringung dieser Prinzipien, denen in der Praxis schergewichtig ein (verfassungs-)politischer Charakter zugeschrieben wird, aufzeigen. Die gewonnenen Erkenntnisse sollen anhand des im Raume stehenden Vorschlags für ein neues Ladenöffnungsgesetz des Bundes (LadÖG) veranschaulicht werden.

¹ Zum Ganzen statt vieler JAAG, in: Biaggini/Gächter/Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, § 12 Rz. 2.

² BUNDESRAT, Botschaft NFA I, BBl 2002 2329.

³ Einschlägig sind ausserdem der Grundsatz der Eigenständigkeit der Kantone (Art. 47 BV) sowie das Prinzip des Vollzugsföderalismus mit der darin enthaltenen Umsetzungsautonomie der Kantone (Art. 46 BV).

⁴ Vgl. BUNDESRAT, Botschaft NFA I, BBl 2002 2305.

⁵ Vgl. auch BUNDESRAT, Bericht Postulat Stadler, S. 17.

II. Subsidiaritätsprinzip (Art. 5a BV)

1. Hintergrund und verfassungsrechtliche Verankerung

Das Prinzip der Subsidiarität hat seinen ideengeschichtlichen Ursprung in der Philosophie und wurde v.a. in der katholischen Soziallehre⁶ weiter ausformuliert⁷. Ihm liegt – bezogen auf die Aufgabenteilung zwischen verschiedenen bundesstaatlichen Ebenen – die Idee zu Grunde, dass die obere Ebene (der Bund) nicht Aufgaben an sich ziehen soll, welche die untere Ebene (Kantone) ebenso gut erfüllen kann⁸.

Seit der Gründung des Bundesstaates spielte der Gedanke der Subsidiarität immer wieder eine Rolle, wenn es darum ging, die für die Erfüllung einer als notwendig angesehenen Staatsaufgabe geeignete Regelungs- und Handlungsebene zu bestimmen⁹. Nachdem der Vorschlag für eine ausdrückliche Verankerung des Subsidiaritätsprinzips in der neuen Bundesverfassung im Parlament noch gescheitert war¹⁰, setzte er sich in der NFA-Reform durch¹¹. Heute werden Bund und Kantone bei der Zuweisung und Erfüllung staatlicher Aufgaben in Art. 5a BV auf die Beachtung des Grundsatzes der Subsidiarität verpflichtet. Dieser Grundsatz wird in Anlehnung an Art. 42 Abs. 2 a.F. in Art. 43a Abs. 1 BV konkretisiert und kommt ebenfalls in Art. 47 Abs. 2 BV (Beachtung der kantonalen Aufgaben-, Finanz- und Organisationsautonomie), in Art. 46 Abs. 1 und 3 BV (Vollzugsföderalismus und Umsetzungsautonomie der Kantone), in Art. 52 Abs. 2 BV (Bundesaufsicht) sowie neuerdings in den subsidiären Bundeskompetenzen der Bildungsverfassung (Art. 62 Abs. 4, Art. 63a Abs. 5, Art. 67a Abs. 2 BV) zum Ausdruck¹².

2. Geltungsbereich

Art. 5a BV normiert gemäss seiner Entstehungsgeschichte und Konzeption in erster Linie die bundesstaatliche Dimension des Subsidiaritätsprinzips¹³, richtet sich aber nicht nur an den Bund (im Verhältnis zu den Kantonen), sondern auch an die Kantone (im Verhältnis zu den Gemeinden)¹⁴. Angesichts der verfassungsrechtlich gewährleisteten Eigenstaatlichkeit und Autonomie der Kantone (Art. 3 und Art. 47 BV) und des Umstandes, dass die Gemeindeautonomie gemäss

⁶ Vgl. insbesondere in der Enzyklika *Quadragesimo* von Papst Pius XI (1931), § 79.

⁷ KLEY, in: Biagini/Gächter/Kiener (Hrsg.), *Staatsrecht*, § 10 Rz. 17 f.; RICHLI, ZSR 2007 I, S. 47 f.

⁸ BUNDESRAT, Botschaft BV, BBl 1997 I 209; Botschaft NFA I, BBl 2002 2458; Bericht Postulat Stadler, S. 9.

⁹ BIAGGINI, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), BSK BV, Art. 5a Rz. 7; KOLLER, S. 678; THALMANN, Subsidiaritätsprinzip, S. 163 f.; vgl. auch bereits FLEINER/GIACOMETTI, S. 67 f.; SALADIN, Komm. aBV, Art. 3 Rz. 67 ff., 71.

¹⁰ Der Vorschlag des Bundesrates (Art. 34 Abs. 3 VE: «Der Bund beachtet den Grundsatz der Subsidiarität» [vgl. Botschaft BV, BBl 1997 I 209, 595]) wurde immerhin umformuliert (Art. 42 Abs. 2 BV in der damaligen Fassung: «Er [der Bund] übernimmt die Aufgaben, die einer einheitlichen Regelung bedürfen»).

¹¹ Eingehender zum entstehungsgeschichtlichen Hintergrund BIAGGINI, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), BSK BV, Art. 5a Rz. 10 ff.

¹² RHINOW/SCHEFER, Rz. 930; SCHWEIZER/MÜLLER, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), SG Komm. BV, Art. 5a Rz. 7.

¹³ BGE 138 I 378 E. 8.4; BIAGGINI, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), BSK BV, Art. 5a Rz. 16 f.; SCHWEIZER/MÜLLER, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), SG Komm. BV, Art. 5a Rz. 7. Teilweise wird allerdings Art. 5a BV auch im sozialrechtlichen Kontext (Abgrenzung Verantwortlichkeit Staat und Private) verwendet; vgl. BGE 138 I 265 (nicht publizierte E. 7.2); offen auch RICHLI, ZSR 2007 I, S. 58.

¹⁴ BUNDESRAT, Botschaft NFA I, BBl 2002 2458.

Art. 50 Abs. 1 BV lediglich nach Massgabe des kantonalen Rechts gewährleistet ist, kommt Art. 5a BV für die Aufgabenteilung zwischen Kantonen und Gemeinden allerdings eine eingeschränkte Tragweite zu¹⁵.

Art. 5a BV verlangt die Beachtung des Subsidiaritätsgrundsatzes bei der «Zuweisung» und «Erfüllung» staatlicher Aufgaben. Auf Bundesebene richtet sich Art. 5a BV zum einen an den Bundesverfassungsgeber und gibt diesem eine Richtschnur für die Vornahme der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen in den einzelnen Sachbereichen zur Hand (sog. «Kompetenzzuweisungsmaxime»); zum andern wirkt er begrenzend auf das Ausmass und die Intensität der Ausschöpfung bestehender Kompetenzen durch den Bundesgesetzgeber ein (sog. «Kompetenzausübungsmaxime»)¹⁶. Für die Bindungskraft und Tragweite des Subsidiaritätsgrundsatzes wird allerdings zwischen beiden Anwendungsbereichen unterschieden (vgl. Ziff. 4).

