



Institut für Föderalismus  
Institut du Fédéralisme  
Institute of Federalism

## Rechtsprechung zum Schweizerischen Föderalismus (2011–2013)

Analyse im Auftrag der Konferenz der Kantonsregierungen (KdK) im Rahmen des Föderalismus-Monitorings der *ch* Stiftung für eidgenössische Zusammenarbeit

Januar 2014

BERNHARD WALDMANN  
(Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt)

EMANUEL BORTER  
(MLaw, Rechtsanwalt)

Universität Freiburg  
Institut für Föderalismus  
Rte d'Englisberg 7  
CH-1763 Granges-Paccot

Tel. +41 (0) 26 300 81 25  
Fax +41 (0) 26 300 97 24

[www.federalism.ch](http://www.federalism.ch)

INSTITUT FÜR FÖDERALISMUS / INSTITUT DU FÉDÉRALISME



FACULTÉ DE DROIT  
RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT



## I. Einleitung

Gegenstand der nachfolgenden Analyse bildet die Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2011–2013 zum schweizerischen Föderalismus. Eine solche Analyse setzt zunächst Klarheit über das Verständnis des komplexen und vielschichtigen **Begriffs des Föderalismus** voraus<sup>1</sup>. Für den vorliegenden Kontext wird der Föderalismus vereinfacht als Ordnungsprinzip verstanden, nach welchem der schweizerische Bundesstaat organisiert ist<sup>2</sup>. Im Zentrum der Betrachtung stehen dabei die wichtigsten verfassungsrechtlichen Grundsätze und Rahmenbedingungen der föderalistisch-bundesstaatlichen Struktur der Schweizerischen Eidgenossenschaft und deren Anwendung in der Praxis. Dazu gehören insbesondere die Gewährleistung des Bestands, des Gebiets und der verfassungsmässigen Ordnung der Kantone, die Eigenständigkeit und Autonomie der Kantone (und Gemeinden), die auf der Basis des Subsidiaritätsprinzips erfolgende Aufgaben- und Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, die derogatorische Kraft des Bundesrechts und die materiellen Kompetenzschränken für die Kantone aus den Grundrechten und rechtstaatlichen Maximen, die Kooperationsautonomie der Kantone, deren Mitwirkung an der Willensbildung des Bundes sowie die Grundsätze zu den Sprachen (Art. 4, Art. 70 BV) und Religionen (Art. 15, 70 BV).

Dem vorliegenden Bericht liegt eine Analyse der **bundesgerichtlichen Rechtsprechung der Jahre 2011–2013** zu den föderalismusrelevanten Bestimmungen der Bundesverfassung (Art. 1, 3, 5a, 42–53, 135, 189 Abs. 2 BV) zu Grunde. Mit Blick auf die materiellen Kompetenzschränken sowie die Tragweite der kantonalen Autonomie sind zudem die Entscheide zu den Grundrechten (Art. 7–34 BV) und den rechtsstaatlichen Grundsätzen (Art. 5 BV) untersucht worden. Ebenfalls Eingang fand die Rechtsprechung zu weiteren «potenziell» föderalismusrelevanten Bestimmungen, namentlich zu Art. 190 BV (Massgeblichkeit der Bundesgesetze und des Völkerrechts), Art. 120 BGG (Klage an das Bundesgericht), Art. 86 Abs. 3 BGG (Vorinstanzen des Bundesgerichts bei vorwiegend politischen Entscheiden) und Art. 6 ZGB (öffentliches Recht der Kantone und Bundeszivilrecht). Eine abschliessende Recherche nach ausgewählten Stichworten<sup>3</sup> vervollständigte die Suche. Hinsichtlich der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesstrafgerichts hat die Analyse keine besonders nennenswerten Entscheide zum Föderalismus hervorgebracht. Die kantonale Rechtsprechung wurde nicht untersucht.

Im Folgenden werden zunächst die wichtigsten Ergebnisse der Analyse zusammengefasst und einige ausgewählte Leitentscheide dargestellt (II.). Danach folgt eine allgemeine Würdigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung mit Blick auf allfällige Trends und einen entsprechenden Handlungsbedarf für die Kantone (III.).

---

<sup>1</sup> In diesem Sinne auch schon HEINZ AEMISEGGER/ANDRÉ JOMINI, Der Föderalismus in der Rechtsprechung des Bundesgerichts, in: Institut für Föderalismus (Hrsg.), 1. Nationale Föderalismuskonferenz, Freiburg 2005, S. 173 ff.

<sup>2</sup> AEMISEGGER/JOMINI (Fn. 1), S. 173 f.; vgl. auch BERNHARD WALDMANN, Föderalismus unter Druck, Eine Skizze von Problemfeldern und Herausforderungen für den Föderalismus in der Schweiz, in: Peters Dreiblatt, Föderalismus/Grundrechte/Verwaltung, Festschrift für Peter Hänni zum 60. Geburtstag, Bern 2010, S. 4.

<sup>3</sup> Föderalismus/föederal, kantonale Autonomie, Finanzautonomie, Organisationsautonomie, interkantonal, Konkordat, Bundesstaat.

## II. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung in der Übersicht

### A. Allgemeines

Die Mehrzahl der bundesgerichtlichen Urteile betrifft den **Vorrang und die derogatorische Kraft des Bundesrechts (Art. 49 Abs. 1 BV)**. Darin hat das Bundesgericht für verschiedene Bereiche den abschliessenden Charakter der bundesrechtlichen Regelung festgehalten, so etwa mit Bezug auf die Nationalratswahlen<sup>4</sup>, die Zwangsvollstreckung (auch für öffentlichrechtliche Geldforderungen)<sup>5</sup>, das Instrumentarium zum Schutz der Seeufer<sup>6</sup>, den Rechtsmittelweg gegenüber kantonalen Spitalistenbeschlüssen<sup>7</sup>, die Bewilligungspflicht nach Arbeitsgesetz für die Plangenehmigung und Betriebsbewilligung für industrielle und nichtindustrielle Betriebe<sup>8</sup>, die Kostenregelung im Beschwerdeverfahren über Streitigkeiten um die Bewilligung oder die Verweigerung von IV-Leistungen (Art. 69 Abs. 1<sup>bis</sup> IVG)<sup>9</sup>, die Festlegung der Elektrizitätstarife (mit Ausnahme der Abgaben und Leistungen an das Gemeinwesen)<sup>10</sup> und die Verpflichtung zur Vergütung von dezentral erzeugter Energie durch Elektrizitätsverteilwerke<sup>11</sup> oder die Vorschriften des Landwirtschaftsrechts und Betäubungsmittelrechts zum Anbau und Handel mit Hanf<sup>12</sup>. Obwohl der Zivilprozess sowie der Strafprozess seit dem 1. Januar 2011 bundesrechtlich geregelt sind, bleiben in nicht wenigen Bereichen weiterhin kantonale Regelungen möglich. Die bisherige bundesgerichtliche Rechtsprechung gibt einen – freilich punktuellen – Aufschluss über Möglichkeiten<sup>13</sup> und Grenzen<sup>14</sup> kantonalen Regelungen in diesem Bereich. Besondere Erwähnung verdient an dieser Stelle die Feststellung des Bundesgerichts, dass zwingendes Privatrecht grundsätzlich nur bedeute, dass die betreffende Regelung der Parteidisposition entzogen sei, nicht aber, dass hinsichtlich des betreffenden Lebenssachverhalts kein Raum für kantonales Recht bestehe<sup>15</sup>.

