



ONLINEKOMMENTAR
DER FREI ZUGÄNLICHE
RECHTSKOMMENTAR

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 5a BV

Eine Kommentierung von Reto Walther

Herausgegeben von Stefan Schlegel / Odile Ammann

Stand der Bearbeitung: 16.03.2024

PDF erstellt am: 06.10.2026

DOI: 10.17176/20230405-094016-0

ZITIERVORSCHLAG

Reto Walther, Kommentierung zu Art. 5a BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.),
Onlinekommentar zur Bundesverfassung

Kurzzitat: OK-Walther, Art. 5a BV N. XXX.

Art. 5a Subsidiarität

Bei der Zuweisung und Erfüllung staatlicher Aufgaben ist der Grundsatz der Subsidiarität zu beachten.

GLIEDERUNG

I. Überblick	3
II. Entstehungsgeschichte	3
A. Begriffliche und ideengeschichtliche Wurzeln des Subsidiaritätsprinzips	3
B. Eingang des Subsidiaritätsprinzips in die Bundesverfassung	5
III. Kontext	8
IV. Kommentar i.e.S.	12
A. Anwendungsbereich	12
B. Zweck und Funktionsweise	14
C. Normativer Gehalt	15
D. Fehlende Justiziabilität	16
Empfohlene weiterführende Lektüre	17
Bibliografie	18

I. ÜBERBLICK

- 1 Der Grundsatz der Subsidiarität wird mitunter als **«schillerndes» – schwer durchschaubares – Prinzip** bezeichnet.¹ Der Grund dafür liegt darin, dass es «das» Subsidiaritätsprinzip nicht gibt. Es existiert eine Vielzahl von Konzeptionen des Subsidiaritätsprinzips. Die Idee der Subsidiarität wird vielfältig verwendet² und kann auf eine lange, äusserst reiche, mannigfaltige Geschichte zurückblicken. Aufgrund der eher bescheidenen rechtspraktischen Bedeutung von Art. 5a BV (Abschnitt IV.) besteht hier ausreichend Raum, um die ideengeschichtliche Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips nicht nur, aber natürlich auch im Kontext der schweizerischen Bundesverfassung (insbesondere Abschnitt III.) gebührend zu würdigen. Diese Gewichtung entspricht dem Charakter des Subsidiaritätsprinzips, das mehr eine politische *Leitidee* als ein auf den Einzelfall anwendbarer Rechtssatz ist.

II. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE

A. Begriffliche und ideengeschichtliche Wurzeln des Subsidiaritätsprinzips

- 2 Der Begriff der Subsidiarität geht einerseits auf das lateinische «subsidium» zurück, das für Hilfe und spezifischer für militärische Reservetruppen steht. Andererseits übersetzten katholische Theologen den griechischen Begriff «hypo taxis» in den lateinischen «sub sedeo». Inspiriert von untergeordneten Nebensätzen in der griechischen Grammatik beschrieben sie damit die Gesellschaft als pluralistisch, als eine auf vielen sich unterstützenden unter- und übergeordneten Gemeinschaften aufbauende Organisation. So entstand der Begriff «subsidiarium», Subsidiarität.³ Diese **Wortherkunft** ist bedeutsam, weil sie die Grundstruktur der gesellschaftlichen Wirklichkeit hinter dem Subsidiaritätsgedanken hervorstreicht:⁴ Naturgemäss ist jedes gesellschaftliche Tätigwerden über viele Ebenen hinweg stets demjenigen der daran beteiligten oder davon betroffenen Individuen bzw. deren Zusammenschlüssen in Gruppen wie Familien, Vereinen, Gemeinden etc. nachgeordnet.⁵ Deswegen wurde der mehrstufige (föderale) Staatsaufbau auch schon als *vorverfassungsrechtliches* Ordnungsprinzip bezeichnet.⁶
- 3 Thomas Aquinas entwickelte die Idee, dass sich zunehmend komplexe menschliche Gesellschaften über **viele Organisationsstufen** mit ihren je eigenen Zwecken (Familien, Dörfer usw.) herausbilden.⁷ Aquinas zufolge kommt dem Staat lediglich die Rolle zu, die Voraussetzungen (Ordnung, Gemeinwohl) sicherzustellen, die notwendig sind, damit menschliche Zusammenschlüsse unterhalb der staatlichen Ebene prosperieren können.⁸ Dieser Gedanke findet sich im verfassungsrechtlichen Grundsatz der Subsidiarität wieder. Etwas abgewandelt kann die Idee m.E. auch auf staatliche Mehrebenensysteme übertragen werden:⁹ So liessen sich etwa Art. 47 und 50 BV in diesem Sinn verstehen: Ersterer garantiert die Eigenständigkeit der Kantone im Bundesstaat (Abs. 1) und sichert ihnen dazu ausreichend Aufgaben, Finanzierungsquellen und Organisationsautonomie zu (Abs. 2); zweiterer schützt die Gemeinden zumindest bis zu einem gewissen Grad (dazu unten N 26).

1. Bspw. Tschannen, N. 206.

2. Siehe etwa Baumgartner, S. 13.

3. Siehe Cahill, S. 208 m.w.H.; Stadler, S. 11 f.

4. Siehe auch Stadler, S. 25 (Subsidiarität als «Aussage über das Wesen der Gemeinschaft»).

5. Vgl. Cahill, S. 210–213.

6. Fleiner/Misic, N. 1.

7. Aroney, S. 25.

8. Aroney, S. 24 f.; eingehend Finnis, Kapitel 7.

9. So wohl auch Stadler, S. 57.

- 4 Während Aquinas das heutige Verständnis von der Subsidiarität als Prinzip der politischen Ordnung antizipiert hatte, vertrat der als Vater des Föderalismus bekannte Johannes Althusius ein Verständnis des Verhältnisses von Zentrum und Gliedern, das von der Ordnung der Bundesverfassung abweicht. Althusius wollte den Gliedern ein Veto-Recht gegen Zentralisierungsschritte zugestehen,¹⁰ wie es aus dem Staatenbund¹¹ und dem traditionellen Völkervertragsrecht¹² bekannt ist. Demgegenüber steht den einzelnen Kantonen im Bundesstaat grundsätzlich **kein Veto-Recht gegen Zentralisierungsschritte** zu. Nur, aber immerhin, Bestandes- und Gebietsänderungen bedürfen der Zustimmung der betroffenen Kantone und ihrer Bevölkerung (Art. 53 Abs. 2–3 BV). Anstelle der Immunität vor ungewollter Zentralisierung sind Überlegungen der Wirksamkeit und Effizienz prägend für den bundesstaatlichen Föderalismus¹³ (vgl. Art. 43a Abs. 1–2 und 5 BV).
- 5 In der jüngeren Vergangenheit bildete primär die katholische Soziallehre von Papst Pius XI (1931) den Subsidiaritätsbegriff fort.¹⁴ Nach der katholischen Soziallehre setzt jedes Tätigwerden einer Gemeinschaft voraus, dass es dem jeweils nächstkleineren Zusammenschluss von Menschen bis hinunter zum Individuum dient: Obwohl sich die Gesellschaft in Gruppen organisiert, soll die einzelne Person möglichst *als Individuum* erhalten bleiben.¹⁵ Indem eine **vielfältige (pluralistische) Gesellschaft geschützt und gefördert** wird, erfährt auch die individuelle Entfaltung des Einzelnen Schutz.¹⁶ Das verfassungsrechtliche Subsidiaritätsprinzip gründet letztlich ebenso auf der Einsicht, dass «Aufgaben so weit, als es sinnvollerweise möglich ist, den kleineren Gemeinwesen zugewiesen werden [sollen]»,¹⁷ sofern die «Erhaltung der kleineren Gemeinschaft gewünscht wird».¹⁸ Gerade dieser Wunsch macht das Subsidiaritätsprinzip aus: Es drückt eine Präferenz dafür aus, Zuständigkeiten der kleineren Einheit zu belassen, damit diese als (teil)autonome Einheit erhalten bleibt.¹⁹
- 6 Tatsächlich ist die Popularität, die die Subsidiarität als Grundsatz der politischen Ordnung in Mehrebenensystemen in den letzten Jahrzehnten erfahren hat, hauptsächlich von mehr oder weniger stark ausgeprägten **Ängsten vor der schleichenden Expansion** des Einflusses der höheren bzw. zentralen Ebene («mission creep») getrieben.²⁰ Deutlich sichtbar wurde dies, als von den Medien und Rechtswissenschaften kolportiert wurde, der Vertrag über die Europäische Union von Maastricht²¹ habe nur «gerettet» werden können, indem das Subsidiaritätsprinzip in ihn eingefügt worden sei.²² Auch in die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)²³ wurde das Subsidiaritätsprinzip aufgenommen (Erwägungsgrund 6 der Präambel), um Mitgliedstaaten zufriedenzustellen, denen der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) zu einflussreich geworden war.²⁴ Als für die völkerrechtliche Vertragsauslegung massgebender Bestandteil ist die Ergänzung der EMRK-Präambel

10. Siehe Føllesdal, *Competing Conceptions*, S. 216.

11. Siehe Føllesdal, *Subsidiarity*, S. 206.

12. Broude/Shany, S. 4.

13. Vgl. Føllesdal, *Competing Conceptions*, S. 217; ferner Boadway/Shah, Kapitel 1.

14. Eingehend Stadler, S. 12 ff.

15. Papst Pius XI, N. 79.

16. Eingehend Chaplin, S. 65–83.

17. Schlussbericht der Arbeitsgruppe für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung (Arbeitsgruppe «Wahlen»), Bern 1973, S. 263; siehe auch Botschaft zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen (NFA) vom 14.11.2001, BBl 2002 2291, S. 2306.

18. Schlussbericht Wahlen, S. 263.

19. Feichtner, N. 1; Føllesdal, *Subsidiarity*, S. 190; Stadler, S. 54.

20. Vgl. Thalmann, *Stellung*, S. 72 f.

21. Vertrag über die Europäische Union vom 7.2.1992, Abl. EU vom 29.7.1992, Nr. C 191.

22. Cass, S. 1107 m.H.a. die Zeitung *European Independent*.

23. Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950, in Kraft getreten für die Schweiz am 28.11.1974, SR 0.101.

24. Milner, S. 30; eingehend Walther, Kapitel 4.

grundsätzlich juristisch bedeutsam.²⁵ Dessen ungeachtet sandte bereits die politische Entscheidung, das Subsidiaritätsprinzip in der EMRK zu verankern, ein wirksames Signal aus: Es reichte, wie die empirische Rechtsforschung zeigt, um den EGMR dazu zu bewegen, antizipativ – vor Inkrafttreten der Konventionsänderung – zurückhaltender zu urteilen.²⁶ Das bundesverfassungsrechtliche Subsidiaritätsprinzip ist im Grunde ähnlich wie die europarechtlichen Subsidiaritätsprinzipien motiviert.²⁷ Ein allfälliger EU-Beitritt der Schweiz war mit ein Grund, das Subsidiaritätsprinzip in der Verfassung zu verankern.²⁸

- 7 Diese Perspektive rückt den freiheitlichen Gedanken der **Selbstbestimmung** in den Vordergrund. Individual- und Gemeininteressen können in vergleichsweise kleinen, homogenen Gemeinschaften mutmasslich besser verfolgt werden als durch eine übergeordnete Zentralinstanz.²⁹ Genauso wie es gerechtfertigt erscheinen kann, Gliedstaaten vor Zentralisierung zu schützen, kann es jedoch auch gerechtfertigt sein, zentrale Mechanismen zu etablieren, die das Individuum vor gliedstaatlichen Grundrechtsverletzungen schützen; etwa wenn in einzelnen Gliedstaaten diskriminierende Praktiken fortbestehen, die gesamtstaatlich bereits überwunden wurden.³⁰ So schützen beispielsweise der bundesverfassungsrechtliche Grundrechtekatalog und das Bundesgericht seit Langem vor Grundrechtsverletzungen durch die kantonalen Behörden.³¹ Dabei handelt es sich freilich nur um einen legitimen Zentralisierungsgrund unter anderen.
- 8 Diese Ausführungen zeigen, dass es sich beim Grundsatz der Subsidiarität um ein **komplexes Prinzip** handelt, das sich verschieden manifestieren kann. Der wörtliche Verweis auf «den Grundsatz der Subsidiarität» in Art. 5a BV kann die Kompetenzverteilung im schweizerischen Bundesstaat daher nicht hinreichend bestimmen.