3. Inhalt

a) Ausgangslage

Der Grundsatz der Subsidiarität wird in Art. 5a BV zwar postuliert, aber nicht definiert. Als Prinzip (vgl. Ziff. 4 hiernach) bleibt er *konkretisierungsbedürftig*. Die verbreitet anzutreffende Definition, wonach das Subsidiaritätsprinzip den Bund dazu anhalte, nur jene Aufgaben oder Teilbereiche einer Aufgabe zu übernehmen, die er nachweislich besser erfüllen kann als die Kantone¹⁷, hilft nicht wirklich weiter, da offenbleibt, wer diese Bewertung nach welchen Kriterien vorzunehmen hätte.

b) Konkretisierung durch den Verfassungsgeber (Art. 43a Abs. 1 BV)

Eine gewisse Konkretisierungsfunktion erfüllt Art. 43a Abs. 1 BV, wonach der Bund «nur» Aufgaben übernehmen darf, «welche die Kraft der Kantone übersteigen oder einer einheitlichen Regelung durch den Bund bedürfen». Zunächst lässt sich darin eine Verpflichtung des Bundes erblicken, Übertragungen von Zuständigkeiten und Aufgaben an den Bund sowie die Ausweitung und Intensivierung bestehender Bundeskompetenzen hinreichend zu begründen. Nach welchen Kriterien sich allerdings der *Bedarf nach einer einheitlichen Regelung* durch den Bund beurteilt, bleibt offen¹⁸. Der in Art. 43a Abs. 1 BV genannte Fall der *Aufgabe, welche die Kraft der Kantone übersteigt*, könnte einen solchen Bedarf begründen, wobei offen bleibt, ob es sich

¹⁵ So auch BIAGGINI, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), BSK BV, Art. 5a Rz. 20; demgegenüber bewirkt Art. 5a BV gemäss SCHWEIZER/MÜLLER (in: Ehrenzeller et al. [Hrsg.], SG Komm. BV, Art. 5a Rz. 13) eine Stärkung der Gemeindeautonomie.

¹⁶ AUBERT/MAHON, Art. 42 Rz. 16; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 5a Rz. 9; DERS., in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), BSK BV, Art. 5a Rz. 21; RHINOW/SCHEFER, Rz. 599 ff., 608 ff.; JAAG, in: Biaggini/Gächter/Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, § 12 Rz. 10; RICHLI, ZSR 2007 I, S. 59; SCHWEIZER/MÜLLER, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), SG Komm. BV, Art. 5a Rz. 17 ff., 22 ff.; THALMANN, Subsidiaritätsprinzip, S. 164, 166.

¹⁷ So etwa BUNDESRAT, Botschaft NFA I, BBl 2002 2306, 2545; vgl. auch BGer, Urteil 2C_887/2010 vom 28.4.2011 E. 3.

¹⁸ Vgl. auch BIAGGINI, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), BSK BV, Art. 43a Rz. 14; RHINOW/SCHEFER, Rz. 600, 687.

bei der «Kraft» nur um die ökonomische oder auch um die politische Leistungsfähigkeit handelt¹⁹, und ob das Unvermögen die Kantone insgesamt betreffen muss²⁰. Entgegen dem Wortlaut dürfte wohl ein Bedarf an Vereinheitlichung allein nicht genügen (einen politischen Grund für eine Zentralisierung gibt es immer); vielmehr muss das Interesse an der Vereinheitlichung in einem bestimmten Aufgabenbereich (oder in einem Teil davon) überwiegen²¹.

c) *Konkretisierung in Lehre und Praxis*

Insgesamt bleiben sowohl für die Übertragung von Kompetenzen und Aufgaben an den Bund als auch für die Inanspruchnahme bestehender Bundeskompetenzen erhebliche Wertungs- und Gestaltungsspielräume offen. In der Lehre wird daher der Inhalt des Subsidiaritätsgrundsatzes oftmals auf ein *formelles (prozedurales) Prinzip* i.S. eines besonderen Rechtfertigungs- und Begründungszwangs für neue Bundeszuständigkeiten und neue Bundesregelungen reduziert²². Von seinem Wesen her ist der Subsidiaritätsgrundsatz allerdings auch ein *materielles* Prinzip. Vor diesem Hintergrund ist eine inhaltliche Konkretisierung des Subsidiaritätsgrundsatzes im Sinne einer weiteren Verfeinerung der abstrakten Kriterien von Art. 43a Abs. 1 BV geboten²³. Eine entsprechende Konkretisierungspraxis hat sich allerdings bisher noch nicht herausgebildet.

Immerhin hat der *Bundesrat* in einem Bericht zur Überprüfung der Einhaltung der NFA-Grundsätze auf der Basis der Unterlagen der NFA-Projektorganisation, der Eidgenössischen Finanzverwaltung, des 2. Wirksamkeitsberichts zur NFA sowie der Lehre erste Ansätze für solche Kriterien definiert²⁴.

- Als erstes nennt der Bundesrat Beurteilungskriterien, die für eine alleinige Zuständigkeit der Kantone und gegen eine Steuerung durch den Bund sprechen. Eine ausschliessliche Entscheid- und Finanzierungsverantwortung der Kantone sei angebracht, wenn
 - verwandte Aufgaben bereits in weitestgehend kantonaler Zuständigkeit erfüllt würden;
 - der Nutzen der Aufgabe auf die Kantonsgebiete beschränkt bleibe;
 - eine dezentrale Lösung zu Wettbewerb zwischen den Leistungsanbietern führen und damit kostensenkend und innovationsfördernd wirken könne;
 - eine besondere Nähe der Kantone zur Aufgabe bestehe und diese in der Lage seien, sie eigenständig zu lösen;
 - Vertrautheit gegenüber Personen und gegenüber dem Raum vorteilhaft seien;
 - erwünscht sei, die Betroffenen vor Ort in die Mitverantwortung einzubeziehen;
 - sich als Alternative zu einer Bundeskompetenz die interkantonale Zusammenarbeit anbiete.

- Umgekehrt könne eine Aufgabenzuweisung an den Bund i.S. der ausschliesslichen Entscheid- und Finanzierungsverantwortung angebracht erscheinen, wenn

¹⁹ Vgl. RHINOW/SCHEFER, Rz. 687.

²⁰ Für SCHWEIZER/MÜLLER (in: Ehrenzeller et al. [Hrsg.], SG Komm. BV, Art. 43a Rz. 11) dürfte das Unvermögen oder der Unwille einzelner Kantone alleine nicht ausreichen, dass sich der Bund der entsprechenden Aufgabe annehmen darf.

²¹ Vgl. auch SCHWEIZER/MÜLLER, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), SG Komm. BV, Art. 43a Rz. 10, mit dem Hinweis, dass im Einzelfall zu prüfen sei, ob die Kantone eine Aufgabe auch nicht aufgrund einer horizontalen Zusammenarbeit bewältigen können.

²² BIAGGINI, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), BSK BV, Art. 5a Rz. 36 und Art. 43a Rz. 20.

²³ Davon zu unterscheiden ist freilich die Frage der rechtlichen Tragweite und der Durchsetzbarkeit (dazu Ziff. 4).

²⁴ BUNDESRAT, Bericht Postulat Stadler, S. 17.

- ein landesweit gleichmässiger Nutzen generiert werden solle bzw. eine einheitliche Lösung notwendig sei, um schwerwiegende Beeinträchtigungen der Chancengleichheit zu vermeiden;
- aus technischen Gründen landesweit einheitliche Regeln und Standards geboten seien (z.B. für den Betrieb von Netzinfrastrukturen);
- eine dezentrale Lösung ineffizient sei, weil sie zu teuren Doppelspurigkeiten führe, hohen Koordinationsaufwand verursache oder die Erzielung von Skaleneffekten verhindere.

Auf der Grundlage dieser Kriterien stellte der Bundesrat innerhalb der geprüften Erlasse (16 relevante Erlasse in der Zeitspanne von 2004–2013) in vier Fällen eine (mögliche) Beeinträchtigung des Subsidiaritätsprinzips fest²⁵.

