



ONLINEKOMMENTAR
DER FREI ZUGÄNLICHE
RECHTSKOMMENTAR

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 51 BV

Eine Kommentierung von Renata Trajkova
Herausgegeben von Stefan Schlegel / Odile Ammann

Stand der Bearbeitung: 08.06.2026

PDF erstellt am: 05.10.2026

DOI: 10.17176/20260608-192025-0

ZITIERVORSCHLAG

Renata Trajkova, Kommentierung zu Art. 51 BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.),
Onlinekommentar zur Bundesverfassung

Kurzzitat: OK-Trajkova, Art. 51 BV N. XXX.

4. Abschnitt: Bundesgarantien

Art. 51 Kantonsverfassungen

¹ Jeder Kanton gibt sich eine demokratische Verfassung. Diese bedarf der Zustimmung des Volkes und muss revidiert werden können, wenn die Mehrheit der Stimmberechtigten es verlangt.

² Die Kantonsverfassungen bedürfen der Gewährleistung des Bundes. Der Bund gewährleistet sie, wenn sie dem Bundesrecht nicht widersprechen.

GLIEDERUNG

I. Entstehungsgeschichte	3
II. Begriffliche und systematische Einordnung	3
III. Funktion	4
IV. Kommentar i. e. S.	5
A. Anforderungen an die Kantonsverfassungen (Art. 51 Abs. 1 BV)	5
1. Überblick	5
2. Vorgaben im Einzelnen.....	6
a. Geschriebene Verfassung im formellen Sinn.....	6
b. Demokratische Verfassung	7
c. Zustimmung des Volkes	8
d. Verfassungsinitiative	8
e. Vereinbarkeit mit Bundesrecht	8
B. Gewährleistung der Kantonsverfassungen (Art. 51 Abs. 2 BV)	10
1. Verfahren	10
2. Rechtliche Wirkung des Gewährleistungsbeschlusses	12
3. Prozessuale Tragweite des Gewährleistungsbeschlusses	13
Weitere empfohlene Lektüre	14
Literaturverzeichnis.....	15

I. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE

- 1 Die Idee einer Verfassungsgewährleistung lässt sich bis zur Helvetik zurückverfolgen.¹ Nach § 1 des Bundesvertrages von 1815² hatten sich zu Beginn die Kantone noch gegenseitig ihre Verfassungen garantiert. Vor dem Hintergrund der revolutionären Ereignisse in den 1830er und 1840er Jahren erwies sich dieses kantonale Gewährleistungssystem als nicht stabil genug.³ Mit der **Gründung des Bundesstaats 1848** übernahm der Bund daher die Rolle des entsprechenden Garanten.⁴
- 2 **Art. 6 BV 1848**⁵ verpflichtete die Kantone in Abs. 1, für ihre Verfassungen die Gewährleistung des Bundes nachzusuchen. Diese Gewährleistung übernahm der Bund gestützt auf Art. 6 Abs. 2 BV 1848, sofern die Kantonsverfassungen nichts den Vorschriften der Bundesverfassung Zuwiderlaufendes enthielten (lit. a), die Ausübung der politischen Rechte nach republikanischen (repräsentativen oder demokratischen) Formen sicherten (lit. b) und sie vom Volk angenommen worden waren und revidiert werden konnten, wenn die absolute Mehrheit der Bürger es verlangte (lit. c). Als Inspiration für diese Regelung diente das US-amerikanische Pendant zur Bundesgarantie in Art. IV, Section 4 der US-amerikanischen Verfassung.⁶
- 3 Seit ihrer Entstehung hat die schweizerische Bundesgarantie **keine wesentlichen materiellen Änderungen** erfahren.⁷ Auch die Nachführung der BV änderte nichts an dieser Situation.⁸ Im Unterschied zur Ursprungsfassung wurde mit der Totalrevision von 1999 der Inhalt von Art. 6 BV 1848 (und die gleichlautende Bestimmung Art. 6 BV 1874) in zwei Absätzen zusammengefasst, die Reihenfolge der Anforderungen geändert und die Annahme, dass die Kantone über eine Verfassung «verfügen», in eine Aufforderung umformuliert, sich «eine solche zu geben». Dabei handelt es sich aber nur um formelle Kosmetik.⁹

II. BEGRIFFLICHE UND SYSTEMATISCHE EINORDNUNG

- 4 Die Gewährleistung der Kantonsverfassungen durch den Bund gehört zu den sog. **Bundesgarantien**, die im vierten Abschnitt der Bundesverfassung respektive in Art. 51–53 BV verankert sind.¹⁰ Fragt man eine künstliche Intelligenz oder gibt man in einer Suchmaschine den Begriff «Bundesgarantie» ein, wird regelmässig auf finanzielle Sicherheiten des Bundes referenziert, wie sie jüngst bei der CS-Übernahme zum Einsatz kamen.¹¹ Unter «Bundesgarantien» versteht die Verfassung aber keine finanziellen Sicherheiten. Der Bund leistet vielmehr eine Garantie, die sich auf die bundesstaatliche Struktur und Rechtsstellung der Kantone bezieht.¹² Gemeint ist das Versprechen, für die Erhaltung der essenziellen Werte einzustehen, die die Eidgenossenschaft zum Bundestaat werden lassen, ohne bei

1. Töndury, S. 345.

2. Bundesvertrag zwischen den XXII Cantonen der Schweiz vom 7. August 1815.

3. Ausführlich und m. w. N. BSK-Belser/Massüger, Art. 51 BV N. 3 ff.; Töndury, S. 345; CR-Martenet, Art. 51 BV N. 8.

4. Art. 6 BV 1848; vgl. auch Art. 6 BV 1874; vgl. Tschannen, § 18 N. 661. Zum Paradox, dass der Begriff «Staat» trotz der Gewährleistung nicht mit dem Bund, sondern mit den Kantonen assoziiert wird, eingehend Auer, Les constitutions cantonales, S. 15 ff.

5. Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 12.9.1848 (BBl 1849 I 3 ff.).

6. BSK-Belser/Massüger, Art. 51 BV N. 4.

7. Ausführlich dazu BSK-Belser/Massüger, Art. 51 BV N. 6; vgl. Art. 6 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (AS 1875 1).

8. Seit 1999: Art. 51 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (AS 1999 2556). Art. 38 VE-BV 1995 hatte den gleichen Wortlaut wie Art. 51 BV und gab im Gesetzgebungsverfahren keinen Anlass zu Diskussionen, vgl. AB N 1998 258 und AB S 1998 66.

9. Botschaft BV, S. 217 f.; BSK-Belser/Massüger, Art. 51 BV N. 6; vgl. SGK-Egli/Ruch, Art. 51 BV N. 3 ff.

10. So explizit die Marginalien: «3. Titel: Bund, Kantone und Gemeinden, 1. Kapitel: Verhältnis von Bund und Kantonen, 4. Abschnitt: Bundesgarantien».

den Kantonen einen Abschlag von ihrer eigenen Staatlichkeit zu machen.¹³ Eine finanzielle Sicherstellung gehört aber nicht dazu.

- 5 Die Bundesgarantien von Art. 51–53 BV sind gewissermassen ein Ausdruck des gegenseitigen Beistands, der die Eidgenossenschaft seit ihrer Gründung charakterisiert.¹⁴ Neben Art. 51 BV haben die übrigen beiden Bundesgarantien den Schutz der verfassungsmässigen Ordnung der Kantone (Art. 52) und die Bestandes- sowie Gebietsgarantie der Kantone (Art. 53 BV) zum Inhalt. Systematisch betrachtet befinden sich die Gewährleistung der Kantonsverfassungen in Art. 51 BV, der Schutz der verfassungsmässigen Ordnung der Kantone in Art. 52 BV und die Bestandes- sowie Gebietsgarantie in Art. 53 BV im Kapitel über das **Verhältnis von Bund und Kantonen**.¹⁵
- 6 Mit der besonderen Formulierung «jeder Kanton gibt sich...; chaque canton se dote...; ogni cantone si dà...» wird in Art. 51 Abs. 1 BV bekräftigt, dass der Erlass und die Revision der Kantonsverfassungen in die **alleinige Zuständigkeit des jeweiligen Kantons** fallen.¹⁶
- 7 Die Begriffe «garantieren», «sicherstellen» und «gewährleisten» – und ihre Substantivierungen – werden dabei als Synonyme verwendet.¹⁷ Genauer betrachtet gleicht das Verfahren eher einer **Genehmigung** als einer Gewährleistung. Dass die Verfassung von «Gewährleistung» spricht, ist ein historisches Relikt.¹⁸ Der Ausdruck bringt aber gleichzeitig zur Geltung, dass eine Garantenstellung begründet werden soll,¹⁹ die über eine rein präventive Aufsicht hinausgeht.²⁰