B. Eingang des Subsidiaritätsprinzips in die Bundesverfassung

- 9 Anders als es die langen ideengeschichtlichen Wurzeln des Subsidiaritätsprinzips vermuten lassen, erscheint Art. 5a BV als relativ unbedeutend, wenn man die Bestimmung **verfassungsgeschichtlich** und -praktisch betrachtet. Das Subsidiaritätsprinzip war in den Bundesverfassungen von 1848 und 1874 abwesend und auch die Verfassungsrevision von 1999 nahm den Begriff «Subsidiarität» nicht in den Verfassungstext auf. Erst die Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen (NFA) von 2004 führte Art. 5a und mit ihm den expliziten Verweis auf den Subsidiaritätsgedanken in die Bundesverfassung ein.
- 10 Bevor im Detail auf diese recht junge Entwicklung eingegangen wird, ist darauf hinzuweisen, dass der schweizerische **Bundesstaat implizit stets der Logik der Subsidiarität folgte** (siehe Art. 3 BV 1848/BV 1874: «Die Kantone sind souverän, soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist, und üben als solche Rechte aus, welche nicht der Bundesgewalt übertragen sind.»):³² Die «Generalkompetenz» lag nie beim Bund, der früher wie heute nur gestützt auf eine explizite Verfassungsgrundlage handeln durfte (vgl. Art. 3 und Art. 43a Abs. 1 BV).³³ Der Bund kann heute wie

25. Art. 31 Abs. 2 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23.5.1969, in Kraft getreten für die Schweiz am 6.6.1990, SR 0.111; Neier et al., S. 687 f.

26. Bates, S. 272 ff.; Madsen, S. 199 ff.

27. Botschaft NFA, S. 2306 f.

28. SGK-Schweizer/Müller, Art. 5a BV N. 15; vgl. Botschaft NFA, S. 2536.

29. Føllesdal, Subsidiarity, S. 211.

30. Føllesdal, Subsidiarity, S. 204; Føllesdal, Competing Conceptions, S. 217.

31. Siehe etwa Biaggini, Verfassungsgerichtsbarkeit, N. 4; vgl. z.B. BGE 116 Ia 359, den «Frauenstimmrechtsentscheid» betreffend den Kanton Appenzell Innerrhoden.

32. Biaggini, Art. 5a BV N. 6; Thalmann, Stellung, S. 72; vgl. auch Aubert, S. 8 f.; Bellanger, CR, Art. 5a BV N. 3; Epiney, S. 14; Koller, S. 678.

früher nur tätig werden, wenn dies der Verfassungsgeber, also eine Mehrheit nicht nur des Schweizer Volks, sondern auch der Kantone (Art. 142 Abs. 2 i.V.m. 140 Abs. 1 Bst. a BV), als zweckmässig, sinnvoll, wünschenswert oder dergleichen³⁴ erachtet (vgl. das 2. Kapitel des 3. Titels der geltenden BV und die Aufzählung von Bundeskompetenzen in der Bundesverfassung von 1874).³⁵ Historisch betrachtet dient der Bundesstaat eben nicht einem möglichst engen Zusammenschluss der Kantone, sondern der Wahrung ihrer Eigenständigkeit und Unabhängigkeit, so dass dem verfassungsrechtlichen Föderalismus ein «statisch-abwehrender» Charakter zugeschrieben wird.³⁶

- 11 Diese verfassungsgeschichtlichen Wurzeln des Subsidiaritätsprinzips in der Idee der **Enumeration**, d.h. der ausdrücklichen und abschliessenden Nennung, aller Bundeskompetenzen (Prinzip der begrenzten oder konkreten Einzelermächtigung, siehe Art. 3, 42 BV)³⁷ wirft die Frage nach dem Verhältnis zwischen dem Enumerations- und dem Subsidiaritätsprinzip auf. Aus einer Sichtweise, die der grundlegenden Natur des Subsidiaritätsprinzips Rechnung trägt, erscheint dieses oft unzureichend geklärte Verhältnis (siehe etwa sogleich N. 12) als eine Mittel-Ziel-Beziehung: Die Enumeration der Bundeskompetenzen weist den Bund gegenüber den Kantonen in «enumerierte Schranken», was der Sicherstellung der Subsidiarität des Bundes dient.³⁸ Damit wird die Aufgabe, die Subsidiarität des Bundes gegenüber den Kantonen durch entsprechende Kompetenzzuweisungen (vgl. unten N. 30) zu konkretisieren, eindeutig dem Bundesverfassungsgeber und damit einem politischen Akteur (vgl. unten N. 37) zugewiesen. Ausserdem erlaubt es die Sicherstellung der Subsidiarität des Bundes mittels «enumerierter Schranken», eine gewisse Rechtssicherheit über die der subsidiären Ebene zugewiesenen Kompetenzen herzustellen.³⁹ Angesichts der grossen Unschärfe des Subsidiaritätsprinzips (vgl. unten N. 13 f., 34 ff.) ist dies rechtsstaatlich wertvoll.
- 12 Angesichts der langen Verfassungstradition der Subsidiarität des Bundes (oben N. 10) erstaunt es nicht, dass zu Beginn der Totalrevision der Bundesverfassung in den 1960er Jahren grundsätzlich **Einigkeit über die subsidiäre Stellung des Bundes** herrschte. Strittig war, inwiefern das Subsidiaritätsprinzip geeignet ist, rechtspraktische Bedeutsamkeit zu erlangen.⁴⁰ Der Verfassungsentwurf der Expertenkommission unter Bundesrat Furgler (1977) beinhaltete den Subsidiaritätsgedanken in Art. 53 Abs. 1, allerdings ohne den Begriff der Subsidiarität ausdrücklich zu nennen.⁴¹ Die Modell-Studie «So könnte eine neue Bundesverfassung aussehen» des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (1985) enthielt eine ähnliche Bestimmung in Art. 55 (siehe auch Art. 54 Abs. 2–3).⁴² Der Vorentwurf (1995) wollte schliesslich den *Gedanken* der Subsidiarität des Bundes in Art. 32 Abs. 1 zumindest indirekt verankern («Die Kantone sind zuständig für alle Aufgaben, die nicht durch die Bundesverfassung dem Bund übertragen sind.»).⁴³ Allerdings verlangte namentlich die Konferenz der

33. Abderhalden, S. 48; Thalmann, Stellung, S. 65–75; vgl. bereits Burckhardt, aBV Kommentar, Art. 3, S. 14; Saladin, aBV Kommentar, Art. 3 BV N. 71.

34. Siehe auch Schlussbericht Wahlen, S. 253 f.

35. Siehe Schlussbericht Wahlen, S. 268 f.

36. Sturny, S. 202.

37. Bspw. BSK-Biaggini, Art. 3 BV N. 27; CR-Martenet, Art. 3 BV N. 16; Tschannen, N. 725.

38. Vgl. BSK-Biaggini, Art. 3 BV N. 4, wonach es sich beim Enumerationsprinzip um eine «Ausprägung» der Subsidiarität des Bundes handelt; SGK-Schweizer, Art. 3 BV N. 16, demzufolge sich das Enumerations- auf das Subsidiaritätsprinzip stützt.

39. Freilich nur soweit keine Schwierigkeiten bei der Auslegung und Anwendung der verfassungsmässigen Bundeskompetenzen bestehen. Siehe BSK-Biaggini, Art. 3 BV N. 15.

40. Schlussbericht Wahlen, S. 264.

41. Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung («Kommission Furgler»), Bericht, Bern 1977, S. 119.

42. Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, So könnte eine neue Bundesverfassung aussehen: Modell-Studie vom 6.11.1985.

43. Siehe Erläuterungen VE 1995, S. 68. Bei genauerer Betrachtung nennt der VE 1995 eher das Mittel (die Enumeration der Bundeskompetenzen) als das Ziel (die Subsidiarität des Bundes), vgl. oben N. 11.

Kantonsregierungen (KdK), dass der Subsidiaritätsgrundsatz explizit niedergeschrieben werde: Die KdK forderte, den Bund zu verpflichten, nur «in das Recht der Kantone zum Vollzug ... einzugreifen, wenn dies unumgänglich ist».⁴⁴ Daraufhin nannte der Verfassungsentwurf von 1996 die Subsidiaritätsidee erstmals beim Namen (Art. 34 Abs. 3: «Der Bund beachtet den Grundsatz der Subsidiarität.»). Diese Bestimmung sollte dem Anliegen der Kantonsregierungen «in weitem Masse Rechnung» tragen.⁴⁵

- 13 Interessanterweise wurde die explizite Nennung des Subsidiaritätsgrundsatzes dann aber im Ständerat, mithin von den kantonalen Abgeordneten, gestrichen.⁴⁶ Für die **ständerätliche Ablehnung** des die Subsidiarität ausdrücklich nennenden Entwurfs von Art. 34 Abs. 3 werden in der Lehre üblicherweise die Voten des damaligen Ständerats Rhinow zitiert. Ständerat (und Staats- und Verwaltungsrechtsprofessor) Rhinow warnte davor, neue unklare und vieldeutige Begriffe in den Verfassungstext aufzunehmen und vertrat den Standpunkt, dass die Idee und die Philosophie der Subsidiarität zu unklar und vage seien, um dem Subsidiaritätsprinzip eine Verfassungsbestimmung zu widmen.⁴⁷ Der Nationalrat lenkte erst in der Einigungskommission ein.⁴⁸ Es resultierte die Bestimmung, wonach der Bund «nur die Aufgaben [übernimmt], die einer einheitlichen Regelung bedürfen» (Art. 42 Abs. 2 BV 1999⁴⁹).
- 14 Rhinow zufolge hat der Ständerat das Subsidiaritätsprinzip in der soeben zitieren **Formulierung** «ausgedeutet».⁵⁰ Angesichts der komplexen und vielfältigen Ideengeschichte des Subsidiaritätsgedankens einerseits und des kurzen Art. 42 Abs. 2 BV 1999 andererseits erscheint dies freilich als eine Übertreibung; die Bestimmung wurde denn auch für ihre Missverständlichkeit kritisiert.⁵¹ Nur wenige Jahre später wurde sie anlässlich der Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen auch schon wieder ergänzt, nämlich dahingehend, dass der Bund nicht nur Aufgaben übernimmt, die einer einheitlichen Regelung bedürfen, sondern auch (andere) Aufgaben, die die Kraft der Kantone übersteigen.⁵² Der aktuelle Art. 43a Abs. 1 BV lautet: «Der Bund übernimmt nur die Aufgaben, welche die Kraft der Kantone übersteigen oder einer einheitlichen Regelung durch den Bund bedürfen.»
- 15 Die damit angesprochene **Verfassungsrevision NFA** beinhaltete nebst verschiedenen Bestimmungen zum Verhältnis von Bund und Kantonen⁵³ auch den heutigen «Subsidiaritätsartikel» (Art. 5a BV, gemäss Botschaft noch Art. 3a) und damit den Entscheid, das Subsidiaritätsprinzip als «staatspolitische Maxime»⁵⁴ in die Bundesverfassung aufzunehmen.⁵⁵ Anders als noch 1999 war sich der Ständerat 2004 weitgehend einig darüber, den Subsidiaritätsgrundsatz explizit im Verfassungstext zu verankern.⁵⁶ Strittig war lediglich, wo der heutige Art. 5a verfassungssystematisch eingeordnet gehört.⁵⁷ Die vorberatende Kommission votierte mehrheitlich dafür, das Subsidiaritätsprinzip in die Allgemeinen Bestimmungen am Anfang des Verfassungstextes aufzunehmen, womit es grundsätzlich für alle drei

44. Konferenz der Kantonsregierungen, S. 28; allg. formuliert Knapp, S. 85 f.; übersichtlich Reform der Bundesverfassung: Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens, Bern 1996, S. 85–89.

