



Zeitschrift für Schweizerisches Recht
Revue de droit suisse
Rivista di diritto svizzero
Revista da dretg svizzer

Band 135 (2016) I · Heft 1

Inhaltsverzeichnis

Abhandlungen

- EVELYNE SCHMID, Völkerrechtliche Gesetzgebungsaufträge in den Kantonen 3
- ARNAUD NUSSBAUMER, L'incessibilité des droits formateurs: Le «principe», ses fondements et son influence pour la pratique contractuelle 27
- GÜLEN SINEM TEK, La structure juridique et la constitution de la propriété par étages en droit turc 53

Forum

- THOMAS COTTIER/JENS DROLSHAMMER, The Anthology of Swiss Legal Culture 73

Völkerrechtliche Gesetzgebungsaufträge in den Kantonen

EVELYNE SCHMID*

Schlagwörter: CEDAW-Übereinkommen, Gewährleistungspflichten, Gewaltenteilung, Gleichstellung, Justiziabilität, Kantonsgesetzgeber, Menschenrechte, positive Verpflichtungen, völkerrechtliche Staatenverantwortlichkeit, Vorrang Bundesrecht

A. Einleitung

Die Schweiz ist internationalen Verpflichtungen eingegangen, in ihrem Landesrecht gewisse Normen zu schaffen oder bestehende abzuändern. Nicht selten sind völkerrechtliche Gesetzgebungsaufträge mit menschenrechtlichen Gewährleistungspflichten («duties to fulfil») verbunden. Gewährleistungspflichten beauftragen die Staaten, rechtliche, institutionelle und verfahrensmässige Gegebenheiten zu schaffen, damit die Menschenrechte für alle Berechtigten möglichst umfassend zur Realität werden.¹ Solche Verpflichtungen setzen das aktive Tätigwerden des Staates voraus und richten sich oft auch oder sogar primär an die Legislative.² Nicht selten fällt ihre Umsetzung in der Schweiz in den Kompetenzbereich der Kantone. Was aber, wenn es einem kantonalen Gesetzgeber schwer fällt, einen völkerrechtlichen Gesetzgebungsauftrag umzusetzen?

Dieser Beitrag ordnet die Umsetzungsproblematik von völkerrechtlichen Gesetzgebungsaufträgen in den internationalen Kontext der gestiegenen An-

* Dr. iur., MALD, lic.rel.int., Lehrbeauftragte und Habilitandin an der Universität Basel. Dank gebührt Prof. Dr. iur. Regula Kägi-Diener, Vertreterin der Beschwerdeführenden in BGE 137 I 305, für ein informatives Gespräch, Prof. Dr. iur. Judith Wytenbach für wertvolle Anmerkungen zum Entwurf, Dr. iur. Mamadou Hebié für die Lektüre der Zusammenfassungen sowie Prof. Dr. iur. Markus Schefer und der Max-Geldner-Stiftung.

1 Für eine deutschsprachige Übersicht: WALTER KÄLIN/JÖRG KÜNZLI, *Universeller Menschenrechtsschutz*, 3. Aufl., Basel 2013, S. 103 ff. In Bezug auf das CEDAW-Übereinkommen, siehe auch ERIKA SCHLÄPPI, et al., Art. 2: Allgemein, in: Erika Schläppi et al. (Hrsg.), *CEDAW: Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau*, Bern 2015, S. 215–243, S. 216.

2 So auch z.B. KÄLIN/KÜNZLI (Fn. 1), S. 120.

sprüche an die landesrechtlichen Gesetzgeber ein und leistet einen Beitrag zur dogmatischen Auseinandersetzung mit positiven Verpflichtungen in der schweizerischen Rechtsordnung. Dabei konzentriert sich der Aufsatz auf Gewährleistungspflichten im Völkerrecht, die sich an die Kantonsgesetzgeber richten.³ Die Durchsetzbarkeit dieser Verpflichtungen wirft zahlreiche Fragen auf, da die entsprechenden völkerrechtlichen Bestimmungen im schweizerischen Rechtssystem vor Gericht meist als nicht direkt anwendbar betrachtet werden.⁴ Die Sicherstellung der innerstaatlichen Umsetzung von völkerrechtlichen Normen, die gesetzlicher Konkretisierung bedürfen, gestaltet sich somit schwieriger als bei Bestimmungen, welche als direkt anwendbar gelten. Für Letztere kann auf einen gefestigten Erfahrungsschatz zurückgegriffen werden, wie sie vor den kantonalen Gerichten, dem Bundesverwaltungsgericht und schliesslich in der Regel mit einer Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vor dem Bundesgericht geltend gemacht werden können.⁵

Der vorliegende Beitrag untersucht die Umsetzung von völkerrechtlichen Gesetzgebungsaufträgen durch Kantonsgesetzgeber anhand des Beispiels der Herausforderungen, die sich aktuell bei der gesetzgeberischen Umsetzung des Gleichstellungsauftrages aus Art. 2 lit. a des Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW-Übereinkommen) im Kanton Zug stellen. In diesem Zusammenhang anerkannte das Bundesgericht 2011, dass Private unter gewissen Voraussetzungen Beschwerde gegen die Untätigkeit des Kantonsgesetzgebers führen können.