Auch die *Kantone* prüfen im Rahmen des *Föderalismusmonitorings* der ch Stiftung für eidgenössische Zusammenarbeit²⁶ relevante Erlassvorhaben und parlamentarische Vorstösse systematisch auf die Einhaltung des Subsidiaritätsgrundsatzes. Diese Prüfung basiert im Wesentlichen auf Beurteilungen der einzelnen Kantone. Nach welchen Kriterien diese die Einhaltung des Subsidiaritätsgrundsatzes bewerten, ist allerdings nicht ersichtlich.

d) *Würdigung*

Ausgehend von seinem Gegenstand – nämlich der Frage nach der sachgerechten bundesstaatlichen Aufgabenteilung – ist das Subsidiaritätsprinzip primär mit Blick auf die *Funktionen einer föderalen Staatsorganisation* zu konkretisieren²⁷. Dazu gehören insbesondere die vertikale Hemmung der Staatsgewalt, die bürgernahe Aufteilung staatlicher Aufgaben, die Wahrung der sprachlichen und kulturellen Vielfalt sowie die Begünstigung eines gewissen Wettbewerbs zwischen und innerhalb der Ebenen der Staatsgewalt. Vor diesem Hintergrund bezweckt das Subsidiaritätsprinzip eine Aufgaben- und Kompetenzteilung, welche die Autonomie der unteren Staatsebene möglichst schont. Es fordert sowohl für die Zuweisung neuer Kompetenzen und Aufgaben an den Bund als auch für die Ausweitung und Intensivierung der Inanspruchnahme bestehender Bundeskompetenzen eine *besondere Rechtfertigung*. Nach der Idee des Subsidiaritätsprinzips müssen somit nicht die Kantone den Fortbestand bestehender Kompetenzen begründen, vielmehr besteht ein Rechtfertigungszwang für die Übernahme von Aufgaben und die Rechtsvereinheitlichung durch den Bund. Der Bund soll keine Aufgaben an sich ziehen, für die

²⁵ BUNDESRAT, Bericht Postulat Stadler, S. 3, 25 f.: So bezüglich der Regelung über Pärke von nationaler Bedeutung (Art. 23e–23m NHG), der Vorschrift über das 3-Stundenobligatorium und die Festlegung von Qualitätsanforderungen im Sportunterricht (Art. 12 Abs. 3–4 SpoFöG), der neuen Kompetenzzuweisungen an den Bund in der ausserschulischen musikalischen Bildung (Art. 67a BV) und der Kostenverteilung für die Finanzierung der Bahninfrastruktur FABI.

²⁶ Vgl. CH STIFTUNG FÜR EIDGENÖSSISCHE ZUSAMMENARBEIT, *Föderalismusmonitoring: Erhebung und Analyse 2014* vom 30. April 2015 sowie *Monitoringbericht Föderalismus 2011–2013* vom 20. Juni 2014. Die Berichte sind abrufbar unter < <http://www.kdk.ch/de/themen/foederalismus-und-staatsrecht/foederalismusmonitoring/> >.

²⁷ Vgl. zu den Funktionen einer auf dem Subsidiaritätsprinzip aufbauenden Staatsorganisation BUNDESRAT, *Botschaft NFA I*, BBl 2002 2306 f.; SCHWEIZER/MÜLLER, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), *SG Komm. BV*, Art. 5a Rz. 10 m.w.H.; vgl. auch RHINOW/SCHEFER, Rz. 596, welche den Akzent auf die Aufgabenerfüllung in Bürgernähe legen.

es keinen zwingenden Grund zur bundesweiten Vereinheitlichung gibt²⁸, und er darf dies nur soweit und so stark als nötig.

In der Praxis wird die Stossrichtung des Subsidiaritätsprinzips bisweilen umgedreht, indem die Kantone in die Rolle gedrängt werden, die Beibehaltung kantonaler Regelungszuständigkeiten und kantonaler Regelungsvielfalt zu rechtfertigen. Das Subsidiaritätsprinzip wird ferner nicht selten herangezogen, um auf der Basis einer (oftmals auch vermeintlich) ökonomisch definierten Ineffizienz der kantonalen Zuständigkeit in einem Aufgabenbereich eine Übertragung auf den Bund zu fordern. Der Bund wird aber durch Art. 5a (und Art. 43a Abs. 1 BV) weder staatspolitisch angehalten noch rechtlich verpflichtet, Aufgaben zu übernehmen, wenn er dies nicht will²⁹.

Hinsichtlich der Rechtfertigungsgründe für eine Ausweitung der Bundeszuständigkeiten oder eine Intensivierung der Inanspruchnahme bestehender Bundeskompetenzen gilt es zu unterscheiden:

- Im Kontext der Ausübung bestehender Bundeskompetenzen kann der Bedarf nach einer einheitlichen Regelung relativ weitgehend durch die *bereichsspezifische Aufgaben- und Kompetenznorm* vorgegeben sein. Bei ausschliesslichen Bundeskompetenzen und -aufgaben wird das Subsidiaritätsprinzip weitgehend durch spezielles Verfassungsrecht verdrängt³⁰; bei konkurrierenden Kompetenzen mit Handlungsaufträgen wird es entsprechend zurückgedrängt³¹. Der Bundesgesetzgeber kann sich den vom Verfassungsgeber zugewiesenen Aufgaben und Aufträgen nicht mit dem Hinweis auf Art. 5a und Art. 43a Abs. 1 BV entziehen, dies selbst dann nicht, wenn die Kantone zur sachgerechten Erfüllung der entsprechenden Aufgabe in der Lage wären³². Allerdings gebietet das Subsidiaritätsprinzip auch hier, den Umfang und die Intensität der Bundesregelung auf das zur Erfüllung der übertragenen Aufgabe Notwendige zu beschränken³³. Zum Tragen kommt das Subsidiaritätsprinzip ebenfalls bei der Entscheidung des Bundesgesetzgebers, ob und inwieweit der Vollzug des Bundesrechts den Kantonen übertragen werden soll (Art. 46 Abs. 1 BV).
- Grössere Zurückhaltung ist bei der Zuweisung neuer Zuständigkeiten und Aufgaben an den Bund angebracht: Die Tatsache, dass die Kantone ihre (eigens gewählten) Aufgaben (Art. 43 BV) nicht effektiv oder nicht effizient erfüllen, vermag eine Übertragung der Regelungszuständigkeit auf den Bund nicht zu rechtfertigen. Zwar richtet sich der Grundsatz der bedarfsgerechten und wirtschaftlichen Aufgabenerfüllung (Art. 43a Abs. 5 BV) auch an die Kantone. Könnte der Bund aber allein mit dem Argument, dass die Kantone dazu nicht (mehr) in der Lage sind, eine Übertragung derselben Aufgaben an den Bund rechtfertigen, würden die Grundsätze der Aufgabenautonomie und der Subsidiarität geradezu unterlaufen. Mit Wirtschaftlichkeits- und Effizienzgründen allein

²⁸ BUNDESRAT, Botschaft BV, BBl 1997 I 209; Botschaft NFA I, BBl 2002 2458.

²⁹ Vgl. auch SCHWEIZER/MÜLLER, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), SG Komm. BV, Art. 5a Rz. 18; TSCHANNEN, § 19 Rz. 8.

³⁰ So z.B. in Art. 99 Abs. 1 BV (Geld- und Währungspolitik), Art. 133 BV (Zölle).