45. Botschaft über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 1, S. 206; siehe auch Aubert, S. 15.

46. Nach Thalmann, Subsidiaritätsprinzip, S. 163, aus Furcht vor der vagen Bestimmung.

47. Amtl. Bull. SR 1998 60, S. 1107.

48. Amtl. Bull. NR 1998 S. 2598 ff.; eingehend Aubert, S. 15–22.

49. Siehe AS 1999 2556, S. 2564.

50. Amtl. Bull. SR 1998 1107.

51. So etwa Thalmann, Stellung, S. 74 f.

52. AS 2007 5765.

53. Insbesondere Art. 43a, 46 Abs. 2–3, 47 Abs. 2, 48 Abs. 4–5, 48a BV.

54. Botschaft NFA, S. 2339.

55. AS 2007 5765; Botschaft NFA, S. 2457 f.

56. Zur Kritik von zu diesem Zeitpunkt alt Ständerat Rhinow, siehe Rhinow, S. 75–77.

57. Siehe Amtl. Bull. SR 2002 851 ff.

Staatsebenen gilt. Die Minderheit monierte indes, der Subsidiaritätsgrundsatz sei richtigerweise in Art. 42 Abs. 2 aufzunehmen, denn er regle nur das Verhältnis zwischen Bund und Kantonen, nicht aber die von der kantonalrechtlich ausgestalteten Gemeindeautonomie geprägten Beziehungen zwischen einem Kanton und seinen Gemeinden (siehe dazu unten N. 26).⁵⁸

- 16 Auch im Nationalrat war anlässlich der Beratungen des NFA **unbestritten**, dass ein Subsidiaritätsartikel in den Verfassungstext aufzunehmen sei.⁵⁹ Wie im Ständerat drehte sich die Debatte darum, wo die Bestimmung zu platzieren sei. Die vorberatende Kommission wollte den Subsidiaritätsgrundsatz in Art. 43a verorten, doch folgte die nationalrätliche Mehrheit derjenigen des Ständerats (und der ratseigenen Kommissionsminderheit), womit der seither unveränderte Art. 5a BV – vorbehaltlich des obligatorischen Verfassungsreferendums – beschlossene Sache war.⁶⁰ Entsprechend der systematischen Zugehörigkeit von Art. 5a zu den Allgemeinen Bestimmungen der BV ist der Subsidiaritätsgrundsatz nunmehr (anders als der frühere Art. 42 Abs. 2 BV) als allgemeine Staatsorganisationsregel zu betrachten, die alle drei Staatsebenen betrifft (siehe dazu unten N. 26 ff.).⁶¹

III. KONTEXT

- 17 Der Subsidiaritätsartikel der Bundesverfassung gehört zur verfassungsrechtlichen **Föderalismusordnung**.⁶² Das lässt sich allein schon daran erkennen, dass Art. 5a BV anlässlich der Föderalismusreform in die Verfassung gefunden hat (siehe oben II.B.). Insbesondere aber erhellt Art. 43a Abs. 1 BV «Grundsätze für die Zuweisung und Erfüllung staatlicher Aufgaben» die Bedeutung von Art. 5a BV (zumindest ein wenig).⁶³ Nach Art. 43a Abs. 1 BV übernimmt der Bund «nur die Aufgaben, welche die Kraft der Kantone übersteigen oder einer einheitlichen Regelung durch den Bund bedürfen». Es ist diese Bestimmung – eine Art Scharnier zwischen Subsidiaritäts- und Enumerationsprinzip (vgl. oben N. 11)⁶⁴ –, die primär verdeutlicht, was Art. 5a BV eigentlich meint mit «der Grundsatz der Subsidiarität sei zu beachten», wenn im Bundesstaat Aufgaben zugewiesen und erfüllt werden.⁶⁵ Allerdings erhellt umgekehrt auch Art. 5a BV Art. 43a BV, nämlich insofern als aus der Präferenz des Subsidiaritätsprinzips zugunsten der dezentralen Regelungsebene gewisse Schranken für Art. 43a BV folgen: Weder darf der Bund einzig deswegen tätig werden, weil er allein der Ansicht ist, es bedürfe einer einheitlichen Regelung, noch darf aus dem Bedürfnis nach einer einheitlichen Regelung automatisch geschlossen werden, dass den Kantonen eine Bundesregelung vorgegeben werden muss.⁶⁶ Diese zwei Überlegungen ermöglichen es, Art. 5a BV weiter zu kontextualisieren.
- 18 Der erste Gedanke, wonach der Bund nicht schon tätig werden darf, weil er allein der Ansicht ist, es bedürfe einer Bundeskompetenz, führt zu **Art. 3 BV**, wonach die Kantone souverän sind, soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist. Der zweite Teil dieser Bestimmung hält fest, dass sich Bundeshandeln stets auf eine verfassungsrechtliche Kompetenznorm stützen muss (vgl. oben II. B. m.H.a. die Literatur). Für den Bund gilt das Prinzip der Einzelermächtigung: Jede seiner Kompetenzen muss ihm einzeln in der Verfassung übertragen worden sein.⁶⁷ Damit ist auch gesagt,

58. Amtl. Bull. SR 2002 852.

59. Amtl. Bull. NR 2003 952 ff.

60. Amtl. Bull. NR 2003 957.

61. Botschaft NFA, S. 2458; CR-Bellanger, Art. 5a BV N. 6; Biaggini, Art. 5a BV N. 10; BSK-Meyer, Art. 50 BV N. 20; SGK-Schweizer/Müller, Art. 5a BV N. 12.

62. Siehe Botschaft NFA, S. 2457 f.; Stadler, S. 93 ff.

63. Biaggini, BSK, N. 1 zu Art. 43a BV.

64. Art. 43a BV kann eine Scharnierfunktion zugeschrieben werden, weil er die Zuweisung konkreter Kompetenzen an den Bund nach Massgabe des Subsidiaritätsgedankens anleitet.

65. BSK-Biaggini, Art. 43a BV N. 2.

66. SGK-Schweizer/Müller, Art. 43a BV N. 10.

67. Statt vieler Biaggini, Art. 3 BV N. 5; CR-Martenet, Art. 3 BV N. 16.

dass sich jede Bundeskompetenz nebst dem Volksmehr auf ein *Ständemehr* stützt und eben nicht nur auf den Willen der Bundesorgane.⁶⁸ Umgekehrt gilt, dass die Kantone grundsätzlich – also auch ohne entsprechende Verfassungsbestimmung – zuständig sind, *ausser* wenn eine Kompetenz dem Bund ausschliesslich übertragen wurde.⁶⁹ Dies wird mitunter als «subsidiäre» Generalkompetenz der Kantone bezeichnet.⁷⁰ Dieser Ausdruck ist allerdings insofern irreführend, als der Bund subsidiär ist. Es ist der Bund, der für die Kantone «einspringt» (vgl. die begriffsgeschichtlichen Wurzeln oben N. 2 ff.), wenn dies in einem Bereich des staatlichen Handelns erforderlich oder zumindest sinnvoll erscheint, nicht umgekehrt. Korrekt wäre es deswegen, wie in der französischsprachigen Literatur zum Schweizer Verfassungsrecht von einer «*residualen*» *Generalkompetenz* der Kantone⁷¹ zu sprechen.

- 19 Zu beachten ist ferner, dass selbst wenn die Regelungshoheit beim Bund liegt, das Prinzip des **Vollzugs- bzw. Umsetzungs föderalismus** gilt:⁷² Normalerweise setzen die Kantone das Bundesrecht um, sodass ihnen ein gewisser Einfluss verbleibt, der es ermöglicht, kantonale Eigenheiten zu berücksichtigen (Art. 46 Abs. 1 BV).⁷³ Der Subsidiaritätsgedanke⁷⁴ hält den Bund auch hier dazu an, die kantonalen Besonderheiten und den grösstmöglichen kantonalen Handlungsspielraum zu achten (Art. 46 Abs. 3 BV).⁷⁵ Trotzdem hat der Bund sicherzustellen, dass die Kantone das vorrangige (Art. 49 Abs. 1 BV) Bundesrecht (einheitlich) respektieren (Art. 49 Abs. 2 BV).⁷⁶ Das Spannungsfeld zwischen Vielfalt und Einheit, das das Subsidiaritätsprinzip zu navigieren versucht, wird hier deutlich erkennbar.
- 20 Betreffend die zweite in N. 17 genannte Überlegung, wonach der Bund nicht allein schon deswegen tätig werden darf, weil eine Materie einer einheitlichen Regelung bedarf, ist Folgendes zu bemerken: Die Kantone können sich grundsätzlich, wenn auch nicht immer reibungslos,⁷⁷ selbstständig untereinander abstimmen, wenn Bedarf nach einer einheitlichen Regelung besteht.⁷⁸ Den Bund braucht es dazu grundsätzlich nicht. Art. 48 f. BV sehen explizit **interkantonale Vereinbarungen** vor. In der breiten Öffentlichkeit bekannt ist beispielsweise das Konkordat über Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen («Hooligan-Konkordat»). Mit der interkantonalen Koordination durch solche Vereinbarungen zusammenhängend ist das Instrument der (suspensiv) bedingten und in diesem Sinn subsidiären Bundeskompetenzen, also Gesetzgebungskompetenzen, die dem Bund nur unter einer zeitlich-sachlichen Bedingung zustehen: zeitlich erst dann, wenn die Kantone nicht (erfolgreich) gehandelt haben; sachlich nur insoweit, als die Kantone nicht tätig geworden (oder gescheitert) sind.⁷⁹ Illustrativ ist Art. 62 Abs. 4 BV betreffend die Harmonisierung des Schulwesens (siehe auch Art. 63 Abs. 5 BV betreffend die Koordination im Hochschulbereich).⁸⁰ Der

68. Art. 140 Abs. 1 lit. a und 142 Abs. 2 BV.

69. Statt vieler Biaggini, Art. 3 BV N. 7; CR-Martenet, Art. 3 BV N. 21.

70. Siehe etwa Reform der Bundesverfassung: Erläuterungen zum Verfassungsentwurf, Bern 1995, S. 68; SGK-Schweizer, Art. 3 BV N. 10; Rhinow/Schefer/Uebersax, N. 706.

71. So bspw. CR-Martenet, Art. 3 BV N. 21; vgl. auch Auer, N. 361.

72. Siehe auch Gonin, N. 729.

73. Biaggini, Art. 46 BV N. 3; BSK-Waldmann/Bortler, Art. 46 BV N. 6.

74. Ähnlich BGE 128 II 56, E. 6. a); SGK-Schweizer/Müller, Art. 5a BV N. 7.

