

# Verfassungsrechtliche Überlegungen zur interkantonalen Rechtsetzung

**Ursula Abderhalden** | *Seit einigen Jahren ist ein eigentlicher Boom in der interkantonalen Rechtsetzung – sowohl in der Untersuchung der diesbezüglichen theoretischen Grundlagen als auch in der Praxis – zu beobachten. Gerade die verfassungsrechtlichen Grundlagen wurden in den letzten Jahren verschiedentlich mehr oder weniger ausführlich dargestellt.<sup>1</sup> Dasselbe gilt für die Gründe, die zu einer Intensivierung der interkantonalen Zusammenarbeit geführt haben.<sup>2</sup> Im Folgenden werde ich deshalb nur sehr kurz auf diese Grundlagen eingehen und mich mehrheitlich auf einige aktuelle Problemkreise – die Rolle der Parlamente bei der interkantonalen Rechtsetzung, die Publikation interkantonomer Vereinbarungen, die Problematik gesamtschweizerischer interkantonomer Vereinbarungen sowie die neu eingeführten Instrumente der Allgemeinverbindlicherklärung und Beteiligungspflicht – beschränken.*

## Inhaltsübersicht

- 1 Grundlagen
- 2 Die Rolle der kantonalen Parlamente bei der interkantonomer Rechtsetzung
- 3 Publikation des interkantonomer Rechts
- 4 Gesamtschweizerische interkantonale Rechtsetzung
- 5 Allgemeinverbindlicherklärung und Beteiligungspflicht
- 6 Ergebnis

## 1 Grundlagen

### 1.1 Allgemeines

Massgebende und Rahmen setzende Bestimmung bei der interkantonomer Rechtsetzung ist Artikel 48 BV. Absatz 1 der Bestimmung erlaubt den Kantonen, untereinander Verträge abzuschliessen. Thema der Verträge können alle Gebiete sein, die in die kantonale Zuständigkeit fallen. Dabei hebt Satz 2 des Absatzes hervor, die Kantone könnten namentlich Aufgaben von regionalem Interesse gemeinsam wahrnehmen. Diese Formulierung steht jedoch gesamtschweizerischen Vereinbarungen nicht entgegen (vgl. hierzu mehr unten).

## 1.2 Schranken interkantonaler Rechtsetzung

Die Schranken der interkantonalen Rechtsetzung legt Artikel 48 Absatz 3 BV fest: Danach dürfen interkantonale Vereinbarungen weder dem Recht und den Interessen des Bundes noch den Rechten anderer Kantone zuwiderlaufen. Auffällig dabei ist, dass einerseits vom Recht *und* den Interessen des Bundes geredet wird, andererseits aber nur von den Rechten der Kantone.

Weitere Schranken ergeben sich aus dem Grundsatz der Bundestreue, der in Artikel 44 BV umschrieben wird. Die in Artikel 44 Absatz 2 BV festgeschriebenen Rücksichts- und Beistandspflicht hat zur Folge, dass beim Abschluss interkantonaler Vereinbarungen auch die Interessen anderer Kantone gleich wie diejenigen des Bundes berücksichtigt werden müssen. Ebenfalls aus dieser Bestimmung ergibt sich, dass wie nach Artikel 7 aBV politische Verträge zwischen den Kantonen untersagt sind (Abderhalden 1999, 74 f.). Unter politischen Verträgen sind solche zu verstehen, die das föderalistische Gleichgewicht zwischen den Kantonen beeinträchtigen, indem sie die Machtverhältnisse zwischen den Kantonen wesentlich verschieben. Dies bedeutet jedoch nicht, dass es den Kantonen verboten ist, Verträge abzuschliessen, die sie im gesunden Konkurrenzkampf zwischen den Kantonen oder zwischen Bund und Kantonen in eine bessere Position bringen. Sie dürfen jedoch nicht den Bund oder andere Kantone in der Ausübung ihrer Kompetenzen in rechtsmissbräuchlicher Weise behindern (Rhino 2003, Rz. 842). Zudem ist es den Kantonen nicht erlaubt, ihre Kompetenzen vollständig aufzugeben, weder zugunsten anderer Kantone noch zugunsten einer interkantonalen Institution. Sie dürfen Aufgaben auch nicht mittels Vertrag dem Bund übertragen.