III. FUNKTION

- 8 Art. 51 BV enthält grundsätzlich **drei Hauptforderungen**: Er verpflichtet die Kantone, geschriebene Verfassungen im formellen Sinn zu erlassen, die bestimmten Anforderungen genügen müssen und dem Bund zur Genehmigung unterbreitet werden.²¹
- 9 Zur Beantwortung der Frage der Funktion der bundesstaatlichen Gewährleistung der Kantonsverfassungen können unterschiedliche Perspektiven eingenommen werden. Aus **Sicht des Bundes** will das Gewährleistungsverfahren entsprechend der nach wie vor herrschenden «Homogenitäts- oder Konvergenztheorie» sicherstellen, dass die Strukturen der Kantone gewisse bundesstaatlich vorgegebene gemeinsame Grundparameter aufweisen.²² Historisch lässt sich diese

11. Z. B. Bundesrat, Medienmitteilung vom 9.6.2023, <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-95616.html>, besucht am 19.7.2024. Vgl. die Antwort von ChatGPT, einem KI-Modell von OpenAI, vom 19.7.2024: «Eine Bundesgarantie in der Schweiz bezieht sich häufig auf Garantien, die vom Bund für bestimmte Aktivitäten oder Projekte gewährt werden. Sie dient dazu, die finanzielle Sicherheit oder Durchführung eines Vorhabens zu gewährleisten, indem der Bund einspringt, sollte das unterstützte Vorhaben bestimmte Verpflichtungen nicht erfüllen können.»

12. Vgl. Tschannen, § 18 N. 661.

13. Vgl. sogleich die Ausführungen unter N. 7 ff.

14. CR-Martenet, Art. 51 BV N. 10.

15. Zur Gliederung der Vorgängerbestimmungen, vgl. SGK-Egli/Ruch, Art. 51 BV N. 5.

16. Auer, Staatsrecht der Kantone, N. 568.

17. Vgl. Biaggini, Vorb. zu Art. 51–53 BV N. 2.

18. Vgl. Tschannen, § 18 N. 669.

19. Reich, § 15 N. 4.

20. Zur Gewährleistung als Aufsichtsmittel, vgl. SGK-Egli/Ruch, Art. 51 BV N. 28.

21. Etwas irreführend ist die Übersicht bei Tschannen, § 18 N. 666, da mit der gleichgesetzten Auflistung suggeriert wird, dass diese drei Hauptforderungen Gültigkeitsvoraussetzungen sind.

22. Tschannen, § 18 N. 668; SGK-Egli/Ruch, Art. 51 BV N. 1, 6, 8; CR-Martenet, Art. 51 BV N. 1, 8; BSK-Belser/Massüger, Art. 51 BV N. 1 f.; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, N. 1010; anders Biaggini, Art. 51 BV N. 2, vgl. auch aber Seferovic, N. 62 und Töndury, S. 43 ff., die aufzeigen, dass sich die Funktionen von Homogenitätsklauseln je nach historischem Kontext ändern können (historisch betrachtet eine «dynamische Homogenisierungsklausel», vgl. S. 345).

Funktion damit belegen, dass die kantonalen Gewährleistungen der Kantonsverfassungen durch ein einheitliches Bundessystem ersetzt wurden. Ein solches bietet sich nur an, wenn der Bund gemeinsame Nenner untersuchen kann. Dabei geht es aber primär darum, wenige Mindestanforderungen festzulegen, grösstmögliche Freiheit bei der Staatsorganisation einzuräumen und Bundesgarantien vorzusehen, die im Dienste dieser Freiheit stehen.²³ Auch rechtsvergleichend zeigt sich, dass Mindestanforderungen an Verfassungen von Gliedstaaten ein etabliertes Instrument sind, um eine gewisse strukturelle Einheitlichkeit zu bewirken.²⁴ Während der Massstab der Prüfung, d.h. die Vereinbarkeit mit Bundesrecht, für alle Kantone derselbe ist, bleibt den Kantonen in der konkreten Umsetzung dieser Anforderungen in ihren Kantonsverfassungen eine grosse Freiheit. Im Ergebnis ist dies eine Angleichung der Regelungen bei nur bescheidenem Autonomieverlust, was ein schönes Beispiel für einen hierzulande typischen föderalistischen Kompromiss darstellt.

- 10 Mit Art. 51 Abs. 1 BV wird gleichsam die «Verfassungsstaatlichkeit» der Kantone als souveräne Gliedstaaten zum Ausdruck gebracht.²⁵ Aus **Sicht der Kantone** bedeutet die Gewährleistung daher einerseits ein Bekenntnis zum Bundesstaat. Der Preis dafür liegt im Rechtsschutz der einzelnen Rechtssuchenden, weil Bestimmungen der Kantonsverfassungen nach der Gewährleistung nicht mehr angefochten werden können (vgl. dazu N. 38 ff.). Andererseits handelt es sich um eine echte Bundesgarantie, mit der den Kantonen insbesondere die Vereinbarkeit ihrer Kantonsverfassungen mit Bundesrecht attestiert wird. Die Gewährleistung der Kantonsverfassungen und die damit verbundene Prüfung des Bundesrechts bildet so das Fundament für die verfassungsmässige Ordnung der Kantone.
26

IV. KOMMENTAR I. E. S.

A. Anforderungen an die Kantonsverfassungen (Art. 51 Abs. 1 BV)

1. Überblick

- 11 Art. 51 Abs. 1 BV enthält **zwei der drei Hauptanforderungen** an die Kantone, nämlich, dass sie über geschriebene Kantonsverfassungen im formellen Sinn verfügen und diese bestimmten inhaltlichen Anforderungen der Bundesverfassung genügen.²⁷ Der Verfassungswortlaut ist hier unpräzise, wenn einzig die Rede davon ist, dass sich jeder Kanton eine demokratische Verfassung gibt (Art. 51 Abs. 1 Satz 1 BV), diese Verfassung der Zustimmung des Volkes bedarf und revidiert werden können muss, wenn die Mehrheit der Stimmberechtigten es verlangt (Art. 51 Abs. 1 Satz 2 BV). Neben der demokratischen Verfassung, der Zustimmung des Volkes und der Revidierbarkeit müssen die kantonalen Verfassungen auch mit dem Bundesrecht vereinbar sein. Diese Anforderung ergibt sich erst aus dem Zusammenspiel mit Art. 51 Abs. 2 Satz 2 BV, nach welchem der Bund die Kantonsverfassung gewährleistet, wenn sie dem Bundesrecht nicht widerspricht (dritte Hauptanforderung). Ebenfalls nicht explizit angesprochen – aber unumstritten – ist die Voraussetzung, dass es sich um eine geschriebene Verfassung handeln muss (dazu N. 12).

23. Biaggini, Art. 51 BV N. 2.

24. Vgl. SGK-Egli/Ruch, Art. 51 BV N. 1; CR-Martenet, Art. 51 BV N. 7.

25. Botschaft Totalrevision BV, S. 218, basierend auf Eichenberger, Hauptfunktionen, S. 155 ff.; vgl. SGK-Egli/Ruch, Art. 51 BV N. 7.

26. Biaggini, Art. 51 BV N. 21 f.; Töndury, S. 328; CR-Martenet, Art. 51 BV N. 17, 20; SGK-Egli/Ruch, Art. 51 BV N. 10; anders Auer, Staatsrecht der Kantone, N. 574, der darauf hinweist, dass der Begriff der «verfassungsmässigen Ordnung» nicht auf den Inhalt der gewährleisteten Kantonsverfassungen beschränkt werden darf.

27. Tschannen, § 18 N. 666; CR-Martenet, Art. 51 BV N. 12 ff. und Biaggini, Art. 51 BV N. 11 unterscheiden zwischen formellen und materiellen Voraussetzungen; noch differenzierter Auer, Staatsrecht der Kantone, N. 567.