75. SGK-Egli, Art. 46 BV N. 27; BSK-Waldmann/Bortler, Art. 46 BV N. 39.

76. SGK-Egli, Art. 46 BV N. 18; BSK-Waldmann/Bortler, Art. 46 BV N. 9.

77. Siehe BSK-Biaggini, Art. 43a BV N.15.

78. Siehe Botschaft NFA, S. 2306; SGK-Schweizer/Müller, Art. 43a BV N. 10; Schweizer, Verteilung, N. 7.

79. Biaggini, Vorb. zu Art. 42–135 BV N. 18; SGK-Schweizer, Art. 3 BV N. 20.

80. Vgl. ferner Art. 67 Abs. 2 BV, wonach der Bund kantonale Massnahmen zur ausserschulischen Arbeit mit Kindern und Jugendlichen ergänzend unterstützen kann. Dabei handelt es sich um eine parallele subsidiäre Kompetenz, siehe BVGE 2015/33, E. 3.1.

Bund übernimmt diese Harmonisierungsaufgabe nur unter der aufschiebenden Bedingung, dass die Kantone keine oder nur eine teilweise Harmonisierung erreichen.⁸¹

- 21 Zu Art. 43a Abs. 1 BV ist angesichts seines Wortlauts schliesslich klarzustellen, dass eine Aufgabe nicht nur schon deshalb die «Kraft der Kantone» übersteigt, weil der Bund sie im ökonomischen Sinn effizienter erbringen könnte.⁸² Gegen ein komparatives **Effizienzkriterium** spricht zunächst, dass dies dem Geist des Subsidiaritätsprinzips widersprechen würde: Effizienzkriterien drohen die Zentralisierung eher zu befördern, als einzudämmen. Wie das wenig wirksame Subsidiaritätsprinzip des EU-Rechts zeigt,⁸³ darf dies insbesondere dann nicht überraschen, wenn die zentrale Regelungsebene ermächtigt wird, die Effizienz einer zentralen und einer dezentralen Regelung zu vergleichen.⁸⁴ Ein komparatives Effizienzdenken läuft den Werten des Pluralismus und der Selbstbestimmung zuwider.⁸⁵ Ihnen dient das Subsidiaritätsprinzip (vgl. oben II.A.). Werden diese Werte geringgeschätzt, kann dies auch die vermeintlichen Effizienzgewinne von Zentralisierungsschritten zunichtemachen: «Aufoktroierte» Zentralisierungsschritte dürften regelmässig an ihrer fehlenden gesellschaftlichen Akzeptanz scheitern.
- 22 Das Subsidiaritätsprinzip lässt sich nicht mechanisch anwenden. Genau wie der Föderalismus «kooperativ»⁸⁶ – auf gutem, partnerschaftlichem Willen beruhende – Formen des Zusammenwirkens der Staatsebenen einschliesst, spielt auch die «gelebte» **Subsidiarität** im Bundesstaat eine nicht zu vernachlässigende Rolle.⁸⁷ Beispiele dafür sind namentlich Bundeskompetenzen, die der Bund nicht,⁸⁸ nur teilweise⁸⁹ oder erst nach einer gewissen zeitlichen Verzögerung⁹⁰ ausübt. Des Weiteren bleibt eine (moderate) «Rekantonalisierung», d.h. eine Stärkung der Kantonskompetenzen, grundsätzlich stets möglich, was auch geschah, als Art. 5a BV in die Verfassung aufgenommen wurde.⁹¹ Umgekehrt hat die Vergangenheit gezeigt, dass die Kantone mitunter gerne Entscheide dem Bund überlassen, die sie sonst treffen müssten. Das daraus resultierende Schwanken zwischen Zentralisierung und Dezentralisierung hilft, breit akzeptierte Lösungen zu finden; die Subsidiarität ist insofern auch ein

81. Siehe SGK-Ehrenzeller, Art. 62 BV N. 56.

82. SGK-Schweizer/Müller, Art. 43a BV N. 23; vgl. ferner Biaggini, Art. 43a BV N. 12. In der Tendenz wohl anders Botschaft NFA, S. 2459.

83. Art. 5(3) der konsolidierten Fassung des Vertrags über die Europäische Union, Abl. EU vom 7.6.2016, Nr. C 202, lautet: «Nach dem Subsidiaritätsprinzip wird die Union in den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können [Kriterium relativen Unvermögens der dezentralen Ebene], sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen [Kriterium der komparativen Effektivität der zentralen Ebene] sind.» Siehe Craig, S. 74; Moens/Trone, S. 158 ff.; Schütze, S. 91 ff. sowie die jährlichen Berichte der Kommission, zuletzt Annual Report from the Commission on the Application of the Principles of Subsidiarity and Proportionality and on Relations with National Parliaments vom 1.8.2022, COM(2022) 366 final. Die zitierte Literatur weist darauf hin, dass erhebliche Schwierigkeiten bei der Auslegung und Anwendung des Subsidiaritätsprinzips bestehen, dass der Europäische Gerichtshof bei der Durchsetzung des Subsidiaritätsprinzips ein ausserordentliches Mass an richterlicher Zurückhaltung an den Tag legt und dass der politische Mechanismus zur Sicherstellung der Subsidiarität der EU, das «Early Warning System», den Mitgliedstaaten zwar eine Stimme gibt, den Letztentscheid aber der europäischen Ebene belässt. Mit der Feststellung, dass ein Subsidiaritätsprinzip, das durch die zentrale – eben die subsidiäre – Ebene administriert wird, regelmässig wenig wirksam sein dürfte, geht natürlich keine Aussage darüber einher, wie die prinzipiell angestrebte Subsidiarität der EU zu bewerten ist.

84. Zum EU-System, siehe Fabbrini/Granat, S. 118 f.; ferner Walther, Kapitel 1, Text zu Fn. 135 ff. m.w.H.; vgl. auch Gonin, N. 957.

85. Ähnlich Voyame, S. 127 f.

86. Zum Begriff vgl. Häfelin, S. 572–576; ferner Jaag, S. 774.

87. Vgl. Hüglin, S. 326.

88. Bspw. Art. 63a Abs. 1 Satz 2 BV; SGK-Ehrenzeller/Sahlfeld, Art. 63a BV N. 24.

89. Bspw. Art. 74 Abs. 1 BV; siehe SGK-Morell/Vallender, Art. 74 BV N. 10 m.w.H.

90. Bis zum Erlass des Schweizerischen Strafgesetzbuch vom 21.12.1937, SR 311.0, ergingen Jahrzehnte, seit der Bund die entsprechende Kompetenz 1898 erhielt. Siehe SGK-Vest, Art. 123 BV N. 1 m.w.H.

91. Siehe Biaggini, Art. 135 BV N. 6; Wiederkehr/Mächler, Art. 135 BV N. 6; vgl. auch Auer, N. 369.

Vermittlungsmechanismus. Als Schattenseite davon sind etwa unklare Zuständigkeiten, regulatorische Flickenteppiche und mangelnde Handlungsfähigkeit bei zeitlicher Dringlichkeit zu nennen.⁹²

- 23 Eine abschliessende Betrachtung des Kontexts von Art. 5a BV muss schliesslich noch fragen, ob der Subsidiaritätsgedanke als solcher – Art. 5a BV dürfte höchstens analog wirken – nicht auch die **auswärtigen Beziehungen** der Schweiz anleiten könnte und sollte.⁹³ Die Schweiz hat sich ihre Verfassung «im Bestreben, ... Freiheit und Demokratie, *Unabhängigkeit* und Frieden in Solidarität und *Offenheit gegenüber der Welt* zu stärken», gegeben.⁹⁴ Auch hier scheint das Spannungsverhältnis zwischen Souveränität bzw. Eigenstaatlichkeit und Integration in zentrale bzw. übergeordnete Strukturen durch, sodass (politisch) zu diskutieren ist, unter welchen Bedingungen sich die Schweiz wie stark international einbringen und *einbinden* soll.⁹⁵ Die Grundgedanken des Subsidiaritätsprinzips dürften sich auch auf diese Problemstellung anwenden lassen.⁹⁶ Tatsächlich war die Schweiz eine treibende Kraft, als es darum ging, das Subsidiaritätsprinzip in der EMRK zu verankern (siehe oben N 6).⁹⁷ Wenn man sich bewusst macht, dass das konventionsrechtliche Subsidiaritätsprinzip hauptsächlich das Verhältnis zwischen dem internationalen Gerichtshof und den Staaten als politisch selbstverwaltete Gemeinwesen ordnet,⁹⁸ kann das kaum erstaunen. Die schweizerische Verfassungstradition weist der politischen Demokratie gegenüber der verfassungsgerichtlichen Kontrolle traditionellerweise eine vergleichsweise starke Rolle zu.⁹⁹ Die Diskussion um die Subsidiarität der europäischen Ebene des Konventionssystems lässt mithin Folgendes vermuten: Insbesondere Staaten, die dem demokratischen Prozess traditionellerweise grosses Gewicht zumessen, werden bis auf Weiteres darauf bestehen, internationalen Organisationen, denen sie beitreten, lediglich eine ausgesprochen subsidiäre – den Mitgliedstaaten nachgeordnete – Rolle zuzugestehen. Denn die demokratische Legitimation völkerrechtlicher Systeme und die politische Kontrolle über sie werden mangels ausgebauter überstaatlicher Demokratie noch länger primär von den Staaten herrühren.¹⁰⁰
- 24 Es fragt sich, was dies für das **Verhältnis der Schweiz zur Europäischen Union** bedeutet. Jedenfalls stellt sich die Diskussion um die angemessene Kompetenzverteilung hinsichtlich der Beziehung zu einer Rechtsordnung, die sich weniger als *inter-* denn als *supra-*national versteht und deren Recht Anwendungsvorrang vor dem Landesrecht¹⁰¹ beansprucht, verschärft. Der Brexit des Vereinigten Königreichs und die EU-Skepsis der Schweiz deuten darauf hin, dass Staaten mit einer ausgeprägten Tradition der Parlamentssuprematie bzw. der (indirekten) Volksdemokratie eben besonderen Wert auf eine ausgeprägte und wirksame EU-Subsidiarität legen. Demgegenüber gilt es Folgendes zu berücksichtigen: Die heutige Entwicklungsstufe der EU macht sie zu einer Organisation *sui generis*, auf die sich eine Subsidiaritätslogik, wie sie für andere zwischenstaatliche Organisationen passend erscheint, mutmasslich nicht sinnvoll übertragen lässt. Auch aus dem Verfassungsrecht föderaler Staaten bekannte Mechanismen zur Wahrung der bundesstaatlichen Subsidiarität dürften für die EU mangels ihrer Bundesstaatlichkeit nicht geeignet sein. Es zeigt sich hier also erneut, dass das

92. Vgl. Keller/Walther, S. 275, 277.

93. Vgl. Droege, Sp. 2420.

94. Präambel der BV.

95. Am Beispiel des europäischen Menschenrechtssystems eingehend Walther; vgl. auch Gonin, N. 4342 ff., 4444 ff.

96. Vgl. oben N. 6; Botschaft NFA, S. 2537; Koller, S. 675.

97. Siehe dazu Lambrecht, S. 273 f. und Milner, S. 30.

98. Siehe Walther, Kapitel 5.

99. Siehe namentlich Art. 148 Abs. 1 und Art. 190 BV.

100. Dazu Walther, Kapitel 10.

101. Sowie seine unmittelbare Anwendbarkeit in der landesrechtlichen Ordnung, siehe EuGH vom 15.7.1964, Rs. 6/64, Costa gegen ENEL, Slg. 1964, 1251, S. 1269 f.; EuGH vom 5.2.1963, Rs. 26/62, van Gend & Loos gegen Niederländische Finanzverwaltung, Slg. 1963, I, S. 24 ff.