## 1.3 «Genehmigung» interkantonaler Vereinbarungen durch den Bund

Während unter der Bundesverfassung von 1874 noch von einer Genehmigung interkantonaler Erlasse durch den Bund die Rede war (Art. 7a BV), spricht die geltende Bundesverfassung nur von einer Kenntnissgabe (Art. 48 Abs. 3 BV). Faktisch hat sich jedoch dadurch nichts geändert, da einerseits schon unter der alten Bundesverfassung die Genehmigung nur deklaratorischen Charakter hatte, und auch nach der neuen Bundesverfassung der Bundesrat gegen interkantonale Vereinbarungen Einsprache erheben kann (Art. 186 Abs. 3 BV), sofern sie den Vorgaben von Artikel 48 Absatz 3 BV widersprechen, worauf sie der Bundesversammlung zur Genehmigung vorgelegt wird (Art. 172 Abs. 3 BV).

#### **1.4 Beteiligung des Bundes an der interkantonalen Rechtsetzung**

Auch über die Genehmigung hinaus kann der Bund sich an interkantonalen Vereinbarungen beteiligen (Art. 48 Abs. 2 BV). Er kann den Kantonen zunächst beratend zur Seite stehen. Darüber hinaus kann er sich an interkantonalen Vereinbarungen auch als eigentlicher Vertragspartner beteiligen, soweit er hierzu die entsprechende Kompetenz besitzt, das heisst, es muss eine parallele Kompetenz von Bund und Kantonen vorliegen. Möglich ist dann insbesondere die Schaffung von gemeinsamen Organisationen von Bund und Kantonen, wobei das Verfahren zur Schaffung einer solchen Organisation allerdings sehr kompliziert ist.<sup>3</sup>

#### **1.5 Rechtsetzungskompetenzen interkantionaler Organe**

Eine neue Regelung zur interkantonalen Rechtsetzung findet sich in dem Rahmen der NFA eingeführten Artikel 48 Absatz 4 BV, der es den Kantonen erlaubt, interkantonale Organe zum Erlass rechtsetzender Bestimmungen, die einen interkantonalen Vertrag umsetzen, zu ermächtigen. Dies ist jedoch nur dann erlaubt, wenn der zugrunde liegende Vertrag nach dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren genehmigt worden ist (lit. a) und die inhaltlichen Grundzüge der Bestimmung festlegt (lit. b).

Bei der Rechtsetzung durch interkantonale Organe ist weiter zu beachten, dass kantonale Organe, also Regierung und Parlament, nicht mehr Gesetzgebungskompetenzen übertragen können, als sie selbst nach kantonalem Recht haben. Die Delegation von Rechtsetzungskompetenzen muss sich deshalb nach denselben Grundsätzen richten, die allgemein für die Delegation solcher Kompetenzen gelten (Abderhalden 1999, 173).

Die Ermächtigung eines interkantonalen Organs zum Erlass rechtsetzender Bestimmungen muss zudem im gleichen Verfahren beschlossen werden, das nach kantonalem Recht auch für den Erlass von Gesetzen zur Anwendung kommt. Dies hat zur Folge, dass die Delegation von Rechtsetzungskompetenzen zumindest dem fakultativen Referendum untersteht.<sup>4</sup>

#### **1.6 Vorrang des interkantonalen Rechts**

Ebenfalls im Rahmen der NFA wird der Rang des interkantonalen Rechts festgelegt. Nach Artikel 48 Absatz 5 BV beachten die Kantone das interkantonale Recht. Diese Verpflichtung der Kantone haben Bundesgericht und Lehre schon vorher anerkannt, das Festschreiben derselben in der Bundesverfassung ändert nichts im Vergleich mit dem bisherigen Recht. Die Kan-

tone können wie schon bisher nicht rechtswirksam konkordatswidriges Recht setzen, und ein Kanton kann sich nicht von einer eingegangenen Verpflichtung unter Berufung auf das kantonale Recht befreien.

## **2 Die Rolle der kantonalen Parlamente bei der interkantonalen Rechtsetzung**

### **2.1 Das Problem**

Ein immer wieder mit der interkantonalen Zusammenarbeit in Verbindung gebrachtes Problem ist das sogenannte «Demokratiedefizit». Je mehr die Bedeutung der interkantonalen Rechtsetzung wächst, desto mehr erwächst ihr auch Kritik. Das Problem ist folgendes: Wo Entscheide nicht mehr auf der Ebene einzelner Kantone gefällt werden, dort schwindet der Einfluss der Kantonsparlamente. Die Beschlussfassung in den Parlamenten ist auf die innerkantonale Aufgabenerfüllung ausgerichtet. Das Aussenverhältnis der Kantone, zu dem auch die Beziehungen zu anderen Kantonen und zum Bund gehören, ist den Parlamenten jedoch nicht gleichermassen zugänglich wie die Beschlussfassung innerhalb eines Kantons.