Föderalismusrelevant sind des Weiteren die zahlreichen Urteile zu den **Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen**. So bietet das Legalitätsprinzip den Kantonen einen Schutz, unversehens mit zusätzlichen Aufgaben belastet zu werden<sup>16</sup>. Im Übrigen sind die Grundrechte und Grundsätze von den Kantonen auch innerhalb ihrer Zuständigkeitsbereiche zu beachten und wirken damit als «materielle Kompetenzbeschränkungen»<sup>17</sup>. Besonders zu erwähnen sind an dieser Stelle die Urteile zur

<sup>4</sup> BGE 138 II 5.

<sup>5</sup> BGer, 5A\_119/2013 vom 16.4.2013 (so bereits in BGE 115 III 1). Vgl. auch BGE 139 III 195 hinsichtlich der Gerichtsgebühren in einer Arrestsache.

<sup>6</sup> BGE 139 II 470.

<sup>7</sup> BGer, 2C\_399/2012 vom 8.6.2012.

<sup>8</sup> BGer, 2C\_922/2011 vom 29.5.2012.

<sup>9</sup> BGE 137 V 57.

<sup>10</sup> BGE 138 I 468.

<sup>11</sup> BGE 138 I 454.

<sup>12</sup> BGE 138 I 435. Vgl. hierzu unten Abschnitt B.

<sup>13</sup> Vgl. etwa BGE 137 III 185 (Honorar unentgeltlicher Rechtsbeistand); BGer, 4A\_2/2013 vom 12.6.2013 (Ausgestaltung Anwaltshonorar); 139 III 182 (Befreiung Gerichtskosten und Parteientschädigung im Zivilprozess); BGE 138 III 471 und BGer, 4A\_239/2013 vom 9.9.2013 (sachliche Zuständigkeit für einfache passive Streitgenossenschaften); BGE 137 IV 269 (Ermächtigung Strafverfolgung Beamte).

<sup>14</sup> Vgl. etwa BGer, 4C\_1/2013 vom 25.6.2013 (abschliessende Bundesregelung über Fragen des Erscheinens und der Säumnis bei Schlichtungsverhandlungen); BGE 139 III 38 (summarisches Verfahren Mietausweisung); BGer, 5A\_28/2013 vom 15.4.2013 (Spruchgebühr in Summarsachen SchKG); BGer, 1B\_96/2013 vom 20.8.2013 (strafprozessuale Zeugnispflicht); BGE 137 III 217 Instanzenzug im Kernbereich des Zivilprozessrechts).

<sup>15</sup> BGE 138 I 331 E. 8.4.4 (Lockerungen des Sozialhilfegeheimnisses nach kantonalem Recht).

<sup>16</sup> BGE 138 IV 40 E. 2.2.4 («föderalistisches Legalitätsprinzip zum Schutz der Kantone»).

<sup>17</sup> Vgl. z.B. BGE 138 I 217 (Beachtung des Diskriminierungsverbots bei der Bezeichnung von amtlichen Verteidigern).

Beachtung der Wahlrechtsgleichheit (Art. 8 i.V.m. Art. 34 BV) bei der Ausgestaltung von Proporzwahlen<sup>18</sup> oder das Urteil betreffend den Zuger Kantonsratsbeschluss über die Nichtweiterführung der Kommission für Gleichstellung von Frau und Mann<sup>19</sup> (hier unten Abschnitt B).

Die **weiteren föderalismusrelevanten Bestimmungen** der BV haben in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kaum einschlägige Spuren hinterlassen. Dies lässt sich dahingehend begründen, dass die Rechtsprechung den bundesstaatlichen Regeln des Zusammenlebens bis anhin in der Tendenz eher einen (verfassungs-)politischen denn einen justiziablen Gehalt beigemessen hat<sup>20</sup>. Die Bestimmungen werden vom Bundesgericht zumeist nur als Hilfskriterium herangezogen. Demgegenüber beruft sich das Bundesgericht teils auf die föderalistische Grundordnung, ohne explizit auf diese verfassungsrechtlichen Bestimmungen Bezug zu nehmen<sup>21</sup>.

## B. Ausgewählte Leitentscheide

Im Urteil **BGE 138 I 435** hob das Bundesgericht das 2010 geschaffene «**Westschweizer Hanfkonkordat**»<sup>22</sup> wegen Verletzung der derogatorischen Kraft des Bundesrechts auf. Neben der Festhaltung der abschliessenden Bundesregelung im Landwirtschafts- und Betäubungsmittelrecht zum Hanfanbau befasste sich das Bundesgericht mit bis anhin kaum geklärten Fragen zur Anfechtbarkeit von rechtsetzenden Konkordaten. Demnach ist es möglich, vor Bundesgericht eine interkantonale Vereinbarung rechtsetzender Natur anzufechten, und das Bundesgericht ist befugt, ein Konkordat aufzuheben. Zwar lässt das Bundesrecht ebenfalls (vorangehende) kantonale Rechtsmittelverfahren zu. Eine abstrakte Normenkontrolle ist aber nur vor Bundesgericht möglich. Bei einer kantonalen Rechtschutzinstanz kann einzig der kantonale Beitrittsakt, nicht jedoch das Konkordat als solches angefochten werden. Die kantonale Instanz kann das Konkordat vorfrageweise auch auf seine Rechtmässigkeit mit dem übergeordneten Recht überprüfen. Zu beachten ist jedoch, dass sich – wenn beide Verfahren angehoben werden – heikle Fragen der Verfahrenskoordination stellen. Weiterhin ungeklärt sind Fragen im Zusammenhang mit der Beschwerdelegitimation, dem Lauf der Beschwerdefrist oder dem Verhältnis zum Einspracheverfahren nach Art. 186 Abs. 3 i.V.m. Art. 172 Abs. 3 BV. Aufgrund der Komplexität der sich stellenden Fragen sowie der Schwierigkeiten bei der Verfahrenskoor-

<sup>18</sup> BGE 139 I 195 (Kanton Zug[hierzu unten Abschnitt B]); ferner BGer, 1C\_407/2011 vom 19.3.2012 (Kanton Schwyz).