2. Vorgaben im Einzelnen

a. Geschriebene Verfassung im formellen Sinn

- 12 Nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist bemerkenswerterweise gerade die Schriftlichkeit selbst: Gleichwohl wird vorausgesetzt, dass die Kantone eine geschriebene Verfassung haben müssen.²⁸ Die **Schriftlichkeit** ergibt sich schon aus dem Umstand, dass die Kantone verpflichtet sind, einen Antrag für die Gewährleistung ihrer Kantonsverfassung beim Bund zu stellen.²⁹ Historisch betrachtet ist dies eine Selbstverständlichkeit; rechtsvergleichend aber keineswegs eine Notwendigkeit: So anerkennen zum Beispiel Kanada oder das Vereinigte Königreich ungeschriebene Verfassungen ihrer Landesteile.³⁰
- 13 Dabei wird davon ausgegangen, dass es sich um *eine* einheitliche Verfassungsurkunde handelt, die eine erhöhte Geltungskraft besitzt und nur in einem qualifizierten Verfahren geändert werden kann.³¹ Die Verfassungsqualität impliziert daher, dass der Erlass in einem besonderen Rechtssetzungsverfahren verabschiedet worden ist, weshalb er sonstigem kantonalen Recht vorgeht. Das Bundesgericht geht davon aus, dass Art. 51 BV diesen Vorrang «stillschweigend» voraussetzt.³² Im Schrifttum wird diese Vorgabe jedoch angezweifelt: So könne die formelle Natur einer Verfassung nur von ihr selbst vorgesehen und nicht von Bundesrechts wegen vorgegeben werden.³³ Es liege in der Kompetenz der Kantone, zu entscheiden, was **Verfassungsrang** aufweist.³⁴ Bei Kantonen, die das obligatorische Gesetzesreferendum kennen, wird die Abgrenzung tatsächlich schwieriger sein.³⁵ Wenn nämlich keine zusätzlichen Anforderungen an das Verfahren gestellt werden, besteht in formeller Sicht keine Überlegenheit der Kantonsverfassung gegenüber «gewöhnlichen» Gesetzesrecht. Martenet hebt aus diesem Grund die Bedeutung der Gewährleistung des Bundes hervor, wodurch die Kantonsverfassung eine bewusste Sonderstellung einnehme.³⁶ Da alle Kantone von sich aus für ihre Verfassungen ein qualifiziertes Verfahren vorsehen, ist die praktische Bedeutung dieser Frage gering.³⁷ Bedeutungslos ist die Diskussion darüber aber nicht, weil m. E. erst durch die Definition des Gegenstands «Kantonsverfassung» nach Art. 51 BV eine innerkantonale Normenhierarchie, wie sie alle Kantone kennen, für den Bund rechtlich bindend wird. Für den Bund wäre es ohne diese Vorgabe unerheblich, ob die Kantone eine Verfassung und – darauf gestützt – eine innerkantonale Normenhierarchie vorsehen. Auch historisch betrachtet ist klar, dass der in Art. 51 BV gemeinte Prüfgegenstand ein schriftlicher, schwer revidierbarer Erlass ist, dem unabhängig von seinem Inhalt in seinem Herkunftskanton eine erhöhte Stellung beigemessen wird. Der Umstand, dass die Kantone diese Vorgaben auch ohne ausdrückliche Aufforderung umgesetzt haben, verdeutlicht deren Selbstverständlichkeit aus kantonaler Sicht.
- 14 Eng mit der Frage der Qualität der Kantonsverfassung verbunden ist die Frage des verfassungsgebenden Organs: **Verfassungsgeberin** ist, vom Fall der Volksinitiative abgesehen,

28. Statt aller CR-Martenet, Art. 51 BV N. 12; BSK-Belser/Massüger, Art. 51 BV N. 15; SGK-Egli/Ruch, Art. 51 BV N. 12.

29. Vgl. Auer, Staatsrecht der Kantone, N. 569.

30. Burgess/Tal, S. 17 ff., die Fallstudien in den USA, Deutschland, Österreich, Bosnien, Schweiz, Belgien, das Vereinigte Königreich, Spanien und Italien vorgenommen haben und die Vielfalt der gliedstaatlichen Verfassungen darstellen. Weitere rechtsvergleichende Hinweise bei SGK-Egli/Ruch, Art. 51 BV N. 37 ff.

31. Explizit nur Biaggini, Art. 51 BV N. 4, 6.

32. BGE 143 I 272 E. 2.2.1.

33. Auer, Staatsrecht der Kantone, N. 569; BSK-Belser/Massüger, Art. 51 BV N. 16; nach Biaggini, Art. 51 BV N. 8, ist es zumindest nicht zwingend, dass die Kantonsverfassung in einem erschwerten Verfahren geschaffen wird.

34. BSK-Belser/Massüger, Art. 51 BV N. 16; SGK-Egli/Ruch, Art. 51 BV N. 12.

35. Vgl. SGK-Egli/Ruch, Art. 51 BV N. 12, die zurecht darauf hinweisen, dass dies nur ein theoretisches Problem ist.

36. CR-Martenet, Art. 51 BV N. 14.

37. Vgl. BSK-Belser/Massüger, Art. 51 BV N. 17.

einerseits die kantonale Legislative, die je nach Kanton als «Kantonsrat» oder «Grosser Rat» bezeichnet wird. Zwei Kantone (Appenzell Innerrhoden und Glarus) kennen auch die sog. Landsgemeinde.³⁸ Aufgrund der Organisationsautonomie können die politischen Strukturen und Verfahren von Kanton zu Kanton erhebliche Unterschiede aufweisen.³⁹ Gemeinsam ist den Kantonen, dass für die Verfassungsgebung die Zustimmung der Stimmbürgerschaft benötigt wird (vgl. dazu N. 17 ff.), sodass die Stimmbevölkerung ebenfalls als Verfassungsgeberin agiert. In den Präambeln wird in diesem Sinne auch auf die Stimmberechtigten («das Volk») verwiesen.⁴⁰

b. Demokratische Verfassung

- 15 Die zu prüfende Kantonsverfassung muss demokratisch sein. Eine demokratische Verfassung ergibt sich aus zwei kumulativen Voraussetzungen:⁴¹ Demokratisch ist eine Kantonsverfassung erstens dann, wenn sie den **Grundsatz der Gewaltenteilung** respektiert.⁴² Konkret müssen die Kantone daher Parlaments-, Regierungs- und Gerichtsorgane aufweisen, die personell und organisatorisch voneinander unabhängig sind. Ein absolut monarchistisches oder aristokratisches Regime wird damit ausgeschlossen.⁴³ Bei der konkreten Ausgestaltung verfügen die Kantone über eine grosse Organisationsautonomie – die Kantone haben sich aber bislang alle für ein Kollegialsystem entschieden.⁴⁴ Auch eine rein repräsentative Verfassung wäre theoretisch zulässig,⁴⁵ wobei die Kantone heute alle direktdemokratische Instrumente kennen.⁴⁶
- 16 Die **Legislative** (je nach Kanton Kantonsrat/Grosser Rat) muss zweitens im Rahmen einer **direkten Volkswahl** gewählt werden.⁴⁷ Bei der Landsgemeinde erübrigt sich diese Voraussetzung, da dort die Stimmberechtigten selbst handeln bzw. sich selbst vertreten. Beim Wahlsystem für den Kantonsrat/Grossen Rat sind die Kantone frei.⁴⁸ Die Kantone müssen «lediglich» eine allgemeine, gleiche, freie und geheime Wahl sicherstellen.⁴⁹

38. Die Landsgemeinde ist eine Volksversammlung, die jährlich tagt und alle Stimmberechtigten zusammenbringt, wobei per Handzeichen abgestimmt wird, zu den Vor- und Nachteilen, vgl. z. B. CR-Martenet, Art. 51 BV N. 26.

39. Tschannen, § 18 N. 670. Auch der Einsatz eines eigenen Organs für eine Totalrevision kommt vor, vgl. der Einsatz des sog. Verfassungsrates bei der Totalrevision im Kanton Zürich im Jahr 2005.

40. Vgl. z. B. die Präambel der Verfassung des Kantons Zürich vom 27.2.2005 (KV; LS 101).

41. Auer, Staatsrecht der Kantone, N. 583, subsumiert unter «demokratische Verfassung» auch die anderen beiden explizit genannten Voraussetzungen des obligatorischen Verfassungsreferendums und der Verfassungsinitiative, was etwas irritiert, da der Wortlaut diese als einzelne Voraussetzungen nennt.

42. Tschannen, § 18 N. 672; Biaggini, Art. 51 BV N. 12; SGK-Egli/Ruch, Art. 51 BV N. 20; BGE 140 I 394 E. 8.1; kritisch Auer, Staatsrecht der Kantone, N. 586; Aubert, Comm., Art. 51 N. 7.

43. CR-Martenet, Art. 51 BV N. 23; BSK-Belser/Massüger, Art. 51 BV N. 22. Eine konstitutionelle Monarchie, die Aspekte der Gewaltenteilung berücksichtigt, ist hingegen denkbar.

44. CR-Martenet, Art. 51 BV N. 24.

45. BGE 100 Ia 263 E. 4b/aa; SGK-Egli/Ruch, Art. 51 BV N. 15. Das ist nicht mit einem rein repräsentativen demokratischen System zu verwechseln: Die Kantone sind verpflichtet, die Volksinitiative und das Volksreferendum zu institutionalisieren, vgl. dazu CR-Martenet, Art. 51 BV N. 33.

46. CR-Martenet, Art. 51 BV N. 22; Biaggini, Art. 51 BV N. 16; Tschannen, § 18 N. 673. Es bestehen heute nur Mischformen, vgl. dazu Auer, Staatsrecht der Kantone, N. 584 und SGK-Egli/Ruch, Art. 51 BV N. 15.