Subsidiaritätsprinzip in unterschiedlichen Kontexten verschiedene Formen annehmen kann und hochgradig gestaltungsbedürftig ist. Deswegen ist auch kaum denkbar, dass die Aufnahme des Subsidiaritätsprinzips in künftige vertragliche Regelungen der bilateralen schweizerisch-europäischen Beziehungen den gordischen Knoten von hiesigen und europäischen «roten Linien» zu durchbrechen vermag; Aufgrund seiner grossen Unbestimmtheit dürften sich beide Seiten davor hüten, kontroverse Punkte mittels Verweis auf das Subsidiaritätsprinzip beiseite zu legen.¹⁰² Indes könnte sich die Schweiz intern dem Subsidiaritäts*gedanken* bedienen, um die innerstaatliche Diskussion über das Verhältnis zur EU argumentativ zu strukturieren. Das Subsidiaritätsprinzip könnte Hilfe leisten bei der Auslegung der zentralen Argumente für und wider eine weitere Einbindung in die überstaatlichen Strukturen des europäischen Projekts.

IV. KOMMENTAR I.E.S.

A. Anwendungsbereich

- 25 Der Anwendungsbereich von Art. 5a BV ist nach seinem Wortlaut auf *staatliche Aufgaben* beschränkt. Erfasst wird die staatliche Aufgabenerfüllung in allen Phasen der Rechtsetzung und Rechtsumsetzung.¹⁰³ Auch die «Auswärtigen Angelegenheiten» (Art. 54 ff. BV) werden umfasst,¹⁰⁴ haben doch Bund und Kantone auch hier zusammenzuwirken (siehe Art. 55 BV) und ihre jeweiligen Zuständigkeiten und Interessen zu achten (siehe insbesondere Art. 56 Abs. 1–2 BV).¹⁰⁵
- 26 Als Teil der Allgemeinen Bestimmungen der Bundesverfassung richtet sich Art. 5a BV an *alle drei Staatsebenen*. Zumindest prinzipiell betrifft er auch die Gemeinden bzw. das Verhältnis der Kantone zu ihnen.¹⁰⁶ Das Argument, die Beziehungen zwischen einem Kanton und seinen Gemeinden könnten nicht unter den bundesverfassungsrechtlichen Subsidiaritätsgrundsatz fallen, weil sie von der kantonalrechtlich ausgestalteten Gemeindeautonomie geprägt seien (siehe oben N. 15 in fine), ist nicht vollends schlüssig. Die Bundesverfassung (Art. 50 Abs. 1) garantiert die Gemeindeautonomie als justiziables verfassungsmässiges Recht,¹⁰⁷ deren Sinn und Zweck einen dreigliedrigen Staatsaufbau und damit die Existenz von Gemeinden voraussetzt, auch wenn sie die Frage, ob ein Kanton gänzlich auf die Gemeindeebene verzichten darf, nicht restlos klärt.¹⁰⁸ Zugegebenermassen geniessen die Gemeinden «nur» nach Massgabe des kantonalen Rechts Autonomie, doch sind sie nichtsdestotrotz als Staatsebene mit eigenen Zuständigkeiten (nicht aber individuell in ihrer Existenz¹⁰⁹) kraft Bundesrecht anerkannt bzw. nach der m.E. überzeugenderen Auffassung gar geschützt.¹¹⁰ Dieser Schutz dient einem Anliegen, der Gemeindedemokratie, der im dreigliedrigen Bundesstaat bürgernächsten Demokratiepraxis,¹¹¹ das mit der allgemeinen Logik des Subsidiaritätsgedankens

102. Der Subsidiaritätsbegriff erscheint weder im verworfenen Entwurf über das Institutionelle Abkommen noch in den Erläuterungen des Bundesrates dazu noch in den universitären Gutachten zu Alternativen im Verhandlungsprozess. Alle verfügbar unter <https://www.eda.admin.ch/europa/de/home/europapolitik/ueberblick/institutionelles-abkommen.html>, besucht am 22.8.2022.

103. SGK-Schweizer/Müller, Art. 5a BV N. 25.

104. SGK-Schweizer/Müller, Art. 5a BV N. 23; Waldmann, S. 180 f.; a.A. CR-Bellanger, Art. 5a BV N. 28; ersterer und herrschender Auffassung aber auch CR-Maroonian/Kolb, Art. 54 BV N. 25; CR-Maroonian/Kolb, Art. 56 BV N. 26 m.w.H.

105. Siehe auch das Bundesgesetz über die Mitwirkung der Kantone an der Aussenpolitik des Bundes vom 22.12.1999, SR 138.1.

106. Botschaft NFA, S. 2458; eingehend Bellanger, CR, N. 20–26 zu Art. 5a BV; siehe auch Biaggini, BV Kommentar, N. 10 zu Art. 5a BV; Schweizer/Müller, St. Galler Kommentar, N. 13 f. zu Art. 5a BV; Tschannen, N. 737.

107. Statt vieler bspw. BGE 143 II 553, E. 6.3.1; vgl. auch Richli, Zweck, S. 273 f.

108. Verneinend SGK-Kägi-Diener, Art. 50 BV N. 9 f.; BSK-Meyer, Art. 50 BV N. 26; Meyer, Gemeindeautonomie, S. 285–287; bejahend Biaggini, Art. 50 BV N. 3; CR-Thévenaz, Art. 50 BV N. 14; ferner Bundesamt für Justiz, Strukturreform im Kanton Schaffhausen; Zulässigkeit der Übertragung der Aufgaben der Gemeinden an den Kanton: Gutachten vom 12.12.2014, VPB 1 (2015) vom 30.3.2015, S. 3; m.E. lässt BGE 128 I 3, E. 2. a), die Frage offen.

109. BGE 131 I 91, E. 2.

übereinstimmt.¹¹² Der Auffassung, dass (auch) Art. 50 Abs. 1 BV¹¹³ das Subsidiaritätsprinzip ausführt,¹¹⁴ ist demnach zu folgen. Damit wird nicht negiert, dass es dem kantonalen Recht obliegt, die Tragweite der Gemeindeautonomie zu bestimmen.¹¹⁵ Die Übersicht über das kantonale Recht bei Bellanger bestätigt dies: Die Subsidiaritätsprinzipien der kantonalen Verfassungen stimmen weitgehend mit dem Verständnis, das Art. 5a BV in diesem Kontext zukommt, überein,¹¹⁶ sodass daraus eine politische Rechtfertigungspflicht kantonomer Kompetenzerweiterungen folgt (vgl. unten N. 35).¹¹⁷

- 27 Nicht adressiert von Art. 5a BV werden der Einzelne und die Gesellschaft.¹¹⁸ Das Subsidiaritätsprinzip des Art. 5a BV ist nur auf das staatliche Tätigwerden anwendbar (siehe oben N. 25 f.).¹¹⁹ In Abgrenzung vom die staatlichen (und überstaatlichen) Regelungsebenen betreffenden Subsidiaritätsprinzip ist manchmal von einem «gesellschaftspolitischen» Subsidiaritätsprinzip die Rede, das sich auf **die Beziehung des Einzelnen und der Zivilgesellschaft zum Staat** bezieht und vorsieht, dass der Staat nur eingreift, wenn die zivilgesellschaftlichen Bemühungen nicht ausreichen.¹²⁰ Soweit diesbezüglich auf Art. 6 und 41 Abs. 1 BV, die die Verantwortung jeder Person für sich und ihren Beitrag an Staat und Gesellschaft betonen, verwiesen wird, ist die rechtliche Verankerung dieses gesellschaftspolitischen Subsidiaritätsprinzips leicht erkennbar.¹²¹ Indes droht die Benennung weiterer Bestimmungen wie etwa die der Chancengleichheit (Art. 2 Abs. 3 BV) als Aspekte eines verfassungsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips¹²² dieses zu überdehnen. Wenn man (und dies dürfte unstrittig sein) annimmt, dass der Staat letztlich immer dem Einzelnen dienen soll,¹²³ muss jedes Staatshandeln in einem weit verstandenen «Hilfsbedürfnis» Einzelner wurzeln.¹²⁴ So lässt sich praktisch jede Verfassungsbestimmung in den Kontext des Subsidiaritätsgedankens stellen, einschliesslich der Grundrechte¹²⁵ qua den Staat zugunsten individueller Eigeninitiative in Schranken weisende Grundsätze des liberalen Verfassungsstaates.¹²⁶ Das erinnert daran, dass dem Subsidiaritätsgedanken eine Auffassung über die Grundstruktur der gesellschaftlichen Wirklichkeit zugrunde liegt (siehe oben N. 3). Der normative Nutzen einer exzessiven Verwendung des Subsidiaritätsbegriffs für allerlei verfassungsrechtliche Vorkehrungen dürfte aber gering, wenn nicht sogar negativ sein.

110. Für letztere (weiterreichende) Auffassung CR-Bellanger, Art. 5a BV N. 22; eingehend Meyer, Gemeindeautonomie; dafürsprechend auch Art. 2 Europäische Charta der kommunalen Selbstverwaltung vom 15.10.1985, in Kraft getreten für die Schweiz am 1.6.2005, SR 0.102; nuanciert SGK-Schweizer/Müller, Art. 5a BV N. 13; vgl. zum weiteren Meinungsstand die Nachweise in Fn. 108.

111. BGE 109 Ia 173, E. 3 (Gemeinden als «Grundzellen» des demokratischen Staats); siehe auch Seiler, N. 39 m.w.H.

112. Ähnlich SGK-Schweizer/Müller, Art. 5a BV N. 13 f.

113. Was die unmittelbare Beziehung zwischen Bund und Gemeinden anbelangt auch Art. 50 Abs. 2 BV, siehe Bellanger, Communes, N. 23.

114. CR-Bellanger, Art. 5a BV N. 21; vgl. Richli, Gehalt, S. 578.

115. Siehe CR-Bellanger, Art. 5a BV N. 21; vgl. Rhinow/Schefer/Uebersax, N. 597; Tschannen, N. 735–737.

116. CR-Bellanger, Art. 5a BV N. 23 f. m.H.

117. CR-Bellanger, Art. 5a BV N. 26.

118. Botschaft NFA, S. 2457; Biaggini, Art. 5a BV N. 8; SGK-Schweizer/Müller, Art. 5a BV N. 7.

119. So auch BVGE 2015/33, E. 3.1.

120. SGK-Schweizer/Müller, Art. 5a BV N. 7; siehe auch CR-Bellanger, Art. 5a BV N. 11; vgl. noch zur alten BV, Richli, Zweck, S. 272 f.

121. Siehe auch BVGE 2015/33, E. 3.3; ferner Rhinow/Schefer/Uebersax, N. 220 ff.

122. Richli, Zweck, S. 281 f.; SGK-Schweizer/Müller, Art. 5a BV N. 7; vgl. auch SGK-Bigler-Eggenberger/Schweizer, Art. 41 BV N. 22 ff. Die Idee, besonders deutlich bei Richli, ist, dass der Staat in Bereichen aktiv werden muss, wo die Chancengleichheit ohne staatliches Zutun nicht verwirklicht wird.

123. Prägnant Besson, S. 361; siehe auch Botschaft BV, S. 141; SGK-Mastronardi, Art. 7 BV N. 20; Müller, N. 27–30; Isensee, S. 143; vgl. ferner BGE 132 I 49, E. 5.1; BSK-Belser, Art. 2 BV N. 20; CR-Papaux/Martenet, Art. 2 BV N. 25.