<sup>19</sup> BGE 137 I 305. Vgl. hierzu unten Abschnitt B.

<sup>20</sup> Vgl. etwa BGE 138 I 378 E. 8.4: «Insgesamt ist das **Subsidiaritätsprinzip** im genannten Sinne eher ein wirtschaftspolitisches Leitbild als eine justiziable Rechtsregel. Auch der am 28. November 2004 aufgenommene neue Art. 5a BV (...) ist kaum mehr als eine staatspolitische Maxime». Die **Bundestreue** wird kurz erwähnt in BGE 138 I 435 und 139 I 195 sowie im Entscheid des BGer 1C\_348/2011 vom 15.3.2012 («quoi qu'il en soit, il est douteux que les recourants puissent, dans ce contexte, déduire un droit directement applicable de cette disposition»).

<sup>21</sup> Vgl. etwa BGer, 2C\_333/2012 vom 5.11.2012 betreffend Restfinanzierung der Pflegekosten in der Krankenversicherung: «Mangels einer bundesrechtskonformen bisherigen und einer bundesrechtlichen neuen Regelung hat daher der Regierungsrat mit Recht eine kantonale Regelung erlassen. Dass dies zur Folge haben kann, dass die baselstädtische Regelung anders ist als die in anderen Kantonen angewendete, ist die logische Folge des Föderalismus und der kantonalen Zuständigkeit (...); dies verstösst grundsätzlich weder gegen die Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV) noch gegen die derogatorische Kraft des Bundesrechts (Art. 49 BV). Ein Kanton kann nicht eine für die ganze Schweiz geltende Regelung erlassen, auch wenn eine solche als wünschbar erscheinen mag. Umgekehrt kann dem Regierungsrat auch nicht vorgeworfen werden, die Entstehung einer gesamtschweizerischen Regelung nicht abgewartet zu haben, da irgendeine Lösung festgelegt werden muss. Die angefochtene Bestimmung präjudiziert auch nicht den Inhalt der angestrebten gesamtschweizerischen Regelung; wenn eine solche zustande kommt, kann sie die jetzt angefochtene kantonale ersetzen.»

<sup>22</sup> Concordat latin sur la culture et le commerce du chanvre.

dination könnte es ratsam (und im Interesse der Kantone) sein, dass sich der Bundesgesetzgeber der Materie annimmt<sup>23</sup>.

Im Zusammenhang mit der **Ausgestaltung der Proporzwahlssysteme** in den Kantonen hat das Bundesgericht seine Praxis im Urteil **BGE 139 I 195** bestätigt und um eine neue Komponente ergänzt. Es liess eine Stimmrechtsbeschwerde gegen eine behördliche Abstimmungsvorlage zu, nach welcher ein zuvor als bundesverfassungswidrig beurteiltes Wahlverfahren beibehalten werden sollte. Konkret wurde eine zugerische Abstimmungsvorlage des Kantonsrats für unzulässig erklärt, weil sie darauf ausgerichtet war, die Einführung eines bundesverfassungskonformen Proporzwahlverfahrens zu verhindern. Bereits in einem früheren Entscheid hatte das Bundesgericht die zugerische Regelung zum Proporzwahlverfahren für verfassungswidrig erklärt (BGE 136 I 376). Nun beabsichtigte der Kantonsrat, dem Stimmvolk eine Variante zur Abstimmung vorzulegen, welche an der bisherigen Regelung angeknüpft hätte und deren Rechtswidrigkeit folglich offensichtlich war. Indem das Bundesgericht (erstmalig) die Stimmrechtsbeschwerde gegen eine behördliche Vorlage zugelassen hat, nahm es eine wichtige Funktion in der Bundesaufsicht über die Befolgung seiner eigenen Urteile wahr. Zudem konnte dadurch bei Vorlagen auf Änderung der Kantonsverfassung vermieden werden, dass der Bundesversammlung kantonale Verfassungsbestimmungen zur Gewährleistung im Sinne von Art. 51 Abs. 2 BV vorgelegt werden, die klar bundesrechtswidrig sind.

In **BGE 137 I 305** hatte sich das Bundesgericht mit der Nichtfortführung der (zeitlich befristeten) **Kommission für Gleichstellung von Frau und Mann** im Kanton Zug zu befassen. Das höchste Gericht hielt fest, dass die Kantone zwar im Hinblick auf die tatsächliche Gleichstellung von Frau und Mann tätig sein müssen, dass es aber nicht von vornherein ausgeschlossen ist, den Gleichstellungsauftrag auch ohne die Schaffung spezieller Stellen wirksam durchzuführen. Damit besteht zwar keine Pflicht zur Wiederherstellung oder Schaffung einer Gleichstellungskommission oder -fachstelle. Bei deren Fehlen sind aber Ersatzmassnahmen vorzusehen. Es ist zu bestimmen, von wem, wie und mit welchen Mitteln der Gleichstellungsauftrag im Kanton umgesetzt werden soll.

Im Zusammenhang mit den Leiturteilen zur neuen verfassungsrechtlichen Zweitwohnungsbeschränkung (Art. 75b BV) ist auf das Urteil **BGE 139 II 271** hinzuweisen, in welchem das Bundesgericht zum Schluss kam, dass die Plafonierung des Zweitwohnungsbaus eine Bundesaufgabe darstellt, die der Schonung der Natur und des heimatlichen Landschaftsbildes dient. Damit unterstehen Baubewilligungen über Zweitwohnungen künftig dem Verbandsbeschwerderecht nach Art. 12 NHG.

### III. Würdigung

Die Herausarbeitung von Entwicklungstendenzen (Trends) in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur föderalistisch-bundesstaatlichen Staatsorganisation bedürfte einer Betrachtung über einen längeren Zeithorizont. Eine Beobachtungsperiode von lediglich drei Jahren ermöglicht diesbezüglich nur vage und zufällige Erkenntnisse. Es handelt sich in der Mehrzahl der analysierten Urteile um Einzelfallentscheide, die nicht leichthin einen Schluss auf Tendenzen oder gar Regelmässigkeiten zulassen. Vor diesem Hintergrund erschöpft sich die nachfolgende Würdigung in einer grundsätzlichen Feststellung (1.) sowie in zwei punktuellen Anmerkungen (2./3.).