³¹ So z.B. in Art. 97 BV (Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten); Art. 98 BV (Banken und Versicherungen), Art. 104 BV (Landwirtschaft).

³² BIAGGINI, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), BSK BV, Art. 5a Rz. 29, 30 f. und Art. 43a Rz. 18; DERS., Komm. BV, Art. 5a Rz. 13 und Art. 43a Rz. 5; SCHWEIZER/MÜLLER, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), SG Komm. BV, Art. 5a Rz. 25, Art. 43a Rz. 12.

³³ Vgl. auch SCHWEIZER/MÜLLER, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), SG Komm. BV, Art. 5a Rz. 24.

lassen sich somit Kompetenzübertragungen auf den Bund nicht hinreichend begründen³⁴. Anders sieht es aus, wenn die Kantone die ihnen im Rahmen ihrer eigenen Zuständigkeitsbereiche *verfassungsrechtlich aufgetragenen Pflichtaufgaben* nicht (mehr) gehörig erfüllen (z.B. Art. 57 Abs. 1 BV [Schutz der öffentlichen Sicherheit und der Bevölkerung], Art. 62 Abs. 2 BV [ausreichender und allen Kindern offenstehender Grundschulunterricht], Art. 94 Abs. 2 BV [Wohlfahrt und wirtschaftliche Sicherung der Bevölkerung]) oder wenn *wichtige verfassungsrechtliche Ziele und Grundsätze* (wie z.B. die Verwirklichung einer möglichst grossen Chancengleichheit in den grundlegenden Lebensverhältnissen [Art. 2 Abs. 2, Art. 41 BV] oder das Gebot der haushälterischen Bodennutzung [Art. 75 Abs. 1 BV]) durch eine dezentrale Aufgabenerfüllung oder Regulierung massgeblich gefährdet sind. Hier kann sich ein regulatorisches Einwirken des Bundes rechtfertigen oder sogar aufdrängen³⁵. Die blossе Tatsache, dass staatliche Aufgaben in den Kantonen unterschiedlich weit definiert oder unterschiedlich erfüllt werden, vermag indes noch nicht zu genügen, da Regelungsunterschiede zwischen den Kantonen als Folge der föderalen Staatsorganisation bereits in der Verfassung angelegt sind und daher auch nicht gegen das Gebot der Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV) verstossen³⁶. Übertragungen von Zuständigkeiten und Aufgaben an den Bund können ferner aus *technischen Gründen* geboten sein, etwa wenn es darum geht, eine technische Infrastruktur mit landesweit einheitlichen Regeln und Standards zu errichten und zu betreiben³⁷.

4. Tragweite und Rechtsnatur

Das Subsidiaritätsprinzip ist in der Geschichte des schweizerischen Bundesstaates bereits sehr früh als staatspolitische *Maxime* anerkannt worden. An diesem Verständnis sollte sich auch durch seine ausdrückliche Verankerung in der Verfassung nichts ändern³⁸. Das Bundesgericht³⁹ knüpft daran an. In der Lehre hingegen divergieren die Auffassungen über die normative Tragweite und die Rechtsnatur des Subsidiaritätsgrundsatzes teilweise erheblich.

Umstritten ist zunächst, ob Art. 5a BV lediglich eine *staatspolitische (verfassungspolitische) Maxime* oder aber ein *Rechtsprinzip* enthält. Während die einen dem Subsidiaritätsgrundsatz – in Anlehnung an die Materialien zur NFA – nach wie vor jeglichen normativen Charakter absprechen und in ihm lediglich eine Leitlinie für die Politik sehen⁴⁰, gehen andere davon aus, dass der Grundsatz mit der Verankerung in der Bundesverfassung Rechtsverbindlichkeit erlangt

³⁴ So auch SCHWEIZER/MÜLLER, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), SG Komm. BV, Art. 43a Rz. 23 m.w.H.

³⁵ Dieses Einwirken hat allerdings auf der richtigen Regelungsstufe zu erfolgen. Weder die erwähnten Pflichtaufgaben noch die Zielbestimmungen vermögen eine Bundeskompetenz zu begründen. Eine solche ist durch eine Verfassungsänderung erst noch zu schaffen.

³⁶ SCHWEIZER/MÜLLER, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), SG Komm. BV, Art. 43a Rz. 11.

³⁷ Vgl. auch BUNDESRAT, Bericht Postulat Stadler, S. 17 mit dem Beispiel einer Netzinfrastruktur.

³⁸ BUNDESRAT, Botschaft NFA I, BBl 2002 2329, 2330, 2339.

³⁹ BGE 138 I 378 E. 8.4.

⁴⁰ RHINOW/SCHEFER, Rz. 224 («mangelnde Normativität»), 602 («Idee und Richtlinie»), 604 («politische Reflektionsaufforderung»), 617 («Leitsatz»); TSCHANNEN, § 19 Rz. 8, 14; ZIMMERLI, S. 45; vgl. auch BRÜHL-MOSER, § 99 Rz. 28.

hat⁴¹. Für wiederum andere wirkt der Subsidiaritätsgrundsatz für die Kompetenzzuweisung durch den Bundesverfassungsgeber als politische Maxime ohne Rechtsverbindlichkeit und für die Kompetenzausübung durch Bundesgesetzgeber und Bundesverwaltung als Rechtsprinzip⁴².

Nach der hier vertretenen Auffassung ist der Subsidiaritätsgrundsatz zwar Ausdruck einer staatspolitischen Maxime; mit der Verankerung in der Bundesverfassung ist er aber – zumindest in Teilen – auch zu einem *Rechtsprinzip* geworden⁴³. Der hohe Abstraktionsgrad des Grundsatzes steht einem solchen Verständnis nicht entgegen, gehören die Konkretisierungsbedürftigkeit und die Notwendigkeit der Abwägung mit anderen Grundsätzen doch gerade zum Wesen von Rechtsprinzipien⁴⁴.

Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob die Einhaltung des Subsidiaritätsgrundsatzes (gerichtlich) überprüft werden kann. Diese sog. *Justiziabilität* wird in der Regel verneint⁴⁵ oder zumindest stark angezweifelt⁴⁶. Diese Haltung wird teilweise aus dem rein staatspolitischen Charakter des Grundsatzes abgeleitet⁴⁷ oder mit dessen weitgehend konturenlosem und konkretisierungsbedürftigem Inhalt begründet; bisweilen erscheint die mangelnde (gerichtliche) Durchsetzbarkeit auch erst als Folge der fehlenden rechtlichen Selbstbindung des Bundesverfassungsgebers und der Massgeblichkeit der Bundesgesetze (Art. 190 BV). Demgegenüber hält eine Minderheit das Rechtsprinzip durchaus für justiziabel und damit für die Kantone gerichtlich durchsetzbar (mittels Klage nach Art. 120 BGG)⁴⁸.

