

Bericht des Bundesrats über rechtsetzende Verträge zwischen Bund und Kantonen

(in Erfüllung des Postulates "Ständerat. 01.3426 Staatspolitische Kommission SR (99.436). Rechtsetzende Verträge zwischen Bund und Kantonen" vom 27. August 2001)

vom 27. März 2002

Übersicht

Unter dem Gesichtspunkt der Partnerschaft zwischen Bund und Kantonen haben Verträge Bund-Kantone mit rechtsetzenden Bestimmungen erhöhte Aktualität erhalten. Zur Zeit sind solche Verträge auf Grund der in der Bundesverfassung angelegten Systematik der Erlassformen und auf Grund ihrer inhärenten Problematik im Hinblick auf eine Mitwirkung des Parlaments oder des Volkes am Abschluss solcher Verträge als Zusammenarbeitsform nur beschränkt tauglich bzw. attraktiv. Die Begrenzungen liessen sich dadurch beheben, dass durch eine Änderung der Verfassung Verträge Bund-Kantone mit wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen als eigenständige Erlassform verankert und der Genehmigung der eidgenössischen Räte sowie dem fakultativen Referendum unterstellt würden. Diese demokratische Absicherung würde aber verschiedene Probleme mit sich bringen. Es wäre denkbar, dass die Bürger/innen bei Wahrnehmung ihrer demokratischen Rechte gleich zweifach (als Kantons- und als Bundesbürger/innen) am Verfahren beteiligt würden. Der Einbezug weiterer betroffener Gruppen müsste durch spezielle Verfahren (Vernehmlassung) sichergestellt werden. Die eidgenössischen Räte könnten einen Vertrag, gleich wie einen Staatsvertrag, bloss gesamthaft annehmen oder ablehnen, nicht aber ändern. Durch Vorkehren zur Behebung einiger dieser Nachteile könnte das Verfahren schwerfälliger werden.

Auch die Vorbereitung von Bundesgesetzen kann im Geist der Partnerschaft Bund-Kantone erfolgen. Verglichen mit der Form des Bundesgesetzes überwiegen bei Verträgen Bund-Kantone mit rechtsetzenden Bestimmungen insgesamt die Nachteile. Deshalb werden Verträge Bund-Kantone mit rechtsetzenden Bestimmungen nicht als geeignetes Instrument zur Stärkung des kooperativen Föderalismus betrachtet und es wird nicht empfohlen, das bestehende Defizit bei der Mitwirkung der eidgenössischen Räte und des Volkes durch eine Änderung der Verfassung umgehend zu beheben.

Bericht

1. Anlass

Am 18. September 2001 hat der Ständerat das am 27. August eingereichte Postulat "Ständerat. 01.3426 Staatspolitische Kommission SR (99.436). Rechtsetzende Verträge zwischen Bund und Kantonen" überwiesen. Es hat folgenden Inhalt:

"Der Bundesrat wird beauftragt, einen Bericht über die Fragen vorzulegen,

- ob und wie zur Stärkung des kooperativen Föderalismus das Instrument rechtsetzender Verträge zwischen Bund und Kantonen in der Praxis verwendet werden soll und
- wie gegebenenfalls auf der Seite des Bundes die Zuständigkeiten zum Abschluss solcher Verträge geregelt werden sollen."

Das Postulat ist im Rahmen der Beratungen zu "99.436. Parlamentarische Initiative (Kommission 96.091 SR) Beseitigung von Mängeln der Volksrechte" erarbeitet worden. Nach dem Wortlaut des Postulats soll die Berichterstattung rechtzeitig erfolgen, dass im Verlaufe der weiteren Behandlung des Entwurfes der SPK für einen Bundesbeschluss über die Änderung der Volksrechte allenfalls noch ergänzende Bestimmungen aufgenommen werden können.

Der Bundesrat hatte in seiner Stellungnahme erklärt, er sei bereit, das Postulat entgegenzunehmen.

Der vorliegende Bericht setzt sich zum Ziel, auf die im Postulat aufgeworfenen Fragen Antwort zu geben.

2. Die Regelung von Verträgen Bund-Kantone in der Bundesverfassung

In der Bundesverfassung findet sich keine Bestimmung, die sich speziell mit rechtsetzenden Verträgen zwischen Bund und Kantonen befasst. Artikel 48 Absatz 2 BV regelt jedoch die Beteiligung des Bundes an interkantonalen Vereinbarungen:

Artikel 48 BV Verträge zwischen Kantonen

¹ Die Kantone können miteinander Verträge schliessen sowie gemeinsame Organisationen und Einrichtungen schaffen. Sie können namentlich Aufgaben von regionalem Interesse gemeinsam wahrnehmen.

² Der Bund kann sich im Rahmen seiner Zuständigkeiten beteiligen.

³

Diese Bestimmung war im Vernehmlassungsentwurf 1995 noch nicht enthalten. In ihrer Stellungnahme schlug dann aber die Konferenz der Kantonsregierungen (KdK) die Einfügung einer Bestimmung vor, welche die Mitwirkung des Bundes an Verträgen, Organisationen und Einrichtungen regelt, "soweit diese Bundesrecht umsetzen oder eine Aufgabe des Bundes vollziehen sollen". Die Kantone dachten somit an eine Beteiligung des Bundes an vollziehenden Verträgen.