Das 1997 ratifizierte CEDAW-Übereinkommen schreibt vor, dass die Vertragsparteien gesetzgeberische Massnahmen für die tatsächliche Verwirklichung der Gleichberechtigung von Mann und Frau ergreifen.⁶ Gemäss der schweizerischen Kompetenzverteilung sind die Kantone verpflichtet, die Aufträge aus dem CEDAW-Übereinkommen umzusetzen. Sie haben diese Verpflichtung einerseits im Rahmen ihrer Zuständigkeit für die Umsetzung von Bundesrecht zu beachten und müssen andererseits den Gleichstellungsauftrag

3 Der Beitrag geht von einer Unterscheidung zwischen Schutz- und Gewährleistungspflichten aus. In der deutschsprachigen Literatur werden Schutz- und Gewährleistungspflichten oft gemeinsam betrachtet. Für eine ausführliche Begriffsklärung, siehe MICHAEL HOLOUBEK, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten: ein Beitrag zu einer allgemeinen Grundrechtsdogmatik, Wien 1997. Für eine sehr übersichtliche Abhandlung zu den grundsätzlichen dogmatischen Aspekten von Schutzpflichten (und teilweise auch Gewährleistungspflichten) aus schweizerischer Sicht, siehe SAMANTHA A. BESSON, Les obligations positives de protection des droits fondamentaux: un essai en dogmatique comparative, ZSR 2003 I, S. 49–96.

4 Dazu siehe insb. BGE 126 I 240, 242 m.w.H.

5 SCHWEIZERISCHES KOMPETENZZENTRUM FÜR MENSCHENRECHTE (SKMR), et al., Umsetzung der Menschenrechte in der Schweiz: Eine Bestandesaufnahme im Bereich Institutionelle Fragen, Bern 2013, S. 5 f.

6 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW-Übereinkommen), GA Res. 34/180, 18 December 1979 (seit dem 3. September 1981 in Kraft, für die Schweiz seit dem 26. April 1997), 1249 UNTS 13, SR 0.198.

in ihren eigenen Kompetenzbereichen verwirklichen.⁷ Der Zuger Kantonsrat lehnte es 2010 allerdings ab, Massnahmen zur Verwirklichung der Gleichberechtigung zu treffen. Die I. öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts trat daraufhin auf eine Beschwerde ein, die das Tätigwerden des Kantonsgesetzgebers forderte. Obwohl das Bundesgericht die Beschwerde im Endresultat ablehnte, hielt es zusammenfassend in einem *obiter dictum* fest, dass ein Verzicht auf staatliche (bzw. staatlich geförderte) Gleichstellungsmassnahmen verfassungswidrig wäre.⁸ In einer Antwort auf eine Interpellation nach dem Bundesgerichtsentscheid gab die Kantonsexekutive zu verstehen, dass ihr die Hände gebunden seien und die Umsetzung des Auftrages nur durch das Tätigwerden des Kantonsrates möglich sei.⁹ Seit März 2015 liegt nun ein Gesetzesentwurf vor, der in der Vernehmlassung allerdings auf wenig Anklang stiess.¹⁰

Die Konstellation eines verbindlichen völkerrechtlichen Gesetzgebungsauftrags bei gleichzeitigen Schwierigkeiten in der Verwirklichung solcher Aufträge ist weder überraschend noch einzigartig. Normen in Staatsverträgen, welche die Staaten dazu verpflichten, geeignete gesetzgeberische Massnahmen zu treffen, um ein bestimmtes Ziel zu erreichen, sind zahlreich und die Sicherstellung der Umsetzung solcher Bestimmungen stellt die Schweiz vor spezifische Herausforderungen. Einerseits lassen solche Bestimmungen den Vertragsstaaten viel Spielraum, «geeignete» Massnahmen zu identifizieren. Gleichzeitig steht die Umsetzungsproblematik bei völkerrechtlichen Gesetzgebungsaufträgen insbesondere in einem Spannungsfeld mit der Autonomie der Kantonsgesetzgeber. So ist es aus föderalistischen Gründen undenkbar, dass ein Bundesorgan ohne Weiteres eine Ersatzvornahme für eine unterlassene kantonale Regelung trifft. Zurecht würde auch eine allzu einfache Durchsetzbarkeit eines Gesetzgebungsauftrages auf dem Gerichtsweg oder durch eine Ersatzvornahme auf Kantonsebene berechtigte Besorgnis in Bezug auf die Gewaltenteilung aufwerfen.

Dass es bei der Umsetzung von völkerrechtlichen Gesetzgebungsaufträgen zu Schwierigkeiten kommen kann, ist auch deshalb nicht überraschend, weil bereits rein landesrechtliche Gesetzgebungsaufträge zahlreiche komplexe Probleme aufwerfen.¹¹ Zudem stellt das Völkerrecht heute beträchtliche Ansprüche

7 ERIKA SCHLÄPPI, Art. 2, Umsetzung Schweiz, in: Schläppi et al. (Hrsg.) (Fn. 1), S. 245–266, S. 250.

8 BGE 137 I 305, 323.

9 Antwort des Regierungsrates auf die Interpellation der SP- und der Alternativen Grünen Fraktion betreffend Geschlechtergleichstellung im Kanton Zug vom 9. April 2013, 2145.2: «Für die künftige Aufgabenerfüllung sind Anpassungen auf Gesetzesstufe bzw. ein Kantonsratsbeschluss erforderlich.»

