

Rechtsetzung durch Konkordate

Felix Uhlmann / Vital Zehnder | *Konkordate sind ein wichtiges Instrument in der Rechtsetzung der Kantone. Die Änderungen der Bundesverfassung anlässlich der Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (NFA) begünstigen diese Entwicklung. Rechtsetzungstechnisch werfen Konkordate aber besondere Probleme auf. Diese betreffen namentlich die Rechtsnatur von Konkordaten, den für den Abschluss von Konkordaten notwendigen Konsens sowie die Einpassung in die Rechtsordnung.*

Inhaltsübersicht

- 1 Einleitung
- 2 Verfassungsrechtliche Grundlagen
 - 2.1 Recht und Pflicht zur Zusammenarbeit
 - 2.2 Überprüfung
- 3 Konkordate als Rechtsetzung?
 - 3.1 Funktionen und Typen von Konkordaten
 - 3.2 Zuordnungskriterien
 - 3.3 Zwischenfazit
- 4 Bedeutung des Konsenses im Konkordatsrecht
 - 4.1 Konsensproblematik in der Rechtsetzung
 - 4.2 Ausprägung der Konsensproblematik im Konkordatsrecht und Lösungsansätze
 - 4.3 Zwischenfazit
- 5 Einpassung von Konkordaten in die Rechtsordnung
 - 5.1 Vorrang des Konkordatsrechts
 - 5.2 Verweise
 - 5.3 Ausführungsbestimmungen
 - 5.4 Beziehungen unter Konkordaten
 - 5.5 Beendigung von Konkordaten
- 6 Fazit

1 Einleitung

Der Begriff «Konkordat» ist eng verwandt mit dem lateinischen Begriff «Concordia» (Eintracht). Der Begriff «Concordia» ist durchwegs positiv besetzt, etwa in einem schönen Zitat von Publius Syrus «Ibi semper est victoria, ubi concordia est», sinngemäss übersetzt: Die Einträchtigen werden immer Sieger sein.

Man könnte dieses Zitat natürlich auch so verstehen, dass derjenige, der ein Konkordat abschliesst, immer zu den Siegern zählt. So motivierend dies klingen mag, sei doch nicht verhehlt, dass gerade mit der Rechtsetzung durch Konkordate Herausforderungen verbunden sind.

Im Folgenden wird versucht, für den Abschluss von Konkordaten einige Grundsätze zum Rechtsetzungsprozess und zur Gesetzesredaktion festzulegen; dies

wohl wissend, dass es sich dabei nur um eine Auswahl handeln kann. Die Auswahl orientiert sich an drei Problemkreisen, welche sich bei Betrachtung der Konkordate unter dem Blickwinkel der Rechtsetzung stellen. Man muss sich erstens die Frage stellen, ob mit dem Konkordat eigentlich *Rechtsetzung* in dem uns vertrauten Sinne betrieben wird oder nicht (vgl. Kap. 3). Man muss zweitens den Besonderheiten Rechnung tragen, die sich daraus ergeben, dass jedes Konkordat auf *Konsens* beruht (vgl. Kap. 4). Hier liegt der Hauptteil der Ausführungen. Schliesslich ergeben sich eine Reihe von Sonderfragen, die unter dem Titel «*Einpassung in die Rechtsordnung*» zusammengefasst sind (vgl. Kap. 5). Diesen Ausführungen vorangestellt ist eine kurze Darstellung über die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Konkordate (vgl. Kap. 2).

2 Verfassungsrechtliche Grundlagen¹

2.1 Recht und Pflicht zur Zusammenarbeit

Die interkantonale Zusammenarbeit war und ist in der föderalistischen Schweiz von grosser Bedeutung. Dem tragen auch die verfassungsrechtlichen Grundlagen Rechnung. War aber die alte Bundesverfassung (BV) von 1874 noch vom Geiste getragen, die Zusammenarbeit unter dem Aspekt des Schutzes des Bundes zu regeln, so rückt in der neuen BV das Recht der Kantone ins Zentrum, zur Aufgabenerfüllung Verträge abzuschliessen. Die BV betont, dass die Kantone miteinander Verträge schliessen, gemeinsame Organisationen und Einrichtungen schaffen sowie Aufgaben von regionalem Interesse gemeinsam wahrnehmen können (Art. 48 Abs. 1 BV, vgl. auch Abderhalden, St. Galler Kommentar, Art. 48, N.22 ff.). Der Bundesrat führte aus, Artikel 48 der neuen BV gebe den Kantonen einen sehr weiten Handlungsspielraum für den Abschluss von Verträgen untereinander. Artikel 47 BV (Eigenständigkeit der Kantone) und Artikel 53 BV (Bestandesgarantie) seien die einzigen Schranken und enthielten Garantien betreffend die Eigenständigkeit der Kantone sowie deren Bestand und Gebiet. Interkantonale Verträge dürften dem Recht und den Interessen des Bundes sowie den Rechten anderer Kantone nicht zuwiderlaufen (Art. 48 Abs. 3 BV) und auch nicht so weit gehen, die Substanz eines Kantones auszuhöhlen.² Schranken der interkantonalen Zusammenarbeit ergeben sich aber auch aus der Verfassungsordnung (vgl. Siegrist 1977, Bd. 2, 5 ff.; Brunner 2000, 66 f.; Hänni 2001, 448 f.; ders. 1998, 660 f.; Tschannen 2007, 355 f.; Beurret-Flück 1983, 24 f.; Dormann 1970, 46 f.; Weber 1976, 78; Wiederkehr 2002, 629 f.; Lüdin 1986, 6 ff.; Huber 1968, 494 f.). Der Grundsatz der Bundestreue (Art. 44 BV) oder das Demokratieprinzip (Art. 51 BV) schränken die kantonale Vertragsautonomie ein (vgl. Abderhalden, St. Galler Kommentar, Art. 48, N.33 ff. und Hänni 2001, S. 448 f.).³ Diese Grundsätze sind jedoch nicht zusammenarbeitsspezifisch, sondern gelten für das kantonale Handeln insgesamt.

Im Zentrum der neuen BV steht somit die Freiheit der Kantone zur Zusammenarbeit. Sie sind frei hinsichtlich der Aufgaben, die sie sich selber geben (Art. 43 BV). Sie können diese Aufgaben allein oder gemeinsam erfüllen. Diese Freiheit in der Zusammenarbeit gilt auch für jene Aufgaben, die ihnen der Bund zur Erfüllung übertragen hat. Auch in sachlicher Hinsicht bestehen kaum Begrenzungen: Die Zusammenarbeit kann Angelegenheiten der Gesetzgebung, Regierung und Verwaltung, aber auch des Gerichtswesens umfassen (Tschannen 2007, S. 354; Häfelin 1969, S. 577; BGE 81 I 351, E.3). Einzig die Kernbereiche der politischen Organisation der Kantone entziehen sich der Zusammenarbeit, da in ihnen die Eigenständigkeit der Kantone ruht (Häfelin 1969, S. 613).

Die Freiheit zur Zusammenarbeit wurde durch die NFA-Revision um eine *Pflicht zur Zusammenarbeit* erweitert, indem Kantone in verschiedenen Aufgabengebieten im Rahmen einer Allgemeinverbindlicherklärung (AVE; durch referendumspflichtigen Beschluss der Bundesversammlung) zum Beitritt in gesamtschweizerische Konkordate oder durch eine Beteiligungsverpflichtung (mit einfachem Bundesbeschluss, der dem fakultativen Referendum unterliegt) zum Beitritt in die übrigen Konkordate verpflichtet werden können (Art. 48a BV; vgl. Abderhalden, St. Galler Kommentar, Art. 48a, N. 8 ff.; Zehnder, S. 23 ff.). Gemäss Artikel 14 des Bundesgesetzes vom 3. Oktober 2003 über den Finanz- und Lastenausgleich, FiLaG; SR 613.2) können 18 Kantone die AVE eines interkantonalen Vertrags aus den in Artikel 48a Abs. 1 BV genannten Bereichen beantragen.⁴

2.2 Überprüfung

Wer Schranken aufstellt, hat deren Beachtung auch zu kontrollieren. Diesbezüglich sind für Konkordate zwei Wege zu unterscheiden: Die Informationspflicht mit Einspracheverfahren (Art. 48 Abs. 3 BV) und das (übliche) Rechtspflegeverfahren. Die Informationspflicht ist dabei Ausdruck der erweiterten Freiheit zur Zusammenarbeit in der neuen Bundesverfassung, denn sie ersetzt die frühere Genehmigungspflicht: Die Kantone haben dem Bund interkantonale Verträge zur Kenntnis zu bringen. Dies ist Voraussetzung, damit der Bund und Drittkantone den Vertrag auf seine Verfassungsmässigkeit überprüfen können. Gelangen sie dabei zur Überzeugung, dass der Vertrag mangelbehaftet ist und scheitert eine einvernehmliche Lösung, können der Bundesrat und Drittkantone bei der Bundesversammlung Einsprache erheben. Eine Einsprache ändert aber am Zustandekommen und dem Inkrafttreten des Vertrages nichts. Beides richtet sich ausschliesslich nach dem Vertrag selbst. Der Vollzug des Vertrages aber ist auszusetzen, bis die Bundesversammlung die Genehmigung erteilt hat. Wird diese verweigert, ist der Vertrag aufzuheben oder anzupassen.⁵

Weder der Verzicht auf die Einsprache noch die Genehmigung durch die Bundesversammlung gewährleisten die Rechtmässigkeit eines Konkordates. In beiden Fällen kann das Bundesgericht auf Klage hin einen Vertrag frei prüfen und die Anerkennung und Vollziehung versagen, wenn sich bei der Anwendung des Vertrages dessen Unrechtmässigkeit ergibt.⁶ Die Rechtmässigkeit überprüft das Bundesgericht auf Klage⁷ des Bundes oder eines (Dritt-)Kantons.⁸ Das Klagerecht steht Bund und Kantonen auch zu, falls sie auf eine Einsprache bei der Bundesversammlung verzichtet (oder die Fristen dazu verpasst) haben.⁹ Das Klageverfahren ist sodann der einzige Weg, die Unrechtmässigkeit von Verträgen festzustellen, die gemäss Artikel 61c Absatz 2 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997 (SR 172.10) der Informationspflicht nicht unterliegen (BBl 2004 7117).

Sofern das Konkordat selbst Bundesrecht und/oder verfassungsmässige Rechte der Bundesverfassung verletzt, steht den Privaten – sofern es sich um unmittelbar rechtsetzende Bestimmungen handelt – die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Artikel 82 in Verbindung mit Artikel 95 Buchstabe a des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (SR 173.110) offen.¹⁰ Möglich ist auch die inzidente Normenkontrolle bei unmittelbar anwendbarem Konkordatsrecht.¹¹

3 Konkordate als Rechtsetzung?

3.1 Funktionen und Typen von Konkordaten

Konkordate zeichnen sich dadurch aus, dass sie unter Umständen nicht auf die «vorwegnehmend distanzierte Generalisierung der Regel oder Programmierung einer Vielzahl gleich gelagerter Fälle» (Müller 2006, Rz. 11) ausgerichtet sind, wie dies für die Rechtsetzung der Fall ist. Die Gewissheit des Rechtsetzungsprozesses, der in seiner Zielsetzung durch die Erzeugung von Normen definiert ist, besteht bei Konkordaten nicht. Entsprechend sind Funktionen und Typen von Konkordaten zu unterscheiden.