Mit der geltenden Formulierung von Artikel 48 Absatz 2 BV ("..im Rahmen seiner Zuständigkeiten..") werden einer vertraglichen Beteiligung des Bundes gewisse Grenzen gesetzt: "Da Konkordatsrecht die Kompetenzordnung der Bundesverfassung nicht ändern darf, kommt ein Beitritt des Bundes zu rechtsetzenden Konkordaten nur in Betracht, wenn diese Möglichkeit in der verfassungsrechtlichen Zuständigkeitsordnung angelegt ist. Wo eine

einheitliche eidgenössische Regelung angestrebt wird, drängt sich der Weg der Bundesgesetzgebung auf¹. Diese Haltung entspricht auch der in der Lehre vertretenen Ansicht: Bund und Kantone dürfen die von der Bundesverfassung bestimmte Kompetenzordnung nicht in gegenseitigem Einverständnis ändern.

Gestützt auf Artikel 163 und 164 BV und gemäss heutiger Praxis (vgl. nachfolgend das Beispiel der Vereinbarung vom 4. Dezember 2000 in Ziff. 3) setzen Verträge Bund-Kantone mit wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen eine gesetzliche Grundlage in Form einer Delegationsbestimmung voraus: Die Rahmenbedingungen des Vertrags müssen somit durch ein formelles Gesetz festgelegt werden. Damit besteht heute (*de lege lata*) für rechtsetzende Regelungen wichtiger Bereiche in Form von Verträgen grundsätzlich kein Platz.

3. Aktualität von Verträgen Bund-Kantone

Die Vertragsform wird in neuerer Zeit als Instrument der Zusammenarbeit Bund-Kantone vermehrt in Erwägung gezogen bzw. konkret vorgeschlagen:

- Im Hochschulbereich ist die Zusammenarbeit zwischen Bund und Kantonen in einer Vereinbarung geregelt worden (Vereinbarung vom 4. Dezember 2000 zwischen dem Bund und den Universitätskantonen über die Zusammenarbeit im universitären Hochschulbereich; SR 414.205). Sie stützt sich im Wesentlichen auf eine gesetzliche Grundlage im Bundesgesetz über die Förderung der Universitäten und über die Zusammenarbeit im Hochschulbereich (Universitätsförderungsgesetz; SR 414.20) ab. Dieses ermächtigt den Bund, mit den Universitätskantonen durch eine Zusammenarbeitsvereinbarung eine Schweizerische Universitätskonferenz zu errichten (Art. 5) und nummeriert deren Zuständigkeiten (Art. 6 Abs. 1). Gestützt auf diese Ermächtigung erteilt die Vereinbarung vom 4. Dezember 2000 der Schweizerischen Universitätskonferenz verschiedene Befugnisse: Die Universitätskonferenz erlässt namentlich Rahmenordnungen über die Studienrichtzeiten und über die Anerkennung von Studienleistungen und Studienabschlüssen, *die für die Vereinbarungspartner verbindlich sind* (Art. 6 Abs. 1 Bst. a); sie erlässt Richtlinien für die Bewertung von Lehre und Forschung (Art. 6 Abs. 1 Bst. e) sowie zur Umsetzung des Wissens im Forschungsbereich (Art. 6 Abs. 1 Bst. f).

Eine Zusammenarbeit Bund-Kantone in Form von Verträgen ist im neuen Hochschulartikel (Art. 63a BV) vorgesehen, der von September bis Dezember 2001 zur Vernehmlassung unterbreitet worden ist. Nach den Absätzen 2 und 4 des Entwurfs sollen Bund und Kantone Verträge abschliessen können. Die entsprechenden Bestimmungen lauten wie folgt:

Art. 63a Hochschulen

¹ ...

² Sie [=Bund und Kantone] legen gemeinsam Grundsätze fest für:

- a. die Autonomie der Hochschulen;
- b. den Zugang zu den Hochschulen;
- c. die Anerkennung von Studiengängen und Institutionen;

¹ Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 214

- d. die Mobilität der Studierenden, der Lehrenden und der Forschenden;
- e. die Anerkennung von Diplomen und Studienleistungen;
- f. die Qualitätssicherung;
- g. die Finanzierung der Hochschulen.

³ ...

⁴ Bund und Kantone können Verträge abschliessen, um Grundsätze nach Absatz 2 festzulegen, die Ziele sowie die Grundsätze näher zu bestimmen und den Vollzug zu regeln. Sie können die Erfüllung bestimmter Aufgaben auf dem Gebiet der Hochschulen an gemeinsam gebildete Organe übertragen.

Mit dieser Bestimmung würde das Hochschulwesen zu einem möglichen Anwendungsfeld für rechtsetzende Verträge zwischen Bund und Kantonen, auch wenn Absatz 2 nicht festlegt, nach welchem Verfahren Bund und Kantone vorgehen sollen und Absatz 4 andere Vorgehensweisen nicht grundsätzlich ausschliesst.

