



## Föderalismusrelevante Bundesgerichtsurteile aus dem Jahr 2022

JELENA KOÇ\*/FLORIAN BERGAMIN\*\*/MARLÈNE COLLETTE\*\*\*

*Das Institut für Föderalismus (IFF) verfolgt im Föderalismus-Monitoring die Rechtsprechung des Bundes- und des Bundesverwaltungsgerichts sowie punktuell diejenige kantonaler Gerichte. Im Fokus stehen dabei Entscheide zu den bundesverfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen und Grundsätzen der föderalistischen Struktur der Schweiz. Der vorliegende Beitrag bietet eine Übersicht über föderalismusrelevante Bundesgerichtsurteile des vergangenen Jahres.*

*Dans le cadre de son monitoring du fédéralisme, l'Institut du Fédéralisme (IFF) suit la jurisprudence du Tribunal fédéral et du tribunal administratif fédéral ainsi que, dans certains cas, la jurisprudence cantonale. Cette recherche se concentre sur les arrêts touchant les principes et les conditions-cadre régissant la structure fédérale de la Suisse. La présente contribution offre un aperçu des arrêts du Tribunal fédéral les plus pertinents publiés l'année passée.*

*L'Istituto del federalismo (IFF) nell'ambito del monitoraggio del federalismo segue la giurisprudenza del Tribunale federale e del Tribunale amministrativo federale nonché, in alcuni casi, la giurisprudenza cantonale. Si concentra sulle decisioni relative al quadro costituzionale federale e ai principi della struttura federale della Svizzera. Questo articolo fornisce una panoramica delle sentenze del Tribunale federale rilevanti dell'anno scorso.*

### Inhalt

I. Einleitung .....	2
II. Bundesrechtskonformität kantonaler Erlasse .....	2
1. Polizeigesetzgebung .....	2
2. Tierschutzgesetzgebung .....	4
3. Gesetz über die Wohnraumförderung .....	5
4. Steuergesetzgebung .....	6
5. Änderung des Bundesrechts (Zugang zu Dokumenten) .....	7
III. Bundesaufsicht .....	8
IV. Interkantonales Recht .....	10
V. Gemeinden .....	11
1. Mehrwertabgaben bei Um- und Aufzonungen .....	11
2. Kurtaxen .....	12
3. Agglomerationsgesetz .....	13
VI. Zusammenfassung und Würdigung .....	13

## I. Einleitung

Das Institut für Föderalismus (IFF) widmet sich im Rahmen seines Monitorings nicht nur den Forschungsergebnissen zu verschiedenen Themen des schweizerischen Föderalismus,<sup>1</sup> sondern verfolgt auch die Rechtsprechung des Bundes- und Bundesverwaltungsgerichts sowie einzelne Urteile kantonalen Gerichte zu föderalismusrelevanten Fragestellungen. Im Zentrum der Beobachtung stehen Urteile, die sich mit der Kompetenz- und Aufgabenteilung (vgl. Art. 3 i.V.m. Art. 42 BV<sup>2</sup>) und den in kantonalen Zuständigkeitsbereichen zu beachtenden bundesverfassungsrechtlichen Grundsätze befassen oder Fragen im Zusammenhang mit dem Vollzug von Bundesrecht (Art. 46 BV) sowie der interkantonalen Kooperation (Art. 48 BV) aufgreifen. Im Folgenden wird eine Auswahl an Bundesgerichts-urteilen präsentiert, die sich im Jahr 2022 als föderalismusrelevant erwiesen.

## II. Bundesrechtskonformität kantonaler Erlasse

### 1. Polizeigesetzgebung

#### *Urteil 1C\_269/2021 vom 13. Oktober 2022 (Änderung des Zürcher Polizeigesetzes, Nationalitäten-nennung)*

Als Reaktion auf den Beschluss der Stadt Zürich, auf die Nennung der Nationalität von Tätern, Tatverdächtigen und Opfern in Polizeimeldungen der Stadtpolizei Zürich zu verzichten und diese nur noch auf Anfrage bekanntzugeben, wurde eine kantonale Volksinitiative<sup>3</sup> lanciert, die auf die Einführung einer einheitlichen Praxis abzielte und die Bekanntgabe der Nationalität kantonsweit vorschreiben wollte. Das Zürcher Stimmvolk stimmte dem Gegenvorschlag und damit einer **Änderung des Polizeigesetzes** zu, gegen welches mehrere Personen **Beschwerde wegen Verletzung von Bundesrecht** erhoben. Der Kanton Zürich beantragte die Abweisung der Beschwerde. Das Bundesgericht verneinte eine Verletzung des Eingriffs in die Kompetenzen des Bundes zur Setzung von Strafprozessrecht und wies die Beschwerde als unbegründet ab.

Das Bundesgericht hielt zur Kompetenzordnung vorweg fest: Der Grundsatz der primären Verantwortung der Kantone für die Sicherheit auf ihrem Territorium ist unbestritten (Art. 57 BV). Der Bund ist aufgrund von Art. 123 Abs. 1 BV zur Gesetzgebung auf dem Gebiet des Strafprozessrechts befugt. Die Regelung, mit welchen Mitteln Straftaten verhindert oder ihre erst mögliche Begehung festgestellt werden können, beschlägt das Polizeirecht, zu dessen Erlass grundsätzlich die Kantone zuständig sind (E. 3.1.1). Die verwaltungsrechtliche Polizeitätigkeit lässt sich allerdings nicht leicht vom strafprozessualen, im Dienst der Strafverfolgung stehenden Aufgabenbereich abgrenzen. Das Bundesgericht hielt fest, dass das **entscheidende Abgrenzungskriterium für die Anwendbarkeit der StPO<sup>4</sup>** der strafprozessuale **Anfangsverdacht** sei (E. 3.1.3; vgl. BGE 143 IV 27 E. 2.5). Erfolgt Ermittlungshandlungen vor Vorliegen eines Tatverdachts im Rahmen einer Kontaktnahme oder Vorermittlung zur Verhütung künftiger Straftaten, handle es sich nicht um Massnahmen des Strafprozessrechts, sondern um eine **klassische präventive polizeiliche Tätigkeit, deren Regelung in der Kompetenz bei den Kantonen liege** (BGE 143 IV 27 E. 2.5 m.w.H.). Diese Kompetenz **umfasse auch die Frage, wie**

---

\* Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Nationalen Zentrum des Instituts für Föderalismus, Universität Freiburg.

\*\* Diplomassistent am Institut für Föderalismus, Universität Freiburg.

\*\*\* Akademische Leiterin des Nationalen Zentrums des Instituts für Föderalismus, Universität Freiburg.

<sup>1</sup> Ein Rückblick auf die Föderalismusliteratur 2022 wird demnächst im IFF-Newsletter publiziert.

<sup>2</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Bundesverfassung, BV) vom 18. April 1999; SR 101.

<sup>3</sup> Vgl. dazu den IFF-Abstimmungsnewsletter vom 7. März 2021.

<sup>4</sup> Schweizerische Strafprozessordnung (StPO) vom 5. Oktober 2007; SR 312.0.

über diese kantonal geregelte polizeiliche Tätigkeit zu **informieren** sei (E. 3.1.3). Zwar erscheine der zeitliche Übergang vom kantonal polizeirechtlich geregelten Verfahren zum durch die StPO geregelten Strafverfahren bisweilen fließend, doch seien die beiden Regelungsbereiche in Bezug auf die polizeiliche Informationstätigkeit rechtlich voneinander getrennt. Ab welchem Zeitpunkt die StPO anwendbar sei, entscheide sich im konkreten Einzelfall (E.3.2.2). Da Persönlichkeitsmerkmale wie Alter, Geschlecht und Nationalität von Personen in der öffentlichen Wahrnehmung eine vorrangige Stellung haben und der **Transparenz** dienen, erachtet das Bundesgericht ihre Nennung in Polizeimeldungen schliesslich nicht als willkürlich.