Üblicherweise werden Konkordate in rechtsgeschäftliche sowie mittelbar und unmittelbar rechtsetzende Konkordate unterteilt (Tschannen 2007, S. 352 f.; Biagini 2007, Art. 48, N.5).¹² Dies führt dazu, dass der Konkordatsgeber verschiedene Entscheidungen treffen muss. So hat er als erstes zu fragen, welche Form (mittelbar und unmittelbar rechtsetzend, nicht-rechtsetzend, das heisst rechtsgeschäftlich) gewählt werden soll. Es dürfte diesbezüglich schwierig sein, allgemeine Regeln aufzustellen. Gewisse Gegenstände werden ihrer Natur nach als rechtsgeschäftlich qualifiziert werden können. Dabei ist allerdings nicht zu übersehen, dass auch rechtsgeschäftliche Vereinbarungen unter den Kantonen letztlich den Interessen ihrer Bürgerinnen und Bürger dienen sollen und damit deren

Rechtsstellung zumindest mittelbar berühren. Wenn etwa zwei Kantone ein Naturschutzgebiet einrichten, kann man sich die Ausgestaltung rechtsgeschäftlich oder rechtsetzend vorstellen.

Bei der Wahl zwischen unmittelbar und mittelbar rechtsetzenden Bestimmungen ist klar, dass unmittelbar rechtsetzende Bestimmungen für die betroffenen Bürgerinnen und Bürger schneller Anwendung finden als wenn noch auf kantonaler Ebene ein Transformationsprozess stattfinden muss. Eine Transformation im kantonalen Recht führt im Übrigen auch immer dazu, dass mit kantonalem Recht und interkantonalem Recht zwei Rechtsgrundlagen nebeneinander stehen, was möglicherweise die Orientierung erschwert (vgl. Kap. 5.4). Demgegenüber sind die Autonomie der Kantone sowie die demokratische Mitbestimmung bei mittelbar rechtsetzenden Vereinbarungen naturgemäss besser gewahrt.

Damit stellen sich zwei Fragen. Erstens: Wie können unmittelbar rechtsetzende Bestimmungen in Konkordaten kenntlich gemacht werden (vgl. Kap. 3.2)? Zweitens: Dürfen innerhalb eines Konkordats unterschiedliche Normtypen verwendet werden? Hinsichtlich der zweiten Frage lässt sich auf jeden Fall konstatieren, dass in der Praxis vielerlei Mischformen bestehen, das heisst dass sich sowohl Konkordate finden, die rechtsetzende und rechtsgeschäftliche Inhalte aufweisen, wie auch Konkordate, welche mittelbar wie auch unmittelbar rechtsetzend sind.

3.2 Zuordnungskriterien

3.2.1 Konkordatsbezeichnung als Rechtsetzungsmerkmal?

Wie kann die Wahl zwischen mittelbar und unmittelbar rechtsetzenden Bestimmungen zum Ausdruck gebracht werden? Das Einfachste wäre natürlich, wenn bereits mit dem *Titel* der Vereinbarung Klarheit geschaffen werden könnte. Dies würde aber in Konflikt mit den verbreiteten Mischformen bei Konkordaten stehen. Überdies kann man auch feststellen, dass sich bei Konkordaten keine einheitlichen Begriffe herausgebildet haben (Zehnder 2007, S. 142 ff.; vgl. auch Brunner 2000, S. 107 f.). Ansätze finden sich zwar in den Empfehlungen der schweizerischen Staatsschreiberkonferenz¹³, wo zumindest den Begriffen Abkommen, Konkordat und interkantonale Vereinbarung ein bestimmter Sinn zugewiesen werden soll. Diese Begrifflichkeiten haben sich aber in der Praxis nicht durchgesetzt, was möglicherweise daran liegt, dass sich die Empfehlungen selbst nur für rechtsetzende Abkommen zwischen Regierungen anwendbar erklären. Im Übrigen wäre aufgrund der Empfehlungen die hier interessierende Frage «rechtsetzend oder nichtrechtsetzend» ohnehin nur teilweise gelöst. Der Titel der Ver-

einbarung hilft in diesem Sinne kaum weiter. Für die Frage nach der Qualifikation der Bestimmungen im Konkordat spielt die Bezeichnung kaum eine Rolle (Siegrist, Bd. 2, 1977, 158 f.; Kehrlı 1968, 75; Häfelin 1973, 251).¹⁴

3.2.2 *Publikation als Rechtsetzungsmerkmal?*

Zur Rechtsetzung gehört die Publikation von Erlassen. Dies gilt auch für Konkordate. Zwar ist ein Konkordat in erster Linie eine vertragliche Bindung zwischen den Parteien, die interkantonal bereits mit der Ratifikation auch ohne Publikation Wirkung entfaltet (Zehnder 2007, S. 186; vgl. auch Siegrist 1977, Bd. 2, 203; Kehrlı 1968, S. 77).¹⁵ Berechtigt oder verpflichtet ein Konkordat jedoch den Einzelnen direkt, erlangt es innerkantonal erst mit der kantonalen Publikation Geltung; die Veröffentlichung ist konstitutiv (Häfelin 1969, S. 655; Brunner 2000, S. 172 f.). Zu überlegen wäre daher allenfalls, ob durch Verzicht auf eine Publikation zum Ausdruck gebracht werden kann, dass dadurch nicht Recht gesetzt werden soll.

Von einem solchen Vorgehen ist abzuraten. Im Bundesgerichtsentscheid (BGE) 112 Ia 75 hat das Bundesgericht die Gegenrechtserklärung einer Steuerverwaltung untersucht. Es war dabei mit der Frage konfrontiert, ob ein Schreiben der Finanzverwaltung ein gültiges Konkordat darstellen könne und ob ein angeblicher Fehler beim Abschluss dessen Gültigkeit in Frage stelle. Unter sinngemässer Anwendung völkerrechtlicher Regeln kam das Bundesgericht zum Schluss, dass Fehler beim Abschluss den Rechtsunterworfenen nicht entgegengehalten werden könnten. Dementsprechend dürfte auch der Verzicht auf Publikation kein taugliches Mittel sein, um die Wirkung der Rechtsetzung zu verhindern.¹⁶ Auch bei Gesetzen geht ein Mangel in der Publikation in diesem Sinne nur zulasten des Staates; zu seinen Gunsten kann er Fehler in der Publikation nicht anrufen. Insofern entstehen Pflichten der Privaten erst und nur, insoweit sie den Regeln der Publikation und Bekanntmachung entsprechen (Art. 8 PublG).¹⁷

Dies ist übrigens ein weiteres Argument dafür, dass Konkordate hinreichend publiziert und zugänglich gemacht werden sollten, wie dies zu Recht gefordert wird (Koumbarikis 2009, S. 35 ff.).¹⁸ Überdies sollten sich die Kantone bewusst sein, dass sie sozusagen auch «aus Versehen» Recht setzen können, auch wenn sie dies beim Abschluss irgendwelcher Vereinbarungen oder bei einem vermeintlich informellen Austausch gar nicht intendiert haben.

3.2.3 *Formulierung des Konkordatstextes als entscheidendes Kriterium*

Was ist denn nun aber entscheidend, ob eine Konkordatsbestimmung rechtsetzend ist oder nicht? Entscheidend können weder Titel noch fehlende Publikation sein, sondern nur eine Betrachtung jeder einzelnen Bestimmung des Konkorda-

tes. Das Bundesgericht führt im Zusammenhang mit Staatsvertragsrecht in ständiger Praxis aus (vgl. auch Häfelin/Haller/Keller 2008, Rz. 1913 f.; BGE 126 I 240, E.2):

Eine Beschwerde wegen Verletzung von Staatsvertragsrecht setzt voraus, dass die staatsvertragliche Bestimmung, deren Verletzung gerügt wird, direkt anwendbar (self-executing) ist. Dies trifft zu, wenn die Bestimmung inhaltlich hinreichend bestimmt und klar ist, um im Einzelfall Grundlage eines Entscheides zu bilden. Die Norm muss mithin justiziabel sein, das heisst es müssen die Rechte und Pflichten des Einzelnen umschrieben und der Adressat der Norm die rechtsanwendenden Behörden sein. Wie es sich damit verhält, ist von den rechtsanwendenden Behörden zu bestimmen (...)

Lehre und Praxis übertragen diese Regeln zu den Staatsverträgen auf Konkordate.¹⁹ Ob das wirklich in jedem Fall sachgerecht ist, sei hier dahingestellt. Einzugehen ist aber auf den letzten Satz dieses Zitats, den man leicht überliest:

Wie es sich damit verhält, ist von den rechtsanwendenden Behörden zu bestimmen.

Diese Formulierung scheint auf den ersten Blick etwas gerichtszentriert. Man möchte als Konkordatsgeber ja vielleicht doch Einfluss darauf nehmen, ob eine bestimmte Bestimmung im Konkordat unmittelbar rechtsetzend ist oder nicht. Die Formulierung der einzelnen Bestimmungen ist dabei von Bedeutung. Dies klingt im Zitat des Bundesgerichts auch an, wenn dieses ausführt, dass der Adressat unmittelbar rechtsetzender Bestimmungen die rechtsanwendenden Behörden und, man kann ergänzen, «nicht der Gesetzgeber», sein soll.

In diesem Sinne wird etwa die nachfolgende Bestimmung ohne Weiteres als mittelbar rechtsetzend gelten:

*Die Konkordatskantone verpflichten sich, ihre Schulgesetzgebung in den folgenden Punkten anzugleichen: (...)*²⁰

Hier wird offensichtlich der Gesetzgeber in die Pflicht genommen, er hat gesetzgeberisch tätig zu werden. Wenige Konkordate scheinen allerdings so eindeutig formuliert zu sein.²¹ Als weiteres Beispiel aus dem Erziehungswesen kann Artikel 6 der Interkantonalen Fachschulvereinbarung vom 27.8.1998 (FSV; ZH lex 414.15) dienen:

Die Standortkantone bzw. die von ihnen angebotenen Schulen gewähren den Studierenden, deren Schulbesuch dieser Vereinbarung untersteht, die gleiche Rechtsstellung wie den eigenen Studierenden.

Sieht man sich noch Artikel 18 FSV an, erscheint die Sache insofern eindeutig, als letztere Bestimmung ausdrücklich in Bezug auf Artikel 6 FSV von einem Anspruch auf Gleichbehandlung spricht.²²

Diese Beispiele zeigen, dass man sehr wohl durch Formulierung einzelner Bestimmungen Einfluss auf die Frage der direkten oder indirekten Anwendbarkeit nehmen kann.²³ Die Formulierung der einzelnen Bestimmungen ist auch deshalb wichtig, weil unmittelbar rechtsetzende Konkordate gemäss Lehre und Praxis wie Gesetze, rechtsgeschäftliche und mittelbar rechtsetzende Konkordate dagegen wie Verträge ausgelegt werden (Zehnder 2007, S. 130; Abderhalden 1999, S. 97 f.; vgl. auch Lüdin 1986, S. 206).

Bei den rechtsetzenden Konkordaten ist zu bedenken, dass in der Praxis offenbar beklagt wird, die Quellenlage sei notorisch schlecht.²⁴ Botschaften o.ä., welche den Willen des Konkordatsgebers zum Ausdruck bringen, finden sich nicht im gleichen Masse wie bei Gesetzen.²⁵ Entsprechend wichtig ist die Formulierung des Konkordatstextes selbst.

3.3 Zwischenfazit

Als Zwischenfazit lässt sich festhalten, dass – zumindest wenn man Mischformen als letztlich in der Praxis verwurzelt und damit unvermeidbar betrachtet – bei der Formulierung von Konkordatstexten bei jeder einzelnen Bestimmung zu reflektieren ist, ob diese unmittelbar rechtsetzend sein soll oder nicht. Dem entsprechenden Entscheid des Konkordatsgebers ist durch geeignete Formulierungen (insbesondere Adressatenperspektive) und Bereitstellung geeigneter Materialien Rechnung zu tragen.

4 Bedeutung des Konsenses im Konkordatsrecht

4.1 Konsensproblematik in der Rechtsetzung

Die Rufe, dass die Verwaltung den Rechtsunterworfenen gegenüber wenn immer möglich konsensual und nicht obrigkeitlich auftreten solle, sind zwar etwas verblasst, doch hat der Konsens nach wie vor einen guten Ruf im Rechtsalltag (vgl. z. B. Müller 2006, Rz. 121).