Es fragt sich, ob ein neuer Hochschulartikel 63a BV gemäss vorliegendem Entwurf Bund und Kantone unmittelbar ermächtigen würde, Zusammenarbeitsverträge mit rechtsetzenden Bestimmungen abzuschliessen. Solche Verträge würden auf Grund der abschliessenden Aufzählung von Artikel 141 Absatz 1 BV nicht dem fakultativen Referendum unterstehen. Angesichts ihres Inhalts und mit Blick auf Artikel 164 BV erscheint ihre demokratische Absicherung aber unerlässlich. Es müssten deshalb geeignete Verfahren geschaffen werden, welche eine solche Absicherung gewährleisten.

- In der Botschaft zur Neugestaltung des Finanzausgleiches und der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen (NFA) vom 14. November 2001 wird das Instrument der Programmvereinbarungen bei der Umsetzung von Bundesrecht durch die Kantone als geeignetes Instrument vertikaler Zusammenarbeit betrachtet. Im Vordergrund steht dabei der partnerschaftliche Gedanke. Inhaltlich geht es um den Vollzug. Die entscheidenden Weichenstellungen müssen deshalb bereits vorgängig im Rahmen der Spezialgesetzgebung vorgenommen werden. *Rechtlich* wird offengelassen, welche Form (staatsrechtlicher Vertrag, subventionsrechtlicher Vertrag, subventionsrechtliche Verfügung, gemeinsame Absichtserklärung / vollziehende subventionsrechtliche Verfügung) gewählt werden soll.

Im NFA soll ferner die Zusammenarbeit auf interkantonaler Ebene verbessert und demokratisch abgesichert werden. In der Botschaft wird beantragt, dass Artikel 48 BV durch folgende Bestimmung ergänzt wird:

Artikel 48 Absatz 5 BV

Die Kantone können interkantonale Organe durch interkantonalen Vertrag zum Erlass rechtsetzender Bestimmungen ermächtigen, sofern der Vertrag:

- a. nach dem gleichen Verfahren, das für die Gesetzgebung gilt, genehmigt worden ist;
- b. die inhaltlichen Grundzüge der Bestimmungen festlegt.

Mit dieser Bestimmung werden interkantonalen Organen gegenüber dem geltenden Recht grössere Kompetenzen zugestanden. Die explizit vorgesehene Möglichkeit der Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen wird dabei an gewisse minimale demokratische Voraussetzungen gebunden (Parallelität zum kantonalen Gesetzgebungsverfahren hinsichtlich der Mitwirkung der kantonalen Parlamente und des Volkes). Die Min-

destnormen der Bundesverfassung zur demokratischen Mitwirkung beschränken sich aber auf jene Fälle interkantonalen Verträge, bei welchen Rechtsetzungsbefugnisse an interkantonale Organe delegiert werden. In allen anderen Fällen bestehen keine Mindestanforderungen in der Bundesverfassung.

Bisher wurden – aus Gründen, die auf Grund der Ziffern 5-6 verständlich werden, - nur zwei Verträge mit rechtsetzenden Bestimmungen zwischen Bund und Kantonen abgeschlossen: Die Übereinkunft vom 23. Juni 1909 betreffend die Polizeitransporte (SR 354.1) und die eingangs erwähnte Vereinbarung vom 4. Dezember 2000 zwischen dem Bund und den Universitätskantonen über die Zusammenarbeit im universitären Hochschulbereich (SR 414.205). Die Literatur über diese Rechtsform ist denn auch sehr spärlich².

4. Mögliche Kompetenzbereiche/Aufgabenfelder für Verträge Bund-Kantone mit rechtsetzenden Bestimmungen

Mögliche Bereiche für die Nutzung der Form von Verträgen Bund-Kantone mit rechtsetzenden Bestimmungen sind folgende Kompetenzformen:

- Erstens die parallelen Kompetenzen (z.B. Hochschulen, Erhebung direkter Steuern, Staatsschutz, Entwicklungszusammenarbeit): Bund und Kantone könnten sich in Verträgen über die Nutzung dieser parallelen Kompetenzen verständigen. In diese Richtung geht denn auch der unter Ziffer 3 vorgestellte Entwurf eines neuen Hochschulartikels.
- Zweitens ist die Nutzung der Vertragsform für konkurrierende, nachträglich derogierende Kompetenzen möglich. In dieser häufig vorkommenden Kompetenzform sind die Kantone zuständig, so lange der Bund eine ihm von der Bundesverfassung zugewiesene Kompetenz nicht benutzt. Dabei sind zwei Anwendungsbereiche von Verträgen denkbar:
 - a. Das Bundesgesetz gibt dem Bund für die Wahrnehmung seiner Kompetenzen einen allgemeinen Rahmen vor: Im Rahmen eines Vertrages Bund-Kantone mit rechtsetzenden Bestimmungen werden die Einzelheiten der Aufgabenerfüllung und der Zusammenarbeit zwischen Bund und Kantonen festgelegt.
 - b. Durch einen Vertrag Bund-Kantone mit rechtsetzenden Bestimmungen werden an Stelle eines Bundesgesetzes die Kompetenzen und Zusammenarbeitsformen zwischen Bund und Kantonen festgelegt. Diese letztere Möglichkeit ist unter dem Blickwinkel parlamentarischer Einflussnahme und Steuerung und der Mitsprache des Volkes allerdings problematischer als die erste und würde voraussetzen, dass in der Bundesverfassung Verträge Bund-Kantone demokratisch abgesichert würden.