Nach dem hier vertretenen Verständnis ist der Subsidiaritätsgrundsatz als Rechtsprinzip *primär programmatischer* Natur. So werden die Bundesbehörden beispielsweise verpflichtet, mit geeigneten Massnahmen sicherzustellen, dass der Subsidiaritätsgrundsatz bei der Vorbereitung von Verfassungsänderungen und anderen Erlassen die nötige Beachtung und Konkretisierung erfährt. Dabei ist es durchaus denkbar, dass sich der primär final-programmatische Normgehalt des Subsidiaritätsgrundsatzes zu punktuellen Rechtsansprüchen verdichten kann, die für die Kantone über die Klage nach Art. 120 BGG durchsetzbar sind. Solches ist beispielsweise für die bereits erwähnte Begründungs- und Rechtfertigungspflicht vorstellbar. Obwohl das Subsidiaritätsprinzip den Bundesverfassungsgeber nicht bindet und keine materielle Schranke für Verfassungsänderungen bildet⁴⁹, und obwohl Bundesgesetze von den rechtsanwendenden Behörden anzuwenden sind (Art. 190 BV), haben sich die vorbereitenden Behörden über den Bedarf einer (neuen) einheitlichen Bundesregelung auszusprechen⁵⁰. Fehlt eine

⁴¹ KOLLER, S. 689 f.; SCHWEIZER/MÜLLER, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), SG Komm. BV, Art. 5a Rz. 16.

⁴² BIAGGINI, Komm. BV, Art. 5a Rz. 13; DERS., in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), BSK BV, Art. 5a Rz. 26, 29; im Ergebnis wohl auch SCHWEIZER/MÜLLER, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), SG Komm. BV, Art. 5a Rz. 16, 21, 28.

⁴³ Vgl. auch AUBERT/MAHON, Art. 42 Rz. 16: « Quand on introduit la subsidiarité dans une Constitution, on quitte la politique pour entrer dans le droit ».

⁴⁴ Auch die Grundrechte und die rechtsstaatlichen Grundsätze (Art. 5 BV) zeichnen sich durch eine hohe Konkretisierungsbedürftigkeit aus.

⁴⁵ BIAGGINI, Komm. BV, Art. 5a Rz. 13, 14; DERS., in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), BSK BV, Art. 5a Rz. 37 ff., 40; JAAG, in: Biaggini et al., Staatsrecht, § 12 Rz. 10; RHINOW/SCHEFER, Rz. 616 f., 686 ff.; THALMANN, S. 166 f.; TSCHANNEN, § 19 Rz. 8, 15.

⁴⁶ KOLLER, S. 693 f.

⁴⁷ Die Frage der Justiziabilität (in Abgrenzung zu programmatischen Bestimmungen) stellt sich allerdings nur bei Rechtsgrundsätzen. Rein staatspolitische Maximen vermögen überhaupt keine Rechtswirkungen zu entfalten (auch keine programmatischen).

⁴⁸ Am weitestgehenden RICHLI, ZSR 2007 I, S. 67 f., 80 f.

⁴⁹ Statt vieler TSCHANNEN, § 19 Rz. 8.

⁵⁰ Der Subsidiaritätsgrundsatz gehört zum «übergeordneten Recht» i.S.v. Art. 141 Abs. 2 lit. a ParlG. Vgl. auch WALDMANN, AJP 2013, S. 1335. In diesem Sinne beabsichtigt nun auch der Bundesrat, für Botschaften zu Vorlagen, welche die Aufgabenteilung oder die Aufgabenerfüllung durch Bund und Kantone betreffen, künftig, wo sinnvoll, Ausführungen zur Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips vorzusehen (vgl. BUNDESRAT, Bericht Postulat

entsprechende Begründung oder ist diese klar unzureichend, müssten die Kantone mittels Klage wenigstens ein Feststellungsurteil erwirken können.

5. Die Probe aufs Exempel: Eine Bundesregelung zu den Ladenöffnungszeiten

Infolge einer von den Räten angenommenen Motion⁵¹ legte der Bundesrat dem Parlament einen Entwurf für ein Bundesgesetz über die Ladenöffnungszeiten (E-LadÖG) vor⁵². Der lediglich aus vier Artikeln bestehende Gesetzesentwurf sieht vor, dass Läden auf dem ganzen Gebiet der Schweiz von Montag bis Freitag von 6–20 Uhr und am Samstag von 6–19 Uhr geöffnet sein müssen (Art. 1 Abs. 1 E-LadÖG). Diese Regelung gilt nicht für die nach kantonalem Recht bezeichneten Feiertage und deren Vortage (Art. 2 E-LadÖG); ausserdem können die Kantone längere Öffnungszeiten vorsehen (Art. 1 Abs. 2 E-LadÖG).

In seiner Botschaft hält der Bundesrat fest, dass der Bund nach Art. 95 BV Vorschriften über die Ausübung der privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit erlassen kann⁵³. Darüber hinaus äussert sich der Bundesrat auch zur Einhaltung des Subsidiaritätsgrundsatzes; die nach diesem Grundsatz erforderliche Begründung einer neuen Bundesregelung fällt allerdings sehr knapp aus: «Der Mindeststandard liegt im Interesse des einheitlichen Wirtschaftsraums, und die Möglichkeit, längere Öffnungszeiten vorzusehen, trägt den unterschiedlichen kantonalen Interessen Rechnung⁵⁴.»

Die vorberatende Kommission des Ständerats (WAK-S) trat auf die Vorlage ein, setzte die Detailberatung jedoch aus, weil sie wegen der ablehnenden Haltung der Volkswirtschaftsdirektorenkonferenz Zweifel an der verfassungsmässigen Zuständigkeit des Bundes für eine solche Regelung hatte. In der Folge holte das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) bei Prof. PAUL RICHLI ein Rechtsgutachten zu dieser Frage ein.

Dieses Gutachten kam zum Schluss, dass dem Bund gestützt auf Art. 95 BV die Kompetenz zur Teilharmonisierung der Bestimmungen hinsichtlich der Ladenöffnungszeiten zukomme und die vom Bundesrat vorgeschlagene Regelung mit dem Subsidiaritätsprinzip (Art. 5a BV) vereinbar sei. Letzteres sei gegen die Interessen nach einem besseren Schutz der Wettbewerbsneutralität der Ladengeschäfte und damit zum besseren Schutz der Wirtschaftsfreiheit sowie gegen die Interessen der Konsumentinnen und Konsumenten abzuwägen. Für die Abwägungsaufgabe gebe es keine juristisch zwingenden Kriterien, weshalb sich damit für die politischen Behörden ein Beurteilungsspielraum eröffne, der zugunsten der Bundesregelung in Anspruch genommen werden könne⁵⁵. Den Kantonen verbleibe trotz der Bundesrahmenregelung noch ein substanzieller Regelungsspielraum⁵⁶.

In der Folge trat die WAK-S auf die Vorlage ein und nahm einige Präzisierungen im Entwurf vor⁵⁷. Im Rat folgte eine im Verhältnis zur Kürze des vorgeschlagenen Erlasses lange Eintretensdebatte⁵⁸. Trotz des vorliegenden Rechtsgutachtens zweifelten nicht wenige Abgeordnete

Stadler, S. 29). Diese Regelung würde allerdings bei Vorlagen, bei denen erst im Rahmen der parlamentarischen Beratungen Erweiterungen von Bundeszuständigkeiten zur Debatte gestellt werden, nicht greifen.

⁵¹ Motion Lombardi 12.3637 «Frankenstärke. Teilharmonisierung der Ladenöffnungszeiten» vom 15.6.2012.

⁵² BBl 2015 767. Vgl. die dazugehörige Botschaft vom 28. November 2014, BBl 2015 741 ff.

⁵³ Botschaft LadÖG, BBl 2015 763.

⁵⁴ Botschaft LadÖG, BBl 2015 764.

⁵⁵ RICHLI/WINISTÖRFER, Rechtsgutachten, Rz. 115.

⁵⁶ RICHLI/WINISTÖRFER, Rechtsgutachten, Rz. 116.