Für die Rechtsetzung gilt dies nur beschränkt. Begründet wird das tiefe Misstrauen der Rechtsetzungslehre, welches insbesondere im Zusammenhang mit dem Abschluss von völkerrechtlichen Verträgen artikuliert wird, wie folgt (Müller 2006, Rz. 451 ff.):

Zunächst einmal gibt es bei Bestimmungen, welche auf Konsens beruhen, keinen neutralen Redaktor, sondern es stehen sich *interessengebundene Parteivertreter* gegenüber. Parteivertreter wollen primär nicht ein gutes Gesetz, sondern ihre Interessen durchsetzen (vgl. zur Schweizer «Referendumsdemokratie» Müller 2006, Rz. 23 f.). Sie erarbeiten typischerweise nicht ein Normenkonzept, sondern bringen möglichst früh eigene Textentwürfe ein, dies im Bewusstsein, dass bereits im Nachteil ist, wer über den Text eines anderen verhandelt.

Der ordentliche Gesetzgebungsprozess soll transparent und nachvollziehbar sein, währenddem Verhandlungen in der Regel hinter verschlossenen Türen stattfinden; wenn etwas nach draussen dringt, ist dies für die Verhandlungen meistens kein gutes Zeichen. Wenn Parteivertreter mehrere Bereiche zu verhandeln haben, werden sie typischerweise Punkt für Punkt abhandeln. Haben sie sich über eine Frage geeinigt, so formulieren sie diesen Punkt abschliessend. Ein Zurückkommen auf einen bereits abgehandelten Punkt ist in der Praxis zu Recht verpönt. Gesetze befinden sich demgegenüber in der Entwurfsphase in einem Zustand laufender Nachbesserung, dies zumindest dann, wenn – wie in verschiedenen Ablaufschemen vorgeschlagen – in Problemlösungszyklen oder -spiralen gedacht wird (vgl. Gesetzgebungsleitfaden 2007, Rz. 287 ff.).

Konsensuale Rechtsetzung neigt auch bezüglich Regelungsdichte zu scheinbar widersprüchlichen Extremen. Es gibt den Hang zu übermässiger Dichte: Man will seine Verhandlungsergebnisse sichern und misstraut dem Vertragspartner, wenn man nicht jeden Punkt einzeln und detailliert festgeschrieben hat. Oder man formuliert so schwammig, weil man sich nicht einigen konnte, und am Schluss kann jede oder jeder behaupten, ihr oder sein Standpunkt habe sich durchgesetzt. Man ebnet die materiellen Differenzen ein, respektive verschiebt die Probleme auf später.

Weiter ist nicht zu übersehen, dass namentlich im internationalen Verhältnis verschiedene Rechtsetzungskulturen aufeinander treffen können, was der Einheitlichkeit des Textes schadet, wenn aus beiden Rechtskulturen Versatzstücke verwendet werden.

Schliesslich ist der Zeitaufwand für Verhandlungen in der Regel grösser als für einfache Rechtsetzung. Damit hängt auch eine erschwerte Abänderbarkeit zusammen, insbesondere dann, wenn viele Vertragspartner an einem Vertragswerk beteiligt sind (vgl. zur Abänderbarkeit Kap. 4.2.5).

Im Folgenden soll der Frage nachgegangen werden, inwieweit sich bei Konkordaten Spuren dieser Probleme finden, welche durch den Bedarf an Konsens freigesetzt werden. Gleichzeitig soll untersucht werden, ob und welchen Lösungsansätzen man im Bereich von Konkordaten begegnet. Es sollen dabei nicht Bundesgesetz und Konkordat nebeneinander gestellt oder gegeneinander ausgespielt werden. Klar ist aber, dass bei einem Bundesgesetz die Einigung nicht unter 26 Kantonen stattfinden muss; die Attraktivität einer Bundeslösung ergibt sich nicht zuletzt aus der Überwindung des Konsenses. Allerdings macht ein Bundesgesetz allenfalls eine neue Verfassungsgrundlage notwendig. Eine Bundeslösung ist auch am Subsidiaritätsgrundsatz (Art. 5a BV) zu messen. Über diese Fragen ist etwa im Bereich der Polizeigesetzgebung des Bundes viel debattiert worden. Aktuell geworden ist die Frage, ob Bundesrecht gesetzt oder ein Konkordat verhan-

delt werden soll insbesondere auch im Zusammenhang mit der im Rahmen der NFA neu eingeführten Möglichkeit der Allgemeinverbindlicherklärung von Konkordaten gemäss Artikel 48a BV (vgl. zur Allgemeinverbindlicherklärung Fn. 4).

4.2 Ausprägungen der Konsensproblematik im Konkordatsrecht und Lösungsansätze

4.2.1 Problembewusstsein

Dass Konkordate Besonderheiten aufweisen, ist den Kantonen durchaus bewusst. Der Regierungsrat des Kantons Zürich formuliert etwa:

So ist [...] insbesondere das innerkantonale Rechtsetzungsverfahren darauf ausgerichtet, eine Mehrheitsmeinung zu ermitteln. Demgegenüber ist ein interkantonaler Vertrag immer Ausdruck der übereinstimmenden Willensäusserung mehrerer Kantone. Im Gegensatz zur innerkantonalen Mehrheitsmeinung ist ein solcher Konsens nicht das Ergebnis eines verfassungsrechtlich geregelten, sondern eines heteronomen, dem interkantonalen Kräftespiel unterworfenen Verfahrens.²⁶

4.2.2 Auswahl der Konkordatspartner

Der Konsens hinterlässt in der Rechtsetzung mutmasslich weniger Spuren, wenn der Vertragspartner das gleiche Rechtsverständnis und einen ähnlichen rechtlichen Hintergrund aufweist. Über die Rechtskulturen der Kantone im Zusammenhang mit Konkordaten gibt es, soweit ersichtlich, keine Untersuchungen. Untersucht wurde indessen, welche Faktoren die Auswahl der Vertragspartner beeinflussen. Bochsler/Sciarini fanden 2006 heraus, dass in erster Linie geografische Nähe, Sprache und Konfession das faktische Wahlverhalten der Kantone bezüglich ihrer Vertragspartner beeinflusst haben (Bochsler/Sciarini 2006, S. 31 ff.). Nicht überraschend ist sicher die geografische Nähe.²⁷ Von der Sache her werden viele in Konkordaten geregelte Gegenstände eine lokale Angelegenheit betroffen haben, welche interkantonal besser gelöst werden kann.²⁸ Weniger überraschend, durchaus aber auch ernüchternd, ist die Erkenntnis, wie stark die Sprachgrenzen offenbar den Abschluss von Konkordaten behindern. Gerade kleine, minilaterale Konkordate mit maximal acht Kantonen wurden mit einem verschwindend geringen Teil über die Sprachgrenzen hinaus geschlossen. Wenn man von der Sprache auf die Rechtskultur schliesst, was zweifellos eine beträchtliche Verkürzung ist, so kann man feststellen, dass hier eine geringe Durchmischung stattgefunden hat. Ob dies natürlich aus Sorge um die technische Qualität des Konkordats oder aus praktischen Gründen stattgefunden hat, lässt sich nicht beantworten. Klar ist, dass die Sprache ein gewisses Hemmnis interkantonalen Gesetzgebung (und der späteren Zusammenarbeit) darstellt. Ob schliesslich die Konfession die Zusammensetzung der Vertragspartner auch in Zukunft beeinflussen wird, muss wohl bezweifelt werden.²⁹

4.2.3 *Einbezug der Parlamente*

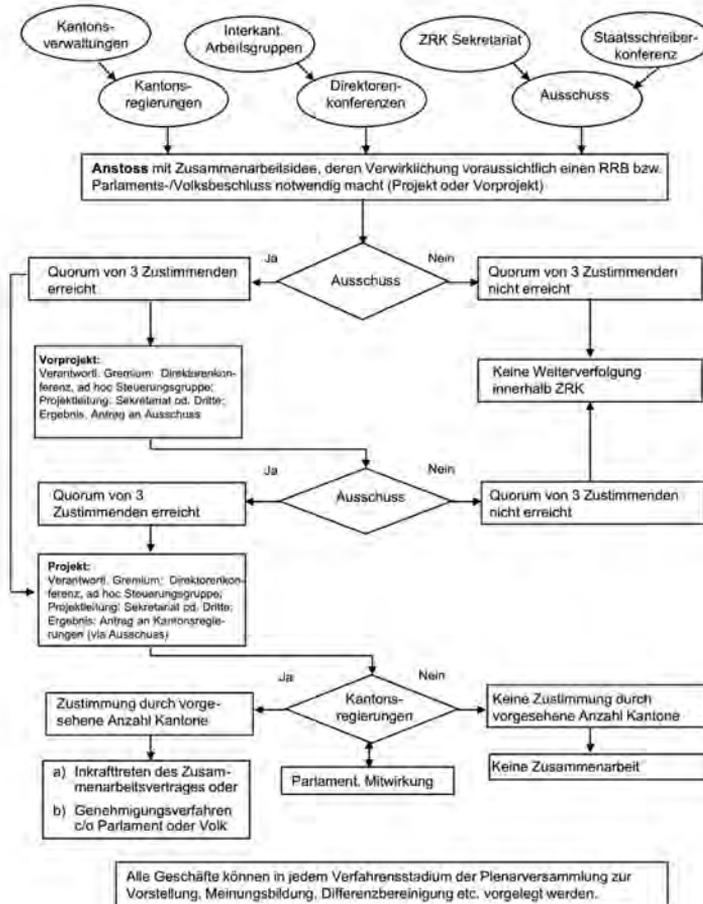
Der interkantonalen Zusammenarbeit haftet der Vorwurf des Demokratiedefizits an (Boegli 1999, S. 12 f.; Brunner 2000, S. 69 f.; Abderhalden, St. Galler Kommentar, Art. 48, N.54 ff.; Waldmann 2010, S. 13 f.; zum Verhältnis des kooperativen Föderalismus und Demokratie vgl. Ehrenzeller 2005). Um dieses abzuschwächen, wird vermehrt der Ruf nach einer stärkeren Einbindung der kantonalen Parlamente laut (vgl. insb. Abderhalden, St. Galler Kommentar, Artikel 48, N.59 f., vgl. auch Fn. 32). Dabei sollen etwa interparlamentarische Kommissionen Vertragsentwürfe beraten können.³⁰ Als eine Art Nebenwirkung dieses Einbezugs könnte theoretisch eine gewisse Abschwächung des Konsensprinzips resultieren. Denn mit einer interparlamentarischen Kommission wird sozusagen ein «gemeinsamer Gesetzgeber», bestehend aus Parlamentarierinnen und Parlamentariern der einzelnen Kantone, fingiert, der zwar nicht selbst Recht setzen kann, dessen Arbeit aber in den Vorbereitungsarbeiten ein gewisses Gewicht haben sollte, müssen doch die entsprechenden Vereinbarungen später durch die Kantonsparlamente ratifiziert werden. Dieses Gremium hat natürlich zunächst einmal eine eminent demokratische Funktion, kann aber möglicherweise auch allfälligen negativen Auswirkungen des Konsenses entgegentreten. Ob sich dieser theoretische Einfluss der interparlamentarischen Kommission in der Praxis auch tatsächlich so auswirken wird, muss sich aber erst noch weisen (und hängt nicht zuletzt davon ab, ob sich die Vertretungen als interkantonale Parlamentarier oder eben doch auch als Parteivertreter der Vertragskantone sehen).

4.2.4 *Rahmenvereinbarungen und Richtlinien zum Konkordatsverfahren*

Einen weiteren Lösungsansatz könnten allenfalls Rahmenvereinbarungen und Richtlinien darstellen, welche sich ausdrücklich mit dem Abschluss von Konkordaten auseinandersetzen. Diesbezüglich angesprochen wurden bereits die Empfehlungen der schweizerischen Staatsschreiberkonferenz über das Verfahren bei Abschluss, Änderung und Aufhebung interkantonalen Abkommen vom 19.9.1980 (im Zusammenhang mit den Begrifflichkeiten der Konkordate), die Rahmenvereinbarung für die interkantonale Zusammenarbeit mit Lastenausgleich, IRV, vom 24. Juni 2005 (ZH lex 615), sowie der Vertrag über die Mitwirkung der Parlamente, ParlVer, vom 5. März 2010 (z. B. für den Kanton Freiburg SGF 121.4).