<sup>23</sup> Zum Ganzen GIOVANNI BIAGGINI, Urteilsanmerkungen, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBl) 114/2013, S. 404–408.

1. Die vorliegende Untersuchung hat gezeigt, dass die meisten bundesgerichtlichen Urteile zum Föderalismus Fälle strittiger Kompetenzabgrenzungen zwischen Bund und Kantonen betreffen. Das Bundesgericht wird dabei in der Regel im Zusammenhang mit Individualbeschwerden mit solchen Fragen befasst. Demgegenüber spielt die Klage nach Art. 120 BGG kaum eine Rolle. Es scheint, dass Kompetenzkonflikte zwischen Bund und Kantonen, aber auch andere Streitigkeiten zwischen Bund und Kantonen und den Kantonen untereinander immer noch **schwerwichtig auf politischem und nicht auf rechtlichem Weg** bereinigt werden. Diese Art der Konfliktbereinigung dürfte hauptsächlich mit der langjährigen politischen Kultur zusammenhängen. Von Bedeutung ist aber sicherlich auch, dass viele der föderalen Grundsätze über keine (wie z.B. das Subsidiaritätsprinzip [Art. 5a BV] oder die Grundsätze in Art. 43a BV) oder nur über wenig (wie z.B. die bundesstaatliche Treuepflicht [Art. 44 BV]) **normative Substanz** verfügen. Dazu kommen die gegenüber Bundesgesetzen (und teilweise auch gegenüber Bundesratsverordnungen) **beschränkte Verfassungsgerichtsbarkeit** des Bundesgerichts (Art. 190 BV) sowie die **Nichtanfechtbarkeit von Akten der Bundesversammlung und des Bundesrates** (Art. 189 Abs. 4 BV). Immerhin stünde den Kantonen auch gegenüber solchen Akten die Möglichkeit der Einreichung einer Klage nach Art. 120 BGG offen, zumal das Klageverfahren kein Anfechtungsobjekt voraussetzt. Solche Klageverfahren könnten namentlich im Hinblick auf die Durchsetzung der Mitwirkungsrechte der Kantone (insbesondere in der Aussenpolitik des Bundes) durchaus von Nutzen sein. Dies ändert freilich nichts daran, dass der gerichtliche Rechtsschutz der Autonomie der Kantone immer noch relativ schwach ausgebaut ist<sup>24</sup>. Der Föderalismus lässt sich in seiner Substanz nur erhalten, wenn die Einhaltung der bundesstaatlich-föderalistischen Grundsätze auch gerichtlich überprüfbar ist.
2. Wie der Entscheid zum Westschweizer Hanfkonkordat (BGE 138 I 435) zeigt, ist im Bereich der **rechtsetzenden Konkordate** eine Vielzahl von Fragen prozessualer Natur noch ungeklärt. Die (bundesgerichtliche) Rechtsprechung wird sich in Zukunft vermehrt dieser offenen Fragen annehmen (müssen), solange der Bundesgesetzgeber die Verfahrensbestimmungen für die Beschwerde gegen solche Konkordate im Bundesgerichtsgesetz (BGG) nicht spezifiziert.
3. Als rechtsstaatlich und auch bundesstaatlich problematisch erscheint schliesslich die vom Bundesgericht bereits vor Jahren eingeleitete und nun im Zusammenhang mit der Zweitwohnungsbeschränkung (Art. 75b BV) fortgesetzte Ausweitung des für die Anwendung des Beschwerderechts von Natur- und Heimatschutzorganisationen (Art. 12 NHG) massgebenden Tatbestands des Vorliegens einer **Bundesaufgabe**<sup>25</sup>. Im Unterschied zum Beschwerderecht Privater, das sich auch über eine richterliche Konkretisierung der Rechtsschutzgarantien fortentwickeln lässt, handelt es sich beim Verbandsbeschwerderecht um ein Institut, das einer klaren gesetzlichen Regelung bedarf. Mit der ständigen Erweiterung des schillernden Begriffs der Bundesaufgabe bewegt sich das Bundesgericht aber zusehends auf einem rechtsstaatlich instabilen Terrain. Es läge am Bundesgesetzgeber, den Geltungsbereich des Verbandsbeschwerderechts gerade auch gegenüber kantonalen Entscheiden präziser zu umschreiben<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Vgl. hierzu grundlegend PATRICIA EGLI, Der Schutz der Autonomie der Kantone: Rechtsvergleichende Aspekte, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR) 2011 I, S. 365–385.

<sup>25</sup> BGE 139 II 271.

<sup>26</sup> Vgl. im Einzelnen BERNHARD WALDMANN, Das Bundesgericht hat gesprochen – erste Leiturteile zur Zweitwohnungsinitiative, in: Baurecht 2013, S. 231 ff., 238 f.; a.M. ARNOLD MARTI, Anmerkungen, in: Umweltrecht in der Praxis (URP) 2013, S. 555 ff., 559 f.



Institut für Föderalismus  
Institut du Fédéralisme  
Institute of Federalism

## **Rechtsprechung zum Schweizerischen Föderalismus (2011–2013)**

### **ANHANG: Wegleitende Entscheide des Bundesgerichts**

Universität Freiburg  
Institut für Föderalismus  
Rte d'Englisberg 7  
CH-1763 Granges-Paccot

Tel. +41 (0) 26 300 81 25  
Fax +41 (0) 26 300 97 24

[www.federalism.ch](http://www.federalism.ch)