⁵⁷ So will die WAK-S die minimalen Öffnungszeiten am Samstag von 19 auf 18 Uhr verkürzen (Art. 1 Abs. 1 E-LadÖG) und die Rechtslage für Kantone, die keine Regelung zu den Ladenöffnungszeiten kennen, mittels Verweisung auf das Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (ArG) klären. Vgl. hierzu AB S 1068 (KARIN KELLER-SUTTER, Berichterstatterin WAK-S).

⁵⁸ AB 2015 S 1067 ff.

die Vereinbarkeit der vorgeschlagenen Bundesregelung mit dem Subsidiaritätsprinzip an, so etwa der Sprecher der Kommissionsminderheit, Ständerat Christian Levrat⁵⁹:

« La question qui se pose aujourd'hui est celle de savoir si nous connaissons une situation telle qu'il est indispensable, pour des raisons impérieuses, de déroger au principe de subsidiarité. Permettez-moi de retenir tout d'abord qu'il n'y a pas d'état d'urgence ; deuxièmement que nous connaissons une situation qui, historiquement dans les cantons, s'est développée et consolidée au cours de nombreuses votations populaires. Durant les dernières années, les cantons ont voté à 17 reprises sur la question des heures d'ouverture des magasins et, à 14 reprises, la population s'est opposée à une extension des horaires d'ouverture. On voit donc que c'est un sujet politique qui est régulièrement débattu par la population des cantons (...). De plus, ce qu'il faut dire pour les régions périphériques (...), c'est qu'il faut régler à Saint-Gall et au Tessin les problèmes que vous considérez avoir en raison des horaires d'ouverture à Saint-Gall et au Tessin. »

Schliesslich setzten sich die skeptischen Stimmen durch, und der Rat beschloss am 24. September 2015 – mit Stichentscheid seines Präsidenten (!) – Nichteintreten⁶⁰.

Die im Ständerat geäusserten Bedenken bezüglich der Missachtung des Subsidiaritätsgrundsatzes sind m.E. berechtigt. Das Vorliegen eines politischen Handlungsbedarfs allein vermag für eine Rechtsvereinheitlichung auf Bundesebene nicht zu genügen; vielmehr muss der Bund für eine neue Bundesregelung in einem bisher kantonalen Regelungsbereich ein überwiegendes Interesse hinreichend begründen können (vgl. bereits Ziff. 3b hiervoor). Im vorliegenden Fall hat sich der Bundesrat aber mit einer äusserst dürftigen Begründung begnügt⁶¹; es wäre wünschbar und sinnvoll gewesen, wenn er die in seinem Bericht vom 12. September 2014 entwickelten Kriterien⁶² bei der Prüfung der Einhaltung des Subsidiaritätsgrundsatzes herangezogen hätte. Die vom Bundesrat und der Mehrheit der WAK-S aufgeführten Gründe für eine Bundesregelung vermögen im Lichte dieser Kriterien nicht zu überzeugen:

- Dies gilt zunächst für die *Wettbewerbsneutralität*, welche mit dem Ladenöffnungsgesetz verbessert werden soll. Die aufgrund der unterschiedlichen kantonalen Regelungen entstehenden Wettbewerbsverzerrungen sind nicht verfassungswidrig, sondern eine Konsequenz der bestehenden Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen⁶³. Abgesehen davon bleiben Unterschiede auch mit der vorgeschlagenen Regelung bestehen, zumal den Kantonen die Kompetenz verbleibt, längere Öffnungszeiten vorzusehen (Art. 1 Abs. 2 E-LadÖG). Vorbehalten bleiben auch weiterhin die Sonderregelungen für die Nebenbetriebe von Eisenbahnunternehmen (Art. 4 E-LadÖG i.V.m. Art. 39 Abs. 3 E-EBG); auch unterschiedliche Regelungen für Kioske und Tankstellen werden nicht beseitigt. Die vorgeschlagene Regelung bringt hinsichtlich der politisch erwünschten Stärkung der Wettbewerbsneutralität kaum Verbesserungen, die eine Bundesregelung im Lichte des Subsidiaritätsgrundsatzes rechtfertigen könnten.
- Die vom Bundesrat angestrebte *Verringerung der Abwanderung* einheimischer Konsumentinnen und Konsumenten in Detailhandelsgeschäfte im grenznahen Ausland ist

⁵⁹ AB 2015 S 1069 (CHRISTIAN LEVRAT, Minderheit WAK-S).

⁶⁰ AB 2015 S 1083.

⁶¹ Vgl. BUNDESRAT, Botschaft LadÖG, BBl 2015 764; ferner das Votum von Bundesrat JOHANN SCHNEIDER-AMMANN im Ständerat, AB 2015 S 1082 f.

⁶² Vgl. BUNDESRAT, Bericht Postulat Stadler, S. 17.

⁶³ So auch RICHLI/WINISTÖRFER, Rechtsgutachten, Rz. 70.

zwar an und für sich ein valables Ziel. Vom Phänomen des Einkaufstourismus sind allerdings nicht alle Kantone und Regionen gleichsam betroffen, sodass sich – im Lichte der Kriterien im Bericht zum Postulat Stadler – keine einheitliche Bundesregelung aufdrängt. Darüber hinaus ist mehr als fraglich, ob die gesamtschweizerische Verlängerung der Ladenöffnungszeiten ein taugliches Mittel ist, um dem grenzüberschreitenden Einkaufstourismus den gewünschten Einhalt zu gebieten.

- Auch das Argument, die Bundesregelung liege im Interesse des *einheitlichen Wirtschaftsraums*⁶⁴, vermag nicht zu überzeugen. Zwar hat der Bund gemäss Art. 95 Abs. 2 BV für einen einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraum zu sorgen. Die darin enthaltene Binnenmarktfunktion der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) soll gewährleisten, dass Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz für die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt haben (vgl. Art. 1 Abs. 1 BGBM). Kantonale Ladenöffnungszeiten bewirken aber keine Einschränkung des interkantonalen Marktzugangs⁶⁵. Es handelt sich vielmehr um Ausübungsregeln, die – gleichsam einer «Hausordnung» – eine Abstimmung auf regionale und lokale Bedürfnisse und Besonderheiten erlauben. Daran besteht ein gewichtiges Interesse, auch wenn unterschiedliche Ausübungsregeln auch gewisse Nachteile mit sich bringen.

Bei einer gesamthaften Würdigung sticht hervor, dass Ladenöffnungszeiten «eine besondere Nähe» zu den Kantonen aufweisen und Letztere darum besser in der Lage sind, eine auf ihre Situation abgestimmte Regelung zu treffen. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die Wirksamkeit (Eignung) der vorgeschlagenen Regelung hinsichtlich ihrer Ziele – Verbesserung der Wettbewerbsneutralität, Eindämmung des Einkaufstourismus – fraglich erscheint; untaugliche (oder wenig taugliche) Rechtsvereinheitlichungen haben in der Abwägung mit dem Subsidiaritätsgrundsatz zurückzutreten. Jedenfalls reicht die bisher von Bundesseite zu vernehmende Begründung für eine Bundesregelung nicht aus, um «das Subsidiaritätsprinzip beiseite zu schieben»⁶⁶.

⁶⁴ Vgl. BUNDESRAT, Botschaft LadÖG, BBl 2015 764.

⁶⁵ So auch RICHLI/WINISTÖRFER, Rechtsgutachten, Rz. 58.

⁶⁶ So auch BIAGGINI, ZBl 2015, S. 57.