Eine Regelung des für die Gesetzgebung – auch für Konkordate – so wichtigen Vorverfahrens findet sich in Rahmenvereinbarungen und Richtlinien kaum. Gerade die IRV behandelt das Vorverfahren der Gesetzgebung aber nur am Rande. Regeln finden sich höchstens zum Einbezug der Kantonsparlamente (Art. 4 IRV). Wenn man sich aber vergegenwärtigt, wie wichtig das Vorverfahren für die Gesetzgebung ist, ist diese Lücke zu bedauern. Eine Ausnahme stellen diesbezüglich

die Richtlinien zur Durchführung von Zusammenarbeitsprojekten in der Zentralschweiz der Zentralschweizer Regierungskonferenz vom 23.5.2003 dar. Der Ablauf wird in der Richtlinie wie folgt dargestellt:



Das Schema zeigt unter anderem, wer den Impuls zur Rechtsetzung geben kann, welche Etappen zu durchlaufen sind, namentlich bezüglich Vorprojekt und Projekt, dies zugegebenermassen in schmalbrüstigerer Art und Weise als in den 13 Seiten des Gesetzgebungsleitfadens des Bundes (Gesetzgebungsleitfaden, Rz. 42 ff.). Nichtsdestotrotz scheint das hier vorgelegte Schema wichtig, weil es nicht einen multipolaren Ablauf von Verhandlungen nachzeichnet, sondern sich, wo immer möglich, an den üblichen Ablauf eines Gesetzgebungsverfahrens mit den bekannten Meilensteinen anlehnt (vgl. zum interkantonalen Vertragsverfahren auch Zehnder 2007, S. 152 ff., wo einzelne Schritte und Meilensteine des Verfahrens aufgezeigt werden).

4.2.5 Abänderung von Konkordaten (Flexibilisierungsklauseln)

Die Notwendigkeit eines Konsenses unter (unter Umständen zahlreichen) Vertragspartnern erschwert die Abänderbarkeit von Konkordaten. Es besteht demgemäss eine reiche Vielfalt an möglichen Bestimmungen mit dem Zweck, die Konkordatsgebung zu flexibilisieren. Diese Bestimmungen werden hier unter dem Stichwort «Flexibilisierungsklauseln» zusammengefasst. Der gesetzgeberischen respektive konkordatsgeberischen Fantasie scheinen kaum Grenzen gesetzt. Auf jeden Fall besteht der Eindruck, dass sich die Konkordatsgeber mit grosser Hingabe dieser Frage widmen, was darauf hindeutet, dass sie offenbar eine erschwerte Abänderbarkeit des Konkordats befürchten.

Vorliegend seien nur drei Klauseln aufgegriffen, als erstes Beispiel Artikel 15 der Vereinbarung über die interkantonalen Polizeieinsätze, IKAPOL, vom 6. April 2006 (ZH lex 551.18). Gemäss deren Absatz 1 leitet die Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektoren auf Antrag eines Kantons umgehend eine Teil- oder Totalrevision der Vereinbarung ein.³¹ Daraus lässt sich entnehmen, dass das Quorum zur Impulssetzung denkbar tief angesetzt worden ist und überdies eine Teil- oder Totalrevision der Vereinbarung *umgehend* eingeleitet wird.

Es ist zwar erfreulich, dass die Konferenz auf Antrag nur eines Kantons sich sofort um eine Anpassung kümmert. Die harte Realität ist allerdings eher in Absatz 2 abgebildet, wonach die Änderung erst in Kraft tritt, sobald ihr alle Kantone zugestimmt haben. Die Vorgabe von Absatz 1 wird damit stark relativiert, wenn nicht gar bedeutungslos.

Das zweite Beispiel ist Artikel 19 der interkantonalen Vereinbarung für Schulen mit spezifisch strukturierten Angeboten für Hochbegabte vom 20. Februar 2003 (ZH lex 414.17). Gemäss dieser Bestimmung bedarf eine Änderung der Vereinbarung der Zustimmung einer Zweidrittelmehrheit der beteiligten Kantone. Das scheint auf den ersten Blick der einfachste und nächstliegende Weg, das Hindernis der Einstimmigkeit zu überwinden. Hinsichtlich dieser Klausel sind aber verschiedene Vorbehalte anzubringen. Erstens handelt es sich hierbei um eine Vereinbarung, welche von der EDK ausgearbeitet wurde und (z. B. im Kanton Zürich) «nur» vom Regierungsrat abgeschlossen worden ist. Die gleiche Klausel wäre unzulässig, wenn sie auf Stufe eines Konkordates zu finden wäre, welches durch das kantonale Parlament abgeschlossen wurde.³² Der kantonale Gesetzgeber darf nicht einen ganzen Bereich seiner Gesetzgebungskompetenz an die Mehrheit anderer Kantone delegieren. Dies wäre ein Verstoss gegen das Legalitätsprinzip.

Vertragsänderungen haben grundsätzlich auf dem gleichen Weg zu erfolgen wie der Vertragsabschluss selbst (Empfehlungen SKK, Ziff. 4).³³ Daher erscheint die Zulässigkeit einer solchen Klausel auch auf Stufe einer Vereinbarung, die lediglich durch Regierungen der beteiligten Kantone abgeschlossen wurde, nicht

ohne Weiteres eindeutig. Es handelt sich hierbei um eine Art Subdelegation, welche aber insofern atypisch ist, als erstens die Delegation nicht nach unten, sondern eher zur Seite geht, nämlich an die Mehrheit der übrigen beteiligten Kantonsregierungen, und zweitens die Subdelegation nicht im Rahmen und unter der Herrschaft des Delegationsorgans, hier des Regierungsrates, stattfindet. Die Regierung müsste in einem solchen Fall zumindest in absehbarer Frist die Vereinbarung kündigen und so aus dem Konkordat austreten können. Im Fall der genannten Vereinbarung ist dies unter Einhaltung einer Frist von zwei Jahren, erstmals nach fünf Beitrittsjahren, möglich (Art. 20).³⁴

Das dritte Beispiel betrifft eine Flexibilisierungsklausel, welche sich nicht im Konkordat selbst findet, sondern in der kantonalen Gesetzgebung. Hier geht es um das Gesetz über den Beitritt des Kantons Zürich zur interkantonalen Vereinbarung über die Aufsicht sowie Bewilligung und Ertragsverwendung von interkantonalen und gesamtschweizerisch durchgeführten Lotterien und Wettbewerben (ZHlex 553.3):

- *§ 1. Der Kanton Zürich tritt der Interkantonalen Vereinbarung über die Aufsicht sowie die Bewilligung und Ertragsverwendung von interkantonal durchgeführten Lotterien und Wetten vom 7. Januar 2005 gemäss Anhang bei.*
- *§ 2. Der Regierungsrat ist ermächtigt, spätere Änderungen dieser Vereinbarung, soweit sie nicht grundlegender Art sind, zu ratifizieren.*
- *§ 3. Der Regierungsrat regelt die Zuständigkeiten für den Vollzug dieser Vereinbarung durch Verordnung.*

Interessant ist vorliegend offensichtlich § 2. Ist er zulässig und zweckmässig? Etwas irritierend ist zunächst einmal die Tatsache, dass man sich bei einem – durch den Regierungsrat – später geänderten Konkordat, dem ja der Kantonsrat ursprünglich zugestimmt hat, fragen muss, ob dieses Konkordat eigentlich auf der Stufe des Gesetzes oder der Verordnung steht. Oder ist bereits das Konkordat in seiner heutigen Fassung eine Mischung zwischen Bestimmungen, die eigentlich auf Gesetzesstufe anzusiedeln sind, und solchen, die eigentlich bezüglich Normstufe eher in einer Verordnung zu regeln wären? Wer einer Mischung der Verantwortlichkeiten im Bereich der Verordnungsgebung skeptisch gegenübersteht, dürfte auch dieser Änderungsklausel mit einer gewissen Skepsis begegnen.³⁵

Weiter fragt sich, ob unter § 2 auch gesetzvertretende Regelungen möglich sind. Soweit § 2 dies zum Ausdruck bringen will, widerspricht das dem Grundsatz, dass die Delegation jeweils auf ein eng begrenztes Gebiet zu beschränken ist. Wenn es sich nur um Vollzugsbestimmungen handelt, geht offensichtlich ein erheblicher Teil der Flexibilisierungswirkung bereits wieder verloren; überdies stellt sich die Frage, ob es gesetzestechnisch nicht klüger gewesen wäre, ein Kon-

kordat, genehmigt durch die Parlamente, und eine Vollziehungsverordnung, genehmigt durch die Regierungen (oder erlassen durch ein interkantonales Organ), abzuschliessen. In diesem Fall wäre klar gewesen, dass die Vollziehungsverordnung durch die Regierung (bzw. das interkantonale Organ) jederzeit geändert werden könnte. Somit ist auch hinter diese Flexibilisierungsklausel ein Fragezeichen zu setzen (vgl. zur Frage der Vertragsänderungen auch Zehnder 2007, S. 192 ff).

4.2.6 *Rechtsetzung durch interkantonale Organe*

Zu erwähnen ist in vorliegendem Zusammenhang auch Artikel 48 Absatz 4 BV: Dieser Artikel sollte die Grundlage dafür schaffen, dass auch interkantonale Organe Recht setzen können. Artikel 48 Absatz 4 BV verlangt, dass das Konkordat selber immer die inhaltlichen Grundzüge der Bestimmungen festlegen muss und dass diese Grundzüge nicht im interkantonalen Organ zur Disposition gestellt werden können. In Materialien und Lehre wird davon gesprochen, dass nur sekundäre, nicht primäre Normen übertragen werden können (Zehnder 2007, S. 28; vgl. auch Abderhalden 1999, S. 172 f.). Unsicherheiten bestehen, ob damit etwas anderes gemeint ist als die allgemein bekannten Voraussetzungen, wie wir sie etwa in Artikel 164 BV finden, wonach wichtige Bestimmungen durch den Gesetzgeber erlassen werden müssen. Unseres Erachtens muss auch bei Artikel 48 Absatz 4 BV gelten, was das Bundesgericht seit eh und je im Zusammenhang mit der Gesetzesdelegation formuliert. Damit wird aber klar, dass interkantonale Organe das Problem des Konsenses über grundlegende Bestimmungen eines Konkordates nicht lösen können. Immerhin, und das sehen mehrere Konkordate vor,³⁶ können interkantonale Instanzen «sekundäre Normen» erlassen und sie können mit der Vorbereitung der Rechtsetzung betraut werden.³⁷

4.2.7 *Streitschlichtungsmechanismen*

Gewisse Probleme des Konsenses werden durch Streitschlichtungsmechanismen gemildert. Vertrauen die Vertragskantone darauf, dass eine in einem Konkordat eingesetzte Schiedskommission das Konkordat in einem vernünftigen, den Vertragspartnern entsprechenden Sinne auslegt, ist die Bereitschaft wohl grösser, auch schlankeren Regelungen zuzustimmen. Damit kann allenfalls das Problem sowohl von zu unbestimmten als auch von zu detaillierten (und dann doch lückenhaften) Normierungen minimiert werden (vgl. Kap. 4.1). Solche Mechanismen sind verbreitet, aber unterschiedlich geregelt. Hinzuweisen ist auf Artikel 31 ff. der Rahmenvereinbarung für die interkantonale Zusammenarbeit mit Lastenausgleich (IRV), wo ein eigentliches Streitbeilegungsverfahren definiert ist, das von allen Kantonen (auch Nichtmitgliedkantonen) und interkantonalen Organen angerufen werden kann.