INSTITUT FÜR FÖDERALISMUS / INSTITUT DU FÉDÉRALISME



FACULTÉ DE DROIT  
RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT

## 1. Bundesrechtlich abschliessend geregelte Bereiche

- Regelungen in einem Konkordat zur Vorbeugung von Verletzungen des Bundesrechts im Bereich der Betäubungsmittel und des Landwirtschaftsrechts, die dieselben Ziele verfolgen wie diejenigen der Bundesgesetzgebung, verletzen den Grundsatz des Vorrangs des Bundesrechts<sup>1</sup>.
- Die im Raumplanungsgesetz (RPG) verankerte Planungspflicht der Kantone erstreckt sich auf ihr gesamtes Territorium und schliesst damit auch das im Privateigentum stehende Konzessionsland ein. Die Mittel der Raumplanung sowie des Natur- und Heimatschutzes erlauben, den Seeuferschutz in umfassender Weise wahrzunehmen. Soweit verbindliche Normen und nutzungsplanerische Festlegungen bestehen, welche die Nutzung des Seeuferbereichs regeln und dabei auch das Konzessionsland einschliessen, sind die zuständigen Behörden beim Entscheid über die Baukonzessionen daran gebunden. Ihr Ermessen wird in diesem Umfang eingeschränkt. Die Rechtslage hat sich in dieser Hinsicht seit BGE 102 Ia 122 grundlegend geändert<sup>2</sup>.
- Die Bundesgesetzgebung ordnet die Wahl des Nationalrats im Proporzverfahren in erschöpfender Weise, insbesondere ist die Frage, ob und wann eine Nachzählung vorzunehmen ist, in Art. 11 VPR (Verordnung über die politischen Rechte) geregelt<sup>3</sup>.
- Mit der neuen Stromversorgungsgesetzgebung ist die Festlegung der Elektrizitätstarife mit Ausnahme der Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen abschliessend bundesrechtlich geregelt<sup>4</sup>.
- Eine kantonale Bestimmung, die Elektrizitätsverteilwerke zur Vergütung von dezentral erzeugter Energie verpflichtet, verstösst gegen bundesrechtliche Vorgaben. Die am 1.1.2009 in Kraft getretenen Art. 7 und 7a EnG weisen abschliessenden Charakter auf<sup>5</sup>.
- Nach dem massgebenden Bundesrecht bzw. Art. 48 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG kann das Obergericht in einer Arrestsache eine Gerichtsgebühr erheben, die höchstens das Anderthalbfache der für die Erstinstanz zulässigen Gebühr beträgt. Kantonales Recht, welches höhere Gebühren vorsieht, ist mit dem Vorrang des Bundesrechts nicht vereinbar<sup>6</sup>.
- Das Arbeitsgesetz lässt es nicht zu, dass in öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen nach kantonalem Recht Überzeit nicht direkt entschädigt, dafür aber ein zusätzlicher (Leistungs-)Lohnanspruch gewährt wird<sup>7</sup>.
- Bei einer Rückweisung zu ergänzenden Abklärungen, die von Bundesrechts wegen als vollständiges Obsiegen gilt, bleibt auch unter der Geltung von Art. 69 Abs. 1<sup>bis</sup> IVG kein Raum für eine kantonale Regelung zur teilweisen Kostenauflegung an die obsiegende Partei<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> BGE 138 I 435.

<sup>2</sup> BGE 139 II 470.

<sup>3</sup> BGE 138 II 5.

<sup>4</sup> BGE 138 I 468.

<sup>5</sup> BGE 138 I 454.

<sup>6</sup> BGE 139 III 195.

<sup>7</sup> BGE 138 I 356.

- Das SchKG regelt die Zwangsvollstreckung auch für öffentlich-rechtliche Geldforderungen abschliessend. Die Kantone dürfen daher dem Betreibungsamt in Bezug auf die in Betreuung gesetzte Forderung keine Prüfungspflichten auferlegen, die im Bundesrecht nicht vorgesehen sind<sup>9</sup>.
- Art. 53 KVG i.V.m. Art. 83 lit. r BGG hat den Rechtsmittelweg gegenüber kantonalen Spitalistenbeschlüssen abschliessend geregelt. Eine kantonale Regelung, die gegen Entscheide über die Spitalliste parallel zur bundesrechtlich vorgesehenen Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht eine Rechtsmittelmöglichkeit an ein kantonales Gericht vorsähe, wäre somit bundesrechtswidrig<sup>10</sup>.
- Der Bundesgesetzgeber hat die Bewilligungspflicht bei der Plangenehmigung und Betriebsbewilligung für industrielle (Art. 7) und nichtindustrielle (Art. 8) Betriebe im Arbeitsgesetz abschliessend geregelt. Eine weitergehende kantonale Bewilligungspflicht verstösst gegen den Grundsatz des Vorrangs des Bundesrechts<sup>11</sup>.

## 2. Entscheide zugunsten kantonomer Autonomie

- Die Beschwerde in Zivilsachen steht offen gegen Entscheide, die in Anwendung von kantonalem öffentlichem Recht über die Verantwortlichkeit für rechtswidrige Handlungen von in öffentlichen Spitälern angestellten Ärzten ergangen sind. In diesen Fällen hat das kantonale Recht ein Rechtsmittel an ein oberes Gericht zuzulassen. Die Kantone bleiben jedoch frei in der Bestimmung der ersten Instanz<sup>12</sup>.
- Das Bundesrecht verlangt von den Kantonen nicht, dass sie ein Gericht im formellen Sinne als Beschwerdeinstanz gegenüber Entscheiden der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde einsetzen<sup>13</sup>.
- Aufgrund der föderalistischen Grundordnung der Schweiz ist die Organisation der kantonalen Gerichtsbehörden unterschiedlich geregelt. Die Kantone sind nicht verpflichtet, ein einheitliches oberes Gericht für sämtliche öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zu schaffen und müssen daher auch keine einheitliche Besoldung vorsehen<sup>14</sup>.
- Die in Art. 62d Abs. 1 StGB vorgesehene jährliche Prüfung der Entlassung und der Aufhebung einer stationären therapeutischen Massnahme muss von einer gerichtlichen Behörde vorgenommen werden. Die erstinstanzliche Zuständigkeit einer Verwaltungsbehörde ist zulässig, sofern ein Rechtsmittel mit voller Kognition an ein Gericht offensteht und der Anspruch auf gerichtliche Überprüfung auf diese Weise garantiert ist<sup>15</sup>.

---

<sup>8</sup> BGE 137 V 57.

<sup>9</sup> BGer 5A\_119/2013 vom 16.4.2013.

<sup>10</sup> BGer 2C\_399/2012 vom 8.6.2012.

<sup>11</sup> BGer 2C\_922/2011 vom 29.5.2012.

<sup>12</sup> BGE 139 III 252.

<sup>13</sup> BGE 139 III 98.

<sup>14</sup> BGE 138 I 321.

<sup>15</sup> BGE 139 I 51.