124. Vgl. Baumgartner, S. 15; Isensee, S. 136 f.

125. So etwa Stadler, S. 81.

126. Siehe auch Droege, Sp. 2420; Isensee, S. 161–165; Koller, S. 679.

- 28 Hingegen ist das Subsidiaritätsprinzip relevant für die Frage, ob und gegebenenfalls in welchem Rahmen der Staat in einem Bereich zukünftig tätig werden soll. Es bezeichnet zumindest dem Grundsatz nach die Staatsebene, die dafür zuständig ist, zu beurteilen und zu entscheiden, ob das Tätigwerden der öffentlichen Hand überhaupt erforderlich ist.¹²⁷ Dies darf aber nicht als Präferenz des in Art. 5a BV verankerten Subsidiaritätsprinzips für die Förderung privater Selbstregulierung, die Delegation von Staatsaufgaben an Private oder ähnliche **Rückzugsstrategien des Staates** verstanden werden: Art. 5a BV äussert sich nicht dazu (vgl. aber Art. 6 BV, dazu oben N. 27, und, was die Wirtschaft anbelangt, Art. 94 BV mit dem Grundsatzentscheid für eine freiheitliche, private, am Wettbewerb ausgerichtete Marktordnung).¹²⁸

B. Zweck und Funktionsweise

- 29 Das Subsidiaritätsprinzip im Allgemeinen und in Art. 5a BV dient der *Selbstbestimmung und dem Pluralismus* (vgl. oben N. 3 ff.). Im Schweizer Verfassungsstaat bezweckt es mithin den Schutz der dezentralen Demokratie und damit der politischen Freiheit und der Bürgernähe, der kulturellen, sprachlichen und ethnischen Diversität sowie des (damit einhergehenden) Wettbewerbs verschiedener Wirtschaftsstandorte, Steuersysteme etc.¹²⁹
- 30 Dazu stellt Art. 5a BV zunächst eine **Kompetenzverteilungsregel** auf, die der Aufgabenzuweisung an die Staatsebenen dient.¹³⁰ Freilich wurde Art. 5a wie auch Art. 43a BV zu offen abgefasst, um die Aufgabenverteilung im Bundesstaat «feinsteuern» zu können¹³¹ (siehe unten N. 34 ff.).
- 31 Entgegen den begriffsgeschichtlichen Wurzeln der Subsidiarität (siehe oben N. 2) statuiert Art. 5a BV keine (Hilfs-)Pflicht des Bundes, Aufgaben von den Kantonen zu übernehmen (vgl. unten N. 36).¹³² Nebst der Frage, «ob» eine Bundeskompetenz angezeigt ist, betrifft Art. 5a BV auch die Frage, «wie» eine Bundeskompetenz ausgestaltet und ausgeübt werden soll.¹³³ Die Bestimmung ist also auch eine das Ermessen anleitende **Kompetenzausübungsregel**, die es bei der Aufgabenerfüllung zu beachten gilt.¹³⁴ Insbesondere hält das Subsidiaritätsprinzip den Bund bzw. seine Organe dazu an, seine Kompetenzen möglichst schonend auszuüben:¹³⁵ Ausschliessliche Bundeskompetenzen sind zu vermeiden, wenn der Bund eine Aufgabe auch konkurrierend mit oder parallel zu Kantonskompetenzen wahrnehmen kann¹³⁶ oder wenn eine Bundesgrundsatzkompetenz ausreicht.¹³⁷ Allerdings ist Art. 5a selbst in Verbindung mit Art. 43a BV zu wenig konkret, um als «harte» (verbotsartige) Kompetenzausübungsschranke zu funktionieren¹³⁸ (vgl. unten N. 34 ff.).
- 32 Schliesslich gilt es zu beachten, was Art. 5a BV *nicht* ist. Es handelt sich beim Subsidiaritätsprinzip nicht um eine selbstständige, die herkömmlichen Elemente der **Verfassungsinterpretation** übersteuernde Auslegungsregel, die generell eine restriktive Auslegung von Bundeskompetenzen verlangen würde.¹³⁹ Immerhin ist der Subsidiaritätsgedanke als Ausfluss des für den schweizerischen Staat strukturgebenden föderalen Staatsaufbaus ergänzend beizuziehen, wenn der Umfang von

127. CR-Bellanger, Art. 5a BV N. 33.

128. Siehe BGE 138 I 378, E. 8.4; CR-Bellanger, Art. 5a BV N. 35–37 m.w.H.

129. Siehe SGK-Schweizer/Müller, Art. 5a BV N. 10; ähnlich CR-Bellanger, Art. 5a BV N. 6; vgl. auch Stadler, S. 159.

130. Biaggini, Art. 5a BV N. 9.

131. Ehrenzeller/Ehrenzeller, S. 54 f.; SGK-Schweizer/Müller, Art. 5a BV N. 17; SGK-Schweizer/Müller, Art. 5a BV N. 9; siehe auch Biaggini, Art. 5a BV N. 11.

132. SGK-Schweizer/Müller, Art. 5a BV N. 18; Tschannen, N. 729.

133. Urteil BGer 1C_307/2020 vom 16.6.2021, E. 4.2 («Zuweisung und Erfüllung staatlicher Aufgaben»).

134. Biaggini, Art. 5a BV N. 9.

135. Siehe Ehrenzeller/Ehrenzeller, S. 56; Biaggini, Art. 5a BV N. 11.

136. SGK-Schweizer/Müller, Art. 5a BV N. 19; siehe auch CR-Bellanger, Art. 5a BV N. 29 f.

137. Siehe Schweizer/Müller, St. Galler Kommentar, N. 24 zu Art. 5a BV; siehe auch Bellanger, CR, N. 31 zu Art. 5a BV.

138. Schweizer/Müller, St. Galler Kommentar, N. 22 zu Art. 5a BV.

Bundeskompetenzen zu bestimmen ist.¹⁴⁰ Ist eine Kompetenznorm verschieden deutbar, kann es angezeigt sein, derjenigen Deutungsmöglichkeit den Vorzug zu geben, die Art. 5a BV am besten gerecht wird.¹⁴¹ Allgemein ausgedrückt: Art. 5a BV ist als Teil des Gesamtkontexts der Bundesverfassung bei der Herstellung praktischer Konkordanz innerhalb der Verfassungsbestimmungen zu berücksichtigen.

- 33 Anzumerken bleibt, dass das Subsidiaritätsprinzip sowohl die subsidiäre wie auch die primäre Ebene adressiert: In der Schweiz liegt es (ebenso) in der **Verantwortung** der Kantone (und der Gemeinden) wie des Bundes (und der Kantone), einer Zentralisierung vorzubeugen.¹⁴² Die Subsidiaritätsidee kann nur reüssieren, wenn sie *sowohl* nach einer negativen (hemmenden) *als auch* nach einer positiven (ermächtigenden) Logik funktioniert.¹⁴³

C. Normativer Gehalt

- 34 Beim Subsidiaritätsprinzip von Art. 5a BV handelt es sich nicht lediglich um einen programmatischen Grundsatz. Art. 5a BV stellt einen *Rechtsgrundsatz* auf, wenn auch einen inhaltlich offenen, der hochgradig auslegungsbedürftig ist¹⁴⁴ und den die politischen Behörden zu konkretisieren haben (siehe unten N. 35 ff.). Dies ist bis heute kaum erfolgt; insbesondere ist der Art. 5a BV konkretisierende Art. 43a BV selber zu offen, um diese Leistung hinreichend erbringen zu können.¹⁴⁵ Die Fragen, wann eine Angelegenheit einer einheitlichen Regelung durch den Bund bedarf bzw. wann die Kraft der Kantone nicht ausreicht, um eine Staatsaufgabe zufriedenstellend zu erfüllen, sind Wertungsfragen, die letztlich nur politisch beantwortet werden können.¹⁴⁶ Eine allgemeine rechtliche Konkretisierung des Subsidiaritätsgrundsatzes von Art. 5a BV ist deshalb auch für die Zukunft kaum zu erwarten.
- 35 Gerade deswegen dürfte Einigkeit darüber bestehen, dass es sich beim Subsidiaritätsgrundsatz um ein *prozedurales bzw. institutionelles Prinzip* handelt:¹⁴⁷ Er macht keine materiellen Vorgaben, sondern stellt die von ihm adressierten Organe – primär den Bundesgesetzgeber und die kantonalen Verfassungs- und Gesetzgeber (vgl. oben N. 26) – unter einen erhöhten «Rechtfertigungs- und Begründungszwang».¹⁴⁸ Seine hauptsächliche Bedeutung liegt mithin darin, dass Behördenvorlagen im Anwendungsbereich von Art. 5a BV (vgl. oben N. 25 f.) einer besonderen politischen Rechtfertigung bedürfen.¹⁴⁹ Zudem sind Entscheide, eine Aufgabe bzw. ihre Erfüllung zu zentralisieren, periodisch auf ihre fortdauernde Rechtfertigung zu prüfen.¹⁵⁰
- 36 Der **Bundesverfassungsgeber**, Volk und Stände, wird durch Art. 5a BV nicht in einem Sinne gebunden, der diese Bestimmung zu einer Schranke zulässiger Verfassungsänderungen machen würde.¹⁵¹ Immerhin tut der Verfassungsgeber gut daran, den Subsidiaritätsgrundsatz als «staatspolitische

139. Biaggini, Art. 5a BV N. 13; SGK-Schweizer/Müller, Art. 5a BV N. 29; vgl. auch BSK-Biaggini, Art. 5a BV N. 33; CR-Bellanger, Art. 5a BV N. 19; Häfelin et al., N. 1075.

140. SGK-Schweizer/Müller, Art. 5a BV N. 29; zustimmend Biaggini, Art. 5a BV N. 13; ähnlich CR-Bellanger, Art. 5a BV N. 19; Häfelin et al., N. 1075. Eingehend zum (möglichen) Leistungspotential des Subsidiaritätsgedankens bei der Verfassungsauslegung Würtenberger, S. 203–212.

141. Ehrenzeller/Ehrenzeller, S. 44.

142. SGK-Schweizer/Müller, Art. 5a BV N. 11.

143. Vgl. Stadler, S. 97 ff.

144. Biaggini, Art. 5a BV N. 12; SGK-Schweizer/Müller, Art. 5a BV N. 16.

145. Biaggini, Art. 43a BV N. 2; SGK-Schweizer/Müller, Art. 43a BV N. 8 f.

146. Vgl. Baumgartner, S. 18.

147. Biaggini, Art. 5a BV N. 12 bzw. CR-Bellanger, Art. 5a BV N. 15; SGK-Schweizer/Müller, Art. 5a BV N. 10; vgl. auch Richli, Zweck, S. 275.

148. Siehe Botschaft NFA, S. 2340; Koller, S. 696; vgl. Biaggini, Art. 5a BV N. 12; ferner CR-Bellanger, Art. 5a BV N. 26.