**Urteil 1C\_39/2021 vom 29. November 2022 (Änderung des Gesetzes über die Kantonspolizei Solothurn)**

Im Rahmen einer Teilrevision des Solothurner Gesetzes über die Kantonspolizei (KapoG/SO) wurden im Bereich der Observation und verdeckten Vorermittlung neue Bestimmungen zur verdeckten Fahndung, zur automatisierten Fahrzeugfahndung und zu einem Flugverbot für (private) Drohnen eingefügt.<sup>5</sup> Mehrere Personen erhoben dagegen Beschwerde und beantragten die Aufhebung von fünf Bestimmungen, darunter drei neue. In der Streitsache war zudem strittig, ob die anordnungsbefugte Behörde zu nennen sei. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde teilweise gut und hob eine Bestimmung auf. Zudem sei der Kanton darauf zu behaften, die Kompetenz zur Anordnung einer verdeckten Fahndung im Dienstreglement der Kantonspolizei einschränkend zu regeln.

Das Bundesgericht weist darauf hin, dass der Bund aufgrund von Art. 123 Abs. 1 BV zur Gesetzgebung auf dem Gebiet des Strafprozessrechts befugt sei, dass aber verdeckte Massnahmen zur Erkennung und Verhinderung von Straftaten, bevor solche begangen worden sind, nicht von der StPO erfasst würden; diese **präventive polizeiliche Tätigkeit sei Sache der Kantone** (E. 4.1, vgl. BGE 140 I 353 und BGE 140 I 381). Sobald von einer Straftat auszugehen sei, bestehe der Zweck der polizeilichen Tätigkeit in der Aufklärung der Straftat; zur Anwendung komme einzig die StPO, die für jegliche Massnahme einen Tatverdacht voraussetze. Die beanstandete Vorlage beziehe sich nicht auf diese gerichtspolizeiliche Aufgabe, sondern ausschliesslich auf den sicherheitspolizeilichen Aufgabenbereich der Polizei (E. 4.1.2). Die **Praxis der Kantone bezüglich der anordnungsbefugten Behörde sei nicht einheitlich**: Gemäss StPO hätten die Kantone die Möglichkeit, die Anordnungsbefugnisse der Polizei generell oder für einzelne Zwangsmassnahmen Polizeiangehörigen mit einem bestimmten Grad oder einer bestimmten Funktion vorzubehalten (E.6.2.2). Den Kantonen verbleibe neben den Art. 285a ff. StPO Raum für die Einführung präventiver verdeckter Vorermittlungsmassnahmen (E. 7.3.3; bereits BGE 140 I 353). Die automatisierte Fahrzeugfahndung (systematische Erfassung der Kontrollschilder vorbeifahrender Fahrzeuge durch eine mobile oder stationäre Kamera) stelle allerdings einen schweren Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung dar (E. 8.4.1). Indem das **kantonale Gesetz** einen systematischen Abgleich mit allen polizeilichen Personen und Sachfahndungsregistern zulasse, **schränke** es den **Anwendungsbereich der automatisierten Fahrzeugfahndung nicht genügend ein** (E. 8.5.1). Das Bundesgericht hebt die betreffende Bestimmung daher auf und fordert den kantonalen Gesetzgeber auf, diejenigen Personen- und Sachfahndungsdateien zu bestimmen, mit denen ein systematischer Abgleich erforderlich und **verhältnismässig** sei (E. 8.5.2). Schliesslich bejaht es die **Gesetzgebungskompetenz des Kantons**. Die Gesetzgebung über die Luftfahrt sei zwar Sache des Bundes (Art. 87 BV), jedoch würden verschiedene Bestimmungen aus dem Luftfahrtgesetz bzw. von Verordnungen des Bundes in diesem Bereich eine kantonale Gesetzgebungs-

---

<sup>5</sup> Vgl. dazu den IFF-Abstimmungsnewsletter vom 29. November 2020.

kompetenz begründen, für unbemannte Luftfahrzeuge mit einem Gewicht von weniger als 30 kg Vorschriften zur Verminderung der Umweltbelastung und der Gefährdung von Personen und Sachen auf der Erde zu erlassen (E. 9.4.1 und 9.4.2).

Das Bundesgericht hat sich in seinem 55-seitigen Urteil (!) vertieft mit der Zulässigkeit des teilrevidierten Solothurner KapoG befasst. Es verweist mehrmals auf frühere Entscheide zu kantonalen Bestimmungen zur präventiven verdeckten Vorermittlung (BGE 140 I 353 und BGE 140 I 381). Neben Ausführungen zu Fahndungsmethoden und Datenschutz zitiert das Bundesgericht auch aus der bisherigen Praxis zu anderen kantonalen Polizeigesetzen.

## 2. Tierschutzgesetzgebung

### *Urteile 6B\_26/2021 vom 9. März 2022 und 6B\_112/2021 vom 4. Mai 2022 (Widerhandlungen gegen das Tierschutzgesetz)*

Im ersten Urteil ging es um die Verurteilung einer Hundehalterin wegen **fahrlässiger Widerhandlung gegen das Tierschutzgesetz und gegen das Hundegesetz bzw. die Hundeverordnung des Kantons Aargau**. Die Beschwerdeführerin führte den Hund ihrer Tochter an der Leine aus, worauf dieser beim Kreuzen mit einer Spaziergängerin diese mit einem Biss in den Oberschenkel verletzte. Das Kantonsgericht büsste die Beschwerdeführerin wegen mangelnder Beaufsichtigung des Tiers gestützt auf Art. 28 Abs 1 lit. a TschG<sup>6</sup> i.V.m. Art. 77 TschV<sup>7</sup> sowie das Hundegesetz und die Hundeverordnung des Kantons Aargau.<sup>8</sup> Das Bundesgericht hiess die Beschwerde teilweise gut.

Strittig war insbesondere, ob Art 77 TSchV (i.V.m. Art. 28 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 TSchG) als Strafnorm herangezogen werden durfte. **Art. 80 Abs. 1 BV** begründet eine umfassende Gesetzgebungskompetenz des Bundes im Bereich des Tierschutzes (Urteile 2C\_765/2020 vom 14. Januar 2021 E. 5.2; 2C\_325/2018 vom 18. Februar 2019 E. 3.1), welche auch den Erlass von Vorschriften über den **Schutz der Tiere** umfasst (Urteil 2C\_49/2010 vom 8. Oktober 2010 E. 4.3). Dagegen sind sich Rechtsprechung und Lehre einig, dass der Bund im Bereich des Schutzes von Menschen vor gefährlichen Tieren gestützt auf Art. 80 Abs. 1 BV keine Gesetzgebungskompetenz besitzt (BGE 133 I 172 m.w.H.). Eine solche ergibt sich laut Bundesgericht auch nicht aus anderen Verfassungsbestimmungen (namentlich Art. 118 BV zum Schutz der Gesundheit). Erlass und Vollzug von Vorschriften, welche die Hundehaltung aus Gründen der öffentlichen Sicherheit beschränken, fallen vielmehr in die **Kompetenz der Kantone** (BGE 136 I 1 E. 3 m.w.H.) (E. 3.4.1). Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts bezweckt Art. 77 TSchV (wie auch Art. 78 und 79 TSchV) in Bezug auf das Halten von Hunden grundsätzlich die Sicherheit von Mensch und Tier. An Hundehalter gerichtete Anordnungen und Massnahmen, die nicht dem Tierschutz dienen, sondern sicherheitspolizeilich motiviert sind, lassen sich jedoch nicht auf die genannten Bestimmungen abstützen, sondern brauchen aufgrund der Kompetenzverteilung nach Art. 80 Abs. 1 BV eine Grundlage im kantonalen Recht (vgl. Urteile 2C\_441/2019 vom 27. September 2019 E. 3.2 betreffend Pflicht zur erfolgreichen Absolvierung der Prüfung für das nationale Hundehalter-Brevet; 2C\_148/2019 vom 27. Mai 2019 E. 3.1 und 2C\_1200/2012 vom 3. Juni 2013 E. 4.1 betreffend Beschlagnahme von Hunden). Selbst wenn das Ziel

---

<sup>6</sup> Tierschutzgesetz (TSchG) vom 16. Dezember 2005; SR 455.

<sup>7</sup> Tierschutzverordnung (TSchV) vom 23. April 2008; SR 455.1.