Nach dem demokratischen Prinzip sollten Entscheidungen aber unter möglichst grossem Einbezug der demokratischen Basis, also der Bürgerin und des Bürgers fallen. Wo jedoch immer mehr Entscheidungen auf intergouvernementaler Ebene gefällt werden, werden sie durch die Regierungen gefällt und der Exekutivföderalismus wird gefördert, während die Kantonsparlamente kaum mehr inhaltlichen Einfluss auf Beschlüsse nehmen können und mehrheitlich zu reinen Genehmigungsorganen werden.

Auch die Art der Willensbildung ist in der interkantonalen Rechtsetzung grundlegend verschieden von derjenigen innerkantonalen Rechts: Während die innerkantonale Willensbildung auf eine einheitliche Mehrheitsbestimmung ausgerichtet ist, ist ein von einer Regierungskonferenz gefällter Beschluss oder eine in zähen Verhandlungen entstandene Vereinbarung ein Kompromiss mehrerer Ansichten. Dieser Kompromiss ist nicht das Ergebnis eines verfassungsrechtlichen Verfahrens, sondern eines heteronomen, intergouvernementalen Kräftespiels. So entsteht das Problem der Fremdbestimmung, dem sich heute nicht nur die Gliedstaaten im Bundesstaat, sondern auch andere Gemeinschaften zu stellen haben: Je mehr sich ein Staat in ein Netz von Verträgen verstrickt, desto stärker wird der Einfluss Aussenstehender auf den Staat.

Zwar ist das Problem des sogenannten «Demokratiedefizits» nicht so ausgeprägt, wie es oft dargestellt wird, da die Genehmigungsfunktion der Parlamente ja erhalten bleibt und da Regierungskonferenzen in der Regel nur Empfehlungen abgeben und keine bindenden Beschlüsse fassen. Trotz-

dem sollten bei einer Intensivierung der interkantonalen Rechtsetzung die Kantonsparlamente aus folgenden Gründen gestärkt werden:

- Das Kantonsparlament vertritt in einem stärkeren Mass als die Regierung das Volk;
- das Kantonsparlament hat eine Kontrollfunktion über die Regierung wahrzunehmen;
- im Parlament werden im Gegensatz zu Regierungen Entscheidungen öffentlich gefällt und diese Öffentlichkeit ist eine Grundlage der Demokratie.

## 2.2 Lösungsansätze

In jüngster Zeit wurden verschiedene Lösungsansätze für dieses Problem entwickelt, denn das Selbstverständnis der Parlamente hat sich verändert, sie nehmen vermehrt Einfluss auf die intergouvernementalen Beziehungen und auf die Aussenpolitik der Gliedstaaten. Verschiedene kantonale Verfassungen enthalten Bestimmungen, nach denen die Parlamente in der einen oder anderen Form an der Ausarbeitung interkantonalen Vereinbarungen beteiligt werden.

Einen interessanten Ansatz haben die Kantone der Westschweiz gefunden: Sie haben eine Vereinbarung abgeschlossen, die das Vertragschlussverfahren für interkantonale Vereinbarungen und insbesondere den Einbezug der Parlamente in dieses regelt.<sup>5</sup> Vorgesehen ist insbesondere eine ständige Kommission für Vereinbarungen über auswärtige Angelegenheiten, und dass vor Abschluss oder Änderung einer Vereinbarung eine interparlamentarische Kommission zum Verhandlungsergebnis Stellung nehmen kann. Ebenfalls geregelt werden die Grundzüge des für die Beratung und die Beschlussfassung der interparlamentarischen Kommission anwendbaren Verfahrens sowie Grundzüge der Aufsicht über interkantonale Institutionen.

Auch im Rahmen der NFA wurde die Frage des Einbezugs kantonaler Parlamente in die interkantonale Rechtsetzung aufgegriffen: In der Interkantonalen Rahmenvereinbarung (IRV) verpflichten sich die Kantonsregierungen, die Parlamente rechtzeitig und umfassend über Vorhaben auf dem Gebiet der interkantonalen Zusammenarbeit mit Lastenausgleich zu informieren, und die Kantone sind verpflichtet, die weiteren Mitwirkungsrechte der Parlamente zu regeln (Art. 4 IRV). Auch der Einsatz interparlamentarischer Geschäftsprüfungskommissionen ist vorgesehen (Art. 15 IRV).