10 Dazu siehe unten, Abschnitt III.

11 In Bezug auf die Gleichstellung, siehe z.B. BERNHARD WALDMANN, Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV, Bern 2003, S. 423. Oder PETER HANNI, Grenzen richterlicher Möglichkeiten bei der Durchsetzung von Gleichheitsansprüchen gemäss Art. 4 BV, ZSR 1988 I. Halbband, Heft 5, S. 591–611.

an die nationale Gesetzgebung in praktisch allen Bereichen des Rechts.¹² Völkerrechtliche Gesetzgebungsaufträge sind in einer Vielzahl von Rechtsquellen enthalten und einzelne Bestimmungen aus Staatsverträgen erhalten in den Ratifikationsbotschaften oft nur wenig Raum. Ausserdem ist die Auslegung von völkerrechtlichen Normen mitunter von methodischen Eigenheiten geprägt.¹³ So kann es schwierig sein festzustellen, inwiefern bestehende gesetzgeberische Regeln in einem bestimmten Kanton einen Gesetzgebungsauftrag aus einem völkerrechtlichen Instrument bereits umsetzen und wo allenfalls zusätzliche legislatorische Massnahmen nötig sind. Ferner mag es vorkommen, dass verbindliche und durch die Schweiz freiwillig ratifizierte Instrumente wenig bekannt sind oder mitunter auf eine gewisse Ablehnung stossen. Alles in allem können diese Faktoren das Zustandekommen von Konstellationen begünstigen, in denen gegenüber den Kantonen ein verbindlicher Gesetzgebungsauftrag vorliegt, die zuständigen gesetzgeberischen Organe aber untätig bleiben oder einen Gesetzgebungsauftrag nur unvollständig erfüllen.

Die im «Zuger Fall» vorliegende Konstellation ist von weitreichendem Interesse und der Bundesgerichtsentscheid von 2011 ist für die Entwicklung der Gewährleistungspflichten und die Umsetzung von völkerrechtlichen Gesetzgebungsaufträgen innovativ.¹⁴ Das Bundesgericht öffnete die Türe einen Spalt weit, um den Menschenrechtsschutz bei mangelhafter Umsetzung von positiven Verpflichtungen zu verbessern und die bundesgerichtliche Rechtsprechung der internationalen Menschenrechtsdogmatik mit ihren mehrschichtigen Verpflichtungstypologien anzunähern. Gleichzeitig zeigt sich aber mit etwas zeitlicher Distanz zum Urteil auch, dass das Bundesgericht trotz des sorgfältig begründeten Urteils zumindest bisher dem Kantonsgesetzgeber nur beschränkt «Beine machen»¹⁵ konnte und die Situation im Kanton Zug künftig zwar voraussichtlich keine vollständige gesetzgeberische Unterlassung mehr darstellen wird, aber dennoch Zweifel bestehen bleiben, ob der Gesetzgebungsauftrag vollumfänglich erfüllt sein wird.

12 Zur Zunahme des Einflusses des Völkerrechts auf das schweizerische Verfassungsrecht, siehe z.B. RENÉ A. RHINOW/MARKUS SCHEFER, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl., Basel 2009, Rz. 3492 f.

13 ERIKA SCHLÄPPI, et al., Vorwort, in: Schläppi et al. (Hrsg.) (Fn. 1), S. vii–xi, S. vii.

14 JUDITH WYTENBACH, *Deutliche Worte aus Lausanne zur Gleichstellung – aber Abweisung der Beschwerde*, *SKMR-Newsletter vom 1. Feb. 2012*, <<http://skmr.ch/de/themenbereiche/ge-schlechterpolitik/artikel/bge-gleichstellung-zug.html>>; REGULA KÄGI-DIENER, *Bemerkungen zum Urteil des Bundesgerichts betreffend Gleichstellungskommission Zug (Urteil 1C_549/2010 vom 21.11.2011)*, *recht* 2012 1, S. 30–34; REGULA KÄGI-DIENER, *Urteilsbesprechung zu BGE 137 I 305*, *AJP* 2012, S. 400–403; TAREK NAGUIB, *Bedeutung des BGE 137 I 305 für den institutionellen Diskriminierungsschutz auf kantonaler Ebene*, *AJP* 2012, S. 915–932; GABRIELA MEDICI, *Verpflichtung der Kantone, eine wirksame Gleichstellungspolitik zu betreiben: Besprechung des Bundesgerichtsentscheids 1C_549/2010 vom 21. November 2011*, *Jusletter* 2, April 2012.

15 LORENZ KNEUBÜHLER, *Wie Gerichte dem Gesetzgeber Beine machen*, *LeGes – Gesetzgebung & Evaluation* 2014 3, S. 409–418.

B. Der völkerrechtliche Gesetzgebungsauftrag auf kantonaler Ebene

I. Das Nebeneinander von völkerrechtlichem Gesetzgebungsauftrag und landesrechtlichen Gleichstellungsaufträgen

Mindestens drei Bestimmungen verpflichten die Organe des Kantons Zugs, zugunsten der Gleichstellung tätig zu werden. Erstens ist dies Art. 8 Abs. 2 Satz 2 BV. Dieser verlangt, dass das Gesetz für die rechtliche und tatsächliche Gleichstellung von Frau und Mann sorgt. Zweitens legt § 5 Abs. 2 der Zuger Kantonsverfassung fest, dass der Kanton «die Verwirklichung der tatsächlichen Gleichstellung von Mann und Frau» fördert. Drittens schreibt Art. 2 lit. a des CEDAW-Übereinkommens vor, dass die Vertragsstaaten «den Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau in ihre Staatsverfassung oder in andere geeignete Rechtsvorschriften aufzunehmen, sofern sie dies noch nicht getan haben, und durch gesetzgeberische und sonstige Massnahmen für die tatsächliche Verwirklichung dieses Grundsatzes zu sorgen» haben.