<sup>8</sup> Hundegesetz (HuG) vom 15. März 2011; SAR 393.100 und Verordnung zum Hundegesetz (Hundeverordnung, HuV) vom 7. März 2012; SAR 393.411.

des Tierschutzes zwar vorhanden, dem Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung aber untergeordnet sei, könnten sich Massnahmen mangels entsprechender Gesetzgebungskompetenz nicht auf Bundesrecht stützen (E. 3.5.1; vgl. Urteil 2C\_325/2018 vom 18. Februar 2019 E. 4.3.2).

In einer Urteilsbesprechung wurde denn auch begrüsst, dass das Bundesgericht mit seinem Entscheid «einen in der Lehre bereits seit Jahren kritisierten Umstand endlich auf höchstrichterlicher Ebene klären konnte»: Art. 77 bzw. Art. 78 TSchV seien sicherheitspolizeilich motivierte Vorschriften, die die Hundehaltung mit Blick auf die öffentliche Ordnung und Sicherheit reglementieren bzw. Meldepflichten in Zusammenhang mit Vorfällen mit Hunden vorsehen und im Widerspruch zur Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen stehen würden.<sup>9</sup>

Ausgangslage für das zweite hier aufgeführte Urteil bildete eine **mehrfache vorsätzliche Widerhandlung gegen das Tierschutzgesetz**. Einem Hundehalter war mit einer kantonsärztlichen Verfügung untersagt worden, seinen Hund ausserhalb der Wohnung respektive des Hauses an seine Lebenspartnerin abzugeben oder ihn ihr zu überlassen. Das Verbot wurde erlassen, damit der Hund unter ihrer Aufsicht keine Personen oder andere Tiere gefährde. Bei einem Zwischenfall sprang der Hund eine Person an und trug entgegen der Anordnung des Veterinäramtes keinen Maulkorb. Der Hundehalter wurde wegen Verletzung des Tierschutzgesetzes gebüsst. Das Bundesgericht hiess seine Beschwerde gut, da sich eine Bestrafung des Angeklagten nicht auf das Tierschutzgesetz abstützen lasse, und wies die Sache zur neuen Beurteilung ans Kantonsgericht zurück.

Art. 80 Abs. 1 BV bildet eine umfassende Gesetzgebungskompetenz des Bundes im Bereich des Tierschutzes (vgl. Urteil 6B\_26/2021 oben). Dieselbe Bestimmung begründet **im Bereich des Schutzes von Menschen vor gefährlichen Tieren aber keine Gesetzgebungskompetenz des Bundes**. An Hundehalter gerichtete Anordnungen und Massnahmen, die nicht dem Tierschutz dienen, sondern **sicherheitspolizeilich motiviert** seien, **bedürfen** aufgrund der Kompetenzverteilung nach Art. 80 Abs. 1 BV einer **kantonalen Rechtsgrundlage**. Selbst wenn das Ziel des Tierschutzes vorhanden sei, aber dem Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung untergeordnet, können sich Massnahmen mangels entsprechender Gesetzgebungskompetenz nicht auf Bundesrecht stützen (E. 1.2.3).

### 3. Gesetz über die Wohnraumförderung

#### *Urteil 1C\_759/2021 vom 19. Dezember 2022 (Vorrang von Bundeszivilrecht)*

Das Bundesgericht hat diesem Urteil eine kantonalrechtliche Bestimmung aufgehoben, wonach die in Zeiten von Wohnungsnot erforderliche Bewilligung zum Umbau, zur Renovation oder zur Sanierung einer Liegenschaft davon abhängig gemacht wird, dass den bisherigen Mietparteien ein **Rückkehrrecht** zusteht. Zur Umsetzung einer kantonalen Initiative<sup>10</sup> im Kanton Basel-Stadt wurde u.a. das kantonale Gesetz über die Wohnraumförderung<sup>11</sup> dahingehend geändert, dass sämtliche Umbau-, Renovations- und Sanierungsvorhaben, die über den einfachen ordentlichen Unterhalt hinausgehen, in Zeiten der Wohnungsnot einer Bewilligungspflicht unterliegen; die Bewilligung wäre dann zu erteilen, wenn den Mietparteien das Recht zur Rückkehr in die sanierte oder umgebaute Liegenschaft zusteht und wenn die im Gesetz festgelegten Mietzinse eingehalten werden. Zu prüfen war, ob das Bundeszivilrecht einer solchen Regelung entgegensteht.

---

<sup>9</sup> Vgl. dazu die Urteilsbesprechung von KÜNZLI CHRISTINE/KÖRNER BIANCA, in: forumpoenale 6/2022, S. 421.

<sup>10</sup> Mehr Hintergründe zur Initiative «JA zum ECHTEN Wohnschutz!» finden sich im IFF-Abstimmungsnewsletter vom 28. November 2021.

<sup>11</sup> Gesetz über die Wohnraumförderung (Wohnraumfördergesetz, WRFG) vom 5. Juni 2013; SG 861.500.

Der **Vorrang des Bundesrechts** (Art. 49 Abs. 1 BV) schliesst in Sachgebieten, welche die Bundesgesetzgebung abschliessend regelt, eine Rechtssetzung durch die Kantone aus. Diese werden in ihren öffentlich-rechtlichen Befugnissen durch das Bundeszivilrecht indessen nicht beschränkt (Art. 6 Abs. 1 ZGB<sup>12</sup>). Eine gleiche Materie kann sowohl von Regeln des Bundeszivilrechts als auch von solchen des kantonalen öffentlichen Rechts erfasst werden. **Kantonale Regelungen** sind **zulässig**, wenn der Bundesgesetzgeber die Materie nicht abschliessend regelt, die kantonale Regelung durch ein schutzwürdiges öffentliches Interesse begründet ist und nicht gegen Sinn und Geist des Bundesrechts verstösst oder dessen Durchsetzung beeinträchtigt oder vereitelt. In diesem Rahmen kann jedoch das kantonale öffentliche Recht das Bundesprivatrecht nicht nur ergänzen, sondern es auch in seiner Tragweite beeinflussen. Art. 6 ZGB anerkennt insofern eine **expansive Kraft des kantonalen öffentlichen Rechts** (zum Ganzen BGE 146 I 70 E. 5.2.1; BGE 143 I 109 E. 4.2.2 S. 113 f. m.w.H.).

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dürfen die Kantone **verhältnismässige Massnahmen zur Bekämpfung von Mietknappheit** treffen, wie bspw. den Umbau oder den Abbruch von Wohnhäusern einer Bewilligungspflicht unterstellen oder die Bewilligung während einer bestimmten Zeit an eine staatliche Mietzinskontrolle knüpfen (E. 4.2.2). Die Kantone dürfen hingegen nicht direkt in die **Verträge zwischen Vermieter und Mieter** eingreifen, weil das **Bundeszivilrecht** diese Materie **abschliessend** regelt (Art. 109 i.V.m. Art. 122 BV).

Das Bundesgericht qualifiziert das vorgesehene Rückkehrrecht als bundesrechtswidrig: Es handle sich um eine zivilrechtliche Bestimmung, die nicht einem überwiegenden öffentlichen Interesse, sondern v.a. den privaten Interessen der bisherigen Mietparteien diene und auch nicht auf einen Personenkreis beschränkt sei, der besonders schutzwürdig wäre (E. 4.4.1 f., E. 4.4.5). Die kantonale Regelung könne auch nicht als indirekte, verhältnismässige sozialpolitische Massnahme zum Schutz der Bevölkerung vor Verdrängung durch Kündigungen und Mietzinserhöhungen verstanden werden, da sie direkt in das Verhältnis zwischen Mieter und Vermieter eingreife (E. 4.4.5).