III. Prinzip der fiskalischen Äquivalenz

1. Hintergrund und verfassungsrechtliche Verankerung

Das Prinzip der fiskalischen Äquivalenz hat seinen Ursprung in den Finanzwissenschaften. Es hat im Rahmen der Diskussionen um eine Neuregelung der Aufgaben- und Finanzierungsordnung zwischen Bund und Kantonen zentrale Bedeutung erlangt und schliesslich anlässlich der NFA-Reform seinen Niederschlag in der Bundesverfassung gefunden (Art. 43a Abs. 2–3 BV)⁶⁷.

2. Geltungsbereich und Inhalt

Das Prinzip der fiskalischen Äquivalenz enthält Leitlinien sowohl für die Zuweisung von neuen Aufgaben an den Bund als auch für die Gesetzgebung und den Vollzug innerhalb bestehender Bundeskompetenzen⁶⁸. Während der Wortlaut («Gemeinwesen» [Art. 43a Abs. 2 BV]) für eine Anwendung des Prinzips auf das Verhältnis zwischen Kantonen und Gemeinden offensteht, scheint Art. 43a BV mit Blick auf die Systematik (vgl. den zugehörigen Abschnittstitel) auf das Verhältnis zwischen Bund und Kantonen beschränkt zu sein. Das Bundesgericht hat das Prinzip der fiskalischen Äquivalenz schon bei der Auslegung einer kantonalen Bestimmung zur Kostenverteilung zwischen Kanton und Gemeinden herangezogen⁶⁹.

Das Prinzip der fiskalischen Äquivalenz verlangt eine *Kongruenz zwischen Nutzniessern sowie Kosten- und Entscheidungsträgern von öffentlichen Leistungen*⁷⁰: Das Gemeinwesen, in dem der Nutzen einer staatlichen Leistung anfällt, trägt deren Kosten (Art. 43a Abs. 2 BV), und das Gemeinwesen, das die Kosten einer staatlichen Leistung trägt, kann über die Leistung bestimmen (Art. 43a Abs. 3 BV). Der zweite Teil dieses Grundsatzes wird bisweilen auch mit der Formel «Wer zahlt, befiehlt – Wer befiehlt, zahlt» wiedergegeben. Die Anwendung dieser Grundsätze erscheint allerdings nur bei jenen Aufgaben sachgerecht, bei denen der geographische Nutzenbereich klar festgelegt werden kann⁷¹ oder bei denen sich ein Kreis von Hauptnutzern eruieren lässt⁷². Für andere Aufgaben eignet sich das Prinzip hingegen nicht. Überhaupt scheint das Prinzip gerade auch vor seinem finanzwissenschaftlichen Hintergrund eher auf staatliche Aufgaben zugeschnitten, die als öffentliche Leistungen oder – noch besser – in der Form von öffentlichen Werken und Einrichtungen greifbar sind und somit geographisch zugeordnet werden können. In vielen Politikbereichen vermag das Prinzip hingegen nicht so richtig zu passen.

⁶⁷ Vgl. BUNDESRAT, Botschaft NFA I, BBl 2002 2339; vgl. auch BUNDESRAT, Bericht Postulat Stadler, S. 10 m.w.H. Kritisch zur Verankerung dieses Prinzips in der Verfassung BIAGGINI, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), BSK BV, Art. 43a Rz. 27.

⁶⁸ BUNDESRAT, Botschaft NFA I, BBl 2002 2458.

⁶⁹ Vgl. BGer, Urteil 2C_902/2012 vom 5.5.2013 E. 3.4 (Übernahme der Kosten einer Bushaltestelle).

⁷⁰ BUNDESRAT, Botschaft NFA I, BBl 2002 2294, 2306, 2459, 2544; TSCHANNEN, § 19 Rz. 8a; SCHWEIZER/MÜLLER, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), SG Komm. BV, Art. 43a Rz. 14 f.

⁷¹ Vgl. BUNDESRAT, Bericht Postulat Stadler, S. 11 mit den Beispielen der Landesverteidigung (mit gesamtschweizerischem Nutzenkreis) und der Kläranlage (mit regionalem, auf das Einzugsgebiet der Kanalisation bezogenen Nutzenbereich).

⁷² Vgl. BUNDESRAT, Bericht Postulat Stadler, S. 11, mit dem Beispiel des Naturschutzes.

Darüber hinaus vermag das Prinzip der fiskalischen Äquivalenz gegenüber anderen Grundsätzen der Verfassung und aufgabenspezifischen Verfassungsbestimmungen keinen Vorrang zu beanspruchen. In jenen Leistungen, deren Nutzen der gesamten Bevölkerung zugutekommt, stösst sich eine Bundesregelung, die vom Bund umgesetzt wird, am Subsidiaritätsprinzip und am Grundsatz des Vollzugsföderalismus⁷³. Umgekehrt können neben den in Art. 43a Abs. 2–3 BV zum Ausdruck kommenden finanzwissenschaftlichen Aspekten (Vermeidung von unerwünschten externen Effekten) auch andere Interessen eine einheitliche Bundeslösung gebieten.

Vor diesem Hintergrund erweist sich die Anwendung dieses Prinzips in der Praxis fast noch schwieriger als beim Subsidiaritätsgrundsatz.

Der Bundesrat hat im erwähnten Bericht zur Überprüfung der Einhaltung der NFA-Grundsätze auf der Basis der Unterlagen der NFA-Projektorganisation, der Eidgenössischen Finanzverwaltung, des 2. Wirksamkeitsberichts zur NFA sog. «Leitfragen» entwickelt, anhand derer eine Überprüfung der Respektierung des Prinzip der fiskalischen Äquivalenz erfolgen kann⁷⁴:

- Haben Güter oder Dienstleistungen einen spezifischen geographischen Nutzenbereich?
- Die Gemeinwesen welcher staatlichen Ebene profitieren von den mit dem Rechtserlass beschlossenen Änderungen bzw. Neuerungen?
- Wie teilen sich die Kosten aus der Rechtsänderung auf die staatlichen Ebenen auf, und entspricht diese Aufgabenteilung den vorgenommenen Änderungen bei den Entscheidkompetenzen?

Auf der Grundlage dieser Leitfragen stellte der Bundesrat innerhalb der geprüften Erlasse (16 relevante Erlasse in der Zeitspanne von 2004–2013) in vier Fällen eine (mögliche) Beeinträchtigung des Prinzips der fiskalischen Äquivalenz fest⁷⁵.

3. Tragweite und Rechtsnatur

Der Grundsatz der fiskalischen Äquivalenz ist angesichts seiner ausdrücklichen verfassungsrechtlichen Verankerung ein Rechtsprinzip (und nicht nur eine politische Maxime). Als solches ist es grundsätzlich programmatischer Natur und nicht justiziabel⁷⁶. Eine gewisse indirekte Justiziabilität erhält es aber über die Heranziehung zur Auslegung bestehender Vorschriften zur Kostenteilung⁷⁷ oder zur Entwicklung von Regeln zur Lösung von interkantonalen Finanzierungskollisionen⁷⁸.

⁷³ Vgl. auch BIAGGINI, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), BSK BV, Art. 43a Rz. 29 f.; SCHWEIZER/MÜLLER, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), SG Komm. BV, Art. 43a Rz. 15.

⁷⁴ BUNDESRAT, Bericht Postulat Stadler, S. 18.