Solche Lösungsansätze können natürlich nicht die gleiche demokratische Legitimation schaffen, wie sie bei der «normalen» Gesetzgebung besteht, jedoch handelt es sich um Schritte in die richtige Richtung, die den Exekutiv-Föderalismus etwas abschwächen und den Parlamenten mehr Gewicht geben. Wie weit sie allerdings tatsächlich praxistauglich sind, wird sich erst in den nächsten Jahren, wenn die neu eingeführten Instrumente angewendet werden, erweisen. Damit dies geschehen kann, darf denn auch das wesentliche Element und die wichtigste Grundlage aller Zusammenarbeit zwischen Regierung und Parlament nicht unterschätzt werden, nämlich die regelmässige und umfassende gegenseitige Information. Nur wenn diese gewährleistet ist und sich die Behörden in einem Klima von gegenseitigem Vertrauen begegnen können, können die oben genannten Instrumente greifen, und die interkantonale Rechtsetzung kann demokratischer ausgestaltet werden, ohne dass sich Parlament und Regierung gegenseitig blockieren.

### **3 Publikation des interkantonalen Rechts**

Um der wachsenden Bedeutung des interkantonalen Rechts gerecht zu werden, bedarf es nicht nur einer besseren demokratischen Abstützung der interkantonalen Rechtsetzung, sondern auch einer angemessenen Publikation des interkantonalen Rechts.

Artikel 3 des alten Publikationsgesetzes sah die Publikation von rechtsetzenden oder zur Rechtsetzung verpflichtenden interkantonalen Erlassen in der Amtlichen Sammlung des Bundesrechts (AS) vor, sofern sie allen Kantonen zum Beitritt offen standen oder sofern für die Publikation ein besonderes Interesse bestand. Die tatsächlich publizierten Vereinbarungen stellten aber immer nur eine Auswahl der tatsächlich in Kraft stehenden Verträge dar.<sup>6</sup>

Nach der Totalrevision des Publikationsgesetzes wird nun auf die Publikation interkantonalen Vereinbarungen in der AS gänzlich verzichtet. Dies geschieht mit der Begründung, dass die Bundesverfassung nun nicht mehr die Genehmigung interkantonomer Vereinbarungen durch den Bund verlangt, sondern nur noch deren Kenntnissgabe (Art. 48 Abs. 3 BV). Dadurch verändere sich der Status der interkantonomer Vereinbarungen und eine Publikation in der AS dränge sich weniger auf. Zudem veröffentlichten alle Kantone die von ihnen ratifizierten Verträge in ihren amtlichen Sammlungen.<sup>7</sup> Auch das Institut für Föderalismus hat eine Datenbank der interkantonomer Verträge erstellt.<sup>8</sup> Diese enthält allerdings nur die Titel der Konkordate und allenfalls die Links zu kantonalen Gesetzessammlungen, in denen

das jeweilige Konkordat publiziert ist, im Volltext sind die Konkordate dort jedoch nicht zu finden.

Dass Konkordate ebenso wie die Kantonsverfassungen nicht mehr in der AS publiziert werden, ist aus systematischer Sichtweise logisch und nachvollziehbar, denn es handelt sich bei ihnen ja nicht um Bundesrecht. Obwohl sie Vorrang vor dem innerkantonalen Recht haben, bleiben sie doch kantonales Recht und müssen folglich in kantonalen Rechtssammlungen publiziert werden.

Allerdings steht diese Entscheidung, interkantonale Vereinbarungen gar nicht mehr in der AS zu publizieren, im Gegensatz zur wachsenden Bedeutung der interkantonalen Rechtsetzung. Deshalb wäre es angebracht, zumindest eine einheitliche Regelung zu schaffen, wo und wie die Kantone interkantonale Vereinbarungen publizieren, an denen sie beteiligt sind. Dies könnte sinnvollerweise in einer interkantonalen Vereinbarung, beispielsweise der interkantonalen Rahmenvereinbarung geschehen.