47. BGE 140 I 394 E. 8.1; CR-Martenet, Art. 51 BV N. 32; Auer, Staatsrecht der Kantone, N. 584; Tschannen, § 18 N. 672; BSK-Belser/Massüger, Art. 51 BV N. 24.

48. BGE 140 I 394 E. 8.1. Eine andere, viel diskutierte, Frage ist, ob die Wahl der Kantonsparlamente nach dem Majorzprinzip demokratisch sind, eine gute Zusammenfassung der Debatte bei Auer, Staatsrecht der Kantone, N. 585.

49. CR-Martenet, Art. 51 BV N. 27; Auer, Staatsrecht der Kantone, N. 584; BSK-Belser/Massüger, Art. 51 BV N. 28, 35.

c. Zustimmung des Volkes

- 17 Die Kantonsverfassung bedarf der Zustimmung des Volkes, so heisst es ausdrücklich in Art. 51 Abs. 1 Satz 2 BV. Damit sind die Kantone verpflichtet, ein **obligatorisches Verfassungsreferendum** einzuführen.⁵⁰
- 18 Umstritten ist, ob sich diese Pflicht sowohl auf eine **Total- als auch auf eine Teilrevision**, also auf die Revision der ganzen Kantonsverfassung oder nur auf einzelne Bestimmungen, bezieht.⁵¹ Historisch betrachtet war das Verfassungsreferendum nur für eine Totalrevision erforderlich.⁵² Da alle Kantone ein obligatorisches Referendum für Verfassungsänderungen kennen,⁵³ hat die Diskussion keine praktische Tragweite. Es darf aber als eidgenössische Errungenschaft betrachtet werden, dass erfolgreiche kantonale Verfassungsteilrevisionen stets des Zuspruchs des Volkes bedürfen.
- 19 Die Antwort auf die Frage, wer das «Volk» ist, hat zwar auch zu Diskussionen geführt, lässt sich heute aber klar historisch belegen: Zustimmung muss die **Mehrheit der gültig Stimmenden unter Abrechnung der leeren Stimmen**.⁵⁴

d. Verfassungsinitiative

- 20 Darüber hinaus wird von Bundesrechts wegen vorgegeben, dass eine Verfassungsrevision **jederzeit** möglich sein muss, wenn die «Mehrheit der Stimmberechtigten es verlangt». Die Kantone müssen mit anderen Worten eine Verfassungsinitiative einführen.⁵⁵ Aus dem Wort «jederzeit» wird ein Verbot für die Statuierung von Sperrfristen, autonomen materiellen Schranken und Ewigkeitsklauseln abgeleitet.⁵⁶ Dieses Verbot erstreckt sich sowohl auf Total- als auch auf Teilrevisionen.⁵⁷
- 21 Die Verfassungsinitiative kann sich zudem auf **beliebige Verfassungsinhalte** beziehen.⁵⁸ Eine Aussondierung von verfassungsunwürdigen Inhalten ist mit dem schweizerischen Verständnis der Volksrechte nicht vereinbar.⁵⁹

e. Vereinbarkeit mit Bundesrecht

- 22 Die aus heutiger Sicht praktisch bedeutsamste Gewährleistungsvoraussetzung ist die Vereinbarkeit der Kantonsverfassung mit dem Bundesrecht.⁶⁰ Als Bundesrecht gilt auch das gesamte für die Schweiz

50. Statt vieler SGK-Egli/Ruch, Art. 51 BV N. 21. Wobei Biaggini, Art. 51 BV N. 13, zutreffend darauf hinweist, dass die Aussage etwas ungenau ist, da auch eine Landsgemeinde den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen dürfte.

51. Tschannen, § 18 N. 677; Auer, Staatsrecht der Kantone, N. 587; BSK-Belser/Massüger, Art. 51 BV N. 38, 41; Schaub, N. 16.

52. CR-Martenet, Art. 51 BV N. 36. Über die Möglichkeiten und Grenzen der Totalrevision einer Kantonsverfassung ausführlich, Eichenberger, Totalrevision, S. 1 ff.

53. Art. 32 KV/ZH; Art. 61 KV/BE; § 23 KV/LU; Art. 24 lit. a KV/UR; § 34 Abs. 1 lit. a KV/SZ; Art. 58 lit. a KV/OW; Art. 52 KV/NW; § 79 Abs. 3 KV/ZG; Art. 51 KV/FR; Art. 35 Abs. 1 lit. a KV/SO; § 51 KV/BS; § 30 KV/BL; Art. 32 lit. a KV/SH; Art. 60 Abs. 1 lit. a KV/AR; Art. 48 lit. a KV/SG; Art. 16 Abs. 1 Ziff. 1 KV/GR; § 122 i.V.m. 125 KV/AG; § 23 i.V.m. § 94 KV/TG; Art. 82 KV/TI; Art. 83 Abs. 1 lit. a KV/VD; Art. 105 KV/VS; Art. 104 KV/NE; Art. 65 KV/GE; Art. 77 KV/JU. Im Kanton AI und GL entscheidet die Landsgemeinde.

54. Tschannen, § 18 N. 675; CR-Martenet, Art. 51 BV N. 41; Auer, Staatsrecht der Kantone, N. 587.

55. Was sie auch getan haben: Art. 23 lit. a KV/ZH; Art. 58 Abs. 1 lit. a KV/BE; § 20 KV/LU; Art. 27 Abs. 1, Art. 120 und Art. 121 Abs. 1 KV/UR; § 28 lit. a KV/SZ; Art. 61 Abs. 1 lit. a KV/OW; Art. 54, 92 und 93 KV/NW; Art. 138, 139 und 140 KV/GL; § 79 Abs. 1 und 2 KV/ZG; Art. 41 lit. a KV/FR; Art. 29 Abs. 1 lit. a KV/SO; § 47 Abs. 1 und 2 KV/BS; § 28 Abs. 1 und 4 KV/BL; Art. 27 Abs. 1 lit. a KV/SH; Art. 51 Abs. 1 lit. a KV/AR; Art. 7 Abs. 1 und 2 KV/AI; Art. 41 KV/SG; Art. 12 Abs. 1 KV/GR; § 64 Abs. 1 KV/AG; § 26 Abs. 1 und § 94 KV/TG; Art. 83 Abs. 1 lit. c und Art. 85 Abs. 2 KV/TI; Art. 78 lit. a KV/VD; Art. 100 Abs. 1 KV/VS; Art. 101 Abs. 1 und Art. 102 Abs. 1 KV/NE; Art. 56 Abs. 1 KV/GE; Art. 75 Abs. 1, Art. 136 Abs. 1 und Art. 137 Abs. 1 KV/JU, vgl. auch Schaub N. 16 Fn. 39.

56. Kölz, S. 178 ff.; CR-Martenet, Art. 51 BV N. 39; Biaggini, Art. 51 BV N. 14; Auer, Staatsrecht der Kantone, N. 590; Tschannen, § 18 N. 676; BSK-Belser/Massüger, Art. 51 BV N. 41; Schaub, N. 17.

57. Schaub, N. 17; Kölz, S. 178 m. w. H.

58. Tschannen, § 18 N. 676.

verbindliche Völkerrecht.⁶¹ Neben Bundesgesetzen, -verordnungen und dem für die Schweiz massgeblichen Völkerrecht, gehören auch sämtliche rechtsstaatlichen Grundsätze inkl. der höchstrichterlichen Praxis dazu.⁶² Das ist ein **breites Spektrum**, das von Grundrechten, Sozialzielen und Zuständigkeiten bis hin zu Regelungen zum Verhältnis Bund–Kantone reicht.⁶³