Ein Vertragsabschluss zwischen Bund und Kantonen setzt voraus, dass Bund und Kantone im betreffenden Aufgabenbereich je eigene Kompetenzen haben und dass sie diese Kompetenzen nicht gesondert ausüben müssen bzw. dass weder explizit noch implizit durch die Bundesverfassung ein Vertragsabschluss eingeschränkt oder ausgeschlossen wird. Eine gemeinschaftliche Aufgabenerfüllung sollte, wenn nicht geboten, so doch mindestens zulässig sein.

² Bock, Christian: Rechtsetzende Vereinbarungen zwischen Bund und Kantonen, in: Solothurnischer Juristenverein (Hrsg.): Festgabe zum Schweizerischen Juristentag, Solothurn, 1998, S. 105-121, und Schweizer, Rainer J.: Vereinbarungen über Programme und Leistungsangebote als neue Form der Zusammenarbeit zwischen Bund und Kantonen, in: Festschrift für Yvo Hangartner, St.Gallen/Lachen 1998, S. 465 –476.

Aus den obgenannten Gründen ist die Form von Verträgen Bund-Kantone ungeeignet bei ausschliesslichen Bundeskompetenzen. Zwar wäre nicht grundsätzlich ausgeschlossen (die Frage wird in der Lehre kontrovers beurteilt), dass der Bund auch im Bereich ausschliesslicher Kompetenzen durch Verträge Bund-Kantone quasi eine Rückübertragung von Kompetenzen auf die Kantone vereinbaren würde. Eine solche Möglichkeit hätte unter föderalistischen Gesichtspunkten durchaus verlockende Aspekte (Gegenkraft zu zentralisierenden Tendenzen). Sie wäre aber mit erheblichen Nachteilen verbunden. Der Auftrag des Bundesgesetzgebers zur Sicherstellung landesweit einheitlicher Leistungen (z.B. im Bereich der Grundversorgung mit Post- und Fernmeldediensten) könnte unterlaufen werden, und der Bund könnte versucht sein, auf vertraglichem Wege eine finanzielle Mitbeteiligung der Kantone bei der Wahrnehmung solcher Aufgaben zu erwirken. Die durch den Verfassungs- bzw. Gesetzgeber aufgestellte Kompetenzordnung würde nachträglich unterlaufen. Aus diesen Gründen sollte *de lege lata* und *de lege ferenda* im Falle ausschliesslicher Bundeskompetenzen von Verträgen Bund-Kantone mit rechtsetzenden Bestimmungen Abstand genommen werden.

5. Das Demokratiedefizit bei Verträgen Bund-Kantone mit rechtsetzenden Bestimmungen und die Möglichkeiten zu seiner Behebung

51 Kantonale Ebene und Bundesebene

In der Bundesverfassung werden in Artikel 163 BV die Formen der Erlasse abschliessend aufgezählt; Artikel 164 Absatz 1 BV legt für wichtige rechtsetzende Bestimmungen die Form des Bundesgesetzes fest. Aus diesem Grund wurde die Form des Vertrags Bund-Kantone in der geltenden Bundesverfassung demokratisch auch nicht speziell abgesichert. Es wird davon ausgegangen, dass der Rahmen für solche Verträge durch ein Bundesgesetz vorgegeben wird, was eine demokratische Absicherung ermöglicht. Würde entgegen der herrschenden Praxis und Lehre in Zukunft die Form von Verträgen zwischen Bund und Kantonen (vermehrt) eingeführt, ergäben sich demokratische Defizite und zwar auf Seite der Kantone als auch auf Seite des Bundes.

Vereinbarungen zwischen Bund und Kantonen sind in der Regel in den Kantonsverfassungen nicht ausdrücklich erwähnt. Es ist jedoch davon auszugehen, dass sie denselben Bestimmungen unterstehen wie interkantonale Vereinbarungen³. Deshalb ist auf kantonaler Ebene das Problem des Demokratiedefizits grundsätzlich gleich gelagert wie bei interkantonalen Vereinbarungen. Der Abschluss interkantonomer Verträge erfolgte z.T. ohne Einbezug der Kantonsparlamente oder des Volkes (fak. oder obl. Referendum). Dadurch ergab sich ein Demokratiedefizit, das mit dem Ausbau interkantonomer vertraglicher Zusammenarbeit immer gewichtiger wurde. Dieses Problem wurde von der Lehre und auch von den Kantonen erkannt, und es sind verschiedene Projekte in Arbeit, um das Demokratiedefizit zu beheben⁴. Gleich wie beim Abschluss interkantonomer Vereinbarungen liegt es im Kompetenzbereich der Kantone, Modalitäten auszuarbeiten, wie ein Demokratiedefizit bei rechtsetzenden Vereinbarungen zwischen Bund und Kantonen auf kantonaler Seite zu beheben ist. Der Bund legt hierzu nur einen recht weiten Rahmen fest, indem er den Kantonen eine demokratische Organisation vorschreibt (Art. 51 Abs. 1 BV).

³ Bock; a. a. O, S. 108.