#### 4. Steuergesetzgebung

##### *Arrêt 2C\_605/2021 du 4 août 2022 (Impact fiscal de la valeur locative)*

Dans cet arrêt portant sur un contrôle abstrait concernant la révision de la loi du 1er juin 2021 de la loi fiscale du Tessin, le Tribunal fédéral a considéré que la fixation du plafond de la valeur locative imposable pour les propriétaires d'immeubles dont la fortune imposable était inférieure à 500'000 CHF (et sur demande du contribuable) à 30% de leurs revenus en espèces, violait les art. 8 al. 1 et 127 al. 2 Cst. ainsi que l'art. 7 al. 1 LHID. Le Tribunal fédéral rappelle que dans un arrêt précédent, il avait déjà établi une limite inférieure en dessous de laquelle il n'est permis de déroger qu'*in concreto*, cette limite étant de 60 % de la valeur vénale. Il avait ainsi annulé un acte normatif cantonal prévoyant qu'en principe, la valeur locative devait correspondre à 60 %, car elle laissait supposer qu'il était possible d'avoir des valeurs locatives inférieure (consid. 4.4). Par conséquent, **le droit cantonal ne peut pas déroger à cette limite jurisprudentielle par un critère du «cas de rigueur»**, car le législateur fédéral tient compte déjà de divers aspects dont, la volonté de promouvoir les pensions privées par l'achat de logements à usage personnel (consid. 5.3.1.). De plus, le Tribunal fédéral précise qu'en l'espèce, **le fait que d'autres cantons aient adopté la même législation n'est pas propre à déterminer le caractère compatible avec le droit fédéral**. Il est du ressort du Tribunal fédéral de déterminer après une contestation si la norme cantonale est compatible avec le droit supérieur ou non (consid. 5.4.2).

---

<sup>12</sup> Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907; SR 210.

Enfin, le Tribunal fédéral considère qu'une interprétation du droit cantonal en conformité avec le droit supérieur n'est pas non plus possible dans la présente, car les termes «rendements» ne correspondent tout simplement pas avec le critère de la «valeur vénale» et que la disposition cantonale ne respecte pas la limite minimale des 60 % instaurée de droit fédéral (elle réduit cette limite à 30 %) (consid. 6.1).

#### *ATF 148 II 121 (Droits de mutation)*

La perception d'un droit de mutation par un canton en cas de changement de direction d'un fonds de placement immobilier à un taux de 3 % ne viole pas le droit fédéral (ancien art. 34 LPCC devenu l'art. 39 LEFin). En faisant une analyse historique de l'ancien art. 34 LPCC (devenu aujourd'hui l'art. 39 al. 1 LEFin), le Tribunal fédéral parvient à la conclusion que la perception d'un droit de mutation par un canton lors d'un tel changement de direction de fonds, ne contrevient pas au but du législateur retranscrit dans l'art. 34 LPCC (consid. 8.4). Par ailleurs, le Tribunal fédéral a considéré que s'agissant des droits de mutation prélevés par les cantons, notamment en l'espèce Fribourg, en cas de changement de direction d'un fonds de placement immobilier, les art. 122 et 129 Cst. entrent en conflit. En effet, le droit privé (art. 122 Cst.) tend à rendre possible les changements de direction sans liquidation du fonds de placement. Alors que le droit fiscal (art. 129 Cst.), tend à laisser aux cantons la compétence de prélever des impôts (art. 1 al. 3 LHID) (consid. 8.8). Ce conflit ne peut être résolu que par le législateur fédéral. Le Tribunal fédéral formule alors des recommandations à l'égard du législateur fédéral et critique vivement son adoption de l'art. 103 LFus. Il considère ainsi que si le législateur considérait que la **perception de droits de mutation à un taux de 3 % violait le principe de primauté du droit fédéral, alors cela reviendrait à violer la compétence cantonale en matière de perception de droit de mutation**. Ce dernier point est crucial. En effet, admettre sans décision mûrement réfléchie du législateur fédéral, à l'instar du reste de ce qui a eu lieu pour l'adoption de l'art. 103 LFus, que la perception de droits de mutation de 3% sur le prix d'acquisition des immeubles en cas de changement de direction de fonds de placement constitue une violation de la force dérogatoire du droit fédéral reviendrait à admettre que la compétence des cantons en matière de perception de droits de mutation porte atteinte, de manière contraire à l'art. 49 Cst., à l'ensemble des situations dans lesquelles le législateur fédéral de droit privé autorise ou aménage le transfert de la propriété immobilière. En d'autres termes, cela reviendrait à **retirer aux cantons toute compétence de percevoir des droits de mutation** quel que soit le contexte du transfert. Un tel retrait de la compétence fiscale des cantons au profit du droit privé de la Confédération ne saurait avoir lieu par voie de décision judiciaire sans arbitrage du législateur fédéral, comme l'a mis en lumière l'adoption de l'art. 103 LFus. (consid. 8.8).

## 5. Änderung des Bundesrechts (Zugang zu Dokumenten)

#### *ATF 148 II 16 (Modification du droit cantonal d'accès aux documents officiels par modification de la législation fédérale)*

Dans le **canton de Genève**, l'art. 26 al. 4 LIPAD permet de soustraire au droit d'accès les documents à la communication desquels le droit fédéral ou une loi cantonale fait obstacle. Dans le cas d'espèce, la Caisse de compensation de Genève avait invoqué l'art. 86 LPP qui prévoit que les personnes qui participent à l'application, au contrôle ou à la surveillance de l'exécution de la LPP sont soumises au secret de fonction afin de refuser l'accès à un procès-verbal du comité. Le Tribunal fédéral a considéré que la **portée de l'obligation du secret de fonction de l'art. 86 LPP doit être mise en relation avec la LTrans** concluant que cette obligation de secret ne s'applique qu'aux seules informations qui ne sont pas accessibles selon la LTrans comme les documents contenant des données personnelles. Or, le

procès-verbal dont la communication avait été réclamée ne contient pas *a priori* de données personnelles en lien avec les assurés et n'est donc pas couvert par l'obligation de garder le secret. De ce fait, **l'art. 86 LPP n'est pas une exception de droit fédéral faisant obstacle au droit d'accès aux documents au sens de l'art. 26 al. LIPAD**. Plus précisément, l'obligation de garder le secret (art. 86 LPP) - à la suite de l'adoption de la LTrans - ne s'applique plus qu'aux informations réglées aux articles 7 et 8 LTrans, et ne constitue pas une disposition spéciale selon l'art. 4 let. a LTrans permettant de refuser l'accès aux documents officiels (consid. 3.4.2). L'adoption de la LTrans a donc réduit la portée de l'art. 86 LPP, en ce sens que les informations accessibles selon la LTrans ne sont pas couvertes par l'obligation de garder le secret, notamment les informations relatives aux processus internes des autorités, aux planifications et à la surveillance des assureurs (précisément le procès-verbal en question dans la présente). Le droit fédéral ne fait donc pas obstacle à l'accès aux documents au sens de l'art. 26 al. 4 LIPAD (consid. 3.5). L'arrêt est intéressant, car **l'entrée en vigueur d'une loi fédérale (LTrans) a pour conséquence qu'une autre loi fédérale antérieure (LPP) auquel le droit cantonal (LIPAD) renvoie expressément pour fonder ses exceptions est également modifié** (art. 26 al. 4 LIPAD fondant désormais ses exceptions directement sur les articles 7 et 8 LTrans au lieu de l'art. 86 LPP).

### III. Bundesaufsicht

#### *BGE 148 II 369 (Gerichtskostenverteilung bei Behördenbeschwerde)*

Im Anschluss an ein in BGE 144 II 147 publiziertes Urteil zu den Anforderungen einer Eintragung in das kantonale Anwaltsregister gelangte das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) erneut an das Bundesgericht (Urteil 2C\_1038/2020 vom 15. März 2022). Dieses nahm die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zum Anlass, sich den offenen Fragen im Zusammenhang mit der Behördenbeschwerde in einem **Grundsatzentscheid** anzunehmen. Streitig war, ob einer Bundesbehörde, welche im Rahmen einer Behördenbeschwerde ihre spezialgesetzlich vorgesehene Aufsichtsfunktion (ohne jegliche Vermögensinteressen) im kantonalen Verfahren wahrnimmt, auch dann **kantonale Gerichtskosten** auferlegt werden können, wenn keine Ausnahme im Sinne von Art. 66 Abs. 4 BGG<sup>13</sup> vorliegt. Die Berechtigung zur Behördenbeschwerde des EJPD als Aufsichtsbehörde im Bereich BGFA<sup>14</sup> wurde bejaht, da der angefochtene Akt die Bundesgesetzgebung in ihrem Aufgabenbereich verletzen könne (E. 1.3.). Das Beschwerderecht der Bundesbehörden diene dazu, den Vollzug des Bundesrechts in den Kantonen und in der Bundesverwaltung zu überwachen und eine richtige und einheitliche Anwendung – wenn nötig letztinstanzlich durch das Bundesgericht – sicherzustellen. (E. 1.5. m.w.H. auf die Gerichtspraxis).