- 23 Der Anwendungsbereich des in Art. 51 Abs. 2 BV bezeichneten Bundesrechts erinnert an die Umschreibungen zu Art. 95 lit. a und lit. b BGG, der die zulässigen Beschwerdegründe «Bundesrecht» und «Völkerrecht» vor dem Bundesgericht statuiert.⁶⁴ Auch wenn die Anwendungsbereiche fast deckungsgleich sind, darf man sich nicht dazu verleiten lassen, Art. 95 BGG wegen des Wortlauts mit den Anforderungen für das Gewährleistungsverfahren zu verwechseln: Die Kompetenzen des Bundesgerichts sind viel umfassender, indem neben Bundes- und Völkerrecht auch kantonale verfassungsmässige Rechte, Bestimmungen über die politische Stimmberechtigung der Bürgerinnen und Bürger sowie über Volkswahlen und -abstimmungen sowie interkantonales Recht geprüft werden (Art. 95 lit. a–e BGG). Gleichwohl kann aus dem Vergleich geschlossen werden, dass der Begriff «Bundesrecht» verfassungsrechtlich weiter verstanden wird, als es das prozessuale Verständnis des BGG zulässt. So fällt (dem monistischen System nachgedacht) in der Terminologie der Bundesgarantie unter «Bundesrecht» auch das massgebliche Völkerrecht, während dieses nach Art. 95 lit. b vor Bundesgericht neben dem Bundesrecht einen eigenen Rügegrund darstellt. Indes: Die Gegenüberstellung mit dem Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht irritiert auf den ersten Blick, weil sich die Funktionen des Gewährleistungs- und Beschwerdeverfahrens unterscheiden. Die Gewährleistung der Kantonsverfassungen ist eine Bundesgarantie, während das Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht primär dem Rechtsschutz dient. Bezogen auf den Gegenstand der Prüfung ist beides eine Form der **abstrakten Normenkontrolle**, ein Prüfungsvorgang, bei dem ein Erlass auf seine Vereinbarkeit mit dem übergeordneten Recht überprüft wird (vgl. dazu N. 30). Schon aus diesem Grund rechtfertigt sich eine Gegenüberstellung. Trotz der unterschiedlichen Funktionen des Gewährleistungsverfahrens und des Beschwerdeverfahrens bildet die Richtgrösse «Bundesrecht» zudem regelmässig ein weiteres Argument dafür, dass das Bundesgericht eine Normenkontrolle von Kantonsverfassungen ausschliesst (vgl. dazu N. 38). Darum sollte betont werden, dass die Richtgrössen nicht gleich sind.
- 24 **Nicht** Sache der Gewährleistung ist die Prüfung, ob die Kantonsverfassung **mit dem übrigen kantonalen Recht** vereinbar ist. Das korreliert mit der Vorgabe, dass auch das Bundesgericht – abseits der verfassungsmässigen Rechte, der politischen Rechte und des interkantonalen Rechts – auch «nur» die Einhaltung von Bundesrecht prüft. Darin ist eine gewisse Kohärenz zu erblicken, indem klar ist, dass die Respektierung der kantonalen Normenhierarchie auch eine kantonale Angelegenheit bleibt.
- 25 Damit einer Bestimmung in einer kantonalen Verfassung die Gewährleistung versagt werden kann, muss sie Bundesrecht verletzen. Ein Verstoss gegen Bundesrecht liegt aber nicht schon dann vor, wenn ein Widerspruch zum Bundesrecht zu erkennen ist. Die Gewährleistung wird nur verweigert, wenn sich die kantonale Verfassungsnorm **jeder bundesrechtskonformen Auslegung entzieht**.⁶⁵

59. Vgl. gute Übersicht zur Verfassung im materiellen Sinn bei SGK-Egli/Ruch, Art. 51 BV N. 13.

61. Botschaft Totalrevision BV, S. 219.

62. Statt vieler Auer, Staatsrecht der Kantone, N. 592 ff.

63. Tschannen, § 18 N. 679; vgl. SGK-Egli/Ruch, Art. 51 BV N. 26.

64. Statt vieler C-LTF-Bovey, Art. 95 LTF N. 20 ff. Anders als bei Art. 95 BGG wird erfährt das Völkerrecht keine eigene Erwähnung (Art. 95 lit. b BGG), sondern wird bei Art. 51 BV unter den Bundesrecht subsumiert. Das ist nichts anders als eine konsequente Handhabung des monistischen Systems der Schweiz.

65. Botschaft Totalrevision BV, S. 219; Auer, Staatsrecht der Kantone, N. 571, 595, vgl. auch N. 580 zur Erteilung mit Vorbehalt; vgl. Reich, § 15 N. 7. Grenze der verfassungskonformen Auslegung bildet der klare Wortlaut und Sinn der Bestimmung, statt vieler BGE 138 II 440 E. 13.

Der Mechanismus erinnert an die Praxis zur Ungültigkeit von kantonalen Volksinitiativen: Die meisten Kantone schreiben vor, dass ihre Verfassungs- und Gesetzesinitiativen mit übergeordnetem Recht vereinbar sein müssen⁶⁶ (was sich bereits aus dem Bundesrecht nach Art. 49 Abs. 1 BV ergibt und entsprechend auch vor Bundesgericht geltend gemacht werden kann). Nach der Rechtsprechung sind diese Verfassungs- und Gesetzesinitiativen nur dann für ungültig zu erklären, wenn ihnen ein Sinn beizumessen ist, der sie vernünftigerweise nahezu mit Gewissheit als unzulässig erscheinen lässt.⁶⁷ Grundgedanke dieser Rechtsprechung ist das Prinzip, dass Initiativbegehren mit mehrdeutigen Texten im Zweifel den Stimmberechtigten zur Abstimmung vorzulegen sind, sofern sie bei entsprechender Auslegung als mit dem übergeordneten Recht vereinbar erscheinen (*in dubio pro populo*).⁶⁸ Beim Gewährleistungsverfahren wird die Bedeutung dieses Prinzips aber deutlich relativiert: Wenn eine Kantonsverfassung der Bundesversammlung zur Gewährleistung unterbreitet wird, hat sie (1) ein kantonales Rechtsetzungsverfahren hinter sich und ist (2) vom kantonalen Stimmvolk im obligatorischen Referendum angenommen worden. Es hat somit eine Vorprüfung (unabhängig von ihrer konkreten kantonalen Ausgestaltung) stattgefunden. Wenn sich nach dieser Triage immer noch ein Widerspruch zum Bundesrecht ergibt, dann darf die Bestimmung in der Kantonsverfassung m. E. nicht gewährleistet werden. Eine kantonale Verfassungsbestimmung auch dann zu gewährleisten, wenn

sich keine mit dem Bundesrecht vereinbare Auslegungsvariante ergibt, verletzt Art. 51 Abs. 2 BV.

- 26 Art. 51 Abs. 2 BV bezieht zudem die Aufforderung, mit Bundesrecht vereinbar zu sein, nur auf die Kantonsverfassung. Mit dem Gewährleistungsbeschluss besteht aber die Erwartung, dass das nachgeordnete weitere kantonale Recht ebenfalls im Einklang mit dem Verfassungsrecht steht.⁶⁹ Da bei der Gewährleistung nur die Einhaltung von Bundesrecht geprüft wird, hat dies m. E. nur zur Folge, dass das übrige kantonale Recht mit Bundesrecht vereinbar sein muss. Das wiederum ist eine Vorgabe, die sich bereits aus Art. 49 Abs. 1 BV ergibt («Bundesrecht geht entgegenstehendem kantonalem Recht vor»). Art. 51 BV stellt jedoch nicht nur einen **Anwendungsfall von Art. 49 Abs. 1 BV** dar, sondern ergänzt ihn um die Pflicht der Bundesversammlung, bei einem solchen Widerspruch die Kantonsverfassung nicht zu gewährleisten.⁷⁰ Dogmatisch ändert sich durch die fehlende Genehmigung an der Wirkung aber nichts – eine Bundesrecht verletzende Bestimmung einer Kantonsverfassung erzielt von vorherein keine Wirkung (auch wenn die Bundesrechtswidrigkeit erst im Zeitpunkt der Gewährleistung auffällt).⁷¹ Man wird darum nicht in Abrede stellen können, dass der Gewährleistung heute mehr ein symbolischer Gehalt als eine praktische Relevanz zukommt.⁷²

B. Gewährleistung der Kantonsverfassungen (Art. 51 Abs. 2 BV)

1. Verfahren

- 27 Jeder Kanton ist verpflichtet, dem Bund jede Änderung seiner Kantonsverfassung vorzulegen – ungeachtet dessen, ob es sich um eine Total- oder Teilrevision handelt.⁷³ – Es sind grundsätzlich **zwei Phasen** zu unterscheiden: der Erlass der Kantonsverfassung in Form einer Total- oder Teilrevision

66. So insb. Art. 28 Abs. 1 lit. c KV/ZH; Art. 59 Abs. 2 lit. a KV/BE; Art. 28 Abs. 2 KV/UR; § 30 Abs. 3 lit. c KV/SZ; Art. 43 KV/FR; § 48 Abs. 2 lit. b KV/BS; Art. 28 Abs. 2 lit. a KV/SH; Art. 55 Abs. 2 lit. b KV/AR; Art. 44 Abs. 2 lit. b KV/SG; Art. 14 Abs. 1 Ziff. 2 KV/GR; Art. 38 KV/TI; Art. 33 KV/VS; Art. 75 Abs. 3 KV/JU.

67. Statt vieler BGE 142 I 216 E. 3.3.

68. BGE 138 I 131 E. 7; ausführlich Pedretti, S. 308 ff.

69. BGE 143 I 272 E. 2.2.2; Tschannen, § 18 N. 679.

70. Auer, Staatsrecht der Kantone, N. 591.

71. Vgl. zur deklaratorischen Wirkung des Gewährleistungsbeschlusses die Ausführungen in N. 36.

72. Auer, Staatsrecht der Kantone, N. 575.

73. Biaggini, Art. 51 BV N. 18.

nach kantonalem Recht und die anschliessende Gewährleistung der Kantonsverfassungsbestimmungen durch den Bund.