Es ist nicht unüblich, dass – wie in Gleichstellungsbelangen – ein in der Stossrichtung ähnlicher Gesetzgebungsauftrag in mehreren gleichzeitig anwendbaren Rechtsquellen vorliegt. Aus zwei Gründen konzentriert sich dieser Beitrag auf den völkerrechtlichen Gesetzgebungsauftrag. Erstens ist dieser im Völkerrecht detaillierter als in den landesrechtlichen Bestimmungen. Im Unterschied zu den landesrechtlichen Bestimmungen richtet sich der völkerrechtliche Auftrag sehr spezifisch der Gesetzgebung und das Übereinkommen hält die weiteren spezifischen Verpflichtungen in separaten Normen fest. Wegen diesem hohen Spezifitätsgrad der einzelnen Bestimmungen ging das Bundesgericht denn auch davon aus, dass das CEDAW-Übereinkommen den «in Art. 8 Abs. 3 BV sehr allgemein umschriebene Gleichstellungsauftrag (...) konkretisiert und ergänzt».¹⁶

Zweitens bringt die mutmasslich unterlassene Umsetzung von völkerrechtlichen Gesetzgebungsaufträgen durch Kantonsgesetzgeber das zusätzliche Problem mit sich, dass die Schweiz potenziell die Staatenverantwortlichkeit für völkerrechtswidriges Unterlassen übernehmen muss, wenn ihre Kantonsgesetzgeber international eingegangene Verpflichtungen nicht oder nicht vollständig umsetzen.¹⁷ Deshalb ist es von besonderem Interesse, zu untersuchen, wie im

¹⁶ BGE 137 I 305, 318.

¹⁷ Falls die Kantonsgesetzgeber völkerrechtlich geforderte Umsetzungen unterlassen, für die sie gemäss der innerstaatlichen Kompetenzverteilung zuständig sind, macht sich die Schweiz wegen einer Völkerrechtsverletzung gesamtstaatlich verantwortlich. Auch die Legislative untergeordneter Stufen ist ein Organ im Sinne von Art. 4 der Artikel zur Staatenverantwortlichkeit der International Law Commission (Annex zu GA Res. 55/83, 12. Dezember 2001). Innerstaatliche Schwierigkeiten bei der Umsetzung taugen nicht als Rechtfertigungsgründe für die unterlassene Umsetzung von völkerrechtlichen Verpflichtungen. Ausführlicher dazu EVELYNE SCHMID, *The Identification and Role of International Legislative Duties in a Contested Area:*

konkreten Fall mit den Herausforderungen im Umsetzungsprozess (bisher) umgegangen werden konnte.

II. Hintergrund und BGE 137 I 305

Massnahmen zur Verwirklichung der Gleichstellung von Frau und Mann haben im Kanton Zug eine turbulente Geschichte: Von 1992 bis Ende 1995 bestand im Kanton Zug ein Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann. Eine Verlängerung scheiterte 1995 im Kantonsrat.¹⁸ Ein Jahr später forderte eine Motion der FDP erfolgreich eine neue Kommission.¹⁹ 2010 beantragte der Regierungsrat, diese Kommission zeitlich auf acht Jahre befristet weiterzuführen und somit ihre Planungssicherheit zu stärken.²⁰ Der Kantonsrat lehnte die Vorlage mit 37:36 Stimmen ab.²¹ Damit lief das Mandat der Kommission per Ende 2010 aus. Daraufhin ergriffen sechs Kollektivbeschwerdeführer/innen und zwölf Einzelpersonen Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht. Die Beschwerdeführenden verlangten die Aufhebung des Kantonsratsbeschlusses, welcher die Verlängerung der Gleichstellungskommission ablehnte und ersuchten das Bundesgericht, den Kanton Zug zu verpflichten, den Gesetzgebungsauftrag für die Verwirklichung der tatsächlichen Gleichstellung zu erfüllen.²²

1. Eintretensvoraussetzungen

Das Bundesgericht trat auf die Beschwerde ein. Dies war keinesfalls selbstverständlich. Insbesondere stellte sich das Bundesgericht der bisher wenig geklärten Frage, wann das Bundesgericht auf eine Beschwerde wegen fehlender Umsetzung durch einen kantonalen Gesetzgebers eintreten darf und soll – ob also eine unterlassene Legiferierung ein Anfechtungsobjekt darstellen kann.

Der Beschluss des Kantonsrats, die Gleichstellungskommission nicht weiterzuführen, konnte nicht einem kantonalen Erlass gleichgestellt werden, da er weder rechtsetzenden noch rechtsaufhebenden Charakter hat – er taugte deshalb nicht als Anfechtungsobjekt im Sinne von Art. 82 lit. b BGG, da das Mandat der befristeten Kommission automatisch auslief.²³ Auch eine Rechtsverzö-

Must Switzerland Legislate in Relation to «Business and Human Rights»? SZIER 2015, p. 563–589, 567 f., m.w.H. zu Fallrecht und Literatur.