Die **Behördenbeschwerde** des Bundes i.S.v. Art. 111 Abs. 2 bzw. Art. 89 Abs. 2 lit. a BGG sei «Ausfluss von **Art. 49 Abs. 2 BV**, wonach der Bund über die Einhaltung des Bundesrechts durch die Kantone zu wachen hat, und demnach **ein Instrument der Bundesaufsicht**» (E. 3.3.1). Die Behördenbeschwerde des Bundes erfordere kein besonderes Berührtsein (i.S. eines gesteigerten öffentlichen Interesses) und sei daher «abstrakt» und auch «autonom», da sie nicht an Einschränkungen des Streitgegenstandes im kantonalen Verfahren gebunden sei (E. 3.3.2). Art. 111 Abs. 2 BGG verweise nicht auf Art. 66 Abs. 4 BGG, wonach dem Bund in der Regel keine Gerichtskosten auferlegt werden dürfen,

---

<sup>13</sup> Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG) vom 17. Juni 2005; SR 173.110.

<sup>14</sup> Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (BGFA) vom 23. Juni 2000; SR 935.61.

wenn er in seinem amtlichen Wirkungskreis betroffen ist und es sich nicht um seine Vermögensinteressen handelt. Da die Aufsichtsmittel des Bundes nur lückenhaft geregelt seien, nutze der Bund die kantonalen Rechtsmittel, was den Vorteil habe, dass die Kantone über eigene Gerichte allfällige Verletzungen von Bundesrecht korrigieren könnten. Angesichts der Nutzung des kantonalen Rechtsmittelsystems für die Zwecke der Behördenbeschwerde des Bundes stelle sich die Frage, ob sich diesbezüglich die Kostenverteilungsregel nicht aus Bundesrecht ergeben bzw. ob die Bundesbehörde das Risiko der Auferlegung kantonalen Gerichtskosten in Kauf nehmen müsse. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung darf kantonales Verfahrensrecht von Bundesrechts wegen nicht so ausgestaltet oder angewendet werden, dass dadurch die Verwirklichung von Bundesrecht vereitelt oder wesentlich erschwert wird (sog. Vereitelungsverbot, E. 3.3.5 m.w.H.).

Die **Auferlegung von Gerichtskosten an eine Bundesbehörde im kantonalen Verfahren** sei geeignet, die Verwirklichung der Bundesaufsicht insgesamt erheblich zu erschweren, und verstosse gegen Sinn und Geist von Art. 49 Abs. 2 BV und Art. 111 Abs. 2 BGG. Die Kostenbelastung einer Bundesbehörde in kantonalen Verfahren könne, auch wenn sie im Einzelfall gering ausfalle, in der Summe mehrerer Verfahren ein erhebliches Ausmass annehmen und die Ergreifung von Behördenbeschwerden erschweren. Eine kantonale Regelung, die eine Belastung der Bundesbehörden bei Einlegung eines Rechtsmittels mit Gerichtskosten erlaubt, verstosse deshalb gegen Art. 49 Abs. 2 BV und Art. 111 Abs. 2 BGG und sei daher **bundesrechtswidrig** (E. 3.3.6–3.3.7). Zulässig bleibe die Auferlegung von Gerichtskosten ausnahmsweise bei Beschwerden, in denen die Bundesbehörde nicht nur eine Aufsichtsfunktion wahrnimmt, sondern auch Vermögensinteressen verfolge (sog. Doppelnatur der Behördenbeschwerde<sup>15</sup>), oder in Fällen von Art. 66 Abs. 4 i.V.m. Abs. 3 BGG (E. 3.3.7). Die Beschwerde des EJPD wurde gutgeheissen.

SCHAUB/SPESCHA/WYSS kommentieren den Grundsatzentscheid des Bundesgerichts und schliessen u.a., dass jene Kantone eine Praxisänderung oder Anpassung der Verfahrensgesetzgebung vorzunehmen haben, die bisher vorsahen, Bundesbehörden im Rahmen von Behördenbeschwerden Gerichtskosten aufzuerlegen.<sup>16</sup>

Das Grundsatzurteil wurde in einem späteren Entscheid vollumfänglich bestätigt.<sup>17</sup>

### ***Urteil 1C\_238/2021 vom 27. April 2022 (Rechtsmittellegitimation)***

Der Streitgegenstand betrifft mehrere **Bauvorhaben ausserhalb der Bauzonen**. Das Bundesamt für Raumentwicklung (ARE) verlangte die Aufhebung von insgesamt drei zusammenhängenden Baubewilligungen. Das Bundesgericht ging u.a. auf die Frage ein, ob das ARE befugt war, den Entscheid des Gemeinderats zum Baugesuch anzufechten, obwohl dieser Entscheid vor dem kantonalen Verwaltungsgericht nicht mehr im Streit lag und bereits rechtskräftig geworden war. Die **Behördenbeschwerde des Bundes** im Sinne von Art. 111 Abs. 2 bzw. Art. 89 Abs. 2 lit. a BGG ist Ausfluss von Art. 49 Abs. 2 BV, wonach der Bund über die Einhaltung des Bundesrechts durch die Kantone zu wachen hat, weshalb das ARE zur Beschwerde berechtigt ist (E. 1.1). Die Behördenbeschwerde des Bundes diene der **Überwachung des Vollzugs des Bundesrechts und der Gewährleistung seiner richtigen und einheitlichen Anwendung**. Dem ARE könne daher nicht entgegengehalten werden,

---

<sup>15</sup> Vgl. beispielsweise in Steuerangelegenheiten nach Art. 144 Abs. 1 und Art. 145 Abs. 2 Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG) vom 14. Dezember 1990; SR 642.11.

<sup>16</sup> SCHAUB LUKAS/SPESCHA GIANNINA/WYSS KARL-MARC, Kommentar zu Urteil 2C\_1038/2020, in: ZBl 12/2022, S. 660–669, insbesondere S. 666 f.

<sup>17</sup> BGer, Urteil 2C\_1041/2020 vom 15. Juli 2022.

dass von den drei zu koordinierenden Baubewilligungen nur deren zwei beim Verwaltungsgericht angefochten wurden. Ansonsten könnte das Bundesamt seine Aufsichtsfunktion nicht wirksam wahrnehmen (E. 1.5.2).

Muss die Rechtsanwendung materiell koordiniert erfolgen, ist in verfahrensrechtlicher Hinsicht der Grundsatz zu beachten, dass das kantonale Recht nicht so ausgestaltet oder angewendet werden darf, dass dadurch die Verwirklichung des Bundesrechts vereitelt, verunmöglicht oder wesentlich erschwert wird (BGE 116 Ib 50 E. 4a m.w.H.); die Anwendung des materiellen Rechts ist in solchen Fällen in verfahrensmässiger Hinsicht in geeigneter Weise zu koordinieren (BGE 137 II 182 E. 3.7.4.1). Dies gilt grundsätzlich sowohl für das erstinstanzliche kantonale wie auch für das Rechtsmittelverfahren (vgl. E. 1.3.2 hiervor; Urteil 1C\_529/2014 vom 13. Oktober 2015 E. 2.4 m.w.H.). Andernfalls besteht die Gefahr materiell unkoordinierter, mitunter sogar einander widersprechender Entscheide sowie der Vereitelung des Bundesrechts, was dem Prinzip des Vorrangs des Bundesrechts (Art. 49 Abs. 1 BV) widerspräche und zu sachlich unhaltbaren Ergebnissen (Art. 9 BV) führen könnte (zum Ganzen BGE 116 Ib 50 E. 4a m.w.H.). Zwar haben die zuständige Kantonsbehörde und der Gemeinderat über die drei gleichzeitig eingereichten Baugesuche gleichzeitig entschieden und fand insofern eine Koordination statt.