Eine besondere Situation liegt zudem vor, wenn der Bund die Kantone zur Zusammenarbeit verpflichtet (vgl. unten). Er ist also an diesen Vereinbarungen massgeblich beteiligt, und allgemeinverbindlich erklärte interkantonalen Vereinbarungen können de facto dieselbe Bedeutung erhalten wie Bundesrecht. Eine Publikation solcher Vereinbarungen in der AS wäre deshalb wünschenswert. Dies sieht auch der Bundesrat so: Er behält sich vor, die Aufnahme einer entsprechenden Bestimmung in das Publikationsgesetz zu beantragen.<sup>9</sup>

Ebenfalls wünschenswert wäre die Aufnahme derjenigen interkantonalen Vereinbarungen in die AS, die es interkantonalen Organen erlauben, rechtsetzende Bestimmungen zu erlassen. Dies gilt besonders für gesamtschweizerische interkantonale Organe, da diese für die ganze Schweiz gültiges Recht erlassen können. Die Publikation in der AS erscheint hier sinnvoll, da schon durch die Kantonsregierungen gesetztes interkantonales Recht nur schwer zu finden ist, das von einem interkantonalen Organ gesetzte Recht wird noch schwerer zur finden sein. Deshalb sollten zumindest diejenigen Vereinbarungen, die Grundlage der Delegation einer Rechtsetzungskompetenz an ein gesamtschweizerisches interkantonales Organ sind, in der AS publiziert und so der Öffentlichkeit leichter zugänglich gemacht werden.

## **4 Gesamtschweizerische interkantonale Rechtsetzung**

### **4.1 Zulässigkeit gesamtschweizerischer interkantonaler Rechtsetzung**

Die Kantone können nicht nur regionale, sondern auch gesamtschweizerische interkantonale Vereinbarungen abschliessen. Die Bundesverfassung selbst begegnet ihnen – verglichen mit der Bundesverfassung von 1874 – allerdings mit einer gewissen Zurückhaltung; indem sie festhält, die Kantone «können namentlich Aufgaben von regionalem Interesse gemeinsam wahrnehmen» (Art. 48 Abs. 1 Satz 2 BV), verbietet sie gesamtschweizerische Vereinbarungen zwar nicht, legt aber das Schwergewicht eindeutig auf die regionale Zusammenarbeit.<sup>10</sup>

### **4.2 Problematik gesamtschweizerischer interkantonaler Rechtsetzung**

Die Lehre steht gesamtschweizerischen interkantonalen Vereinbarungen häufig kritisch gegenüber. So ist Mader (2005, 105) der Ansicht, gesamtschweizerische Konkordate sollten vermieden werden, selbst wenn dies unter Umständen eine Kompetenzübertragung an den Bund bedeuten sollte, und Rhinow (2003, Rz. 816) vertritt die Auffassung, der ordentliche Weg der Bundesgesetzgebung sei vorzuziehen, wenn eine gesamtschweizerische Rechtsvereinheitlichung im Vordergrund stehe.

Dieser Meinung ist jedoch nur beschränkt zuzustimmen. Nach geltendem Recht darf der Bund nur dann eine Kompetenz übernehmen, wenn das Bedürfnis nach einer einheitlichen Regelung besteht (Art. 42 Abs. 2 BV und Art. 43a Abs. 1 BV nach der Revision NFA). Das mit der Revision der NFA hier eingefügte Wörtchen *nur* macht dabei deutlich, dass der Bedarf nach einer einheitlichen Regelung nicht zwingend eine Bundeskompetenz fordert, sondern dass nur dann oder wenn eine Aufgabe die Kraft der Kantone übersteigt, überhaupt eine Bundeskompetenz geschaffen werden *darf*.

Die Bestimmung steht deshalb kantonalen Kompetenzen und damit einer interkantonalen Regelung auch beim Bedarf nach einer gesamtschweizerischen einheitlichen Regelung nicht entgegen. Es entspricht vielmehr dem Grundgedanken von Artikel 3 BV, der eine kantonale Kompetenz annimmt, solange eine Kompetenz nicht in der Verfassung dem Bund zugewiesen ist, und dem Subsidiaritätsgrundsatz (Art. 5a BV nach der Revision NFA), dass die Kantone auch dann eine Aufgabe wahrnehmen können, wenn sie von gesamtstaatlichem Interesse ist und einer einheitlichen Regelung bedarf (Abderhalden 1999, 79).

Eine Regelung, die von 26 Kantonen abgeschlossen wurde, ist von ihrem Wesen her auch grundlegend verschieden von einer Bundesregelung, denn die Interessen aller Kantone müssen nicht gezwungenermassen gleich sein



wie diejenigen des Bundes. Die freiwillige Zusammenarbeit aller Kantone ist deshalb auch dann ein Ausdruck kantonaler Autonomie und eine Form der «Betätigung kantonaler Selbstverwaltung» (Häfelin 1969, 664), wenn alle 26 Kantone zusammenarbeiten.