⁴ Abderhalden, Ursula; Möglichkeiten und Grenzen der interkantonomer Zusammenarbeit, Diss. Freiburg 1999, § 5 und § 6, S. 185 ff.

Auch auf Bundesebene ergäbe sich ein Demokratiedefizit, falls die Form des Vertrags Bund-Kantone *an Stelle von Bundesgesetzen* vermehrt eingesetzt würde. Im Vergleich etwa zu internationalen Verträgen (Art. 141 Abs. 1 Bst. d und Art. 166 BV) unterliegen Verträge Bund-Kantone mit rechtsetzenden Bestimmungen weder zwingend einer Genehmigung der eidgenössischen Räte noch dem fakultativen Referendum. Falls (wie unter Ziff. 3 erwähnt) erwogen wird, dieses Instrument vermehrt einzusetzen, ist zu prüfen, ob und inwieweit diese Lücken demokratischer Mitwirkung gefüllt werden können und ob diese neue Form gegenüber der herkömmlichen Form des Bundesgesetzes ausreichende Vorteile bietet. In den beiden nachfolgenden Abschnitten wird kurz aufgezeigt, wie *de lege ferenda* die eidgenössischen Räte und das Volk in den demokratischen Willensbildungsprozess bei Verträgen Bund-Kantone besser einbezogen werden könnten.

52 *Einbezug der eidgenössischen Räte*

Im Hinblick auf eine demokratische Abstützung wären Vereinbarungen, die wichtige rechtsetzende Bestimmungen im Sinne von Artikel 164 BV enthalten, dem Parlament zur Genehmigung zu unterbreiten. Die Mitwirkung des Parlaments hätte allerdings keinen modifizierenden Charakter (vgl. Ziff. 63/4). In Analogie zu Artikel 164 Absatz 2 BV könnte u.E. bei Verträgen, in deren Regelungsbereich die entsprechenden Kompetenzen durch ein Bundesgesetz an den Bundesrat übertragen wurden, von einer Genehmigung des Parlaments abgesehen werden.

53 *Fakultatives Referendum auf Bundesebene*

Im Hinblick auf eine ausreichende demokratische Abstützung und in Analogie zu Bundesgesetzen oder völkerrechtlichen Verträgen nach den Voraussetzungen von Artikel 141 Absatz 1 Buchstabe d BV wären Bundesbeschlüsse über Verträge zwischen Bund und Kantonen, die wichtige rechtsetzende Bestimmungen im Sinne von Artikel 164 BV enthalten, dem fakultativen Referendum zu unterstellen.

6. Folgeprobleme einer Verankerung demokratischer Mitwirkungen an Verträgen Bund-Kantone mit rechtsetzenden Bestimmungen

61 *Vergleich mit der Form des Bundesgesetzes*

Ein Einbezug der eidgenössischen Räte und des Volkes wäre unter demokratietheoretischen Gesichtspunkten eindeutig geboten, wenn Verträge Bund-Kantone mit rechtsetzenden Bestimmungen *de lege ferenda* als eigenständige Form der Zusammenarbeit Bund-Kantone ausgestaltet würden. Die Behebung des Demokratiedefizits wäre aber gleichzeitig mit verschiedenen Schwierigkeiten und Nachteilen verbunden.

62 *Vorteile*

Verträge Bund-Kantone scheinen *grundsätzlich* geeignet, den Gedanken der Partnerschaft konsequent zu verwirklichen. Exekutiven, Parlament und Stimmberechtigte von Bund und Kantonen würden im Verfahren über je die gleiche Position verfügen.⁵

Zudem hätten die Kantone die Gewähr, dass der von den Regierungen des Bundes und der Kantone ausgehandelte Vertrag in der Folge nicht mehr verändert würde. Sie könnten für dessen Inhalt mit voller Überzeugung einstehen.

Im Vergleich zur Form des Bundesgesetzes hätte ein Vertrag schliesslich auch den Vorteil, dass - im Rahmen des Genehmigungsverfahrens - in den Kantonen eine eingehendere Befassung mit dem Vertrag stattfinden würde. Damit könnten wohl in der Mehrzahl der Fälle die Chancen für eine sorgfältige und zielgerechte Umsetzung der Rechtsinhalte verbessert werden.

63 *Probleme und Möglichkeiten zu deren Behebung*

Verträge Bund-Kantone mit rechtsetzenden Bestimmungen wären aber auch mit verschiedenen Problemen verbunden, von denen einige durch eine sorgfältige Ausgestaltung des Instruments auf Verfassungs- und Gesetzesebene behoben werden könnten:

1. *Mehrfache Aktivierung der Stimmbürgerinnen und Stimmbürger beim Ergreifen des fakultativen Referendums auf Bundesebene:* Für den eher unwahrscheinlichen, aber nicht undenkbaren Fall, dass auf Bundesebene gegen einen Vertrag Bund-Kantone das Referendum ergriffen würde und zugleich in einzelnen Kantonen das obligatorische Gesetzesreferendum vorgesehen wäre oder ebenfalls das fakultative Referendum ergriffen würde, wirkten die Stimmbürgerinnen und Stimmbürger der betroffenen Kantone in ihrer Eigenschaft als Kantonsbürger/innen und als Bundesbürger/innen gleich doppelt am Verfahren mit. Insbesondere wäre zu vermeiden, dass die Abstimmungen auf Kantons- und Bundesebene zur gleichen Zeit stattfinden würden. Falls die Zustimmung aller oder einer bestimmten Zahl von Kantonen die Voraussetzung für das Zustandekommen des Vertrages wäre und diese Voraussetzung nicht erfüllt würde, würde der Vertrag Bund-Kantone nämlich dahinfallen, auch wenn ihm die Mehrheit der Stimmbürger/innen auf Bundesebene zustimmen würde. Es wäre deshalb bei der allfälligen Ausgestaltung auf Gesetzesstufe darauf zu achten, dass Verträge zwischen Bund und Kantonen, die der Genehmigung der eidgenössischen Räte unterliegen und dem fakultativen Referendum unterstehen, auf Bundesebene den eidgenössischen Räten erst dann zur Genehmigung unterbreitet bzw. dem Referendum unterstellt würden, wenn die für das Zustandekommen des Vertrages erforderliche Zahl von Kantonen den Vertrag (nach Massgabe ihres jeweiligen Rechts) genehmigt hätte.
2. *Transparenz des Verfahrens:* Das Vorverfahren der Gesetzgebung weist in Folge seiner Zweistufigkeit (Vernehmlassungsentwurf, Botschaft des Bundesrats) in der Regel eine etwas grössere Transparenz auf als Verhandlungen, die in der Regel "hinter geschlossenen Türen" stattfinden. Die politisch interessierten Bürgerinnen und Bürger könnten die Entstehung eines Vertrags nicht wie den Werdegang eines Bundesgesetzes schrittweise mitverfolgen. Durch eine ständige Information der Öffentlichkeit über den Fortschritt der Verhandlungen und durch Offenlegen des Prozesses im Rahmen der Bot-

⁵ Ob der Gedanke der Partnerschaft freilich auch *faktisch* verwirklicht wird, hängt von verschiedenen Umständen ab. Denkbar ist nämlich auch, dass die Form des Vertrags Bund - Kantone nicht primär zur Verstärkung der Zusammenarbeit, sondern, namentlich bei unklaren oder eng begrenzten Bundeskompetenzen, zu einer Verstärkung des Einflusses des Bundes benutzt wird.

schaft des Bundesrats und (im Falle eines erfolgreichen Referendums) der Abstimmungserläuterungen könnte allerdings der Gefahr eines Verlusts von Transparenz mindestens teilweise begegnet werden.

3. *Ungenügende Berücksichtigung von weiteren Interessen:* Tendenziell bestände die Gefahr, dass neben den Kantonen keine weiteren Parteien in die Vertragsverhandlungen einbezogen würden, die am mit dem Vertrag zu regelnden Gegenstand interessiert wären. Bei der Gesetzgebung werden diese Kreise ins Vorverfahren (Vernehmlassungsverfahren) einbezogen und können auch (über Parlamentsmitglieder) auf die parlamentarischen Beratungen (im Sinne einer Modifizierung der Vorlage) Einfluss nehmen.

Die Durchführung eines Vernehmlassungsverfahrens wäre an sich auch bei Verträgen Bund-Kantone möglich. Ein entsprechendes Erfordernis könnte auf Verfassungsstufe verankert werden. Praktisch stellen sich aber gewisse Probleme. Bei einem Vernehmlassungsverfahren zu einem Bundesgesetz hat allein der Bund die Verfahrensleitung und er muss über das Vernehmlassungsverfahren und dessen Ergebnisse Rechenschaft ablegen. Bei Verträgen Bund-Kantone bestände hingegen eine gemeinsame Verfahrensleitung. Es würde sich deshalb als schwierig erweisen, eine klare Verantwortung für die ausreichende Berücksichtigung von Interessen Dritter bei den weiteren Vertragsverhandlungen zu schaffen.

Zudem gilt zu bedenken, dass das Vernehmlassungsverfahren als vorparlamentarisches Instrument konzipiert wurde. Es dient dazu, die Vorlagen an die eidgenössischen Räte sachlich und politisch abzusichern, insbesondere "referendumstauglich" zu machen. Bei Verträgen Bund-Kantone hätte aber das Parlament nicht mehr die Möglichkeit, die Vorlage abzuändern. Es könnte sie nur noch als Ganzes entweder gutheissen oder ablehnen (s. nachfolgende Ziffer).

4. *Höchstens blockierende, nicht aber modifizierende Funktion der Parlamente, insbesondere der eidgenössischen Räte:* Die mit der Genehmigung des Vertrags beauftragten Behörden (eidgenössische Räte, Kantonsparlamente) könnten eine Vereinbarung nur als Ganzes annehmen oder ablehnen, nicht aber Änderungsvorschläge einbringen. Die eidgenössischen Räte würden bei der Nutzung der Vertragsform im Vergleich zur Form eines Bundesgesetzes an Gewicht verlieren gegenüber den Exekutiven auf Bundes- und Kantonsebene.