- Das Bundesgericht führte im Entscheid BGE 138 IV 40 aus, dass im Rahmen von Art. 65 Strafbehördenorganisationsgesetz die kantonalen Zwangsmassnahmengerichte vom Bund übertragene Aufgaben wahrnehmen. Mit Blick auf das föderalistische Legalitätsprinzip (Art. 164 Abs. 1 i.V.m Art. 46 BV) gehe es jedoch nicht an, Art. 65 entgegen dem Wortlaut auf die Oberzolldirektion anzuwenden. Die Zuständigkeit der Zwangsmassnahmengerichte der Kantone Bern oder Tessin zum Entscheid über das strittige Entsigelungsgesuch gestützt auf Art. 65 StBOG war daher zu verneinen.
- Gemäss Art. 86 Abs. 3 BGG können die Kantone für Entscheide mit vorwiegend politischem Charakter anstelle eines Gerichts eine andere Behörde als unmittelbare Vorinstanz des Bundesgerichts einsetzen. Aufgrund der fehlenden Justiziabilität kommt den Kantonen bei politischen Entscheiden i.d.R. grössere Autonomie zu. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Frage, was unter einer vernünftigen Schulplanung (Abänderung von Schulkreisen) zu verstehen ist, als politisch einzustufen<sup>16</sup>.
- Die Kantone sind befugt, im Gesundheitsbereich, einschliesslich der Aufsicht und Leitung der Spitäler, eigene Regelungen zu erlassen. Hierzu gehören auch Pauschaltarifierungen gemäss Art. 25a KVG<sup>17</sup>;
- Gestützt auf die *Organisationsautonomie* (Art. 47 Abs. 2 BV) sind die Kantone grundsätzlich kompetent, die Anforderungen an gerichtliche Gutachter festzusetzen. Es liegt kein qualifiziertes Schweigen des Bundesgesetzgebers vor<sup>18</sup>.
- Im Entscheid 138 I 378 führte das Bundesgericht aus, dass die Ausdehnung des Tätigkeitsgebietes der Glarnersach von der Gebäudeversicherung zu weiteren Sachversicherungen dem Willen des Gesetzgebers des Kantons Glarus entspreche, was ein genügendes öffentliches Interesse darstelle, zumal dieses jedenfalls nicht rein fiskalischer Natur sei.
- Die meisten Kantone mit monistischem System haben der Grundstückgewinnbesteuerung aufgrund der Rechtsprechung des Bundesgerichts in ihren Steuergesetzen die Verrechnung von Grundstückgewinnen mit Geschäftsverlusten eingeführt. Diese Rechtsprechung bezieht sich aber nur auf die Besteuerung im interkantonalen Verhältnis. Es kann daraus nicht abgeleitet werden, dass die Verlustverrechnung im monistischen System von Bundesrechts wegen zugelassen werden muss<sup>19</sup>.
- Wie die Koordination zwischen dem Verfahren des bäuerlichen Bodenrechts mit dem Waldfeststellungsverfahren im Einzelnen auszugestalten ist, obliegt grundsätzlich den Kantonen<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> BGer 2C\_85/2011 vom 16.7.2012. Nicht als politisch i.S.v. Art. 86 Abs. 3 BGG gelten demgegenüber die jährlichen Finanzausgleichsleistungen zwischen den Kantonen (BGer 2C\_761/2012 vom 12.4.2013; 2C\_739/2013 vom 1.9.2013). Ebenfalls verneint wurde der überwiegend politische Charakter bei der Wahl der Mitglieder der Verwaltungskommission der Sozialversicherungsanstalt des Kantons St. Gallen (BGer 8C\_353/2013 vom 28.8.2013).

<sup>17</sup> BGer 2C\_728/2011 vom 23.12.2011.

<sup>18</sup> BGer 2C\_121/2011 vom 9.8.2011.

<sup>19</sup> BGer 2C\_747/2010 vom 7.10.2011.

<sup>20</sup> BGE 137 II 182.

- Die in Art. 13 Abs. 1 DSG und Art. 328*b* OR vorbehaltene gesetzliche Grundlage kann auch eine solche des kantonalen öffentlichen Rechts sein. Die Kantone sind kompetent, zu regeln, welche Daten Arbeitgeber über ihre Angestellten bearbeiten und inwiefern sie diese Daten weitergeben dürfen<sup>21</sup>.
- Im Entscheid 1C\_78/2012 vom 10.10.2012 führte das Bundesgericht aus, dass im föderalistischen System der Schweiz die Kantone i.d.R. mit dem Vollzug des Bundesrechts betraut sind. Näher zu prüfen war, welche Folgen dies für die Gebührenpflicht hatte. Im Ergebnis stellte das Bundesgericht fest, dass der Kanton berechtigt sei, Aufwendungen, die ihm für die Abgabe einer Stellungnahme im Rahmen eines Plangenehmigungsverfahrens für elektrische Anlagen entstehen, dem ESTI im Sinne der Erwägungen zur Weiterverrechnung an den Gesuchsteller in der Plangenehmigungsverfügung in Rechnung zu stellen.
- Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in BGE 138 I 265 ist eine bernische Bestimmung in der Sozialhilfeverordnung, wonach eine Pflicht zur Bekanntgabe des steuerbaren Einkommens und Vermögens an die SPITEX-Organisation besteht, mit dem Bundesrecht vereinbar.
- Das Lotteriegesetz schliesst es nicht aus, dass die Kantone den Kreis der Veranstalter begrenzen oder Lotterien ganz untersagen<sup>22</sup>.
- Aus den Förderungszielen des Universitätsgesetzes und den relevanten Konkordaten lässt sich keine Pflicht herleiten, wonach die angeführten Hochschulen ihre Studiengänge und Prüfungsmodalitäten untereinander identisch auszurichten hätten<sup>23</sup>.
- Im Bereich der Sonderschulung kommt den Kantonen ein erheblicher Gestaltungsspielraum zu. Die bundesrechtlichen Minimalanforderungen verlangen nur ein angemessenes, erfahrungsgemäss ausreichendes Bildungsangebot an öffentlichen Schulen, nicht aber die optimale bzw. geeignetste Schulung eines Kindes. Im vorliegenden Fall konnte die Vorinstanz willkürfrei zum Schluss gelangen, dass die integrierte Sonderschulung in der Regelschule mittels der Behinderung angepassten Massnahmen (Logopädie usw.) mindestens gleichwertig ist, wie eine separierte Sonderschulung in einer externen Institution<sup>24</sup>.
- Die Normen des Tessiner Schulgesetzes, die den Gebrauch der italienischen Sprache in den öffentlichen und, unter gewissen Bedingungen, auch in den privaten Schulen als obligatorisch erklären, stellen zugleich eine Massnahme zur Erhaltung der Identität der italienischsprachigen Schweiz dar. An diesen Normen besteht daher ein erhebliches öffentliches Interesse<sup>25</sup>.
- Die Kantone sind gestützt auf Art. 335 Abs. 1 StGB befugt, das «Nacktwandern» im öffentlichen Raum unter Strafe zu stellen<sup>26</sup>.