- 28 Gegenstand der Prüfung kann eine **erst verabschiedete oder bereits in Kraft getretene Kantonsverfassung** sein: Es steht den Kantonen nämlich zu, Kantonsverfassungen nach kantonalem Recht zu verabschieden und bereits vor der Gewährleistung in Kraft zu setzen.⁷⁴ Daran hindert sie auch das Bundesrecht nicht.
- 29 Für das Verfahren spielt es keine Rolle, ob die zu prüfenden Verfassungsbestimmungen erst verabschiedet sind oder bereits in Kraft stehen. Es gibt **keine Fristen**, innert welchen das Gesuch gestellt werden muss. Bleibt ein Kanton indes vollständig säumig, ist der Bundesrat als Aufsichtsorgan angewiesen, die Kantone zur Vorlage der revidierten Verfassung aufzufordern.⁷⁵
- 30 Gewährleistungsorgan ist die **Bundesversammlung** (Art. 52 Abs. 2 i. V. m. Art. 172 Abs. 2 BV), die eine abstrakte Normenkontrolle vornimmt.⁷⁶ Prüfgegenstand ist im Rahmen dieser abstrakten Normenkontrolle die Kantonsverfassung als Ganzes (bei einer Totalrevision) oder auch eine einzelne bzw. mehrere Bestimmungen der Kantonsverfassung (bei einer Teilrevision).
- 31 Das **Verfahren** gestaltet sich konkret wie folgt: Der betroffene Kanton stellt zunächst ein Gesuch an den Bundesrat, der zu Händen der Bundesversammlung das Gewährleistungsverfahren vorbereitet. Das Gesuch wird bei der Bundeskanzlei anhängig gemacht.⁷⁷ Der Bundesrat formuliert nach der Prüfung der Kantonsverfassung einen Antrag mit Botschaft an die Bundesversammlung, in welcher er seine Einschätzung festhält (Gewährleistung/Nichtgewährleistung mit entsprechenden Erwägungen). Die Bundesversammlung ist an diesen Antrag nicht gebunden, obwohl sie in der Regel dem Antrag folgen wird. Ein Eintreten ist obligatorisch.⁷⁸
- 32 Die Bundesversammlung führt – wie auch schon der Bundesrat – eine reine **Rechtskontrolle** durch.⁷⁹ Sie prüft nur den Inhalt der Kantonsverfassung, indes nicht auch die Art und Weise, wie sie zustande gekommen ist.⁸⁰ In Zeiten einer sehr gut funktionierenden Gerichtsbarkeit durch das Bundesgericht kann die Notwendigkeit einer politischen Rechtskontrolle durch die Bundesversammlung durchaus angezweifelt werden.⁸¹ Wenn insbesondere die bundesstaatliche Treuepflicht nach Art. 44 Abs. 2 BV dazu verwendet wird, staatspolitische Erwägungen einzubeziehen, führt dies zu einer Relativierung der Rechtskontrolle.⁸² Solche Schwierigkeiten legen das konzeptionelle Problem der Durchführung einer abstrakten Normenkontrolle durch ein politisches Organ offen: Bei einer Rechtskontrolle sollten politische Opportunitätsgedanken keinen Platz haben, was wiederum zeigt, dass das Bundesgericht geeigneter für die Durchführung einer solchen abstrakten Normenkontrolle ist.
- 33 Die Bundesversammlung kann die Gewährleistung ganz oder auch nur teilweise (d. h. nur für einzelne Verfassungsbestimmungen) verweigern.⁸³ Entscheiden National- und Ständerat unterschiedlich, findet

74. So sind zum Beispiel die Kantonsverfassungen von LU, SZ, UR, NW, GL, GR, SH, AR, TI, BS, VD, FR, GE und JU vor ihrer Gewährleistung in Kraft getreten, vgl. dazu Auer, Staatsrecht der Kantone, N. 573, Fn. 145.

75. Vgl. Art. 186 Abs. 4 BV.

76. Biaggini, Art. 51 BV N. 20; BSK-Stöckli, Art. 172 BV N. 12.

77. Art. 72 Abs. 2 ParlG.

78. Art. 74 Abs. 3 ParlG; Biaggini, Art. 51 BV N. 20.

79. BSK-Stöckli, Art. 172 BV N. 12; Auer, Staatsrecht der Kantone, N. 571, der zudem kritisiert, dass eine Rechtskontrolle durch eine Politbehörde einen inneren Widerspruch darstellt.

80. Tschannen, § 18 N. 683; BSK-Stöckli, Art. 172 BV N. 12; SGK-Egli/Ruch, Art. 51 BV N. 29. Für Mängel im Rahmen Zustandekommen ist eine sog. Stimmrechtsbeschwerde das geeignete Instrument.

81. So auch Biaggini, Art. 51 BV N. 26.

82. Tschannen, § 18 N. 684; Kölz, S. 174 f.; Töndury, S. 323 ff.; anderes, da engeres Verständnis Reich, § 15 N. 5.

83. Tschannen, § 18 N. 685.

eine einfache Differenzbereinigung statt. Die zweite Abweisung stellt somit einen negativen Gewährleistungsbeschluss dar.⁸⁴ Der Gewährleistungsbeschluss ergeht schliesslich in Form eines **einfachen Bundesbeschlusses** i. S. v. Art. 141 Abs. 1 lit. c und Art. 163 Abs. 2 BV. Der Gewährleistungsbeschluss untersteht deshalb weder dem fakultativen Referendum, noch kann er vor Bundesgericht angefochten werden.⁸⁵

2. Rechtliche Wirkung des Gewährleistungsbeschlusses

- 34 Der positive Gewährleistungsbeschluss ist nach h. L. **deklaratorischer Natur**, weshalb die kantonalen Verfassungen auch vorab in Kraft treten können.⁸⁶ Erfüllt die Kantonsverfassung alle Anforderungen und fällt die Bundesversammlung einen positiven Gewährleistungsbeschluss, steht der Inkraftsetzung der Kantonsverfassung nichts mehr im Weg (wenn sie nicht bereits in Kraft gesetzt wurde). Die Kantone können aber vorsehen, dass die Erteilung der Gewährleistung durch die Bundesversammlung eine Voraussetzung für das Inkrafttreten bildet, womit dem Entscheid konstitutive Wirkung zukommt.⁸⁷ Nach der Gewährleistung werden die Kantonsverfassungen als einzige kantonale Erlasse in der systematischen Sammlung des Bundes publiziert.⁸⁸
- 35 Im Falle der **Nichtgewährleistung fällt die Bestimmung nach herrschender Ansicht *ex tunc* (seit dem Zeitpunkt ihrer Verabschiedung) dahin**.⁸⁹ Bei einer erst verabschiedeten Revision hat dies zur Folge, dass die erfolgreiche Volksabstimmung ohne Wirkung bleibt. Auch hier wird dem Beschluss der Bundesversammlung deklaratorische Wirkung zugeschrieben, da eine nichtige Bestimmung nie rechtliche Wirkungen erzeugen konnte.⁹⁰ Bestreiten wird man aber nicht, dass eine Kantonsverfassung, die im dafür vorgesehenen Verfahren verabschiedet und nach kantonalem Recht in Kraft gesetzt wurde, durchaus rechtliche Wirkungen erzielt, vor allem dann, wenn nicht offensichtlich ist, dass sie gegen die Gewährleistungsvoraussetzungen verstösst. Ein auf diese Bestimmung gestützter Anwendungsakt müsste widerrufen werden,⁹¹ was sich mit der Nichtigkeitstheorie nicht verträgt.⁹² Faktisch hat der Gewährleistungsbeschluss daher konstitutive Wirkung.
- 36 Dogmatisch genauer wäre es vor diesem Hintergrund von einer Nichtigkeit *ex nunc* zu reden. Die nicht gewährleisteten Bestimmungen verletzen Bundesrecht und sollten im Rahmen einer abstrakten oder konkreten Normenkontrolle entsprechend aufgehoben bzw. nicht angewendet werden. Dafür müsste aber eine Kantonsverfassungsbestimmung im Rahmen einer abstrakten und konkreten Normenkontrolle überprüft werden können. Ein solcher Ansatz ist aber nicht mit dem geltenden bundesgerichtlichen Ausschluss der abstrakten und konkreten Normenkontrolle von Kantonsverfassungsbestimmungen vereinbar (vgl. dazu N. 37). Die Nichtigkeitstheorie *ex tunc* anzuwenden hat deshalb den Vorteil, dass die Rechtsgrundlage des Anwendungsaktes gar nie existiert hat, weshalb auch die darauf gestützte Verfügung keine Rechtsgrundlage besitzt. Ein Verfahren

84. Vgl. Art. 95 lit. d ParlG; Reich, § 15 N. 8.

85. Art. 141 Abs. 1 lit. c i. V. m. Art. 163 Abs. 2 BV.

86. Botschaft Totalrevision BV, S. 219; CR-Martenet, Art. 51 BV N. 56; Auer, Staatsrecht der Kantone, N. 573; Tschannen, § 18 N. 688; Biaggini, Art. 51 BV N. 22; BSK-Stöckli, Art. 172 BV N. 13; SGK-Egli/Ruch, Art. 51 BV N. 30.