Ob in Analogie zur Mitwirkung der eidgenössischen Räte an Staatsverträgen (vgl. Art. 47^{bis} a Abs. 3 GVG) einerseits und kantonaler Parlamente an interkantonalen Verträgen andererseits ein Einbezug der eidgenössischen Räte im Vorfeld der Verhandlungen den Verlust an Gestaltungsmöglichkeiten ganz oder teilweise wettmachen könnte, müsste erst noch erprobt werden. Das Verfahren könnte dadurch relativ schwerfällig werden. Zudem sollte dem Bundesrat als Partner der Kantone ein gewisser Verhandlungsspielraum erhalten bleiben, damit eine Einigung zwischen den Vertragsparteien überhaupt möglich würde⁶. Es wäre deshalb nicht möglich, die eidgenössischen Räte an der Aushandlung einer Vereinbarung Bund-Kantone im gleichen Ausmass zu beteiligen, wie sie an der Ausarbeitung eines Gesetzes beteiligt sind.

5. *Erschwerte Abänderbarkeit:* Spiegelbild des unter 62 erwähnten Vorteils der Sicherheit, dass der ausgehandelte Vertragsinhalt nicht mehr verändert wird, ist die - auf Grund der Vielzahl der beteiligten Partner - schwierige Abänderbarkeit von Verträgen

⁶ Vgl. zum Rahmen der parlamentarischen Beteiligung an interkantonalen Vereinbarungen auch Abderhalden, a.a.O., S. 220 f.

und damit deren (im Vergleich zur Form des Bundesgesetzes) tendenziell grössere Starrheit.

6. *Komplizierung von bundesstaatlichen Rechtsformen*: Neben internationalem Recht, Bundesrecht, kantonalem Recht und interkantonalem Recht gäbe es nun noch das gemeinsame Recht von Bund und Kantonen. Damit würde das bundesstaatliche Recht noch komplizierter als es heute schon ist.

64 Weitere Fragen

Die Form von Verträgen Bund-Kantone mit rechtsetzenden Bestimmungen würde, falls sie vermehrt eingesetzt würde, eine Vielzahl von Fragen aufwerfen, die hier nur angeschnitten, angesichts der für diesen Bericht zur Verfügung stehenden Zeit aber nicht beantwortet werden können bzw. auf Grund der grundsätzlich zurückhaltenden Schlussfolgerungen zur Wünschbarkeit dieser Form auch nicht beantwortet werden sollen:

- Inwieweit könnte das Bundesgericht die Völkerrechts- und Verfassungskonformität von Verträgen Bund-Kantone mit rechtsetzenden Bestimmungen überprüfen?
- Welche Beschwerdemöglichkeiten könnten gegen solche Verträge ergriffen werden?
- Würden multilaterale Verträge des Bundes mit mehreren Kantonen der Genehmigung der Bundesversammlung nach Artikel 172 Absatz 3 BV unterstehen, wenn ein anderer Kanton dagegen Einsprache erheben würde?

7. Schlussfolgerungen und Empfehlung

Die Eignung von Verträgen Bund-Kantone mit rechtsetzenden Bestimmungen als neue Form der Regelung kann nur im Vergleich mit der heute für wichtige rechtsetzende Bestimmungen vorgesehenen Form (Art. 164 BV), dem Bundesgesetz, ermittelt werden. Es gilt ferner abzuklären, für welche Gegenstände sich diese Form besonders eignet. Gestützt auf diesen Vergleich wird ferner beurteilt, ob zur Zeit Handlungsbedarf besteht zur Verankerung von Verträgen Bund-Kantone mit rechtsetzenden Bestimmungen als eigenständiger Erlassform in der Bundesverfassung bei gleichzeitiger Behebung ihres demokratischen Defizits.

71 *Verbesserte Mitwirkungsmöglichkeiten der Kantone bei der Vorbereitung von Bundesgesetzen*

Bei der Vorbereitung von Bundesgesetzen ist in den letzten Jahren das kooperative Element im Verhältnis Bund-Kantone verstärkt worden. Bei der Totalrevision der Bundesverfassung wurde dem Anliegen der Partnerschaft bereits Rechnung getragen, auch wenn dabei letztlich nur bestehendes Recht nachgeführt wurde: Mit den Artikeln 45 und 55 BV wird die besondere Stellung der Kantone im Prozess der Willensbildung auf Bundesebene, insbesondere im Bereich der Rechtsetzung, hervorgehoben. Kantonale Anhörungsrechte, die bis anhin auf Verfassungsstufe nur punktuell normiert und erst auf Verordnungsstufe in allgemeiner Weise verbürgt waren, wurden verfassungsrechtlich konsolidiert⁷.

⁷ Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 210 f.

Der in Folge der parlamentarischen Initiative Rhinow eingeführte Artikel 43 Absatz 2bis GVG⁸ verlangt eine bessere Interessenberücksichtigung der Kantone und Gemeinden, soweit sie für den Vollzug verantwortlich sind. Nach Artikel 47bis Absatz 1bis GVG sind die parlamentarischen Kommissionen zudem befugt, zur Prüfung der Vollzugstauglichkeit die Kantone und weitere betroffene Kreise zur Stellungnahme einzuladen.