Zusätzlich sei hier auch noch erwähnt, dass die Kantone, ausser bei allgemeinverbindlich erklärten Vereinbarungen (vgl. unten), die Möglichkeit haben, aus einer Vereinbarung auszutreten, was nach der bundesrechtlichen Regelung einer Materie nicht mehr möglich ist.

Trotzdem ist die Skepsis gegenüber gesamtschweizerischen rechtsetzenden interkantonalen Vereinbarungen berechtigt. Wie oben dargestellt ist nämlich die interkantonale Rechtsetzung den Kantonsparlamenten und dem Volk nicht gleichermassen zugänglich wie ein intern erlassenes Gesetz. Tritt nun aber an Stelle der interkantonalen Regelung eine Bundesregelung, so ersetzt das Bundesgesetzgebungsverfahren das interkantonale Rechtsetzungserfahren. Dies gewährleistet eine bessere demokratische Abstützung und einen besseren Einbezug der Öffentlichkeit. Zudem ist ein Bundesgesetz im Gesetzgebungsverfahren einfacher abänderbar als eine von 26 Kantonen abgeschlossene interkantonale Vereinbarung, wo auch jeder Änderung alle 26 Kantone zustimmen müssen, sie kann deshalb einfacher an veränderte Verhältnisse angepasst werden.<sup>11</sup> Aus diesen Gründen ist in jedem Einzelfall zu prüfen, ob das Interesse an der Erhaltung der kantonalen Autonomie tatsächlich schwerer wiegt als dasjenige an einem demokratisch besser abgestützten und flexibleren Verfahren.

### **4.3 Ergebnis**

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass die Bundesverfassung die interkantonale Rechtsetzung in erster Linie als Instrument zur Erfüllung regionaler Aufgaben sieht. Trotzdem sind gesamtschweizerische Vereinbarungen ein zulässiger Ausdruck kantonaler Autonomie. Da sie allerdings gegenüber der Regelung einer Materie auf Bundesebene gewisse demokratische Defizite aufweisen, ist im Einzelfall zu prüfen, ob nicht doch eine Kompetenzübertragung an den Bund sinnvoller wäre.

## **5 Allgemeinverbindlicherklärung und Beteiligungspflicht**

### **5.1 Grundlagen**

Der schweizerische Föderalismus wird nach der NFA mit den neuen Instrumenten der Allgemeinverbindlicherklärung und der Beteiligungspflicht (Art. 48a BV) ergänzt: Mit der Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) von interkantonalen Vereinbarungen kann die Bundesversammlung in einigen

auf Verfassungsebene festgelegten Bereichen einen interkantonalen Vertrag von gesamtschweizerischem Interesse auf Antrag von 18 Kantonen für alle Kantone verbindlich erklären (Art. 14 FiLaG). Die AVE erfolgt durch einen dem fakultativen Referendum unterstehenden Bundesbeschluss. Mit der Beteiligungspflicht kann die Bundesversammlung in denselben Bereichen wie bei der AVE auf Antrag von mindestens der Hälfte der zu beteiligenden Kantone die übrigen zur Beteiligung an einer regionalen interkantonalen Vereinbarung verpflichten (Art. 15 FiLaG). Der Bundesbeschluss zur Beteiligungspflicht untersteht nicht dem Referendum.

## **5.2 Problematik von AVE und Beteiligungspflicht**

Diese im Rahmen der NFA neu eingeführten Instrumente werden heute mit einigem Misstrauen beäugt. Die mit ihnen verbundenen Schwierigkeiten sind offensichtlich.<sup>12</sup> Kantone können gegen ihren Willen zur Beteiligung an einer interkantonalen Vereinbarung gezwungen werden. Das ist besonders im Falle der AVE problematisch, denn der Zwang tritt an die Stelle des demokratischen Gesetzgebungsverfahrens des Bundes. Zwar bleibt die Hoheit über den Inhalt der Vereinbarung (inter)kantonal und das Subsidiaritätsprinzip wird somit gewahrt, wie es der Bundesrat in seiner Botschaft darlegt.<sup>13</sup> Dies geschieht allerdings auf Kosten derjenigen Kantone, die sich an einer Vereinbarung nicht beteiligen wollen. Zudem haftet auch diesen Vereinbarungen der Makel der mangelnden demokratischen Abstützung an, der umso schwerer wiegt, da die verpflichteten Kantone keinerlei Mitwirkungsmöglichkeiten haben. In den verpflichteten Kantonen entfällt sogar die Genehmigung des Kantonsparlaments; sie wird auch nur sehr beschränkt durch das demokratische Verfahren auf Bundesebene ersetzt, wie dies bei einer Kompetenzübertragung an den Bund der Fall wäre.