87. Vgl. z. B. § 100 Abs. 2 der Kantonsverfassung des Kanton Thurgau vom 16.3.1987 (KV; RB 101).

88. Art. 11 PublG.

89. Botschaft Totalrevision BV, S. 219; CR-Martenet, Art. 51 BV N. 56; Biaggini, Art. 51 BV N. 22; SGK-Egli/Ruch, Art. 51 BV N. 31; BSK-Stöckli, Art. 172 BV N. 13.

90. Auer, Staatsrecht der Kantone, N. 577; Tschannen, § 18 N. 685.

91. Vgl. hingegen zur Zulässigkeit eines Widerrufs eines Gewährleistungsbeschlusses, Biaggini, Art. 51 BV N. 22.

92. Auer, Staatsrecht der Kantone, N. 579; zutreffend hält Tschannen, § 18 N. 689, fest, dass «streng genommen nicht fallen, was nie zum Stehen kam», vgl. auch N. 690. Töndury, S. 338, plädiert dafür, zwischen Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit zu unterscheiden.

erübrigt sich. In der Praxis beschränkt man sich auf die Formulierung, dass eine entsprechende Bestimmung nicht gewährleistet werde⁹³ – womit im Grunde die Nichtigkeit festgestellt wird. Die Problematik wird dadurch relativiert, dass die Fälle, in denen Kantonsverfassungsbestimmungen nicht gewährleistet wurden, sehr selten sind.⁹⁴

3. Prozessuale Tragweite des Gewährleistungsbeschlusses

- 37 Der Gewährleistungsbeschluss hat, wie bereits angemerkt, prozessuale Implikationen: Kantonsverfassungen können, obwohl sie eindeutig kantonales Recht sind und die einschlägige Gesetzgebung in Art. 82 Abs. 2 BGG keine Ausnahme vorsieht, nicht Anfechtungsobjekt einer Beschwerde sein.⁹⁵ Das hat zur Folge, dass die Kantonsverfassung (oder einzelne Bestimmungen daraus) nicht vom Bundesgericht aufgehoben werden, selbst wenn sie gegen Bundesrecht verstossen. Seit 1891 hält das Bundesgericht daran fest.⁹⁶ Der Ausschluss wird damit erklärt, dass Art. 172 Abs. 2 BV, der die Zuständigkeit zur abstrakten Normenkontrolle dem Parlament zuweist, *lex specialis* zu Art. 189 BV sei.⁹⁷ M. E. lässt sich der Ausschluss direkt aus einem Zusammenspiel beider Normen begründen: Kantonsverfassungen werden von der Bundesversammlung gewährleistet, was einen Akt der Bundesversammlung darstellt, womit eine abstrakte Normenkontrolle der Kantonsverfassungen durch das Bundesgericht ausser Betracht fällt (Art. 172 Abs. 2 i. V. m. Art. 189 Abs. 4 BV). Auch wenn über die genaue Herleitung diskutiert werden kann, scheint die Lehre den **Ausschluss der abstrakten Normenkontrolle** akzeptiert zu haben.⁹⁸ Diese Praxis kann aber in grundsätzlicher Weise angezweifelt werden: Wie bereits in N. 23 angesprochen, unterscheiden sich die Möglichkeiten der abstrakten Normenkontrolle des Bundesgerichts und der Bundesversammlung stark. Dass Art. 172 Abs. 2 BV darum eine Spezialregelung darstellt, ist zumindest nicht zwingend. Naheliegender ist der Weg über Art. 189 Abs. 4 BV, wonach durch den Gewährleistungsbeschluss die Kontrolle über die Kantonsverfassung als Akt der Bundesversammlung vor Bundesgericht nicht anfechtbar ist. Aber auch hier liesse sich entgegnen, dass die Kantonsverfassung selbst kein Akt der Bundesversammlung ist. Dogmatisch fusst der Ausschluss daher auf einem weniger stabilen Fundament, als es die lange historische Praxis vermittelt. Führt man den Diskurs abseits der Gewaltenteilungsfrage, bleibt nicht so viel Argumentationsspielraum für den Ausschluss übrig. Kohärent erscheint m.E. deshalb die Lösung, Kantonsverfassungen wie jedes andere kantonale Recht zu behandeln und die abstrakte Normenkontrolle zuzulassen.
- 38 Aus Respekt vor dem Gewährleistungsverfahren der Bundesversammlung und der damit einhergehenden Prüfung der Bundesrechtskonformität sieht das Bundesgericht in ständiger Praxis auch davon ab, in einer konkreten Normenkontrolle Kantonsverfassungen akzessorisch zu prüfen.⁹⁹ Dieser **Ausschluss der akzessorischen Kontrolle** des Bundesgerichts wird in der Literatur fast einhellig kritisiert, da ein solches Vorgehen weder von den gesetzlichen Grundlagen gedeckt noch funktionell begründet ist.¹⁰⁰ Das Bundesgericht hat zwar selbst Zweifel an der eigenen Praxis

93. Vgl. Auer, Staatsrecht der Kantone, N. 577 f., der aufzeigt, dass die Publikationspraxis nicht gewährleiteter Bestimmungen in gewissen Kantonen mit der Nichtigkeitstheorie schwer vereinbar ist; ferner Biaggini, Art. 51 BV N. 22 f.; Töndury, S. 339, geht von einer Pflicht zur Beseitigung der Normen durch die Kantone aus.

94. Bislang sind erst wenige Gewährleistungen gescheitert: Am bekanntesten sind die Fälle zum Wiedervereinigungsverfahren von Basel-Stadt und Basel-Landschaft, zu Art. 138 der jurassischen Kantonsverfassung der sich auf ein Gebiet des Kantons Bern bezogen hat und § 48 Abs. 3 der Schwyzer Kantonsverfassung, der mit einer bestimmten Wahlkreiseinteilung ein durchschnittliches natürliches Quorum von über 33% geschaffen hätte; zur Gewährleistungspraxis, vgl. die Übersicht Biaggini, Art. 51 BV N. 23; ausführlich Töndury, S. 135 ff.

95. Tschannen, § 18 N. 691.

96. BGE 17 622 E. 4; BGE 89 I 389 E. 2; BGE 104 Ia 215 E. 1b; BGE 118 Ia 124 E. 3b; BGE 140 I 394 E. 9.1.

97. BGE 142 I 99 E. 4.3.3; Tschannen, § 18 N. 691.

98. Tschannen, § 18 N. 692; Biaggini, Art. 51 BV N. 25; BSK-Stöckli, Art. 172 BV N. 16.

99. BGE 83 I 181 E. 6; BGE 100 Ia 362 E. 5; BGE 104 Ia 215 E. 1 ff.; BGE 131 I 85 E. 2.4 ff.; BGE 131 I 126 E. 3.1.

geäussert,¹⁰¹ aber auch für Erweiterungen plädiert.¹⁰² Der wissenschaftliche Diskurs lässt sich damit ergänzen, dass mit der gleichen Argumentation auf die akzessorische Prüfung der Verfassungsmässigkeit von sämtlichem Bundesrecht verzichtet werden könnte: Ist es nicht regelmässig Teil des Gesetzgebungsprozesses, dass der Bundesrat eine Botschaft erlässt, in der er die Vereinbarkeit prüft und die Bundesversammlung auf dieser Basis debattiert? Rein faktisch könnte dieser Prozess auch als Vorprüfung betrachtet werden, mit der Folge, dass das Bundesgericht wegen der Vorbefassung hier nichts mehr prüfen dürfte. Die akzessorische Prüfung von Bundesverordnungen ist aber in der Praxis essenziell. Selbst Bundesgesetze werden vom Bundesgericht auf ihre Verfassungsmässigkeit hin geprüft, auch wenn stets das Anwendungsgebot von Art. 190 BV greift. Überspitzt lässt sich im Vergleich daher die Frage anführen, ob folglich der Umstand des Gewährleistungsverfahrens dazu führen darf, dass das Bundesgericht eine seiner Kernaufgaben nicht erfüllen darf. Art. 51 BV bietet m. E. keine hinreichende Grundlage für eine solche Zurückhaltung. Es ist nämlich eine Illusion, zu glauben, die Bundesversammlung bzw. der Bundesrat könne die Vereinbarkeit der Kantonsverfassung mit sämtlichem Bundesrecht i. S. v. Art. 51 Abs. 2 BV umfassend und vollständig prüfen. Der Umfang des zu prüfenden Bundesrechts ist aus heutiger Perspektive derart gross, dass sich eine erneute Prüfung geradezu anbietet.