Im Rahmen der Behandlung der parlamentarischen Initiative "99.436 (Kommission 96.091 SR), Beseitigung von Mängeln der Volksrechte" hat zudem der Bundesrat unter dem Titel "Kantonsinitiative" die Erweiterung des Initiativrechts auf acht Kantone beantragt. Es bezieht sich auf alle bestehenden bzw. vorgesehenen drei Initiativformen (Total- und Partialrevisionen der Verfassung sowie allgemeine Volksinitiative). Mit letzterem Instrument kann in Form einer allgemeinen Anregung die Annahme, Änderung oder Aufhebung von Verfassungs- oder Gesetzesbestimmungen verlangt werden. Falls das Parlament dem Antrag des Bundesrats auf Einführung der Kantonsinitiative zustimmt, werden die Kantone auch Einfluss auf Gesetzesrecht nehmen können.

In neuerer Zeit ist zudem - ohne verfassungsrechtliche oder gesetzliche Verpflichtung - die Form paritätischer Gesetzesvorbereitung Bund-Kantone vermehrt eingesetzt worden. Eine paritätische Zusammenarbeit Bund-Kantone erfolgte bereits bei der Vorbereitung der Bestimmungen über den Bund und die Kantone im Rahmen der Verfassungsreform. Das Bundesgesetz vom 22. Dezember 1999 über die Mitwirkung der Kantone an der Aussenpolitik des Bundes (BGMK; SR138.1) ist von einer paritätischen Arbeitsgruppe Bund-Kantone erarbeitet worden. Die Botschaft zur Neugestaltung des Finanzausgleiches und der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen (NFA) vom 14. November 2001 ist ebenfalls im Rahmen einer paritätischen Projektorganisation Bund-Kantone, in welche auch die Gemeinden einbezogen waren, geschaffen worden. Auch die Vernehmlassungsentwürfe eines neuen Hochschulartikels in der Bundesverfassung und eines Bundesgesetzes über die Landessprachen und die Verständigung zwischen den Sprachgemeinschaften wurden je durch paritätische Arbeitsgruppen vorbereitet.

Damit bestehen auch bei der Form des Bundesgesetzes Möglichkeiten, den Gedanken der Partnerschaft Bund-Kantone in geeigneter Weise zu berücksichtigen.

72 *Empfehlung*

Der in Ziffer 6 vorgenommene eingehende Vergleich zwischen der Form des Bundesgesetzes und derjenigen von Verträgen Bund-Kantone mit rechtsetzenden Bestimmungen zeigt, dass die letztere Form einer demokratischen Absicherung bedarf, die aber mit verschiedenen Nachteilen und Unsicherheiten behaftet ist. Auch die Form des Bundesgesetzes lässt ein partnerschaftliches Vorgehen zu. Wichtiger als die Schaffung neuer Formen der Zusammenarbeit ist deshalb die konsequente und konstruktive Nutzung der bereits bestehenden Instrumente im Geiste der Partnerschaft.

⁸ Die Bestimmung hat folgenden Wortlaut: "Weiter nimmt der Bundesrat Stellung zur Umsetzung der vorgeschlagenen Gesetze und Bundesbeschlüsse. Er erläutert insbesondere, wie die Vollzugstauglichkeit im Vorverfahren der Gesetzgebung geprüft worden ist, wer für den Vollzug verantwortlich ist, ob und wie die Vollzugsverantwortlichen angehört worden sind, welche Kosten für die Kantone und Gemeinden durch den Vollzug entstehen und wie die im Vollzug gemachten Erfahrungen erfasst und ausgewertet werden."

Aus all diesen Gründen erweisen sich Verträge Bund-Kantone mit rechtsetzenden Bestimmungen grundsätzlich nicht als geeignetes Instrument zur Stärkung des kooperativen Föderalismus. Wir können im gegebenen Zeitpunkt nicht empfehlen, dieses Instrument als eigenständige Erlassform in der Bundesverfassung zu verankern bei gleichzeitiger (ohnein nicht vollständiger) Behebung des bestehenden Defizits bei der Mitwirkung der eidgenössischen Räte und des Volkes. Wir möchten deshalb davon abraten, entsprechende Verfassungsänderungen im Rahmen der parlamentarische Initiative "Beseitigung von Mängeln der Volksrechte" vorzusehen. Dies könnte im Übrigen auch die politische Realisierbarkeit der Vorlage schmälern.

Damit werden Vereinbarungen Bund-Kantone mit rechtsetzenden Bestimmungen im Einzelfall nicht ausgeschlossen. Wenn ausnahmsweise dieses Instrument in einem bestimmten Bereich gewählt wird, sind Massnahmen zu treffen, die vermeiden, dass daraus ein demokratisches Defizit erwächst.

Ein pragmatischer Weg könnte allenfalls darin bestehen, in einzelnen Kompetenzbereichen eine demokratische Mitwirkung an Verträgen Bund-Kantone mit rechtsetzenden Bestimmungen einzuführen und damit Erfahrungen zu sammeln. Falls sich diese Erfahrungen als positiv erweisen und sinnvolle Vorkehren getroffen werden könnten, um die aufgeführten möglichen Nachteile zu beheben, könnten in der Verfassung die einzelnen aufgabenspezifischen Regelungen später in eine allgemeine, demokratisch abgesicherte Regelung übergeführt werden.