18 ZUGER REGIERUNGSRAT, Gesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann, Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 3. März 2015, S. 7.

19 Ibid.

20 Ibid.

21 ZUGER STAATSKANZLEI, Protokoll des Kantonsrates, 80. Sitzung: Donnerstag, 28. Oktober 2010 (Vormittag), S. 2753.

22 BGE 137 I 305, 308.

23 BGE 137 I 305, 309. Zum Erlassbegriff, siehe HEINZ AEMISEGGER/KARIN SCHERRER REBER, Art. 82, in: Marcel Alexander Niggli et al. (Hrsg.), Bundesgerichtsgesetz, Basel 2011, S. 972–994, 974 f.

gerungs- bzw. -verweigerungsbeschwerde gestützt auf Art. 29 Abs. 1 BV war nicht möglich, da das Verbot nur in den Verfahren der Rechtsanwendung zum Zuge kommt.²⁴

Vielmehr musste ein allfälliger Anspruch auf gesetzgeberisches Handeln aus der Norm abgeleitet werden, die den (potenziellen) Gesetzgebungsauftrag enthält.²⁵ Rechtsmittel war Art. 94 BGG: Die Weigerung, einen gesetzgeberischen Entscheid zu fällen, könne laut dem Bundesgericht der unrechtmässigen Verweigerung oder dem Verzögern eines anfechtbaren Entscheides nach Art. 94 BGG gleichkommen – zumindest dann, wenn der Gesetzgebungsauftrag ausreichend bestimmt sei. Allerdings müsse mit dem Erfordernis der hinreichenden Klarheit und Bestimmtheit von Gesetzgebungsaufträgen zwecks Eintretensvoraussetzung «verhindert werden, dass das Bundesgericht ohne genügende rechtliche Kriterien über die Umsetzung von unbestimmten sozialen oder politischen Zielbestimmungen entscheidet und damit zum Austragungsort politischer Streitigkeiten wird».²⁶ *In casu* lag ein solcher potenzieller Anspruch vor, da die drei obengenannten Bestimmungen hinreichend bestimmt sind: Das CE-DAW-Übereinkommen fordert explizit gesetzgeberische Massnahmen zur Verwirklichung der tatsächlichen Gleichstellung – und dieses konkretisiert die beiden landesrechtlichen Bestimmungen. Für das Eintreten auf eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten müsse – analog der neueren Rechtsprechung zu Art. 83 lit. c Ziff. 2 BGG – ein vertretbar begründeter *potenzieller* Anspruch genügen.²⁷

Nach Ansicht des Bundesgerichts ist es nicht sachgerecht und konsequent, «eine gerichtliche Kontrolle nur in den Fällen auszuschliessen, in denen der Gesetzgeber völlig untätig geblieben ist».²⁸ Die Untätigkeit des Kantonsgesetzgebers könne deshalb als Anfechtungsobjekt taugen, wenn ein potenziell bestimmter Gesetzgebungsauftrag geltend gemacht werden kann – «sei es ausdrücklich, sei es im Wege der Auslegung».²⁹ Das Bundesgericht stützte diesen Eintretensentscheid auf grundrechtliche Gewährleistungspflichten: Da sämtliche Staatsorgane auch positive Verpflichtungen aus den Grund- und Menschenrechten hätten, aktiv tätig zu werden,³⁰ müsse es möglich sein, die verzögerte oder verweigerte Umsetzung eines gesetzgeberischen Verpflichtungsauftrages

24 BGE 130 I 174, 177 ff. m.w.H. Bereits früher wurde in der Lehre darauf hingewiesen, dass eine Möglichkeit offen stehen müsste, um auch gegen die Verzögerung eines Verfahrens (kantonale Erlasse und Verfügungen) vorzugehen. LORENZ MEYER, Das Rechtsverzögerungsverbot nach Art. 4 BV, Bern 1985, S. 114.

25 BGE 137 I 205, 315.

26 BGE 137 I 205, 316.

27 BGE 137 I 305, 315. Zitiert BGE 136 II 177, 179.

28 BGE 137 I 305, 315. Siehe STEPHAN WULLSCHLEGER, Gesetzgebungsaufträge: Normativer Gehalt und Möglichkeiten richterlicher Intervention, Basel 1999, S. 397 f. Dazu auch PASCAL MAHON, Droit constitutionnel – Volume I, Basel/Neuchâtel 3^e éd. 2014, S. 361.

29 BGE 137 I 305, 315.

30 RAINER J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 35 BV, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

geltend zu machen.³¹ Ob in der vorliegenden Konstellation ein justiziabler Anspruch auf gesetzgeberisches Handeln vorliegt, sei eine materiell-rechtliche Frage.³²

2. *Materiell-rechtliche Erwägungen*

Materiell-rechtlich vergewisserte sich das Bundesgericht mit Hilfe von empirischen Daten, ob im Kanton Zug betreffend Gleichstellung überhaupt noch Handlungsbedarf bestehe. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass das Ziel der tatsächlichen Gleichstellung noch nicht erreicht worden sei.³³ Daneben musste das Bundesgericht insbesondere zwei Fragenkomplexe klären: Erstens musste es feststellen, ob aus den drei oben genannten Bestimmungen ein verbindlicher Handlungsauftrag hervorgeht, der sich an den Kantonsgesetzgeber richtet. Falls ja, stellte sich die Frage, ob die bisherige Kommission weitergeführt werden müsse.