⁷⁵ BUNDESRAT, Bericht Postulat Stadler, S. 3, 26 f.: So bezüglich der ungerechtfertigten Mehrbelastung des Bundes bei der Prämienverbilligung für Kinder und Jugendliche in Ausbildung nach KVG, den regionalen Naturparks und Naturerlebnisparks nach NHG sowie bei den Gewässerrevitalisierungen nach GSchG. Umgekehrt scheint auch die Mitfinanzierung der Kantone an die Bahninfrastruktur angesichts der fehlenden Mitbestimmungsrechte als Verstoß gegen Art. 43a Abs. 2–3 BV.

⁷⁶ BIAGGINI, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), BSK BV, Art. 43a Rz. 5, 32; RHINOW/SCHEFER, Rz. 607; TSCHANNEN, § 19 Rz. 8a; differenzierend SCHWEIZER/MÜLLER, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), SG Komm. BV, Art. 43a Rz. 13 (Justiziabilität bei Bundesratsverordnungen «diskutabel»).

⁷⁷ Vgl. BGer, Urteil 2C_902/2012 vom 5.5.2013 E. 3.4.

⁷⁸ Vgl. BGE 140 V 563 E. 5.2 (Restfinanzierung von Pflegekosten).

IV. Schlusswürdigung

Die Geschichte des Bundesstaates ist eine Geschichte der fortlaufenden Zentralisierung. In der Tat haben neue Kompetenzzuweisungen an den Bund, neue Bundesvorschriften und der starke Zuwachs an völkerrechtlichen Regulierungen das Bild des Bundesstaates und die Stellung der Kantone in den letzten Jahrzehnten nachhaltig verändert. Selbst im Bereich kantonaler Zuständigkeiten gewinnt der Bund über Ziele, Programmvorgaben und Finanzierungen immer mehr Einfluss, so dass die Kantone selbst hier in die Rolle von Vollzugsorganen gedrängt werden. Diese Tendenz wird letztlich auch durch den vermehrten Gebrauch von diffusen Begriffen («Verbundaufgaben», «Gesamtsteuerung», «Politikräume») verstärkt.

Im Bewusstsein um diese Entwicklungen hat der Verfassungsgeber mit der NFA-Reform «Ordnung in das Gefüge der bundesstaatlichen Aufgabenerfüllung» bringen und den Föderalismus in seiner Substanz stärken wollen⁷⁹. Eine wichtige Rolle sollten dabei auch die Prinzipien der Subsidiarität und der fiskalischen Äquivalenz einnehmen. Rund acht Jahre nach dem Inkrafttreten der NFA-Reform lässt sich mit einer gewissen Ernüchterung feststellen, dass diese Prinzipien ihre erwünschte Wirkung nicht erzielt haben⁸⁰. Dafür lassen sich m.E. im Wesentlichen zwei Gründe aufführen: Zum einen wird den Prinzipien nach wie vor der Rechtscharakter abgesprochen, was sich auch daran zeigt, dass man in vielen Bundesvorlagen vergebens nach einer Rechtfertigung für den Bedarf neuer Bundesregelungen sucht. Zum andern fehlt es nach wie vor an Kriterien und einem Prüfprogramm, welches die Anwendung der Prinzipien auf konkrete Sachvorlagen erlauben würde. Die für die bundesstaatliche Aufgaben- und Kompetenzaufteilung massgebenden Grundsätze der Subsidiarität und der fiskalischen Äquivalenz wären Garantien für die Bewahrung eines (substanziellen) Föderalismus. Ihre Wirkung können diese Grundsätze aber nur entfalten, wenn sie aus dem Dunstkreis rein politischer Handlungsmaximen herausgelöst und als Rechtsprinzipien einer hinreichenden Konkretisierung zugeführt werden. Ähnlich wie Grundrechte und rechtsstaatliche Prinzipien sind auch die föderalen Prinzipien der Subsidiarität und der fiskalischen Äquivalenz entwicklungs offen, abwägungsfähig und konkretisierungsbedürftig.

⁷⁹ Vgl. BUNDESRAT, Botschaft NFA I, BBl 2002 2294, 2301.

⁸⁰ Vgl. auch RICHLI/WINISTÖRFER, Rechtsgutachten, S. 29.

Bibliographie

Literatur

AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MAHON PASCAL, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich/Basel/Genf 2003; BIAGGINI GIOVANNI, Kommentar BV, Zürich 2007 (zit. Komm. BV); DERS., Der Bund in der ambivalenten Rolle des Konfliktlösers und Streitschlichters – eine wenig beachtete Facette des Föderalismus, in: ZBl 2015, S. 57 f. (zit. ZBl 2015); BIAGGINI GIOVANNI/GÄCHTER THOMAS/KIENER REGINA, Staatsrecht 2. A., Zürich/St. Gallen 2015 (zit. Autor/-in, in: Biaggini/Gächter/Kiener (Hrsg.), Staatsrecht); BRÜHL-MOSER DENISE, Schweizerischer Föderalismus: Ausgestaltung, Neugestaltung und Herausforderungen, in: Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Band IV: Föderalismus in Europa und der Welt, Heidelberg 2012, § 99, S. 697 ff.; EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A., Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3.A., Zürich/St. Gallen/Basel/Genf 2014 (zit. Autor/-in, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), SG-Komm. BV); FLEINER FRITZ/GIACOMETTI ZACCHARIA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949; KOLLER HEINRICH, Subsidiarität als Verfassungsprinzip, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen 1998, S. 675 ff.; RHINOW RENÉ/SCHEFER MARKUS, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2.A., Basel 2009; RICHLI PAUL, Zum rechtlichen Gehalt und zur Prozeduralisierung des Subsidiaritätsprinzips, in: ZSR 126 (2007) I, S. 47 ff. (zit. ZSR 2007 I); RICHLI PAUL/WINISTÖRFER MARC M., Rechtsgutachten zur Frage nach der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer bundesrechtlichen Rahmenregelung der Ladenöffnungszeiten vom 21. April 2015, abrufbar unter <<http://www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation/00008/05660/index.html?lang=de>> (zit. Rechtsgutachten); SALADIN PETER, Art. 3, in: Aubert et al. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern 1986; THALMANN URS, Subsidiaritätsprinzip und Kompetenzverteilung, in: Fleiner et al. (Hrsg.), BV – CF 2000, Die neue schweizerische Bundesverfassung, La nouvelle Constitution suisse, Basel/Genf/München 2000, S. 149 ff.; TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3.A., Bern 2011; WALDMANN BERNHARD, Verfassungsrechtlicher Rahmen des schweizerischen Föderalismus – nur noch Symbolik?, AJP 2013, S. 1332 ff. (zit. AJP 2013); WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID, Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. Autor/-in, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), BSK BV); ZIMMERLI ULRICH, Bund – Kantone – Gemeinden, in: Zimmerli (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung, Berner Tage für die juristische Praxis, BTJP 1999, Bern 2000, S. 35 ff.

Materialien

BUNDESRAT, Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1 ff. (zit. Botschaft BV); Botschaft zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen (NFA) vom 14. November 2001, BBl 2002 2291 (zit. Botschaft NFA I); BUNDESRAT, Einhaltung der Grundsätze der Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (NFA), Bericht des Bundesrates vom 12. September 2014 in Erfüllung des Postulats 12.3412 (Stadler Markus) vom 29. Mai 2012 (zit. Bericht Postulat Stadler); Botschaft zum Bundesgesetz über die Ladenöffnungszeiten vom 28. November 2014, BBl 2015 741 ff. (zit. Botschaft LadÖG).