- 39 Seit 1985 führt das Bundesgericht immerhin dann ausnahmsweise eine konkrete Normenkontrolle durch, wenn das in Frage stehende Bundesrecht – unabhängig davon, auf welcher Stufe es steht – erst nach dem Gewährleistungsverfahren in Kraft getreten ist.¹⁰³ Diese **Ausnahme** gilt auch für ungeschriebene, sich weiter entwickelnde, übergeordnete Verfassungsgrundsätze.¹⁰⁴ Das Argument dahinter überzeugt: Eine Zurückhaltung ist dann nicht angebracht, wenn die Bundesversammlung gar keine Möglichkeit hatte, die Kompatibilität mit einer bestimmten Norm zu prüfen. Später in Kraft getretenes Recht sollte folglich nicht in die Wirkung des Gewährleistungsbeschlusses mit einbezogen werden. Die Weiterentwicklung der Verfassungsgrundsätze könnte ein Anlass bilden, die überkommene Praxis zur konkreten Normenkontrolle als Ganzes zu «präzisieren».

Zur Autorin

Dr. Renata Trajkova ist Dozentin für Staats- und Verwaltungsrecht an der Züricher Hochschule für Angewandte Wissenschaften (School of Management and Law) und forscht am Institut für Regulierung und Wettbewerb in diversen Forschungsprojekten zu raumplanungs-, bau- und umweltrechtlichen Fragestellungen. Sie ist Co-Vorsitzende des Fachkreises Raumplanungsrecht und verfasst an der Universität St. Gallen eine Habilitationsschrift zum Raumplanungsrecht. Zudem ist sie selbständige Rechtsanwältin und Lehrbeauftragte an der Universität Zürich.

WEITERE EMPFOHLENE LEKTÜRE

Auer Andreas, Les constitutions cantonales: une source négligée du droit constitutionnel suisse, ZBl 1990, S. 14 ff.

100. CR-Martenet, Art. 51 BV N. 58; Auer, Staatsrecht der Kantone, N. 606 ff.; Tschannen, § 18 N. 695; BSK-Belser/Massüger, Art. 51 BV N. 48; Biaggini, Art. 51 BV N. 25; BSK-Stöckli, Art. 172 BV N. 17; mit ausführlicher Analyse der Präjudizien Töndury, S. 138 ff., 335 ff. Befürwortende Stimmen sind nur in der ganz alten Literatur zu finden, z. B., Fleiner, S. 59; Gut, S. 31.

101. BGE 138 I 378 E. 5.3; BGE 131 I 85 E. 2.4.

102. Zur Erstreckung des Vorbehalts auf kantonale Gesetzesbestimmungen, die sich mit der Verfassungsregelung decken, vgl. BGE 138 I 378 E. 5.2 f.

103. BGE 111 Ia 239 E. 3b; BGE 116 Ia 359 E. 4b; vgl. auch Erweiterungen in BGE 145 I 259 E. 5.1; BGE 142 I 99 E. 4.3.3; BGE 140 I 394 E. 9; BGE 140 I 107 E. 4.1; BGE 131 I 126 E. 3.1.

104. SGK-Egli/Ruch, Art. 51 BV N. 35; BGE 145 I 259 E. 5.1; BGE 142 I 99 E. 4.3.3; BGE 140 I 394 E. 9.1; BGE 138 I 378 E. 5.2; BGE 131 I 1256 E. 3.1 f.

- Cereghetti Remo, Die Überprüfung der Kantonsverfassungen durch die Bundesversammlung und das Bundesgericht, Diss., Winterthur 1956.
- Ehrenzeller Bernhard/Nobs Roger, Gemeinsamkeiten und Unterschiede der totalrevidierten Kantonsverfassungen, ZBl 2009, S. 1 ff.
- Forster Peter, Eigenständigkeit der Kantone, Vorrang und Einhaltung des Bundesrechts und Bundesgarantien, BV-CF 2000, S. 131 ff.
- Hotz Reinhold, Probleme bei der eidgenössischen Gewährleistung kantonaler Verfassungen, ZBl 1982, S. 193 ff.
- Jaag Tobias, Die Rechtsstellung der Kantone in der Bundesverfassung, VRdCH, S. 473 ff.
- Kälin Walter, Überprüfung kantonaler Verfassungsbestimmungen durch das Bundesgericht, recht 1986, S. 131 ff.
- Kölz Alfred, Die Zulässigkeit von Sperrfristen für kantonale Volksinitiativen, Ein Beitrag zur Auslegung von Art. 51 BV, ZBl 2001, S. 169 ff.
- Martenet Vincent, L'autonomie constitutionnelle des cantons, Diss. Genf, Basel 1999.
- Sidler Lisbeth, Gewährleistung von Kantonsverfassungen, in: Schindler Benjamin (Hrsg.), Aus der Werkstatt des Rechts, Festschrift zum 65. Geburtstag von Heinrich Koller, Basel 2006, S. 281 ff.
- Töndury Andrea Marcel, Bundesstaatliche Einheit und kantonale Demokratie: Die Gewährleistung der Kantonsverfassungen nach Art. 51 BV, Zürich 2004.
- Tschannen Pierre, Die Schwyzer Kantonsverfassung, das Bundesgericht und die Bundesversammlung – Ein Lehrstück, in: Berner Festgabe zum Juristentag 2014, Bern 2014, S. 405 ff.

LITERATURVERZEICHNIS

- Aubert Jean-François, Kommentierung zu Art. 51 BV, in: Aubert Jean-François/Mahon Pascal (Hrsg.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse di 18 avril 1999, Zürich et al. 2003 (zit. Comm.)
- Auer Andreas, Les constitutions cantonales: une source négligée du droit constitutionnel suisse, ZBl 1990, S. 14 ff. (zit. Les constitutions cantonales)
- Auer Andreas, Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Bern 2016 (zit. Staatsrecht der Kantone)
- Belser Eva Maria/Massüger Nina, Kommentierung zu Art. 51 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2025.
- Biaggini Giovanni, Kommentierung zu Art. 51 BV und Vorb. zu Art. 51–53, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017.
- Bundesrat, Botschaft über die Inkraftsetzung der neuen Bundesverfassung und die notwendige Anpassung der Gesetzgebung vom 11.8.1999, BBl 1999 7922 ff. (zit. Botschaft Totalrevision BV).
- Bovey Grégory, Kommentierung zu Art. 95 BV, in: Aubry Girardin Florence/Donzallaz Yves/Denys Christian/Grégory Bovey/Frésard Jean-Maurice, Commentaire de la LTF, 3. Aufl., Bern 2022 (zit. C-LTF).
- Burgess Michael/Tarr Alan, Sub-national constitutions in federal systems, Ottawa 2021.

Egli Patricia/Ruch Alexander, Kommentierung zu Art. 51 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Band 1, 4. Aufl., Zürich et al. 2023 (zit. SGK).

Eichenberger Kurt, Über Möglichkeiten und Grenzen der Totalrevision einer Kantonsverfassung, ZBl 1990, S. 1 ff. (zit. Totalrevision)

Eichenberger Kurt, Von der Bedeutung und von den Hauptfunktionen der Kantonsverfassungen, in: Festschrift Hans Huber, Bern 1981, S. 155 ff. (zit. Hauptfunktionen)

Fleiner Fritz, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Mohr 1923.

Gut Werner, Die Gewährleistung der Kantonsverfassung durch den Bund, Diss., Zürich 1928.

Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen/Thurnherr Daniela, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich 2020.

Kölz Alfred, Bundestreue als Verfassungsprinzip?, ZBl 1980, S. 145 ff.

Martenet Vincent, Kommentierung zu Art. 51 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand de la Constitution fédérale, Band 1, Basel 2021 (zit. CR).

Pedretti Ramona, Die Vereinbarkeit von kantonalen Volksinitiativen mit höherrangigem Recht, ZBl 2017, S. 299 ff.

Reich Johannes, Gewährleistung der bundesstaatlichen Ordnung, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich et al. 2021.

Rhinow René/Schefer Markus/Peter Uebersax, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2014.

Schaub Barbara, Die Vereinbarkeit kantonaler Volksinitiativen mit dem übergeordneten Recht, Diss. Basel, Zürich/St. Gallen 2023.

Seferovic Goran, Volksinitiative zwischen Recht und Politik, Die staatsrechtliche Praxis in der Schweiz, den USA und Deutschland, Habil. Zürich, Bern 2018.

Stöckli Andreas, Kommentierung zu 172 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2025.

Töndury Andrea Marcel, Bundesstaatliche Einheit und kantonale Demokratie, Die Gewährleistung der Kantonsverfassungen nach Art. 51 BV, Diss., Zürich 2004.

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021.