4.3 Zwischenfazit

Als Zwischenfazit kann festgehalten werden, dass die Notwendigkeit eines Konsenses bei dieser Form der Rechtsetzung durchaus ihre Spuren hinterlässt. Faktisch behelfen sich die Konkordatsgeber in erster Linie mit Flexibilisierungsklauseln; einen verbindlich strukturierten Ablauf als Regelfall bei der Konkordatsgebung scheint es hingegen noch nicht zu geben.

5 Einpassung von Konkordaten in die Rechtsordnung

5.1 Vorrang des Konkordatsrechts

Im letzten Teil sind verschiedene Fragen der Normstufe und der Geltung von Konkordaten aufzugreifen. Einleitend sei dazu festgehalten, dass sich ein Konkordatsgeber bewusst sein muss, dass er eigentlich eine Art «suprakantonales Recht» schafft. Dies ist in Artikel 48 Absatz 5 BV ausdrücklich festgehalten, stellt aber nach herrschender Auffassung keine wesentliche Änderung der Praxis dar (Lüdin 1986, S. 15 f.; Zehnder 2007, S. 28 und 130). Suprakantonales Recht bringt das Paradox zum Ausdruck, dass der Gesetzgebungsprozess für Konkordate im Wesentlichen den Mindestanforderungen kantonaler Gesetzgebung zu folgen hat, dass aber das Resultat gesetzgeberischer Bemühungen eigentlich Recht ist, welches dem kantonalen Recht vorgeht.³⁸ Dies hat zur Folge, dass die Einpassung in das kantonale Recht insofern einfacher wird, als das Konkordatsrecht einen Vorrang vor dem übrigen kantonalen Recht beanspruchen kann. Auf das Verhältnis zu anderem interkantonaalem Recht ist noch zurückzukommen (vgl. Kap. 5.4).

5.2 Verweise

Verweise sind eine gängige Praxis, um die Gesetzgebung zu vereinfachen (Müller 2006, Rz. 367 ff.). Es handelt sich um ein Bedürfnis, das insbesondere bei der Konkordatsgebung besteht, da es hier regelmässig gilt, das anwendbare Recht zu definieren. Dies ist jedoch mit schier unlösbaren Problemen behaftet, da das als anwendbar erklärte kantonale Recht Veränderungen unterworfen sein kann. Wenn das kantonale Recht autonom revidiert wird, kann dies zu Änderungen in Kernpunkten eines Vertrags führen, ohne dass die übrigen Vertragspartner eine Möglichkeit zur Mitwirkung haben.³⁹ Das gilt bei der Verwendung dynamischer Verweise. Dagegen könnte das Problem mit einem statischen Verweis gemildert werden, indem die für anwendbar erklärte Norm immer in der Fassung im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gilt. Da dieser aber – namentlich bei allgemeinen Verweisen wie etwa der Auffangnorm nach Artikel 11 IRV, wonach in interkantonalen Trägerschaften das Recht des Sitzkantons anwendbar ist – in der Praxis kaum handhabbar ist, dürfte im Alltag – trotz verfassungsrechtlicher Bedenken

– dynamisch auf die jeweils aktuelle Fassung zurückgegriffen werden. Damit aber wird das Konkordat mit jeder Gesetzesänderung revidiert, ohne dass sich die Konkordatspartner dazu äussern können.

5.3 Ausführungsbestimmungen

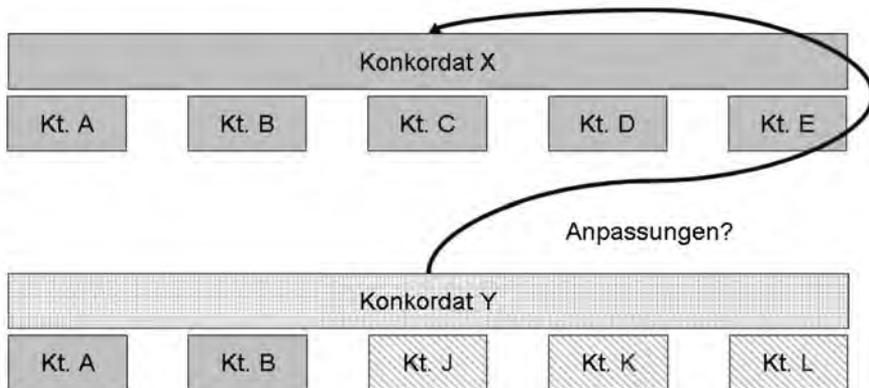
Das anwendbare Recht muss nicht abschliessend im Vertrag selbst oder mittels Verweis geschaffen werden. Der Vertrag kann als weitere Möglichkeit die Kompetenz zum Erlass von Ausführungsbestimmungen delegieren, so durch Vertrag geschaffene interkantonale Organe (vgl. Kap. 4.2.6). Eine in vielen Fällen angemessene Lösung kann zudem in der Kombination von Verweis und Rechtssetzungsdelegation liegen: Der Vertrag verweist grundsätzlich auf ein anwendbares kantonales Recht, delegiert gleichzeitig aber auch die Kompetenz, davon abweichendes Recht zu setzen, an ein Vertragsorgan. Es gilt dabei die vom Bundesgericht erarbeiteten Grundsätze der Delegation zu berücksichtigen, was eine zu offen formulierte Kompetenzdelegation ausschliesst. Zu beachten ist ferner, dass auch Ausführungsbestimmungen zu publizieren sind, andernfalls sie keine Wirkung entfalten (Hangartner 1967, S. 337; Empfehlungen SKK, Ziff. 364). Soweit der Vertrag selber nichts regelt, hat die Publikation dabei in allen Vertragskantonen gemäss ihren Publikationsvorschriften zu erfolgen.

5.4 Beziehungen unter Konkordaten

Von Interesse ist auch die Frage der Beziehung von Konkordaten untereinander. Diese stellt sich akzentuiert im Zusammenhang mit Veränderungen und Aufhebungen anderer interkantonalen Erlasse sowie dem In- und Ausserkrafttreten. Bei über 700 abgeschlossenen Konkordaten ist es nahe liegend, dass der Abschluss eines Konkordates die Änderung eines anderen Konkordates notwendig machen kann. Es stellt sich dann aber ein grundlegendes Problem von Konkordaten: Wenn ein Konkordat X – abgeschlossen zwischen den Kantonen A bis E – durch ein anderes Konkordat Y – abgeschlossen durch die Kantone A, B, J, K und L – geändert werden soll, so lässt sich kaum ein Weg finden, wie dies sinnvollerweise durchgeführt werden könnte. Aus dem Blickwinkel des Konkordates Y können die an beiden Konkordaten beteiligten Kantone A und B bestenfalls in Aussicht stellen, sich um eine Änderung des Konkordats X zu bemühen. Das Konkordat X ändern können sie selbstverständlich nicht.

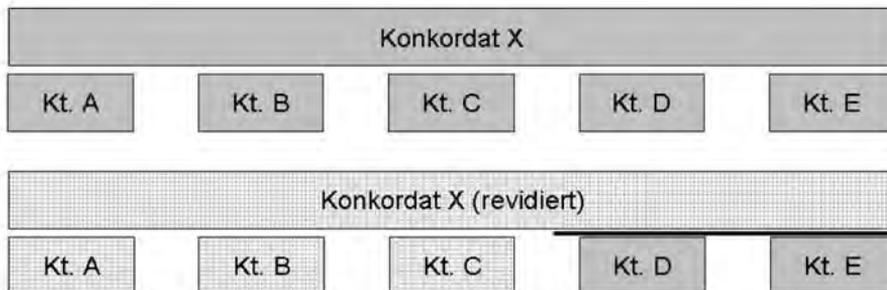
Rechtlich nicht umsetzbar dürfte daher auch Artikel 15 HarmoS sein, wonach die EDK über den Zeitpunkt der Ausserkraftsetzung von Artikel 2 des Konkordats über die Schulkoordination vom 29.10.1970 entscheidet. Dies würde nämlich voraussetzen, dass erstens beide Konkordate von denselben Kantonen abgeschlossen wurden und zweitens das Konkordat über die Schulkoordination selbst der

EDK dieselbe Befugnis einräumt.⁴⁰ Wird andererseits Artikel 2 des Konkordates über die Schulkoordination nicht aufgehoben, dann stellt sich unweigerlich die Frage, zu welchen Koordinations- bzw. Harmonisierungszielen sich jene Kantone verpflichten, welche beiden Konkordaten beigetreten sind. Aufgrund des ungebrochenen Booms der Konkordate bzw. der mit der NFA bezweckten Förderung dürften diese Probleme unweigerlich zunehmen.



Eine ebenfalls im Bereich der Gesetzgebung selbstverständliche, im Bereich der Konkordate aber alles andere als triviale Frage ist die Revision eines Konkordats. Angenommen, die Kantone A bis E haben das Konkordat X abgeschlossen. Das gleiche Konkordat, immer noch Konkordat X, soll revidiert werden. Die Kantone A bis C haben die revidierte Fassung bereits genehmigt. Für sie ist das revidierte Konkordat in Kraft getreten. Für die Kantone D und E, die das revidierte Konkordat noch nicht genehmigt haben, gilt noch immer das Konkordat X in der ursprünglichen Fassung.

Es stellt sich die Frage, welches Recht nun im Kanton A gilt, falls das Konkordat X über die fragliche Revision keine Bestimmungen enthält und die revidierte Fassung des Konkordates X im Wesentlichen vorsieht, dass ab einer bestimmten Mindestzahl von Genehmigungen das revidierte Konkordat X in Kraft treten soll. Hier gilt es zu unterscheiden, ob das revidierte Konkordat gegenüber den Kantonen oder den Rechtsunterworfenen gilt. Relativ einfach scheint noch die Rechtslage gegenüber den anderen Kantonen. Aus dem Blickwinkel des Kantons A gilt gegenüber dem Kanton B das Konkordat X in der revidierten Fassung. Gegenüber dem Kanton D müsste grundsätzlich noch das alte Konkordat X zur Anwendung kommen.⁴¹



Wie steht es nun aber bezüglich der Rechtsunterworfenen, konkret etwa am Beispiel der Vereinbarung über die Förderung Hochbegabter? Die von der Vereinbarung betroffenen Institutionen der Kantone nehmen unter gewissen Voraussetzungen Schülerinnen und Schüler eines anderen Konkordatskantons auf. Es ist ohne Weiteres denkbar, dass bei einem solchen Konkordat den Schülern Rechte eingeräumt und Pflichten auferlegt werden. Was gilt nun, wenn das revidierte Konkordat den betroffenen Schülerinnen und Schülern sowohl neue Rechte einräumt wie auch neue Pflichten auferlegt?

Klar scheint zunächst einmal die Rechtslage gegenüber einer Schülerin oder einem Schüler aus dem Kanton B. Hier müsste das neue Konkordat Anwendung finden. Bei einem Rechtsunterworfenen aus dem Kanton D müsste gemäss der Konkordatslogik dagegen noch das alte Konkordat Anwendung finden, das heisst gegenüber diesem Schüler oder dieser Schülerin käme das alte Recht zur Anwendung. Dies ist zunächst einmal etwas seltsam, dass an der gleichen Institution Schülerinnen und Schüler aus verschiedenen Kantonen unterschiedlich behandelt werden. Heikel erscheint auch die Frage, ob der Kanton A durch die Revision seines Konkordates nicht zum Ausdruck bringen wollte, sämtliche Schülerinnen und Schüler den neuen Regeln unterstellen zu wollen. Dies ist nicht a priori ausgeschlossen, wenn etwa die neuen Rechte und Pflichten einen Bereich betreffen, der im ursprünglichen Konkordat X noch gar nicht geregelt war, und der Kanton A sich auf den Standpunkt stellen kann, dass er in dieser Frage autonom die Rechtsstellung der Schülerinnen und Schüler aus dem Kanton D regeln kann.