Das Bundesgericht bejahte die erste Frage.³⁴ Gleichzeitig stellte es im Hinblick auf die zweite Frage fest, dass die drei Bestimmungen aus dem CEDAW-Übereinkommen sowie aus dem Landesrecht den kantonalen Gesetzgebern (und anderen Staatsorganen) bei der Wahl der Mittel einen erheblichen Ermessensspielraum einräumten. Der Gleichstellungsauftrag könne somit auch mit anderen Mitteln als der Verlängerung des Mandates der bisherigen Kommission verfolgt werden, da sich aus keiner der drei Bestimmungen eine Verpflichtung zu einer ganz bestimmten institutionellen Massnahme ableiten liesse.³⁵ Im Endergebnis wies das Bundesgericht die Beschwerde im Sinne der Erwägungen ab, fügte jedoch an, dass institutionelle und organisatorische Vorkehrungen nötig seien: «So muss bestimmt werden, welche staatlichen Stellen zur Förderung der Gleichstellung berufen sind, welche Kompetenzen ihnen hierbei zustehen und über welche personellen und finanziellen Ressourcen sie verfügen.»³⁶ Die Streichung der bestehenden Massnahmen ohne Ersatzvorkehrungen ist gemäss dem Bundesgericht «geeignet, die Umsetzung des verfassungsrechtlichen Auftrags zur Gleichstellung von Frau und Mann im Kanton Zug zu gefährden oder sogar zu vereiteln».³⁷

31 Siehe auch die Zusammenfassung bei MÉLANIE MADER, *La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de droit public* publiée en 2011, RDAF 2012 I, S. 368–371, S. 369.

32 BGE 137 I 305, 315.

33 BGE 137 I 305, 320.

34 BGE 137 I 305, 320.

35 BGE 137 I 305, 321. Allerdings wird in der Lehre darauf hingewiesen, dass es in der Praxis fraglich sei, ob ein Kanton institutionell-organisatorische Vorkehrungen ohne «eine spezialisierte Stelle mit entsprechendem Diskriminierungsschutz-Know-how» wirksam realisieren könne. NAGUIB (Fn. 14), S. 929.

36 BGE 137 I 305, 321.

37 BGE 137 I 305, 323.

III. Vom Urteil zum Gesetzgebungsentwurf von 2015

Im Nachgang zum Bundesgerichtsurteil schuf der Zuger Regierungsrat im April 2013 als Zwischenlösung eine verwaltungsinterne Fachgruppe für die Gleichstellung von Frau und Mann.³⁸ 2015 erarbeitete der Regierungsrat einen Gesetzesentwurf und hielt fest, dass zur Erfüllung des gesamten Handlungsauftrages der Erlass generell-abstrakter Normen unabdingbar sei.³⁹ Der Gesetzgebungsprozess gestaltet sich allerdings als schwierig und die zuständige Direktorin des Innern resümierte, «dass die Gleichstellung offenbar noch viel mehr polarisiert als Kreuze und Kreuzifixe». Sie hoffe aber, «dass auch bei diesem Thema (...) der soziale Friede gewahrt werden kann».⁴⁰

Der Erlassentwurf besteht aus fünf kurzen Artikeln. Kernstück sind ein Zweckartikel die Bestimmung in § 2 Abs. 1, welche dem Regierungsrat die Kompetenz überträgt, «die zur Zweckerreichung erforderlichen und wirksamen Massnahmen» zu bestimmen.⁴¹ Die Umsetzung soll dezentral in den einzelnen Direktionen stattfinden, auf den Einsatz einer spezialisierten Organisationseinheit wird also verzichtet. Der Bezug auf «die Verwirklichung der rechtlichen und tatsächlichen Gleichstellung von Frau und Mann in allen Lebensbereichen» im Zweckartikel ist nicht ausdrücklich in der KV-ZG enthalten, ergibt sich aber insbesondere aus Art. 1 des CEDAW-Übereinkommens und der Präambel des Übereinkommens. § 2 Abs. 1 überlässt der Exekutive die Determination, welches erforderliche und wirksame Massnahmen zur Verwirklichung der Gleichstellung sein könnten. Gleichzeitig wird der Spielraum der Exekutive dadurch begrenzt, dass die finanziellen Beiträge im Rahmen der vom Kantonsrat alljährlich mit dem Voranschlag zu bewilligenden Kredite erfolgen sollen. Dies ist zwar auch in anderen Sachbereichen wie z.B. der Kulturförderung der Fall.⁴²

38 Regierungsratsbeschluss vom 9. April 2013, Zuger Regierungsrat, Geschäftsbericht 2013, S. 64 f. Rechtsgrundlage dafür waren: § 47 der Verfassung des Kantons Zug (KV-ZG) vom 31. Januar 1894 (SR 131.218), sowie § 2 des Zuger Organisationsgesetzes vom 29. Oktober 1998, BGS 153.1. Da dem Regierungsrat die Führung der Verwaltung obliegt, darf er auch eine Arbeitsgruppe einsetzen. Allerdings kann eine solche nicht die gesamte Tragweite des Handlungsauftrages erfüllen. Dies ist auch die Ansicht der Zuger Behörden – siehe Fn. 9 und Fn. 39.