Jedoch wurde den Einsprechern in Bezug auf ein Baugesuch die Einsprachelegitimation abgesprochen und die entsprechende Baubewilligung blieb in der Folge unangefochten, worauf das Verwaltungsgericht sie in formeller Hinsicht nicht mehr zum Anfechtungsobjekt zählte. Die **isolierte Beurteilung der Rechtsmittellegitimation hat vorliegend somit dazu geführt, dass ein Teil der materiell zu koordinierenden Bauvorhaben** – aus rein verfahrensrechtlichen Gründen – **abgetrennt wurde**, was die gesamthafte Prüfung und Interessenabwägung, mithin die inhaltliche Abstimmung im Sinne von Art. 25a Abs. 2 lit. d RPG, durch die Rechtsmittelinstanzen beeinträchtigte. **Dies ist weder mit dem Koordinationsgebot gemäss Art. 25a i.V.m. Art. 33 Abs. 4 RPG noch mit dem Prinzip des Vorrangs des Bundesrechts gemäss Art. 49 BV vereinbar** (E. 1.5.2). Das Bundesgericht hiess die Beschwerde teilweise gut, zumal die Baubewilligungen verschiedene materiell-rechtliche Anforderungen nicht erfüllten (E. 3–10).

## IV. Interkantonaies Recht

### *BGE 148 I 104 (Negativer Kompetenzkonflikt)*

Das Bundesgericht befasste sich im in BGE 148 I 104 publizierten Urteil mit einem **negativen Kompetenzkonflikt** in Zusammenhang mit einer personalrechtlichen Verfügung durch eine Agentur der Erziehungsdirektorenkonferenz (EDK). **Bei der Diplomanerkennungsvereinbarung handle es sich um ein Konkordat**, in welchem die **Grundzüge für eine Diplomanerkennung und der Rechtsschutz nach Art. 48 Abs. 4 BV geregelt** seien. Das Bundesgericht hat wiederholt bestätigt, dass die Rekurskommission der EDK und der Konferenz der kantonalen Gesundheitsdirektorinnen und -direktoren (GDK) die Anforderungen an eine richterliche Behörde erfüllt (E. 5.3.1). Allerdings liege für die Beurteilung personalrechtlicher Streitigkeiten kein Vertrag mit Gesetzesrang vor; die **Grundsätze über Zuständigkeit, Stellung, Organisation und Wahl der Rechtspflegebehörde müssten in einer von den Parlamenten genehmigten interkantonalen Vereinbarung festgeschrieben sein**, was für die Rekurskommission EDK/GDK im Bereich der personalrechtlichen Auseinandersetzungen nicht der Fall sei (E. 5.3.2). Das vom Vorstand der EDK erlassene **Personalreglement**, das auf das Personalrecht des Kantons Bern verweist, **genüge diesen Anforderungen nicht** (E. 5.4.2). Es sei **Sache**

**der Konkordatskantone, den Rechtsschutz** gegen Entscheide der EDK oder ihrer Agenturen **verfassungskonform (Art. 48 Abs. 4 BV) auszugestalten** und ein Gericht einzusetzen, das den Vorgaben von Art. 30 Abs. 1 BV gerecht wird. Im Sinne einer unpräjudiziellen Übergangsregelung hat das Bundesgericht entschieden, dass das Verwaltungsgericht des Kantons Bern den Rechtsschutz provisorisch sicherstellen müsse und nächste Rechtsmittelinstanz gegen den Entscheid des EDK-Vorstands sei (E. 6.2).

STÖCKLI/VONLANTHEN haben das Urteil im Newsletter des IFF besprochen.<sup>18</sup> Sie erachten die übergangsweise Zuständigkeitsordnung des Bundesgerichts im Ergebnis vertretbar, deuten aber auf gewisse Lücken in der Urteilsbegründung hin: Namentlich hätte das Bundesgericht das Personalreglement EDK insgesamt als verfassungswidrig qualifizieren können, womit nicht nur die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts, sondern auch andere Bestimmungen des Personalreglements in Frage zu stellen gewesen wären. Es bleibe Sache der Konkordatskantone, den Rechtsschutz gegen Entscheide der Konferenzen und ihrer Organe künftig verfassungskonform auszugestalten und ein Gericht einzusetzen, das den Vorgaben der BV genüge.

RÜTSCHÉ schlägt in diesem Zusammenhang vor, eine allgemeine Regelung für die Anfechtung von Verfügungen der interkantonalen Konferenzen zu schaffen und hierzu eine für interkantonale Rechtsstreitigkeiten allgemein zuständige unabhängige Rechtspflegeinstanz einzusetzen.<sup>19</sup>

## V. Gemeinden

### 1. Mehrwertabgaben bei Um- und Aufzonungen

*Urteil IC\_233/2021 vom 5. April 2022 (Aufhebung des Gemeindereglements der Einwohnergemeinde Meikirch über die Mehrwertabgabe)*

Im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle hob das Bundesgericht eine Regelung der Einwohnergemeinde Meikirch auf, die Um- und Aufzonungen von der Erhebung einer Mehrwertabgabe ausnehmen wollte. Die Kantone müssen nach Bundesrecht auch bei **Um- und Aufzonungen** für einen **angemessenen Ausgleich erheblicher Vorteile** sorgen. Der Gesetzgebungsauftrag von Art. 5 Abs. 1 RPG kann entweder durch den Kanton selber oder durch die Gemeinden erfüllt werden.

Das Bundesgericht sieht in dieser Hinsicht einen grossen **Spielraum der Kantone**, welche mit ihren Regelungen den lokalen Gegebenheiten Rechnung tragen sollen (E. 3.2; bereits BGE 147 I 225 E. 4.2). Dieser Regelungsspielraum beziehe sich nicht nur auf die Frage, ab wann ein Vorteil erheblich und welcher Ausgleich angemessen ist, sondern auch auf die Instrumente bzw. Mittel, mit denen der Ausgleich erfolgt (BGE 147 I 225 E. 4.2 und 4.7 m.w.H. auf die Kritik aus der Lehre). Ein Ausgleich von Planungsvorteilen sei aber nicht nur bei Neueinzonungen (Art. 5 Abs. 1<sup>bis</sup> RPG), sondern auch bei Um- und Aufzonungen vorzusehen: Eine kommunale Regelung, welche für diese Planungsmassnahmen auf die Erhebung der Mehrwertabgabe verzichtet, widerspricht nach Auffassung des Bundesgerichts Art. 5 Abs. 1 RPG. Gemäss Art. 36 Abs. 1 RPG erlassen die Kantone die für die Anwendung dieses Gesetzes nötigen Vorschriften.

Das Bundesgericht führte weiter aus, dass die Aufhebung der kommunalen Bestimmung nicht geeignet sei, einen bundsrechtskonformen Zustand herbeizuführen. Dazu sei vielmehr das **Tätigwerden**

---

<sup>18</sup> STÖCKLI ANDREAS/VONLANTHEN VALENTIN, Besprechung des Bundesgerichtsurteils 8C\_783/2021 vom 26. April 2022 betreffend einen negativen Kompetenzkonflikt, in Newsletter IFF 2/2022.

<sup>19</sup> RÜTSCHÉ BERNHARD, Urteil des Verwaltungsgerichts (Verwaltungsrechtliche Abteilung) vom 16. Februar 2021 i.S. A. gegen EDK (VGE 100.2020.402), BVR 2021, S. 349 ff.

**des kantonalen und/oder kommunalen Gesetzgebers erforderlich**, der angemessene Ausgleichsmassnahmen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 RPG vorsehen muss. Somit ist in erster Linie der **Kanton verpflichtet**, seine Gesetzgebung an die Vorschriften des RPG anzupassen. Gibt er, wie es ihm nach dem Ausgeführten offensteht, den Gesetzgebungsauftrag von Art. 5 Abs. 1 RPG an die Gemeinden weiter, wird er nicht von der Pflicht entbunden, die Erfüllung zu überwachen und durchzusetzen (E. 4.3). Das Bundesgericht stellte die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Bestimmung fest und forderte die zuständige Behörde auf, eine bundesrechtskonforme Regelung zu treffen.