---

<sup>21</sup> BGE 138 I 331.

<sup>22</sup> BGer 2C\_859/2010 vom 17.1.2012.

<sup>23</sup> BGer 2D\_6/2013 vom 19.6.2013.

<sup>24</sup> BGE 138 I 162.

<sup>25</sup> BGE 138 I 123.

<sup>26</sup> BGE 138 IV 13.

- Gemäss BGE 138 I 232 ist es nicht willkürlich, zu erwägen, das kantonale öffentliche Personalrecht könne von den Minimalgarantien des OR auf dem Gebiet des Arbeitsvertrags abweichen.
- Den Kantonen wird in der Gesundheitsplanung<sup>27</sup> und in der Spitalplanung<sup>28</sup> ein erheblicher Ermessensspielraum gewährt.
- Es liegt in der Kompetenz der Kantone zu bestimmen, unter welchen Voraussetzungen und von wem eine Rückerstattung solcher öffentlich-rechtlicher Fürsorgeleistungen geschuldet ist und in welchem Verfahren sie rechtsverbindlich festgesetzt wird<sup>29</sup>.
- Die Verpflichtung, den behördlich festgelegten Mietzins im Mietvertrag aufzuführen, verstösst nicht gegen den Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts<sup>30</sup>.
- Es spielt unter dem Gesichtswinkel der Glaubens- und Gewissensfreiheit und mit Blick auf den Grundsatz der Allgemeinheit der Steuer keine Rolle, ob der Staat aus den allgemeinen Mitteln die Pfarrer selber besoldet (Kanton Bern) oder er den anerkannten Kirchen entsprechende Beiträge ausrichtet und diese daraus die Löhne ihrer Geistlichen bezahlen<sup>31</sup>.

### 3. Entscheide zuungunsten kantonomer Autonomie

- Gemäss Entscheid 139 I 195 betr. des Zuger Proporzwahlverfahrens ist es nicht Sache des Bundesgerichts, anstelle der zuständigen kantonalen Organe festzulegen, nach welchem Wahlverfahren die Sitze im Kantonsrat zu verteilen sind. Im vorliegenden Fall beschränkte jedoch das Bundesgericht die kantonale Organisationsautonomie, da die zugerische Regelung offensichtlich verfassungswidrig war<sup>32</sup>.
- Der bundeszivilrechtlich gewährte Schutz vor Immissionen behält seine Bedeutung als Mindestgarantie, wenn sich die kantonalen Bestimmungen des öffentlichen Baurechts als unzulänglich für einen angemessenen Schutz des Nachbarn erweisen<sup>33</sup>.
- Eine auf der Parteizugehörigkeit basierende Wahl amtlicher Verteidiger verletzt das Diskriminierungsverbot<sup>34</sup>.
- Der Kanton Zug ist gemäss BGE 137 I 305 zwar nicht zur Wiederherstellung bzw. Schaffung einer Gleichstellungskommission oder –fachstelle verpflichtet; dagegen ist er gemäss Art. 8 Abs. 3 BV und § 5 Abs. 2 KV/ZG verpflichtet, eine Ersatzlösung zu treffen, d.h. vorzusehen, vom wem, wie und mit welchen Mitteln der Gleichstellungsauftrag künftig umgesetzt werden soll. Ein Verzicht auf staatliche (bzw. staatlich geförderte) Gleichstellungsmassnahmen wäre verfassungswidrig<sup>35</sup>.

<sup>27</sup> Vgl. BGE 138 I 410; 138 II 191.

<sup>28</sup> BGE 138 II 398.

<sup>29</sup> BGer 8C\_254/2011 vom 7.7.2011.

<sup>30</sup> BGer 1C\_496/2012 vom 12.2.2013.

<sup>31</sup> BGE 138 I 55.

<sup>32</sup> Vgl. dazu den Bericht, Ziff. II-B, S. 4.

<sup>33</sup> BGE 138 III 49.

<sup>34</sup> BGE 138 I 217.

<sup>35</sup> BGE 137 I 305; vgl. dazu den Bericht, Ziff. II-B, S. 4.

- Das Verursacherprinzip gemäss Art. 32a USG schliesst eine Finanzierung der Entsorgung der Siedlungsabfälle über Steuern aus und verlangt eine Finanzierung mittels Lenkungskausalabgaben. Die Körperschaften können von diesem Finanzierungsmodus abweichen, wenn sie konkret dartun, dass die strikte Anwendung des Kausalitätsprinzips eine Gefährdung der umweltverträglichen Entsorgung der Siedlungsabfälle zur Folge hätte<sup>36</sup>.
- Das gesetzliche Erfordernis, wonach der Betreiber eines Prostitutionsunternehmens oder einer Begleitagentur das vorgängige Einverständnis des Hauseigentümers erlangen muss, um dort seinen Betrieb führen zu können, verstösst gegen die Wirtschaftsfreiheit<sup>37</sup>.
- Ein kantonales Gesetz betr. Erstellung von Sozialwohnungen, das Gebäude erfasst, die keine Bundeshilfe im Sinne des WEG erhalten, darf nicht von Art. 257a Abs. 1 und Art. 257b Abs. 1 OR abweichen und dem Vermieter erlauben, als Nebenkosten Auslagen in Rechnung zu stellen, die mit dem Bestehen der Mietsache selber verbunden sind.
- Das CO<sub>2</sub>-Gesetz verbietet den Kantonen und Gemeinden nicht generell den Erlass planerischer Anordnungen über fossilthermische Kraftwerke. Indessen geht es nicht an, dass in einer kommunalen Nutzungsvorschrift die Ansiedlung von neuen fossil-thermischen Kraftwerken erwogen wird, die kaum wirtschaftlich betrieben werden können<sup>38</sup>.
- Das in Art. 34 Gastgewerbegesetz/BS enthaltene Rauchverbot ist mit der bundesstaatlichen Kompetenzordnung vereinbar und verstösst somit nicht gegen die derogatorische Kraft des Bundesrechts<sup>39</sup>.
- Eine Initiative, die vorsieht, Krankenkassenprämien als Abzüge bei den Steuern zuzulassen, verstösst gegen die bundesrechtlichen Bestimmungen des StHG und somit gegen den Grundsatz des Vorrangs des Bundesrechts<sup>40</sup>.
- Art. 9 Abs. 3 des freiburgischen Gesetzes über die Ausübung der Prostitution sieht vor, dass der Inhaber der Bewilligung, sofern er nicht selber Eigentümer der Liegenschaft ist, in der sich die betreffenden Räumlichkeiten befinden, vorgängig die Zustimmung des Eigentümers einholen muss. Gemäss Bundesgericht ist diese Bestimmung problematisch, da sie mit mietrechtlichen Bestimmungen in Konflikt geraten und folglich gegen den Grundsatz des Vorrangs des Bundesrechts verstossen könne<sup>41</sup>.
- Der Kanton Thurgau hat im Rahmen einer Steuergesetzrevision vorgesehen, die bislang gültige Regelung so umzugestalten, dass laufende Rentenversicherungen nicht mehr der Vermögenssteuer unterliegen sollen. Diese Neuregelung vermag vor dem Harmonisierungsrecht des Bundes nicht standzuhalten<sup>42</sup>.