Ironischerweise besteht die grösste Rechtsunsicherheit gegenüber den Rechtsunterworfenen im eigenen Kanton. Beim Abschluss eines Konkordates wird davon ausgegangen, dass die eigenen Kantonsangehörigen mindestens die gleichen Rechte wie Kantonsfremde haben sollen. Entsprechend dürfte sich ihre Rechtsstellung vielfach nicht durch das Konkordat selbst definieren. Ob sie nach einer Revision des Konkordats der neuen oder alten Rechtslegung unterstehen,

bleibt dagegen wenig klar, da sowohl das Konkordat X wie auch das Konkordat X in der revidierten Fassung im betreffenden Kanton geltendes Recht darstellen. Naheliegend ist wohl eine Unterstellung unter die neuen Regeln, zwingend erscheint dies allerdings nicht.⁴²

5.5 Beendigung von Konkordaten

Schliesslich ist auf das Problem der Beendigung hinzuweisen. Im Gegensatz zu Gesetzen, welche in der Regel kein Enddatum haben,⁴³ sehen Konkordate bezüglich Austritt meist Kündigungsklauseln vor. So regeln Artikel 35 ff. IRV beispielsweise die Frist, innert welcher ein Austritt erfolgen kann. Auch wird spiegelbildlich zum Inkrafttreten das Ausserkrafttreten der Vereinbarung vorgesehen, wenn die Mitgliederzahl durch Austritte unter 18 fällt. Solche Kündigungsklauseln befinden sich in einer Vielzahl von Konkordaten. Es ist richtig und wichtig, dass diese Fragen geregelt werden. Einheitliche Regeln oder Formulierungen haben sich soweit ersichtlich aber nicht gebildet. Austritt und Weitergeltung des Konkordats sind aber nicht die einzigen Fragen, die möglicherweise einer Regelung bedürfen.

Fragen stellen sich sowohl aus der Vertragsperspektive wie auch aus der Perspektive der Rechtsunterworfenen. Bei einem Austritt einer Vertragspartei werden sich etwa die rechtlichen Folgen bezüglich des Schicksals der gemeinsam geschaffenen Institutionen stellen, dies vor allem dann, wenn diese Institutionen während Jahren substantielle Geldquellen bewirtschaftet oder ungedeckte Kosten oder Risiken, z.B. Haftungsrisiken, akkumuliert haben. Aus der Sicht der Rechtsunterworfenen kann ein Bedarf nach interkantonalem Übergangsrecht entstehen. Nochmals sei auf das Beispiel interkantonaler Institutionen für hochbegabte Schülerinnen und Schüler verwiesen: Ob das Verhältnis ausserkantonaler Schüler zur Institution einfach aufgelöst werden kann, wenn ihr Heimatkanton das Konkordat verlässt, ist eine Frage des allgemeinen Verwaltungsrechts und sollte richtigerweise einer angemessenen Übergangsregelung zugeführt werden. Der Austritt allein schafft keine Rechtsregeln. Vielmehr müsste bei einem Austritt auch eine interkantonale Übergangsregelung ausgehandelt werden, was vielfach zeitlich schwierig und unter dem Blickwinkel des vielleicht nicht so freundlichen Austritts sachlich schwer realisierbar sein könnte. Solche Probleme müssen deshalb bereits beim Abschluss des Konkordats reflektiert werden. Im Zeitpunkt des Austritts ist es dafür oftmals zu spät.⁴⁴

6 Fazit

Konkordate sind eine wichtige Form der Rechtsetzung der Kantone. Viele Schwierigkeiten, die sich aufgrund des notwendigen Konsenses zwischen den Vertragspartnern ergeben, können gelöst oder erheblich gemildert werden. Ein eingespielter und wenn möglich für alle Kantone anwendbarer Ablauf, welcher sich an den Grundsätzen des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens orientiert, existiert indes bisher nicht, erscheint aber empfehlenswert. Das Problem der erschwerten Abänderbarkeit von Konkordaten kann durch Delegationen und Flexibilisierungsklauseln wohl nur begrenzt behoben werden. Konkordate dürften auch dort an ihre immanenten Grenzen stossen, wo die Rechtsetzung raschen Änderungen unterworfen ist oder wo ein erheblicher Koordinationsbedarf von Konkordaten untereinander besteht.

*Felix Uhlmann, Prof. Dr., Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Rechtsetzungslehre, Rechtswissenschaftliches Institut der Universität Zürich,
E-Mail: felix.uhlmann@rwi.uzh.ch*

*Vital Zehnder, RA, Dr. iur., Generalsekretär des Spitalrats des Universitätsspitals Zürich,
E-Mail: vital.zehnder@usz.ch*

Anmerkungen

- Frau B.A. (HSG) Judith Kaspar danken wir bestens für die kompetente Überarbeitung einer ersten Fassung dieses Textes.
- 1 Vgl. dazu Zehnder (2007, 9 ff.).
 - 2 Stellungnahme des Bundesrates vom 28.5.1999 auf die Motion NR Theiler 99.3108; wiederholt in der Antwort des Bundesrates vom 1.12.1999 auf die Interpellation NR Zwygart 99.3511.
 - 3 Vgl. die Stellungnahme des Bundesrates vom 28.5.1999 auf die Motion NR Theiler, 99.3108.
 - 4 Vgl. etwa den Beitrag von Rhinow 2002; oder das Mitteilungsblatt November 2003 der SGP mit diversen Beiträgen; Brunner 2000, S. 145 f.; Biaggini 2002, S. 386; Mader 2005, S. 105; Zehnder 2007, S. 23. Aus staatspolitischen Gesichtspunkten wird dieses Instrument teilweise kritisiert. Rhinow bescheinigt dem Instrument «föderalistische Defizite, die der kantonalen Autonomie und einer föderalistischen Demokratie diametral entgegenstünden» (Rhinow 2003, S. 7); dagegen sieht Schweizer in den strengen Voraussetzungen für eine AVE Garantien für deren Rechtmässigkeit und weist darauf hin, dass die kantonale Autonomie «mit einer Bundesverfassungsrevision, wo eine neue Bundeszuständigkeit mit einfachem Ständemehr begründet werden kann, einfacher beseitigt werden» könne (Schweizer 2002, S. 15). Am 3.10.2008 reichte die SVP-Fraktion eine parlamentarische Initiative ein mit dem Begehren, Art. 48a ersatzlos zu streichen (vgl. AB 2009 N 1742). Nach Durchführung eines Differenzbereinigungs-
 - 5 verfahrens lehnte der Ständerat die Initiative, der der Nationalrat noch Folge gab (AB 2009 1743), endgültig ab (AB 2010 S 16; vgl. zum Ganzen auch Waldmann 2010, S. 11 f.).
 - 6 Zum Verfahren vgl. Art. 61c RVOG (Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21.3.1997, SR 172.010) und Art. 27o ff. RVOV (Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25.11.1998, SR 172.010.1).
 - 7 BGE 54 I 328, E.2, 121 I 187, E.2; 109 Ia 116, E.6; 103 Ia 130, E.3; Aubert lässt dies als Frage allerdings offen (Aubert, Petit commentaire, Art. 48, N.10); Abderhalden ist der Ansicht, dass das Bundesgericht aus Gründen der Gewaltenteilung den von der Bundesversammlung getroffenen Entscheid, einen vom Bundesrat angefochtenen interkantonalen Vertrag zu genehmigen, nur mit Zurückhaltung kassieren wird (Abderhalden, St. Galler Kommentar, Art. 48, N.40).
 - 8 Das Klageverfahren richtet sich nach dem Bundeszivilprozessrecht, Art. 120 Abs. 3 BGG. (Bundesgerichtsgesetz vom 17.6.2005, SR 173.110).
 - 9 Art. 189 Abs. 2 BV, Art. 120 Abs. 1 lit. b BGG.
 - 10 Durch den Wechsel von der Genehmigungspflicht zur Informationspflicht dürfte sich daran nichts geändert haben. Immerhin ist aber darauf hinzuweisen, dass die Bundesverfassung die Kantone verpflichtet, vor dem Beschreiten des Rechtsweges Streitigkeiten nach Möglichkeit durch Verhandlung und Vermittlung beizulegen (Art. 44 Abs. 3 BV).

- 10 Im Rahmen des Beitritts des Kantons Zürich zum Konkordat über Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen (sog. BWIS-Konkordat; vgl. ZHlex 551.19) erhoben einzelne Bürger und Interessengemeinschaften Beschwerde beim Bundesgericht, insbesondere wegen Verletzung von Grundrechten (Art. 10, 22 und 31 BV), der Garantien von gerichtlichen und administrativen Verfahren (Art. 29, 29a, 30 und 32 BV) und des Legalitätsprinzips (Art. 5 BV). In der öffentlichen Beratung vom 13.11.2010 (IC_428/2009) kam das BGer zum Schluss, dass der umstrittene Polizeigewahrsam mit Art. 5 EMRK vereinbar sei; im Übrigen seien die Bestimmungen des Konkordats nicht zu beanstanden (IC_428/2009; vgl. auch *Jurius 2010*).
- 11 Dies folgt aus dem Umstand, dass rechtsetzende Konkordate verfahrensrechtlich wie Erlasse zu behandeln sind (BSK BGG, *Aemisegger/Scherrer*, Art. 82, N.44).
- 12 Beim rechtsgeschäftlichen Konkordat handelt es sich um die Regelung eines konkreten Rechtsverhältnisses im Einzelfall. Hierzu zählen etwa die Grenzbereinigungen (z.B. die Interkantonale Vereinbarung 1985 über die II. Juragewässerkorrektion vom 4.2.1986, AS 1986 2078) oder Konkordate, mit denen ein Kanton von einem anderen Verwaltungsdienstleistungen einkauft (*Tschannen 2007*, S. 352; vgl. auch *Abderhalden*, *St. Galler Kommentar*, Art. 48, N.13). Bei den mittelbar rechtsetzenden Konkordaten verpflichten sich die Parteien, innerkantonales Recht zu setzen (beispielsweise im Konkordat über die Schulkoordination vom 29.10.1970, vgl. z.B. für den Kanton Zürich *ZHlex 410.3*), wogegen unmittelbar rechtsetzende Konkordate direkte Verpflichtungen der Adressatinnen und Adressaten normieren und dabei nicht der Umsetzung in kantonales Recht bedürfen (z.B. Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15.3.2001, IVöB).
- 13 Empfehlungen der schweizerischen Staatsschreiberkonferenz über das Verfahren bei Abschluss, Änderung und Aufhebung interkantonalen Abkommen vom 19.9.1980; www.zrk.ch > Grundlagen > Richtlinien, zuletzt besucht am 23.11.2010 (im Folgenden: Empfehlungen SKK).
- 14 Mit Bezug auf den Konkordatsbegriff hielt Häfelin deshalb wohl zu Recht fest, dass jegliche Diskussion um die richtige Verwendung unergiebig sei (*Häfelin 1973*, S. 251).
- 15 Seit 1.1.2005 wird das interkantonale Recht nicht mehr in der Rechtssammlung des Bundes veröffentlicht. Die Pflicht zur Veröffentlichung richtet sich nach kantonalem Recht; insofern besteht ein nicht geringes Mass an Rechtsunsicherheit (vgl. zur Publikation interkantonalen Rechts *Abderhalden*, *St. Galler Kommentar*, Art. 48, N.51 ff.).
- 16 Andererseits vermag die Publikation allein einem Konkordat nicht zum Durchbruch zu verhelfen. So hielt etwa das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich fest, die Interkantonale Vereinbarung vom 26.5.1937 betreffend die gemeinsame Durchführung von Lotterien sei zwar publiziert worden, habe aber dennoch keine formelle Gesetzeskraft erlangt, da sie nach der zürcherischen Kantonsverfassung wegen ihres gewichtigen rechtsetzenden Charakters der Volksabstimmung hätte unterworfen werden müssen (*Verwaltungsgericht Zürich*, VB 98.00218, Urteil vom 18.12.1998, zitiert in *BGE 127 II 264*).
- 17 Sog. negative Rechtskraft der AS; für den Bund Art. 8 Abs. 3 PublG (Publikationsgesetz, SR 170.512); in Bezug auf interkantonale Erlasse gilt freilich kantonales Recht, vgl. z.B. § 13 PublG (*ZHlex 170.5*); Art. 10 PuG (BSG 103.1, BE). Im Übrigen ergibt sich die Pflicht der Veröffentlichung bereits aus dem Willkürverbot (Art. 9 BV; vgl. *Hangartner*, *St. Galler Kommentar*, Art. 5, N.16).
- 18 Immerhin schliesst die Botschaft zum PublG nicht aus, dass zumindest allgemeinverbindlich erklärte Konkordate wegen ihres Bedeutungsgehalts und der Beteiligung des Bundes wieder in den Katalog der in der AS zu publizierenden Erlasse aufgenommen werden könnten (*BBl 2003 7711, 7717*).
- 19 Vgl. zur früheren Lehre, die von der direkten Anwendbarkeit von Völkerrecht auf interkantonale Beziehungen ausging, *Schindler 1948*, S. 147; dagegen tendiert die neuere Lehre dazu, völkerrechtliche Regeln nur subsidiär auf interkantonale Rechtsverhältnisse anzuwenden (vgl. *Brunner 2000*, S. 118 f.). Die Auslegung von interkantonalen Bestimmungen richtet sich demgemäss zunächst nach Bundesrecht, Gewohnheitsrecht und Vereinbarung und erst subsidiär nach Völkerrecht (*Abderhalden 2000*, S. 334). Immerhin entsprechen die Voraussetzungen einer self-executing Norm im interkantonalen Verhältnis denjenigen im staatsvertraglichen Rahmen.
- 20 Art. 2 des Konkordats über die Schulkoordination vom 29.10.1970; vgl. für den Kanton Zürich das Gesetz über den Beitritt des Kantons Zürich zum Konkordat über die Schulkoordination vom 6.6.1971 (*ZHlex 410.3*).
- 21 Der neue Art. 2 HarmoS-Konkordat etwa lautet: «Im Respekt vor den unterschiedlichen Kulturen in der mehrsprachigen Schweiz folgen die Vereinbarungskantone bei ihren Vorkehren zur Harmonisierung dem Grundsatz der Subsidiarität. Sie sind bestrebt, die schulischen Hindernisse für eine nationale und internationale Mobilität der Bevölkerung zu beseitigen.» Konkreter wird dann allerdings doch die Übergangsbestimmung Art. 12, wonach sich die Vereinbarungskantone verpflichten, spätestens sechs Jahre nach dem Inkrafttreten der Vereinbarung die strukturellen Eckwerte der obligatorischen Schule im Sinne von Titel III der Vereinbarung festzulegen und die Bildungsstandards im Sinne von Art. 7 anzuwenden; vgl. z.B. für den Kanton Zürich das Gesetz über den Beitritt zur interkantonalen Vereinbarung über die Harmonisierung der obligatorischen Schule (*HarmoS-Konkordat*) vom 30.6.2008 (*ZHlex 410.31*).