## **5.3 Bedeutung von AVE und Beteiligungspflicht**

Welche Rolle diese neuen Instrumente im schweizerischen föderalistischen Gefüge spielen werden, wird erst deren Anwendung in der Zukunft zeigen. Sofern sie von stärkeren Kantonen und Kantonsgruppen als Druckmittel gegen die schwächeren «Fraktionen» verwendet werden, bergen sie tatsächlich die Gefahr, dass kantonale Autonomie und Demokratie geschwächt werden, ja dass eine «Quasi-Bundesebene unter gütiger Mittäterschaft des Bundes und in der faktischen Hand kantonaler Regierungsvertreter und Chefbeamter» (Rhinow 2005, 89) entsteht, und so mit dem schweizerischen Demokratie- und Föderalismusverständnis gebrochen wird.

Wenn jedoch kantonale Regierungen die neuen Instrumente verantwortungsbewusst und umsichtig benutzen, und sie als ultima ratio zur Verhinderung einer Kompetenzzuweisung an den Bund verwenden, so können sie tatsächlich dazu dienen, die kantonale Autonomie beizubehalten.

Erst die nächsten Jahre werden zeigen, wie häufig die neu geschaffenen Instrumente tatsächlich zur Anwendung kommen. Die mit ihrer Anwendung verbundenen Schwierigkeiten sind nämlich nicht zu unterschätzen: Zunächst können sie überhaupt nur in einigen in der Bundesverfassung abschliessend aufgezählten Bereichen benutzt werden. Weiter ist das Verfahren zum Erlass einer allgemeinverbindlichen interkantonalen Vereinbarung risikoreich. Die Regierungen derjenigen Kantone, die eine AVE wünschen, werden sich dessen bewusst sein: Die AVE kann von den zu verpflichtenden Kantonen als Provokation gesehen werden. Zudem steht am Ende des Verfahrens der AVE ein referendumpflichtiger Bundesbeschluss; die Regierungen, die das Verfahren eingeleitet haben, gehen also immer das Risiko ein, nach einer verlorenen Referendumsabstimmung vor einem Scherbenhaufen zu stehen und nicht nur keine gesamtschweizerische Vereinbarung zu haben, sondern zudem das Verhältnis zu anderen Kantonen belastet zu haben. Es ist deshalb anzunehmen, dass die Kantonsregierungen es sich gut überlegen werden, diesen Weg tatsächlich zu gehen. Oftmals wird es sicher genügen, seine Beschreitung anzudrohen, um interkantonale Verhandlungen voranzutreiben. Dass das Instrument häufig angewendet wird, scheint jedoch wenig wahrscheinlich.

## **6 Ergebnis**

Die Bundesverfassung sieht die Hauptbedeutung der interkantonalen Rechtsetzung in der gemeinsamen Wahrnehmung regionaler Interessen. Trotzdem steht sie gesamtschweizerischen interkantonalen Vereinbarungen nicht entgegen.

Mit der NFA haben sich die Grundlagen und die Herausforderungen in der interkantonalen Rechtsetzung geändert. So können neu auch interkantonale Organe Recht setzen und der Bund kann die Kantone unter gewissen Voraussetzungen zur Zusammenarbeit verpflichten. Insgesamt hat die interkantonale Zusammenarbeit noch mehr an Gewicht gewonnen.

Dies hat verschiedene Konsequenzen: So sind sich Bund und Kantone noch stärker als bisher bewusst geworden, dass eine bessere demokratische Abstützung des Verfahrens zur interkantonalen Rechtsetzung notwendig ist, und hierzu wurden verschiedene Anstrengungen unternommen. Die Arbeit der Kantone ist dabei aber noch nicht beendet: Der Einbezug kanto-

naler Parlamente kann noch weiter verbessert werden und in der Publikation des interkantonalen Rechts wäre die Schaffung einheitlicher Richtlinien sinnvoll.