149. Richli, Gehalt, S. 80; SGK-Schweizer/Müller, Art. 5a BV N. 21.

150. SGK-Schweizer/Müller, Art. 5a BV N. 28.

Maxime»¹⁵² zu berücksichtigen, wenn er eine kohärente Gesamtverfassungsordnung anstrebt, die die verschiedenen Strukturprinzipien der Verfassungsordnung gleichermassen achtet.¹⁵³ Das für Verfassungsänderungen erforderliche Ständemehr (Art. 140 Abs. 1 Bst. a und Art. 142 Abs. 2 BV) verhindert zudem, dass entgegen dem Willen einer Mehrheit der Kantone zusätzliche Bundeskompetenzen geschaffen und damit Zentralisierungsschritte unternommen werden.¹⁵⁴

- 37 Im Einzelfall ist die Anwendung von Art. 5a BV eine politische Frage (vgl. unten N. 38).¹⁵⁵ *Hauptadressat* ist der **Bundesgesetzgeber**, der verfassungsmässige Bundeskompetenzen in einer die kantonalen Kompetenzen schonenden Art ins Bundesgesetzesrecht zu übertragen hat.¹⁵⁶ Dabei ist er allerdings immer nur soweit frei, wie es ihm die Verfassung anheimstellt, Bundeskompetenzen wahrzunehmen und auszugestalten (beispielsweise bei Grundsatzgesetzgebungskompetenzen des Bundes¹⁵⁷ oder konkurrierenden Bundeskompetenzen).¹⁵⁸ Für den dem Bundesgesetzgeber nachgeordneten Bundesverordnungsgeber gilt grundsätzlich das Gleiche.¹⁵⁹ Für den Bundesverfassungsgeber kann Art. 5a BV nicht mehr als eine Art politisches Bekenntnis darstellen: Wie jede Verfassungsbestimmung wirkt Art. 5a BV aus der Perspektive des Verfassungsgebers lediglich als eine Selbstbindung (siehe oben N. 26). Auf der kantonalen Ebene werden viele Behörden bereits durch das kantonale Recht dazu angehalten, das Subsidiaritätsprinzip zu beachten. Viele Kantonsverfassungen verfügen über einen Subsidiaritätsartikel (siehe oben N. 26), oder sie anerkennen den Kerngedanken der Subsidiarität implizit.¹⁶⁰ Fehlt eine entsprechende Bestimmung ist dieses Schweigen als Verweis auf Art. 5a BV zu verstehen.¹⁶¹ Mithin gilt für jeden Kanton, dass er die Beziehungen zu seinen Gemeinden am Subsidiaritätsprinzip auszurichten hat.

D. Fehlende Justiziabilität

- 38 Der Subsidiaritätsgrundsatz von Art. 5a BV gilt gemeinhin als *nicht justiziabel*.¹⁶² Sein Gehalt ist zu vage, um sich für eine gerichtliche Beurteilung zu eignen.¹⁶³ Die Gerichte können seine Beachtung durch die Bundesbehörden nicht kontrollieren; Art. 5a BV verleiht keine einklagbaren Rechte.¹⁶⁴ Dies entspricht der allgemeinen verfassungspolitischen Entscheidung der Schweiz zugunsten einer Parlamentssuprematie.¹⁶⁵ Selbst wenn den vereinzelt Lehrmeinungen, die für die Justiziabilität von Art. 5a BV einstehen, gefolgt würde, würde Art. 190 BV eine verfassungsgerichtliche Kontrolle des Bundesgesetzgebers ausschliessen; sogar dem Bundesgericht ist es untersagt, Bundesgesetze nicht anzuwenden, wenn sie seiner Beurteilung zufolge verfassungswidrig sind («Anwendungsgebot»).¹⁶⁶

151. Bellanger, Art. 5a BV N. 19; Biaggini, Art. 5a BV N. 13; siehe auch Rhinow/Schefer/Uebersax, N. 602; wohl a.A. Richli, Gehalt, S. 81.

152. So Botschaft NFA, S. 2458; siehe auch BGE 138 I 378, E. 8.4.

153. Vgl. Ehrenzeller/Ehrenzeller, S. 55; Koller, S. 678; zustimmend Biaggini, Art. 5a BV N. 13. Siehe auch CR-Bellanger, Art. 5a BV N. 19.

154. Siehe auch Biaggini, Art. 5a BV N. 13; Koller, S. 682; Tschannen, N. 728.

155. CR-Bellanger, Art. 5a BV N. 16.

156. Siehe Botschaft NFA, S. 2458; Biaggini, Art. 5a BV N. 13; vgl. SGK-Schweizer/Müller, Art. 5a BV N. 21 f.

157. Siehe auch Gonin, N. 730.

158. CR-Bellanger, Art. 5a BV N. 33; Biaggini, Art. 5a BV N. 13; SGK-Schweizer/Müller, Art. 5a BV N. 24.

159. Biaggini, Art. 5a BV N. 13; SGK-Schweizer/Müller, Art. 5a BV N. 26.

160. Siehe bspw. § 60 der Verfassung des Kantons Basel-Stadt vom 23.3.2005, SR 131.222.1; Art. 138 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Waadt vom 14.4.2003, SR 131.231; Art. 69 der Verfassung des Kantons Wallis vom 8.3.1907, SR 131.232. Alle Kantonsverfassungen sind abrufbar unter <https://www.fedlex.admin.ch/de/cc/internal-law/13>, besucht am 22.8.2022.

161. CR-Bellanger, Art. 5a BV N. 25.

162. Dezidiert anderer Meinung («Die Justiziabilität lässt sich kaum noch leugnen.») ist Richli, Gehalt, S. 68; zustimmend Waldmann, S. 208 f.

163. Biaggini, Art. 5a BV N. 14; SGK-Schweizer/Müller, Art. 5a BV N. 16.

164. BVGE 2015/33, E. 3.1; CR-Bellanger, Art. 5a BV N. 19.

165. Siehe Botschaft NFA, S. 2458; BSK-Biaggini, Art. 5a BV N. 37–39.

Wenigstens erlaubt es Art. 190 BV dem Bundesgericht, Bundesgesetze rechtsfolgenlos auf ihre Verfassungsmässigkeit zu prüfen (kein «Prüfungsverbot»¹⁶⁷). Auch die Frage, ob das Bundesgericht eine Verletzung des Subsidiaritätsprinzips auf Autonomiebeschwerde einer Gemeinde hin feststellen könnte, ist zu verneinen. Art. 5a BV kann als programmatisches Fundament der Gemeindeautonomie von Art. 50 Abs. 1 BV verstanden werden, doch folgt aus der Verbindung dieser zwei Bestimmungen nicht die Justiziabilität des Subsidiaritätsgrundsatzes; die Konkretisierung der Gemeindeautonomie unter Anleitung durch die Subsidiarität qua staatspolitische Maxime bleibt in der politischen Verantwortung der Kantone.¹⁶⁸ Das Bundesgericht könnte mithin bestenfalls einen moralischen Appell, dem Subsidiaritätsgedanken von Art. 5a BV hinreichend Rechnung zu tragen, an die politischen Verantwortungsträger richten.¹⁶⁹ Nach dem Gesagten erstaunt es nicht, dass Art. 5a BV in der bundesgerichtlichen Praxis bislang kaum Beachtung gefunden hat.¹⁷⁰

- 39 Für den Moment bleibt die konkretisierende Anwendung des Subsidiaritätsprinzips damit **Sache der Politik**. Immerhin können ihr die Wissenschaften zuarbeiten.¹⁷¹

Zum Autor

Reto Walther, Dr. iur., Jurist, Bundesamt für Justiz, hat im Staats-, Verwaltungs- und Völkerrecht publiziert und gelehrt. Zurzeit arbeitet er auf der Grundlage seiner Dissertation am Buchprojekt «Subsidiarity, Legitimacy, and the European Court of Human Rights» für Oxford University Press.

EMPFOHLENE WEITERFÜHRENDE LEKTÜRE

Blickle Peter/Hügli Thomas O./Wyduckel Dieter (Hrsg.), Subsidiarität als rechtliches und politisches Ordnungsprinzip in Kirche, Staat und Gesellschaft: Genese, Geltungsgrundlagen und Perspektiven an der Schwelle des dritten Jahrtausends, Berlin 2002, S. 475 ff.

Evans Michelle/Zimmermann Augusto (Hrsg.), Global Perspectives on Subsidiarity, Dordrecht u.a. 2014.

Fleming James E./Levy Jacob T. (Hrsg.), Federalism and Subsidiarity (Nomos LV), New York 2014.

Häberle Peter, Das Prinzip der Subsidiarität aus der Sicht der vergleichenden Verfassungslehre, Archiv des öffentlichen Rechts 119 (1994), S. 169 ff.

Millon-Delsol Chantal, L'État subsidiaire – Ingérence et non-ingérence de l'Etat: Le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne, Paris 1992.

Nörr Knut Wolfgang/Oppermann Thomas (Hrsg.), Subsidiarität: Idee und Wirklichkeit, Tübingen 1997, S. 49 ff.

Saladin Peter, Bund und Kantone: Autonomie und Zusammenwirken im schweizerischen Bundesstaat, ZSR 103 (1984-II), S. 433 ff.

166. Siehe auch Biaggini, Art. 5a BV N. 14; ferner Aubert, S. 14.

167. BGE 136 I 65, E. 3.2; 129 II 249, E. 5.4; eingehend Looser, N. 343 ff. m.w.H.

168. Siehe Botschaft NFA, S. 2458; SGK-Kägi-Diener, Art. 50 BV N. 8, 12 f.; BSK-Meyer, Art. 50 BV N. 30.

169. Vgl. Biaggini, Art. 50 BV N. 3.

170. Einzig BGE 138 I 378, E. 8.4 (gesellschaftspolitische Subsidiarität i.S.v. einem «wirtschaftspolitischen Leitbild»); Urteil BGer 1C_307/2020 vom 16.6.2021, E. 4.2.

171. So schon Stadler, S. 170 f.

BIBLIOGRAFIE

Abderhalden Ursula, Die Geschichte des schweizerischen Bundesstaates, in: Hänni Peter (Hrsg.), Schweizerischer Föderalismus und europäische Integration: Die Rolle der Kantone in einem sich wandelnden Kontext, Zürich 2000, S. 5 ff.

Aroney Nicholas, Subsidiarity in the Writings of Aristotle and Aquinas, in: Evans Michelle/Zimmermann Augusto (Hrsg.), Global Perspectives on Subsidiarity, Dordrecht u.a. 2014, S. 9 ff.

Aubert Jean-François, Le principe de subsidiarité dans la Constitution fédérale de 1999, in: Bolle Pierre-Henri (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Henri-Robert Schüpbach, Basel/Genf/München 2000, S. 3 ff.

Auer Andreas, Staatsrecht der Kantone, Bern 2016.

Bates Ed, Activism and Self-Restraint: the Margin of Appreciation's Strasbourg Career... Its «Coming of Age»? , Human Rights Law Journal 36 (2016), S. 261 ff.

Baumgartner Alois, «Jede Gesellschaftstätigkeit ist ihrem Wesen nach subsidiär»: Zur anthropologischen und theologischen Begründung der Subsidiarität, in: Nörr Knut Wolfgang/Oppermann Thomas (Hrsg.), Subsidiarität: Idee und Wirklichkeit, Tübingen 1997, S. 13 ff.

Bellanger François, Communes et villes, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. 1, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 753 ff. (zit. Communes).

Bellanger François, Kommentar zu Art. 5a, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand: Constitution fédérale, Basel 2021.

Belser Eva Maria, Kommentar zu Art. 2, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015.

Besson Samantha, The Authority of International Law – Lifting the State Veil, Sydney Law Review 31 (2009), S. 343 ff.

Biaggini Giovanni, Kommentar zu Art. 43a, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015.

Biaggini Giovanni, Kommentar zu Art. 5a, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015.

Biaggini Giovanni, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz, in: von Bogdandy Armin/Grabenwarter Christoph/Huber Peter M. (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum: Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa: Institutionen, Heidelberg 2016, S. 573 ff. (zit. Verfassungsgerichtsbarkeit).

Biaggini Giovanni, BV Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. BV Kommentar).

Bigler-Eggenberger Margrith/Schweizer Rainer J., Kommentar zu Art. 41, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Boadway Robin/Shah Anwar, Fiscal Federalism: Principles and Practice of Multiorder Governance, Cambridge 2009.

Broude Tomer/Shany Yuval, Introduction, in: Broude Tomer/Shany Yuval (Hrsg.), *The Shifting Allocation of Authority in International Law: Considering Sovereignty, Supremacy and Subsidiarity*, Oxford 2008, S. 1 ff.