- 22 Die Einräumung von klaren Ansprüchen zeigt zwar den eindeutigen Willen des Konkordatsgebers auf. Die Gefahr einer solchen Formulierung liegt aber darin, dass überall dort, wo der Konkordatstext nicht den Begriff «Anspruch» oder gleich bedeutende Begriffe verwendet, die Frage auftaucht, ob e contrario die direkte Anwendbarkeit eben gerade nicht gegeben sein soll. Im Einzelfall ist aber eine solche Eindeutigkeit des Textes sicher zu begrüssen.
- 23 Immerhin folgende Bemerkung: Bei Art. 6 FSV fragt sich, ob es mit Blick auf die Formulierung nicht noch eindeutiger gewesen wäre, wenn die Vereinbarung als Adressaten die Studierenden selbst ansprechen würde, etwa dass Studierende, die dieser Vereinbarung unterstehen, die gleiche Rechtsstellung wie die Studierenden der Standortkantone haben. Nimmt man die Standortkantone als Adressaten, stellt sich immer die Frage, ob diese als Gesetzgeber oder Vollzugsbehörden von der Vereinbarung angesprochen werden. Entsprechend scheint es eindeutiger, dort wo es gewünscht und sinnvoll ist, die Rechtsunterworfenen direkt anzusprechen respektive ihnen Rechte und Pflichten einzuräumen. Wohl in Anerkennung dieser Problematik wählte die jüngere Interkantonale Fachhochschulvereinbarung vom 12.6.2003 (FHV) eine neue Formulierung (Art. 3 Abs. 2): «Die Fachhochschulträger gewähren den Studierenden aus allen Vereinbarungskantonen die gleiche Rechtsstellung. Soweit die Kantone nicht selber Träger der Fachhochschulen sind, verpflichten sie die ihnen verbundenen Schulen zur Gleichbehandlung.» Der noch konsequenter Schritt wäre gewesen, direkt die Studierenden anzusprechen.
- 24 Immerhin bestimmt z.B. Art. 69 Abs. 2 KV/ZH, dass das zürcherische Parlament frühzeitig einzubeziehen und umfassend und laufend über interkantonale Vorhaben zu informieren sei (vgl. Ehrenzeller 2005, S. 85).
- 25 Damit sei nur nebenbei auf eine weitere Problematik hingewiesen. Wo es im kantonalen Gesetzgebungsverfahren kaum je Probleme bereiten dürfte, auf die Materialien zurückzugreifen (die involvierten Verwaltungsstellen, Departemente, Parlements-kommissionen etc. unterstehen alle derselben Archivierungsgesetzgebung und Aufbewahrungssystematik), findet sich interkantonale teilweise nicht mehr als der Vereinbarungstext selbst. Verhandlungen lassen selten Arbeitsmaterialien zurück oder sie müssen mühsam in mehreren Kantonen zusammengetragen werden (wobei dann nicht auszuschliessen ist, dass nur die Sicht eines Verhandlungspartners wiedergegeben wird). Dem könnte durch Bezeichnung einer federführenden Stelle zu Beginn der Verhandlungen und Definition einer Depositarstelle, welche sämtliche Materialien verwahrt, ein wenig entgegengewirkt werden. Vgl. Empfehlungen SKK, Ziff. 321.
- 26 Bericht und Antrag des Regierungsrates an den Kantonsrat zum dringlichen Postulat KR-Nr. 93/2005 betreffend Einbezug des Kantonsrates in Aushandlung, Ratifikation, Vollzug und Änderung interkantonalen Verträge und von Vereinbarungen mit dem Ausland (vom 17.5.2006), S. 4.
- 27 Vgl. unabhängig vom Konkordatsrecht etwa auch die Bfs-Studie «Die Grossregionen der Schweiz», 1999, welche neben der staatlichen Zusammenarbeit auch die Regionalisierungen der Privatwirtschaft untersuchte, wobei sich Parallelen zwischen der staatlichen Zusammenarbeit und der privaten Regionalisierung ausmachen lassen.
- 28 Gewässer, Strassen und andere gemeinsame immobile Infrastrukturen führen notgedrungen zu Zusammenarbeiten (vgl. etwa das Bundesgesetz über die Fischerei vom 21.6.1991, SR 923.0, welches in Art. 24 die Kantone sogar verpflichtet, die Fischerei auf interkantonalen Gewässern einheitlich zu regeln).
- 29 Bedeutung hatte die Konfession insbesondere im Bildungsbereich; vgl. etwa das Regionale Schulabkommen Zentralschweiz vom 30.4.1993, dem auch das katholische Wallis angehört, oder den (früheren) Vertrag über das Lehrerseminar Rickenbach SZ vom 26.8.1976, dem sich auch das nicht angrenzende, aber katholische Appenzell i.Rh. und das Fürstentum Liechtenstein anschlossen. Dass aber die Konfession an Bedeutung verliert, zeigt sich etwa daran, dass das Wallis aus der Bildungsdirektorenkonferenz Zentralschweiz ausgetreten ist und sich 2005 der Region Nordwestschweiz angeschlossen hat, welcher nun alle drei zweisprachigen Kantone angehören (vgl. zur Bedeutung der Konfession auch Bochsler/Sciurini, S. 33).
- 30 Vgl. als Beispiel den Vertrag über die Mitwirkung der Kantonsparlamente bei der Ausarbeitung, der Ratifizierung, dem Vollzug und der Änderung von interkantonalen Verträgen und von Verträgen der Kantone mit dem Ausland (Vertrag über die Mitwirkung der Parlamente, ParlVer) vom 5.3.2010, der ein genaues Mitwirkungsverfahren regelt, Art. 7 ff.
- 31 Eine analoge Formulierung findet sich auch in Art. 31 der Interkantonalen Vereinbarung über die Aufsicht sowie die Bewilligung und Ertragsverwendung von interkantonale oder gesamtschweizerisch durchgeführten Lotterien und Wetten vom 7.1.2005.
- 32 Allerdings kennt die Praxis auch solche Beispiele: Der Beitritt zur Interkantonalen Fachschulvereinbarung vom 27.8.1998, die gemäss Art. 16 Abs. 1 ebenfalls mit Zweidrittelmehrheit abgeändert werden kann, wurde in verschiedenen Kantonen vom Parlament beschlossen (z.B. Kanton Bern, BSG 439.17) und musste etwa auch im Kanton Zürich vom Kantonsrat genehmigt werden (ZHlex 414.15; ABl 1999 S. 1180).
- 33 Enthält ein Vertrag keine Bestimmungen zur Vertragsänderung, kommt dieser Grundsatz ausnahmslos zur Anwendung, vgl. für das Völkerrecht ausdrücklich Art. 39 WVK (Wiener Übereinkommen vom 23.5.1969 über das Recht der Verträge, SR 0.111).