39 «Die Regelung betreffend Gleichstellung von Frau und Mann hat in einem (formellen) Gesetz zu erfolgen: Wichtige Rechtsnormen, auf denen die Verwaltungstätigkeit beruht, müssen in einem Gesetz enthalten sein. (...) Da die zu schaffende Regelung auf dem Gebiet der Gleichstellung von Frau und Mann die Behördenorganisation des Kantons Zug tangiert, gilt sie als wichtig und muss daher in Gesetzesform ergehen.» Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 3. März 2015 (Fn. 18), S. 9 f.

40 ZUGER STAATSKANZLEI, Protokoll des Kantonsrats, 59. Sitzung: Donnerstag, 7. November 2013 (Vormittag), S. 1994.

41 § 2 Abs. 1 Entwurf für ein Gesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GIG-ZG), Ergebnis 1. Lesung des Zuger Regierungsrates vom 3. März 2015, ID 1224.

42 § 3 Abs. 2 Entwurf Gleichstellungsgesetz ZG (Fn 41). Dies entspricht der Regelung von § 2 des Gesetzes über die Förderung des kulturellen Lebens vom 25. März 1965, BGS 421.1. Siehe Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 3. März 2015 (Fn. 18), S. 12.

Fraglich ist jedoch, ob damit dem CEDAW-Übereinkommen gerecht wird, da im Bereich der Kulturförderung eben gerade kein vergleichbarer völkerrechtlicher Gesetzgebungsauftrag vorliegt und zumindest denkbar ist, dass die Wirksamkeit der Massnahmen durch die finanzielle Planungsunsicherheit geschmälert werden könnte.

Darüber hinaus hält der Gesetzesentwurf fest, dass auch die Gemeinden dem Gleichstellungsgebot unterworfen sind.⁴³ Diese Bestimmung ist deklaratorischer Natur und ihr Inhalt kann bereits aus Art. 50 BV abgeleitet werden.⁴⁴ Allerdings bemängeln Vernehmlassungsteilnehmende zurecht, dass der Entwurf für die Gemeinden kaum Anhaltspunkte enthalte.⁴⁵

Der Gesetzesentwurf geht nun für zwei Lesungen in den Kantonsrat und soll 2016 im Amtsblatt publiziert werden können. Verstreicht die Referendumsfrist von sechzig Tagen,⁴⁶ würde das Gesetz allerfrühestens im Frühjahr 2016 in Kraft treten. Die Vernehmlassung fand im Juni 2015 ihren Abschluss und deutet wie auch bereits die früheren Sitzungen des Kantonsrats darauf hin, dass die Umsetzung des Gesetzgebungsauftrages weiterhin von Herausforderungen geprägt sein wird.⁴⁷

So hält die FDP des Kantons Zug auf weniger als einer Briefseite etwa fest, dass aus dem Bundesgerichtsurteil klar hervorgehe, «dass der Kanton Zug keine institutionellen Massnahmen zur Umsetzung des Gleichstellungsauftrags zu definieren» habe und die Partei das Gesetz deshalb ablehne.⁴⁸ Die CVP will auf die Gesetzesvorlage nicht eintreten und ist der Meinung, dass die Formulierung «in allen Lebensbereichen» im Zweckartikel dem Regierungsrat unüberschaubaren Spielraum öffne.⁴⁹ Detaillierter Stellung nehmen die kantonalen Sektionen der SP und der SVP. Die SP bedauert, dass die Formulierungen im Erlassentwurf «nicht explizit zur Klärung von konkreten Zuständigkeiten» beitragen. So erwarte die SP «entsprechende Vertiefungen und Erweiterungen, damit das Bundesgerichtsurteil vom 21. November 2011 und das gemäss Bundesgerichtsurteil im Kanton Zug zwingend umzusetzende [CEDAW-Überein-

43 § 5 Entwurf Gleichstellungsgesetz ZG (Fn 41).

44 Vgl. dazu z.B. RHINOW/SCHEFER (Fn. 12), Rz. 639 ff.

45 SVP DES KANTONS UND FREISTAATES ZUG, *Vernehmlassungsantwort zum Gleichstellungsgesetz*, 26. Mai 2015. <<http://www.svp-zug.ch/aktuell/vernehmlassungen.html>>. Ähnlich: SP KANTON ZUG, *Vernehmlassungsantwort zum Gleichstellungsgesetz*, 30. Mai 2015. <<http://sp-zug.ch/vernehmlassungen/>>.

46 KV-ZG (Fn. 38), § 34 Abs. 2.

47 So auch die Einschätzung von FREDDY TRÜTSCH, So wirds schwierig mit der Gleichstellung, *Neue Zuger Zeitung*, 16. Juni 2015, S. 20.

48 FDP.DIE LIBERALEN ZUG, *Vernehmlassungsantwort zum Gleichstellungsgesetz*, 1. Juni 2015. <<http://www.fdp-zg.ch/zug-vernehmlassungen>>. Die Aussage, das Bundesgericht habe klargestellt, dass keine institutionellen Massnahmen nötig seien, widerspricht der Aussage des Bundesgerichts, dass die Verpflichtung zur Herstellung von tatsächlicher Gleichheit «gewisse institutionelle und organisatorische Vorkehrungen» voraussetze. BGE 137 I 305, 321.