WALDMANN merkt in seiner Besprechung zum Urteil an, dass u.a. Implikationen für diejenigen Kantone bestehen, welche keine angemessene Mehrwertausgleichsregelung kennen: Viele Fragen zur Umsetzung von Art. 5 Abs. 1 RPG ausserhalb des Kernbereichs von Art. 5 Abs. 1<sup>bis</sup> RPG seien trotz Urteil weiterhin offen und «politische Abwehrreflexe» nicht auszuschliessen.<sup>20</sup>

Die Bundesversammlung hat allerdings inzwischen auf das bundesgerichtliche Urteil reagiert. Im Rahmen der laufenden Teilrevision des RPG hat der Ständerat einen Antrag aus den eigenen Reihen gutgeheissen, das Verhältnis zwischen der allgemeinen Regelung von Art. 5 Abs. 1 RPG und der Mindestvorschrift von Art. 5 Abs. 1<sup>bis</sup> RPG dahingehend zu klären, dass die Erhebung einer Mehrwertabgabe lediglich bei Neueinzonungen vorgeschrieben wird<sup>21</sup>.

## 2. Kurtaxen

*Urteil 2C\_980/2020 vom 27. April 2022, Urteil 2C\_981/2020 vom 15. Juni 2022, Urteil 2C\_983/2020 vom 15. Juni 2022 (Kurtaxen Riederalp, Bettmeralp, Fiesch)*

In drei Urteilen hatte sich das Bundesgericht mit der **Bemessung der Kurtaxen in Walliser Gemeinden** (Riederalp, Bettmeralp, Fiesch) zu befassen. Die Beschwerdeführer rügten, dass die neuen **Kriterien** für die Berechnung und Pauschalbesteuerung **nicht nachvollziehbar** seien und die Gemeinden die kantonalrechtlichen Anforderungen nicht berücksichtigen würden. Das Bundesgericht hat die Beschwerden teilweise gutgeheissen.

Mit Verweis auf frühere Urteile hielt das Bundesgericht fest, dass keine direkte mathematische Korrelation zwischen dem Belegungsgrad der Ferienwohnung und der Berechnungsgrundlage verlangt sei, die Pauschale jedoch auf der Grundlage **objektiver Kriterien** festgelegt werden müsse. Eine gewisse Schematisierung bei der Festlegung der Pauschale sei zulässig, da es sich bei der Kurtaxe um eine Kostenanlastungssteuer handle (E. 3.3). Die Berechnungsweise erachtet das Bundesgericht für grundsätzlich zulässig, da sie die Anforderungen an eine pauschalisierte Kurtaxe erfülle. Allerdings hielt es das Bundesgericht **für nicht nachvollziehbar**, wie die drei Gemeinden die Logiernächte ermittelt und weshalb sie dafür auf das Geschäftsjahr 2016/2017 abgestellt haben (E. 3.4.2). Es wies darauf hin, dass die Gemeinden in Bezug auf Objekte, über die bereits nach altem Reglement pauschal abgerechnet wurde, **entgegen den gesetzlichen Vorgaben und im Unterschied zu anderen Walliser Gemeinden**, keinerlei Anstrengungen unternommen hätten, die durchschnittlichen Belegungsgrade zu ermitteln, sondern von einem **fiktiven Belegungsgrad** ausgehen würden. Somit **fehle es an einer detaillierten und transparenten Berechnungsgrundlage** (E. 3.4.3 und E. 3.4.4). Da die Berechnungen der durchschnittlichen Belegung durch die Gemeinden insgesamt mangels genügender Berechnungsgrundlagen nicht mehr nachvollziehbar und auch im Quervergleich mit anderen Oberwalliser

---

<sup>20</sup> WALDMANN BERNHARD, Kommentar zum Urteil, Mehrwertausgleich für Um- und Aufzonungen – Das Bundesgericht hält an seiner Auslegung von Art. 5 RPG fest, in: Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen 5/2022, S. 258–262.

<sup>21</sup> AB S 2022 462 f., 465.

Gemeinden nicht haltbar seien, würden die Gemeinden die **kantonalen Vorgaben willkürlich umsetzen** (E. 3.6).

### 3. Agglomerationsgesetz

#### *Arrêt 1C\_636/2020 du 24 août 2022 (Agglomération, association de communes)*

Dans cet arrêt qui concerne un recours abstrait contre la loi fribourgeoise sur les agglomérations du 21 août 2020 (LAgg), six communes du canton de Fribourg contestaient le projet de la LAgg de **modifier la forme institutionnelle de l'agglomération au profit d'une forme d'association de communes**. Dans leur recours, les communes argumentaient qu'elles étaient des destinataires spéciales de la LAgg. Les recourantes comparaient la modification législative à une décision du conseil d'Etat qui révoquerait l'approbation des statuts de l'Agglomération de Fribourg et en ordonnerait sa dissolution. Le Tribunal fédéral invalide ce raisonnement. En effet, la LAgg reste une norme générale et abstraite, car elle est bien susceptible de s'appliquer non spécifiquement aux communes recourantes (celles de l'Agglomération de Fribourg), mais bien à toutes les communes composant le canton de Fribourg (consid. 3.2). Par ailleurs, contrairement à ce qu'ont soutenu les communes recourantes, elles ne peuvent se prévaloir de l'art. 4 § 6 de la Charte européenne de l'autonomie locale, car **l'agglomération institutionnelle est un instrument de collaboration intercommunale, et non pas une commune politique**. Au demeurant, la suppression de l'agglomération institutionnelle de la LAgg laisse subsister et promeut la forme de « l'association de communes », si bien que le principe même de leur droit de s'associer est respecté au sens de l'art. 4 § 6 de la Charte européenne de l'autonomie locale (consid. 2.2 à consid. 2.2.2.). Concernant les éventuels droits acquis invoquées par les communes recourantes, le Tribunal fédéral écarte cet argument, car l'art. **134 Cst./FR ne comporte même pas de mention à l'agglomération institutionnelle et n'impose aucune obligation à ce sujet au législateur**. Le législateur cantonal a choisi de régler l'agglomération institutionnelle dans la LAgg de par sa propre volonté, il peut donc se permettre de la supprimer comme il le souhaite. Par conséquent, **les communes ne disposent pas de liberté de décision s'agissant du maintien de l'agglomération institutionnelle**. Elles ne disposent d'**aucune autonomie quant à la possibilité de maintenir l'agglomération institutionnelle**, puisque la suppression de cette forme de collaboration intercommunale en faveur de l'association des communes n'est pas contraire au droit constitutionnel cantonal. Par conséquent, le législateur cantonal n'a pas violé l'autonomie communale des recourantes en modifiant la forme juridique de leur collaboration (consid. 4).

## VI. Zusammenfassung und Würdigung

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung aus dem Jahr 2022 greift verschiedene föderalismusrelevante Fragen auf. Es setzte sich etwa mit der Bundesrechtskonformität kantonaler Erlasse auseinander (Ziff. II.). Eingehend befasste sich das Bundesgericht mit der **Polizeigesetzgebung der Kantone** und deren Grundrechtskonformität, namentlich der verwaltungsrechtlichen Polizeitätigkeit im Allgemeinen und mit dem Solothurner Polizeigesetz im Besonderen. Das Urteil zeigt die Anforderungen und Grenzen der verdeckten Vorermittlungstätigkeiten auf und verdeutlicht gleichzeitig die Bedeutung des Bestimmtheitsgebots und des Verhältnismässigkeitsprinzips. Ausführende Gesetze, die das Recht auf informationelle Selbstbestimmung beschneiden und eine unbegrenzte Erhebung und Auswertung von Daten ermöglichen, sind einschränkend zu formulieren. Der Abgleich der erfassten Kontrollschilder mit allen polizeilichen Personen- und Sachfahndungsregistern geht dem Bundesgericht zu weit: Das Solothurner Polizeigesetz muss in diesem Bereich verhältnismässiger ausgestaltet werden. Das kantonale Verbot für bestimmte Drohnenflüge wurde als kompetenzrechtlich zulässig und als grundrechtskonform erachtet.