- 34 Als Flexibilisierungsklauseln in diese Richtung sind sodann jene Bestimmungen zu sehen, bei denen die Kompetenz zur Vertragsänderung an die Kantonsregierungen oder gar an interkantonale Organe delegiert wird. So ermächtigt etwa die interkantonale Universitätsvereinbarung vom 20.2.1997 die Kommission Universitätsvereinbarung in Art. 26 zur Revision genau bezeichneter Bestimmungen (für den Kanton Zürich vgl. ZHlex 415.17).
- 35 Sie findet sich aber z.B. regelmässig in den Beitrittsbeschlüssen des Kantonsrates Obwalden. So bestimmt etwa Ziffer 2 des Kantonsratsbeschlusses über den Beitritt zum Konkordat der Kantone der Nordwest- und Innerschweiz über den Vollzug von Strafen und Massnahmen vom 14.9.2007: «Der Regierungsrat wird ermächtigt, Konkordatsänderungen im Rahmen seiner verfassungsmässigen Finanzbefugnisse in untergeordneten Fragen sowie in Bezug auf Zuständigkeit und Verfahren zuzustimmen sowie das Konkordat gegebenenfalls zu kündigen» (ABL OW 2007, Nr. 38, S. 1530).
- 36 Vgl. die Rechtsetzungsbefugnisse des Konkordatsrates in Art. 15 PHZ-Konkordat (Konkordat der Pädagogischen Hochschule Zentralschweiz) oder Art. 9 FHZ-Konkordat (Zentralschweizer Fachhochschulkonkordat). Vgl. auch Häfelin 1969, S. 650; Hangartner 1967, S. 337 ff.
- 37 Die interkantonale Universitätsvereinbarung vom 20.2.1997 ermächtigt in Art. 26 die Kommission Universitätsvereinbarung sogar, mit qualifiziertem Mehr (5 von 8) einzelne Bestimmungen der Vereinbarung zu revidieren, was unter dem Aspekt des Legalitätsprinzips wie die vorstehend besprochenen Flexibilisierungsklauseln kritisch zu beurteilen ist.
- 38 Art. 48 Abs. 5 BV schreibt lediglich die Beachtung interkantonalen Rechts vor. In der Lehre und der Praxis anerkannt ist aber der sog. Vorrang des interkantonalen Rechts. Laut BGER «geht das Vertragsrecht, als gemeinsam vereinbartes Recht, dem Rechte jedes einzelnen der am Vertrag teilnehmenden Kantone vor, ähnlich wie völkerrechtliche Verträge dem Landesrecht vorgehen» (BGE 100 Ia 423, E.4). Im Ergebnis kann sich ein Kanton seinen durch interkantonale Verträge eingegangenen Verpflichtungen nicht entziehen, indem er sich auf sein innerstaatliches Recht beruft. Eine generelle «derogatorische Kraft» von interkantonalen Bestimmungen ist in der Lehre dagegen umstritten. Soweit ein Konflikt zwischen einer unmittelbar rechtsetzenden interkantonalen Bestimmung und kantonalem (Gesetzes-)Recht besteht, geht das interkantonale Recht vor (Hänni 2001, S. 452; Abderhalden 1999, S. 99 f.). Ansonsten könnte sich der Kanton durch Erlass einer kantonalen Bestimmung dem interkantonalen Vertrag entziehen. Bestehende Normen, die dem unmittelbar rechtsetzenden Vertrag widersprechen, werden suspendiert (Abderhalden 1999, S. 100; Zehnder 2007, S. 128). Nicht restlos geklärt ist dagegen der Widerspruch zwischen interkantonalem Recht und kantonalem Verfassungsrecht. Gemäss Hänni geht das interkantonale Recht der Kantonsverfassung «nicht generell» vor (Hänni 2001, S. 452). Zehnder sieht, soweit der interkantonale Vertrag dem fakultativen oder obligatorischen Referendum sowie der Informationspflicht gegenüber dem Bund untersteht, keinen Grund für einen Vorrang der Kantonsverfassung (Zehnder 2007, S. 129).
- 39 Zu denken ist etwa, dass auf das Personalrecht eines Kantons als das in einer interkantonalen Anstalt anwendbare Personalrecht verwiesen wird und dieser Kanton Grundsätze des Personalrechts ändert.
- 40 Was indes höchstens dann der Fall ist, wenn man Art. 5 des Konkordates, wonach die Konkordatskantone der EDK die Durchführung der unter Art. 2 bis Art. 4 festgelegten Aufgaben übertragen, als entsprechende Kompetenz liest.
- 41 So ausdrücklich die Regelung in Art. 21 Abs. 3 IVöB.
- 42 Im Gegensatz zum interkantonalen Recht macht das internationale Recht zumindest den Versuch, diese Fragen zu beantworten, indem das WVK in den Art. 30 und Art. 39-41 die Anwendung, Änderung und Modifikation von Verträgen regelt. Gemäss Lehre und Praxis spricht nichts dagegen, diese Regeln auch im interkantonalen Verhältnis – zumindest analog – anzuwenden.
- 43 Vgl. die (nicht nur) beruhigende Ausnahme von Art. 221 Abs. 3 des Gesetzes über die direkte Bundessteuer (DBG) vom 14.12.1990 (SR 642.11) wonach das DBG mit Wegfall der Verfassungsgrundlage ausser Kraft tritt und gemäss Verfassung die Befugnis zur Erhebung einer direkten Steuer (Art. 126 BV) Ende 2020 endet (Art. 196 Ziffer 13 BV).
- 44 Vgl. etwa als geglücktes Beispiel die Kantonalisierung der Schweizerischen Hochschule für Landwirtschaft. Dazu hat das Konkordat (nicht die Konkordatskantone) mit dem Standortkanton Bern 2009 eine Kantonalisierungsvereinbarung abgeschlossen. Diese regelt die Übernahme des Personals, des Vermögens, der Verträge und der Infrastruktur durch den Kanton Bern und die BFH per 1.1.2012. Zudem wurde sie unter dem Vorbehalt abgeschlossen, dass sämtliche Konkordatsmitglieder die Auflösung des Konkordats per 31.12.2011 beschliessen. Vgl. auch http://www.shl.bfh.ch/fileadmin/docs/Home/ueber_die_Konkordate_zu_den_landwirtschaftlichen_Hochschulen.pdf (zuletzt besucht am 23.2.2011).

Literatur

- Abderhalden, Ursula, 2000, Möglichkeiten und Grenzen der interkantonalen Zusammenarbeit bei der internationalen Integration der Schweiz, in: Hänni, Peter (Hrsg.), Schweizerischer Föderalismus und europäische Integration, Zürich.
- Abderhalden, Ursula, 1999, Möglichkeiten und Grenzen der interkantonalen Zusammenarbeit: Unter besonderer Berücksichtigung der internationalen Integration der Schweiz, Freiburg.

- Aubert, Jean-François/Mahon, Pascal, 2003, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*, Zürich/Basel/Genf (zit. Autor, *Petit commentaire*, Art. ...)
- Beurret-Flück, Fabia, 1983, *Die Organisation interkantonalen Institutionen unter besonderer Berücksichtigung der Interkantonalen Strafanstalt Bostadel in Menzingen/ZG*, Diss. Basel.
- Biaggini, Giovanni, 2002, *Föderalismus im Wandel: das Beispiel des schweizerischen Bundesstaates*, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 2002/57, S. 359-391.
- Biaggini, Giovanni, 2007, *Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zürich.
- Bochsler, Daniel/Sciarini, Pascal, 2006, *Konkordate und Regierungskonferenzen. Standbeine des horizontalen Föderalismus*, *LeGes* 2006/1, S. 23-41.
- Boegli, Laurence, 1999, *Les concordats intercantonaux: quels enjeux pour la démocratie*, *Parlament* 1999/2, S.12-17.
- Brunner, Stephan C., 2000, *Möglichkeiten und Grenzen regionaler interkantonalen Zusammenarbeit: untersucht am Beispiel der Ostschweiz*, Diss. St. Gallen, Zürich.
- Dormann, Albert, 1970, *Interkantonale Institutionen mit Hoheitsbefugnissen*, Diss. Zürich.
- Ehrenzeller, Bernhard/Mastronardi, Philippe/Schweizer, Rainer J./Vallender, Klaus A. (Hrsg.) 2008, *Die schweizerische Bundesverfassung*, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen/Basel/Genf (zit. Autor, *St. Galler Kommentar*).
- Ehrenzeller, Bernhard, 2005, *Kooperativer Föderalismus und Demokratie*, in: Waldmann, Bernhard (Hrsg.), 1. Nationale Föderalismuskonferenz, *Der kooperative Föderalismus vor neuen Herausforderungen*, Fribourg, S. 67-86.
- Bundesamt für Justiz (Hrsg.), 2007, *Gesetzgebungsleitfaden, Leitfaden für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes*, 3. Aufl., Bern (zit. *Gesetzgebungsleitfaden*).
- Häfelin, Ulrich, 1969, *Der kooperative Föderalismus in der Schweiz*, *ZSR* 88, S. 549-741.
- Häfelin, Ulrich, 1973, *Aktuelle Fragen des Konkordatsrechts*, *SJZ* 69/1973, S. 249-262.
- Häfelin, Ulrich/Haller, Walter/Keller, Helen, 2008, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zürich/Basel/Genf.
- Hangartner, Yvo, 1967, *Die Publikation des interkantonalen Rechts*, *ZBl* 68/1967, S. 337-349.
- Hänni, Peter, 2001, *Verträge zwischen den Kantonen und zwischen dem Bund und den Kantonen*: in: Thürer, Daniel/Aubert, Jean-François/Müller, Jörg Paul (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zürich, S. 443-457.
- Hänni, Peter, 1998, *Vor einer Renaissance des Konkordates? Möglichkeiten und Grenzen interkantonalen Vereinbarungen*, in: Ehrenzeller, Bernhard et al. (Hrsg.), *Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen*, Festschrift Yvo Hangartner, St. Gallen/Lachen, S. 659-674.
- Jurius, 2010, *Hooligan-Konkordat: Bundesgericht gibt grünes Licht für Massnahmen*, *Jusletter* vom 18. 10. 2010.
- Kehrli, Hanspeter, 1968, *Interkantonales Konkordatsrecht*, Diss. Bern.
- Kounbarikis, Zinon, 2009, *Publikation interkantonalen Verträge*, *LeGes* 2009/1, S. 35-54.
- Lüdin, Rolf, 1986, *Die Anwendung von Völkerrecht in interkantonalen Konflikten*, Diss. Zürich.
- Mader, Luzius, 2005, *Erfahrungen und Erwartungen auf dem Gebiet des kooperativen Föderalismus*, in: Waldmann, Bernhard (Hrsg.), 1. Nationale Föderalismuskonferenz, *Der kooperative Föderalismus vor neuen Herausforderungen*, Fribourg, S. 103-113.
- Müller, Georg, 2006, *Elemente einer Rechtssetzungslehre*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf.
- Niggli, Marcel Alexander/Übersax, Peter/Wiprächtiger, Hans (Hrsg.), 2008, *Bundesgerichtsgesetz*, Basel (zit. BSK BGG, Verfasser, Art.)
- Rhinow, René, 2003, *Auswirkungen der Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (NFA) auf die Parlamente*, *Parlament* 2003/3, S. 5-9.
- Rhinow, René, 2002, *Staatspolitische Bedenken zu Aspekten der NFA*, *Jusletter* vom 5.8.2002.
- Schindler, Dietrich, 1948, *Recht Staat Völkergemeinschaft*, Zürich.
- Schweizer, Rainer J., 2002, *Welchen Föderalismus wollen wir?*, *NZZ* vom 25.6.2002, S. 15.
- Siegrist, Ulrich K., 1977, *Die schweizerische Verfassungsordnung als Grundlage und Schranke des interkantonalen kooperativen Föderalismus*, Bd. 1, Zürich.
- Siegrist, Ulrich K., 1977, *Die schweizerische Verfassungsordnung als Grundlage und Schranke des interkantonalen kooperativen Föderalismus*, Bd. 2, Zürich.
- Tschannen, Pierre, 2007, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2. Aufl., Bern.
- Waldmann, Bernhard, 2010, *Föderalismus unter Druck: Eine Skizze von Problemfeldern und Herausforderungen für den Föderalismus in der Schweiz*, in: Gredig, Markus et al. (Hrsg.), *Föderalismus – Grundrechte – Verwaltung*, Festschrift Peter Hänni, Bern 2010, S. 3-23.
- Weber, Alexander, 1976, *Die interkantonale Vereinbarung, eine Alternative zur Bundesgesetzgebung?*, Diss. Bern.
- Wiederkehr, René, 2002, *Funktionale Regionen im Rahmen der Bundesstaatsordnung dargestellt anhand neuer Reformprojekte in der Schweiz*, *ZBl* 2002, S. 617-647
- Zehnder, Vital, 2007, *Die interkantonale öffentlich-rechtliche Körperschaft als Modell für die gemeinsame Trägerschaft*, Diss. Zürich.

Résumé

Les concordats sont un instrument important dans l'activité législative des cantons. Les modifications apportées à la Constitution fédérale lors de la RPT favorisent cette évolution. Sous l'angle de la légistique, les concordats soulèvent cependant des problèmes particuliers. Les problèmes touchent à leur nature juridique, au consensus qui conditionne leur conclusion et à leur statut dans l'ordre juridique. Bon nombre de difficultés auxquelles donne naissance le nécessaire consensus des parties concordataires peuvent être résolues ou considérablement atténuées. Cependant, il n'existe pas à ce jour de procédure bien rodée et applicable pour tous les cantons, qui suive les principes de la procédure législative ordinaire, alors qu'une telle procédure serait souhaitable. C'est dans une mesure limitée seulement que les délégations et clauses de flexibilité permettent de faciliter les modifications de concordats. Les concordats atteignent leurs limites quand l'activité législative est soumise à des changements rapides ou qu'un fort besoin de coordination se fait sentir entre plusieurs concordats.