Auch die Koordination zwischen Bund und Kantonen in der interkantonalen Zusammenarbeit ist wichtiger geworden. Mit der AVE und der Beteiligungspflicht kann der Bund auf Antrag der Kantone weitere Kantone zur Zusammenarbeit verpflichten. Ob und wie diese neuen Instrumente das Verhältnis zwischen Bund und Kantonen verändert werden, hängt stark davon ab, ob sie ebenso wie gesamtschweizerische interkantonale Vereinbarungen von den Kantonen umsichtig verwendet werden, so dass es zu einem sinnvollen Zusammenwirken von Kantonen und Bund in der Rechtsetzung kommt und nicht zu einem lähmenden Machtkampf zwischen den Kantonen und zwischen Bund und Kantonen.

#### Anmerkungen

- 1 Vgl. bspw. zuletzt Waldmann 2005, S. 15 ff., insb. S. 22 ff.
- 2 Vgl. bspw. Mächler 2004, S. 573 ff.
- 3 Vgl. Knapp 2002, Rz. 21 ff.
- 4 BBl 2001 2356.
- 5 Vgl. Lombard 2005, S. 130 ff.
- 6 BBl 2003 7717.
- 7 BBl 2003 7717.
- 8 <http://federalism.unifr.ch/concordat/ge/index.html>, zuletzt eingesehen am 28.2.2006.
- 9 BBl 2003 7717.
- 10 Vgl. Rhinow, 2003, Rz. 814.
- 11 Allerdings kann sie natürlich auch gegen den Willen einzelner Kantone geändert werden, was wiederum bedeutet, dass die Kantone im Fall eines Bundesgesetzes weniger Einfluss und Autonomie besitzen.
- 12 Ausführlich zu den Problemen Rhinow 2005, S. 84 ff.
- 13 BBl 2001 2355.

#### Literatur

- Abderhalden, Ursula, 1999, Möglichkeiten und Grenzen der interkantonalen Zusammenarbeit, Diss., Freiburg.
- Häfelin, Ulrich, 1969, Der kooperative Föderalismus in der Schweiz, *Zeitschrift für schweizerisches Recht (ZSR)*, 88 (1969), II, S. 664.
- Knapp, Blaise, 2002, Artikel 48, in: Ehrenzeller, Bernhard/Mastronardi, Philippe/Schweizer, Rainer J./Vallender, Klaus A. (Hgg.), Die

Schweizerische Bundesverfassung – Kommentar, Zürich/Basel/Genf.

- Lombard, Armand, 2005, La Conclusion d'un accord international – pourquoi et comment conclure un accord intercantonal?, in: Institut de Fédéralisme Fribourg Suisse (Hg.), 1. Nationale Föderalismuskonferenz, Basel, p. 130 ff.
- Mächler, August, 2004, Föderalismus in der Krise: Geleitete Zusammenarbeit als Ausweg? *Zeitschrift für schweizerisches Recht (ZSR)*, 123 (2004) I, S. 573 ff.
- Mader, Luzius, 2005, Erfahrungen und Erwartungen auf dem Gebiet des kooperativen Föderalismus – einige Fragen und Anmerkungen aus der Sicht eines Vertreters des Bundes, in: Institut für Föderalismus, Freiburg i.Ü. (Hg.), 1. Nationale Föderalismuskonferenz, Basel.
- Rhinow, René, 2003, Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrechts, Basel/Genf/München.
- Rhinow, René/Mader, Luzius, 2005, Erfahrungen und Erwartungen auf dem Gebiet des kooperativen Föderalismus – einige Fragen und Anmerkungen aus der Sicht eines Vertreters des Bundes, in: Institut für Föderalismus (Hg.), Nationale Föderalismuskonferenz, Basel.
- Waldmann, Bernhard, 2005, Der kooperative Föderalismus, in: Institut für Föderalismus der Universität Freiburg i.Ü. (Hg.), 1. Nationale Föderalismuskonferenz, Basel.

## **Résumé**

*On constate depuis quelques années un intense développement de la législation intercantonale, tant dans l'activité législative que dans l'étude des fondements théoriques de celle-ci. Ainsi, les bases constitutionnelles de la législation intercantonale et les raisons qui ont conduit à une intensification de la collaboration intercantonale ont fait l'objet ces dernières années d'études plus ou moins approfondies. Le présent article ne s'étend pas sur ces aspects-là, mais s'attache à l'analyse de quelques problèmes actuels tels que le rôle des parlements dans l'activité législative intercantonale, la publication des traités intercantonaux, les traités intercantonaux de portée nationale ainsi que les nouveaux instruments que constituent la déclaration de force obligatoire générale et l'obligation d'adhérer.*