Burckhardt Walther, *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874*, 3. Aufl., Bern 1931.

Cahill Maria, *Theorizing Subsidiarity: Towards an Ontology-Sensitive Approach*, *International Journal of Constitutional Law* 15 (2017), S. 201 ff.

Cass Deborah Z., *The Word that Saves Maastricht? The Principle of Subsidiarity and the Division of Powers within the European Community*, *Common Market Law Review* 29 (1992), S. 1107 ff.

Chaplin Jonathan, *Subsidiarity and Social Pluralism*, in: Evans Michelle/Zimmermann Augusto (Hrsg.), *Global Perspectives on Subsidiarity*, Dordrecht u.a. 2014, S. 65 ff.

Craig Paul, *Subsidiarity: A Political and Legal Analysis*, *Journal of Common Market Studies* 50 (2012), S. 72 ff.

Droege Michael, *Subsidiarität (J.)*, in: Heun Werner et al. (Hrsg.), *Evangelisches Staatslexikon: Neuausgabe*, Stuttgart 2006, Sp. 2415–2422.

Egli Patricia, *Kommentar zu Art. 46*, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), *St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung*, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Ehrenzeller Bernhard, *Kommentar zu Art. 62*, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), *St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung*, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Ehrenzeller Bernhard/Ehrenzeller Kaspar, *«L'amour de la complexité» im Bundesstaat Schweiz – Kompetenzzuteilung und Kompetenzwahrnehmung in Bund und Kantonen*, in: Gamper Anna et al. (Hrsg.), *Föderale Kompetenzverteilung in Europa*, Baden-Baden 2016, S. 31 ff.

Ehrenzeller Bernhard/Sahlfeld Konrad, *Kommentar zu Art. 63a*, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), *St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung*, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Epiney Astrid, *Subsidiarität als verfassungsrechtlicher Grundsatz*, in: *Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung: Rapports suisses présentés au XIVème Congrès international de droit comparé*, Zürich 1994, S. 9 ff.

Fabbrini Federico/Granat Katarzyna, *“Yellow Card, but no Foul”: The Role of the National Parliaments Under the Subsidiarity Protocol and the Commission Proposal for an EU Regulation on the Right to Strike*, *Common Market Law Review* 50 (2013), S. 115 ff.

Feichtner Isabel, *Subsidiarity*, in: Peters Anne/Wolfrum Rüdiger (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, zuletzt aktualisiert: Oktober 2007, Oxford, <www.mpepil.com>, besucht am 22. August 2022

Finnis John, *Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory*, Oxford 1998.

Fleiner Thomas/Misic Alexander, *Föderalismus als Ordnungsprinzip der Verfassung*, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zürich 2001, S. 429 ff.

Føllesdal Andreas, *Survey Article: Subsidiarity*, *Journal of Political Philosophy* 6 (1998), S. 190 ff. (zit. Subsidiarity).

Føllesdal Andreas, Competing Conceptions of Subsidiarity, in: Fleming James E./Levy Jacob T. (Hrsg.), Federalism and Subsidiarity, Nomos LV, New York 2014, S. 214 ff. (zit. Competing Conceptions).

Gonin Luc, Droit constitutionnel suisse, Zürich 2021.

Häfelin Ulrich, Der kooperative Föderalismus in der Schweiz, ZSR 88 (1969-II), S. 549 ff.

Häfelin Ulrich et al., Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020.

Hüglin Thomas O., Föderalismus und Subsidiarität, in: Blickle Peter/Hüglin Thomas O./Wyduckel Dieter (Hrsg.), Subsidiarität als rechtliches und politisches Ordnungsprinzip in Kirche, Staat und Gesellschaft: Genese, Geltungsgrundlagen und Perspektiven an der Schwelle des dritten Jahrtausends, Berlin 2002, S. 325 ff.

Isensee Josef, Subsidiarität – Das Prinzip und seine Prämissen, in: Blickle Peter/Hüglin Thomas O./Wyduckel Dieter (Hrsg.), Subsidiarität als rechtliches und politisches Ordnungsprinzip in Kirche, Staat und Gesellschaft: Genese, Geltungsgrundlagen und Perspektiven an der Schwelle des dritten Jahrtausends, Berlin 2002, S. 129 ff.

Jaag Tobias, Kooperativer Föderalismus – Verstärkte Zusammenarbeit im Bundesstaat, AJP 2013, S. 774 ff.

Kägi-Diener Regula, Kommentar zu Art. 50, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Keller Helen/Walther Reto, 20 Jahre «neue» Bundesverfassung: Plus ça change, plus c'est la même chose?, ZSR 140 (2021), S. 259 ff.

Knapp Blaise, Die Aktualität des Föderalismus und die Notwendigkeit seiner Modernisierung, in: Konferenz der Kantonsregierungen (Hrsg.), Verfassungsreform als Föderalismusreform: Der Verfassungsentwurf 1995 aus der Sicht der Kantone, Zürich 1997, S. 79 ff.

Koller Heinrich, Subsidiarität als Verfassungsprinzip, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, St. Gallen/Lachen 1998, S. 675 ff.

Konferenz der Kantonsregierungen, Verfassungsreform als Föderalismusreform: Der Verfassungsentwurf 1995 aus der Sicht der Kantone, Zürich 1997.

Lambrecht Sarah, Reforms to Lessen the Influence of the European Court of Human Rights: A Successful Strategy?, European Public Law 2015 (21), S. 257 ff.

Looser Martin E., Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle gegenüber schweizerischen Bundesgesetzen, Zürich/St. Gallen 2011.

Madsen Mikael Rask, Rebalancing European Human Rights: Has the Brighton Declaration Engendered a New Deal on Human Rights in Europe?, Journal of International Dispute Settlement 9 (2018), S. 199 ff.

Maroonian Anaïs/Kolb Robert, Kommentar zu Art. 54, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand: Constitution fédérale, Basel 2021.

Maroonian Anaïs/Kolb Robert, Kommentar zu Art. 56, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand: Constitution fédérale, Basel 2021.

Martenet Vincent, Kommentar zu Art. 3, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand: Constitution fédérale, Basel 2021.

- Mastronardi Philippe, Kommentar zu Art. 7, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.
- Meyer Kilian, Gemeindeautonomie im Wandel: Eine Studie zu Art. 50 Abs. 1 BV unter Berücksichtigung der Europäischen Charta der Gemeindeautonomie, Diss. St. Gallen 2010 (zit. Gemeindeautonomie).
- Meyer Kilian, Kommentar zu Art. 50, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015.
- Milner David, Protocols No. 15 and 16 to the European Convention on Human Rights in the Context of the Perennial Process of Reform: A Long and Winding Road, ZEuS 17 (2014), S. 19 ff.
- Moens Gabriël A./Trone John, Subsidiarity as Judicial and Legislative Review Principles in the European Union, in: Evans/Zimmermann (Hrsg.), Global Perspectives on Subsidiarity, Dordrecht 2014.
- Morell Reto/Vallender Klaus A., Kommentar zu Art. 74, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.
- Müller Jörg Paul, Entstehung und Entwicklung der Grundrechte in der Schweiz, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. 2, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 1167 ff.
- Neier Christina et al., Back to Beginnings: Revisiting the Preambles of European Treaties, Swiss Review of International and European Law 31 (2021), S. 687 ff.
- Papaux Alain/Martenet Vincent, Kommentar zu Art. 2, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand: Constitution fédérale, Basel 2021.
- Papst Pius XI, Quadragesimo Anno: Enzyklika über die Wiederherstellung der gesellschaftlichen Ordnung, 15. Mai 1931.
- Rhinow René A., Bundesstaatsreform und Demokratie. Der schweizerische Föderalismus aus rechtlicher Sicht, in: Frey René L. (Hrsg.), Föderalismus – zukunftstauglich?!, Zürich 2005, S. 63 ff.
- Rhinow René A./Schefer Markus/Uebersax Peter, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016.
- Richli Paul, Zweck und Aufgaben der Eidgenossenschaft im Lichte des Subsidiaritätsprinzips, ZSR 117 (1998-II), S. 139 ff. (zit. Zweck).
- Richli Paul, Zum rechtlichen Gehalt und zur Prozeduralisierung des Subsidiaritätsprinzips, ZSR (2007), S. 47 ff. (zit. Gehalt).
- Saladin Peter, Kommentar zu Art. 3, in: Aubert Jean-François et al. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern 1987.
- Schütze Robert, EU Competences: Existence and Exercise, in: Chalmers Damian/Arnall Anthony (Hrsg.), The Oxford Handbook of European Union Law, Oxford 2015.
- Schweizer Rainer J., Kommentar zu Art. 3, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.
- Schweizer Rainer J., Verteilung der Staatsaufgaben zwischen Bund und Kantonen, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. 1, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 691 ff. (zit. Verteilung).

Schweizer Rainer J./Müller Lucien, Kommentar zu Art. 43a, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Schweizer Rainer J./Müller Lucien, Kommentar zu Art. 5a, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Seiler Hansjörg, Gemeinden im schweizerischen Staatsrecht, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 491 ff.

Stadler Hans, Subsidiaritätsprinzip und Föderalismus, Diss. Fribourg 1951.

Sturny Thimo, Mitwirkungs föderalismus als zeitgemässe Fortentwicklung der bundesstaatlichen Ordnung, in: Hänni Peter (Hrsg.), Schweizerischer Föderalismus und europäische Integration: Die Rolle der Kantone in einem sich wandelnden Kontext, Zürich 2000, S. 202 ff.

Thalmann Urs, Die verfassungsrechtliche Stellung der Kantone, in: Hänni Peter (Hrsg.), Schweizerischer Föderalismus und europäische Integration: Die Rolle der Kantone in einem sich wandelnden Kontext, Zürich 2000, S. 56 ff. (zit. Stellung).

Thalmann Urs, Subsidiaritätsprinzip und Kompetenzverteilung, in: Fleiner Thomas et al. (Hrsg.), BV – CF 2000 Die neue schweizerische Bundesverfassung: Föderalismus, Grundrechte, Wirtschaftsrecht und Staatsstruktur, Basel/Genf/München 2000, S. 149 ff. (zit. Subsidiaritätsprinzip).

Thévenaz Alain, Kommentar zu Art. 50, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand: Constitution fédérale, Basel 2021.

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

Vest Hans, Kommentar zu Art. 123, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Voyame Joseph, Le principe de la subsidiarité dans la répartition des tâches entre Confédération et cantons, in: Müller Georg et al. (Hrsg.), Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel: Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Basel 1982, S. 121 ff.

Waldmann Bernhard, Schranken der Bundeskompetenz in auswärtigen Angelegenheiten aus föderalistischer Sicht, in: Waldmann Bernhard/Hänni Peter/Belser Eva Maria (Hrsg.), Föderalismus 2.0 – Denkanstösse und Ausblicke, Bern 2011, S. 151 ff.

Waldmann Bernhard/Borter Emanuel, Kommentar zu Art. 46, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015.

Walther Reto, Subsidiarity: The ECHR Between Law and Politics, Diss., Zürich 2022.

Wiederkehr René/Mächler August, Kommentar zu Art. 135, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Würtenberger Thomas, Subsidiarität als verfassungsrechtliches Auslegungsprinzip, in: Blickle Peter/Hüglin Thomas O./Wyduckel Dieter (Hrsg.), Subsidiarität als rechtliches und politisches Ordnungsprinzip in Kirche, Staat und Gesellschaft: Genese, Geltungsgrundlagen und Perspektiven an der Schwelle des dritten Jahrtausends, Berlin 2002, S. 199 ff.