Die Kompetenzordnung bzw. der Umfang der Kompetenzen standen bei zwei Urteilen infolge Widerhandlungen gegen das Tierschutzgesetz des Bundes bzw. gegen kantonale Erlasse im Vordergrund. Art. 80 Abs. 1 BV begründet eine umfassende Gesetzgebungskompetenz des Bundes zum Tierschutz, wobei der *Schutz der Tiere* gemeint ist. Demgegenüber besitzt der Bund im Bereich des *Schutzes des Menschen vor gefährlichen Tieren* gestützt auf Art. 80 Abs. 1 BV keine Gesetzgebungskompetenz, eine entsprechende Bundeszuständigkeit ergibt sich auch nicht aus anderen Verfassungsbestimmungen wie etwa Art. 118 BV (Schutz der Gesundheit). In die Gesetzgebungskompetenz des Bundes fallen Massnahmen, die gleichzeitig den Schutz von Tieren und Menschen bezwecken, wenn das Ziel des Tierschutzes tatsächlich vorhanden und als erheblich zu bezeichnen und dem Ziel des Schutzes der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nicht offensichtlich untergeordnet ist. Für die sicherheitspolizeilich motivierte Anordnung von Massnahmen an Tierhalter braucht es dagegen eine Grundlage im kantonalen Recht.

In seiner Beurteilung des basel-städtischen Wohnraumförderungsgesetzes qualifizierte das Bundesgericht eine Bestimmung als bundesrechtswidrig. Der Vorrang des Bundesrechts (Art. 49 Abs. 1 BV) schliesst in Sachgebieten, welche die Bundesgesetzgebung abschliessend regelt, eine Rechtssetzung durch die Kantone aus. Eine gleiche Materie kann sowohl von Regeln des Bundeszivilrechts als auch von solchen des kantonalen öffentlichen Rechts erfasst werden. Kantonale Regelungen sind rechtsprechungsgemäss aber nur zulässig, wenn der Bundesgesetzgeber die Materie nicht abschliessend regelt, die kantonale Regelung durch ein schutzwürdiges öffentliches Interesse begründet ist und sie nicht gegen Sinn und Geist des Bundesrechts verstösst oder dessen Durchsetzung beeinträchtigt oder vereitelt. In diesem Rahmen kann jedoch das kantonale öffentliche Recht das Bundesprivatrecht nicht nur ergänzen, sondern auch in seiner Tragweite beeinflussen. Das vorgesehene Rückkehrrecht in eine Mietwohnung nach einer Sanierung oder einem Umbau wurde jedoch als zivilrechtliche Bestimmung qualifiziert, welche direkt in die Verträge zwischen Vermieter und Mieter eingreift. Dieser Bereich ist abschliessend von Bundeszivilrecht geregelt und lässt daher keinen Raum für kantonale Bestimmungen.

Hervorzuheben sind drei Bundesgerichtentscheide zur **Bundesaufsicht** (Ziff. III.). Bei zwei Behördenbeschwerden konnte sich das Bundesgericht zur Anwendbarkeit von kantonalem Verfahrensrecht bei der Aufsichtsfunktion von Bundesbehörden äussern: In einem zu publizierenden Grundsatzentscheid wurde entschieden, dass einer Bundesbehörde, die im Rahmen einer Behördenbeschwerde ihre Aufsichtsfunktion im kantonalen Verfahren wahrnimmt, in der Regel keine kantonalen Gerichtskosten auferlegt werden dürfen. Eine Ausnahme gilt, wenn die Bundesbehörde auch Vermögensinteressen verfolgt. In den beiden Bundesgerichtsurteilen wurden die Beschwerden des EJPD als Aufsichtsbehörde im Bereich BGFA gutgeheissen und die Auslegung bzw. Anwendung von kantonalem Recht für bundesrechtswidrig erachtet. In einem weiteren Entscheid bejahte das Gericht die Beschwerdelegitimation des ARE zur Anfechtung einer bereits rechtskräftig gewordenen erstinstanzlichen Baubewilligung, weil diese in einem engen sachlichen Zusammenhang mit zwei anderen von der letzten kantonalen Instanz bestätigten Baubewilligungen gestanden hatte. Das Koordinationsgebot nach Art. 25a RPG gebiete, dass das ARE seine Beschwerde auch auf die bereits rechtskräftig erteilte Baubewilligung erstrecken können müsse. Ein Nichteintreten auf die Beschwerde des ARE gegen eine einzelne Baubewilligung hätte die Aufsichtsfunktion des ARE vereitelt.

Infolge eines negativen Kompetenzkonflikts im Zusammenhang mit dem **Konkordat** zur Diplomanerkennung befasste sich das Bundesgericht mit dem **Rechtsschutz** nach Art. 48 Abs. 4 BV (Ziff. IV.). Es hielt dabei fest, dass die Grundsätze über Zuständigkeit, Stellung, Organisation und Wahl der

Rechtspflegebehörde in einer von den Parlamenten genehmigten interkantonalen Vereinbarung festgeschrieben sein müssen. *In casu* hatte das Bundesgericht im Besonderen die Frage des anwendbaren Rechts zu entscheiden. Im Allgemeinen ist das Urteil auch für andere Kantonskonferenzen relevant, da das Urteil aufzeigte, wie Konkordate den Rechtsschutz gegen Entscheide interkantonomer Organe regeln können und sollten.

Das Bundesgericht befasste sich in mehreren Urteilen mit kommunalen Erlassen im Raumplanungs- und Bauwesen. Dabei war u.a. die Vereinbarkeit von **Gemeinderecht** mit übergeordnetem Recht und die **Gemeindeautonomie** zu prüfen (Ziff. V.). Das Bundesgericht hat eine kommunale Regelung, welche Um- und Aufzonungen explizit von der Pflicht zur Erhebung einer Mehrwertabgabe ausschliesst, wegen Bundesrechtswidrigkeit aufgehoben. Damit werden der Kanton wie auch die Gemeinde gefordert: Die Kantone müssen auch bei Um- und Aufzonungen für einen angemessenen Ausgleich erheblicher Vorteile sorgen. Geben sie den Gesetzgebungsauftrag an die Gemeinden weiter, müssen sie die Erfüllung überwachen.

In seinen drei Urteilen zu den Kurtaxen erinnerte das Bundesgericht daran, dass es einen Erlass im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle grundsätzlich mit freier Kognition prüfe, sich aber «aus Gründen des Föderalismus, der Verhältnismässigkeit und – bei der Überprüfung des kommunalen Rechts – der Gemeindeautonomie eine gewisse Zurückhaltung» auferlege. Letztlich hob das Bundesgericht jeweils eine Bestimmung in den Kurtaxenreglementen der drei Walliser Gemeinden auf: Die Berechnungen der Gemeinden beruhen nicht auf objektiven Grundlagen und erfüllen damit nicht die Anforderungen an eine pauschalisierte Kurtaxe.

Insgesamt lässt sich festhalten, dass das Bundesgericht auch in diesem Jahr wiederum bemüht war, die Zuständigkeiten von Bund und Kantonen auf der Grundlage der verfassungsrechtlichen Kompetenzzuweisungs- und Aufgabennormen voneinander abzugrenzen und die bundesverfassungsrechtlichen (insbesondere grundrechtlichen und rechtsstaatlichen) Schranken zu konkretisieren, die sich für die Kantone in ihren Zuständigkeitsbereichen ergeben. Ausserdem hat das Bundesgericht die Konturen der Behördenbeschwerde verdeutlicht und damit die Bundesaufsicht über den Vollzug des Bundesrechts in den Kantonen gestärkt. Des Weiteren hat das Bundesgericht im Zusammenhang mit dem Rechtsschutz gegen Verfügungen interkantonomer Organe Lücken im bestehenden System aufgedeckt, welche die Kantone nun gemeinsam beheben müssen. Die immer wieder zitierte «föderalistische Zurückhaltung» des Bundesgerichts tritt bisweilen, wenn es um die Gewährleistung eines wirksamen Grundrechtsschutzes geht, vermehrt in den Hintergrund.