---

<sup>36</sup> BGE 137 I 257.

<sup>37</sup> BGE 137 I 167.

<sup>38</sup> BGer 1C\_36/2011 vom 8.2.2012.

<sup>39</sup> BGer 2C\_912/2012 vom 7.7.2013 (zur Publikation vorgesehen).

<sup>40</sup> BGer 1C\_302/2012 vom 27.2.2013.

<sup>41</sup> BGer 2C\_990/2012 vom 7.5.2013.

<sup>42</sup> BGE 138 II 311.

- Aufgrund des Schlechterstellungsverbots auf dem Gebiet der interkantonalen Doppelbesteuerung ist der Sitzkanton einer Kapitalanlageliegenschaft verpflichtet, den Überschuss des nicht verwendeten Abzugs anzurechnen, wenn der Beteiligungsabzug höher als 100 % ist<sup>43</sup>.

#### 4. Zivil- und Strafprozessrecht im Besonderen

- Der Kanton kann weiterhin das Anwaltshonorar für die unentgeltliche Prozessführung im Rahmen der bisherigen Rechtsprechung festlegen<sup>44</sup> und allgemeine Regeln zur Ausgestaltung des Anwaltshonorars erlassen<sup>45</sup>.
- Gestützt auf Art. 116 Abs. 1 ZPO kann das kantonale Recht über das Bundesrecht hinausgehende Befreiungen von der Pflicht gewähren, Gerichtskosten und eine Parteientschädigung zu bezahlen<sup>46</sup>.
- Die Zivilprozessordnung regelt die Fragen des Erscheinens und der Säumnis bei Schlichtungsverhandlungen abschliessend<sup>47</sup>.
- Dem Kanton ist es erlaubt, aus prozessökonomischen Gründen und zur Vermeidung von widersprüchlichen Urteilen eine einheitliche<sup>48</sup> (oder unterschiedliche<sup>49</sup>) sachliche Zuständigkeit für einfache passive Streitgenossenschaften vorzusehen.
- Dem Entscheid BGE 137 III 217 zufolge kann sich Art. 165 Abs. 2 HRegV auf die Delegationsnorm von Art. 929 Abs. 1 OR abstützen und steht im Einklang mit dem Prinzip der „double instance“ gemäss Art. 75 Abs. 2 BGG. Den Kantonen kommt in diesem Bereich keine Organisationshoheit zu, zumal der Bundesgesetzgeber im Kernbereich des Zivilprozessrechts die Regelung des Instanzenzugs nicht den Kantonen überlassen wollte.
- Eine Mieterausweisung kann einzig beim Vorliegen eines klaren Falles nach Massgabe von Art. 248 lit. b i.V.m. Art. 257 ZPO in einem summarischen Verfahren erwirkt werden. Eine kantonale Bestimmung, welche die Mieterausweisung allgemein dem summarischen Verfahren zuweisen will, verstösst gegen die derogatorische Kraft des Bundesrechts<sup>50</sup>.
- Zwar behalten die Kantone die Tarifhoheit für die vor ihren Instanzen anfallenden Prozesskosten (Art. 96 ZPO), allerdings nur soweit das Bundesrecht nicht bereits eine Regelung vorsieht, welche dem kantonalen Recht vorgeht. Dies ist insbesondere für die Summarsachen des SchKG der Fall. Die Spruchgebühr richtet sich in diesen Fällen nach Art. 48 bzw. 61 Abs. 1 GebV SchKG<sup>51</sup>.

<sup>43</sup> BGE 138 I 297.

<sup>44</sup> BGE 137 III 185.

<sup>45</sup> BGer 4A\_2/2013 vom 12.6.2013.

<sup>46</sup> BGE 139 III 182.

<sup>47</sup> BGer 4C\_1/2013 vom 25.6.2013.

<sup>48</sup> BGE 138 III 471.

<sup>49</sup> BGer 4A\_239/2013 vom 9.9.2013.

<sup>50</sup> BGE 139 III 38.

<sup>51</sup> BGer 5A\_28/2013 vom 15. April 2013.

- 
- Aus Art. 321 Ziff. 3 StGB ergibt sich (entgegen der Ansicht der Staatsanwaltschaft) keine Kompetenz der Kantone (mehr), die strafprozessuale Zeugnispflicht abweichend von Art. 171 Abs. 1-2 StPO zu regeln oder das Arztgeheimnis bei untersuchten Fällen schwerer Körperverletzung und anderer Straftaten gar vollständig abzuschaffen<sup>52</sup>.
  - Einem Kanton steht das Recht zur Beschwerdeführung gegen ein Urteil seines Obergerichts zu, wenn sich der angefochtene Entscheid nachteilig auf das Funktionieren staatliche Organe auswirkt. Das Interesse an einem funktionierenden Staatsapparat ist für das Gemeinwesen von zentraler Bedeutung und deshalb als schutzwürdig (Art. 89 Abs. 1 BGG) anzuerkennen. Im vorliegenden Fall ging es um ein Urteil des Zürcher Obergerichts, wonach der Kanton Zürich die Bestimmung von Art. 7 Abs. 2 lit. b StPO (Schutz vor Strafverfolgung für Beamte) mit dem Erlass der Bestimmung von § 148 GOG nicht richtig umgesetzt habe<sup>53</sup>.
  - Den Kantonen ist es erlaubt, auch richterliche Behörden zur Ermächtigung einer Strafverfolgung einzusetzen (Art. 7 Abs. 2 lit. b StPO). Weiter ist es den Kantonen gestattet, auf eine Differenzierung zwischen Beamten des Kantons und der Gemeinde zu verzichten. Mit Blick auf das Ermächtigungserfordernis besteht bei beiden Kategorien das Bedürfnis, die Beamten vor mutwilliger Strafverfolgung zu schützen<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> BGer 1B\_96/2013 vom 20.8.2013.

<sup>53</sup> BGE 137 IV 269.

<sup>54</sup> Ebenda.