49 CVP KANTON ZUG, *Vernehmlassungsantwort zum Gleichstellungsgesetz*, 29. Mai 2015. <<http://www.cvp-zug.ch/index.php?id=11311>>.

kommen] nicht Makulatur bleiben».⁵⁰ Der SVP geht der Gesetzesentwurf zu weit, da die Gleichstellung im Kanton in der Gesetzgebung bereits umgesetzt und der Erlassentwurf zu offen formuliert sei: «Zur Umsetzung des Verfassungsauftrags würde es genügen, eine (...) Anlaufstelle für Fragen rund um die Gleichstellung zu bezeichnen.»⁵¹

Die vorbereitenden Kantonsbehörden sind auf jeden Fall kaum zu beneiden und haben eine Gratwanderung zwischen dem Entscheid des Kantonsrates von 2010 und dem verfassungs- und völkerrechtlichen Auftrag (und dem darauf gestützten Urteil des Bundesgerichts) andererseits zu bewerkstelligen. Ob die Strategie mit dem vom Regierungsrat vorgeschlagenen Entwurf aufgeht, bleibt abzuwarten. Gemessen am Gesetzgebungsauftrag im CEDAW-Übereinkommen – so wie dieser vom Bundesgericht 2011 ausgelegt wurde – muss der Gesetzesentwurf kritisch beurteilt werden. Selbst wenn der Entwurf unverändert in Kraft treten würde, bliebe offen, ob der Kanton Zug damit tatsächlich wirksame Mittel ergreift, die geeignet sind, den Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau tatsächlich zu verwirklichen. Insbesondere regelt der Gesetzesentwurf nur im Ansatz, «von wem, wie und mit welchen Mitteln der Gleichstellungsauftrag künftig umgesetzt werden soll»⁵² – eine bundesgerichtliche Vorgabe, die zwar technisch gesehen als *obiter dicta* gewertet werden kann, die aber schliesslich auf die bei den Eintretensvoraussetzungen entscheidere Feststellung zurückgeht, dass das Übereinkommen dem Kantonsgesetzgeber einen konkreten Auftrag erteilt. Der Entwurf repetiert in § 2 bloss das aus dem CEDAW-Übereinkommen abgeleitete Wirksamkeits- und Erforderlichkeitskriterium der Massnahmen, enthält darüber hinaus aber keine konkreten Angaben. Denkbar wäre allenfalls (wie in einer Vernehmlassungsantwort vorgeschlagen),⁵³ dass mit einer detaillierten Verordnung diesbezüglich Klarheit geschaffen würde. Dies wäre von der Normstufe her mit dem CEDAW-Übereinkommen grundsätzlich kompatibel, sofern die Wirksamkeit der Massnahmen nicht bereits dadurch vereitelt wird, dass durch die Regelung auf Verordnungsstufe die für die Wirksamkeit der Massnahmen zentrale Planungssicherheit und Legitimation verringert werden. Ob mit einer Präzision auf Verordnungsstufe dem Erfordernis der Gesetzesform für wichtige Regelungen ausreichend Rechnung getragen würde, sei hier allerdings offengelassen.⁵⁴

50 SP KANTON ZUG, *Vernehmlassungsantwort zum Gleichstellungsgesetz*, 30. Mai 2015. <http://sp-zug.ch/vernehmlassungen/>.

51 SVP DES KANTONS UND FREISTAATES ZUG, *Vernehmlassungsantwort zum Gleichstellungsgesetz*, 26. Mai 2015. <http://www.svp-zug.ch/aktuell/vernehmlassungen.html>. Dies scheint im Lichte des CEDAW-Übereinkommens wenig überzeugend, da eine reaktive Anlaufstelle ohne zusätzliche Kompetenzen und Ressourcen z.B. kaum eine wirksame Massnahme zum Abbau von gesellschaftlichen Stereotypen darstellen wird. CEDAW-Übereinkommen (Fn. 6), insb. Art. 5, lit. a.

52 BGE 137 I 305, 323.

53 ALTERNATIVE – DIE GRÜNEN ZUG, *Vernehmlassungsantwort zum Gleichstellungsgesetz*, 9. Juni 2015. <http://www.gruene-zug.ch/aktuell/vernehmlassungen.html>.

54 Insbesondere die Umstrittenheit der Gleichstellungsmassnahmen im Kanton Zug würde darauf hindeuten, dass zumindest die Umrisse der konkreten Massnahmen im demokratisch legitimier-

Ratione temporis stellt sich die Frage, ob der Kantonsgesetzgeber zügig genug auf den Gesetzgebungsauftrag reagiert hat – zumindest nachdem dieser höchstrichterlich festgehalten wurde. Diese Frage ist nicht einfach zu beantworten.⁵⁵ Ein zeitlicher Rückstand bei der Umsetzung kommt nicht automatisch einer Verletzung des völkerrechtlichen Gesetzgebungsauftrages gleich, da ein gewisser zeitlicher Spielraum durchaus besteht und die Wirksamkeit der Massnahmen und insbesondere die Vollzugstreue in der Regel nach einem sorgfältigen Prozess günstiger ausfallen, als wenn die schnellstmögliche aber unter Umständen weniger legitimierte Lösung gewählt wird.⁵⁶

Als Fazit zum vorliegenden Entwurf lässt sich sagen, dass der Kantonsgesetzgeber mit Annahme des Entwurfs zwar auf dem Weg wäre, den Handlungsauftrag grundsätzlich wahrzunehmen, trotzdem aber Zweifel berechtigt blieben, ob die gesetzliche Grundlage tatsächlich ausreichend wirksame Massnahmen ermöglicht. Bedauerlich scheint, dass im laufenden Gesetzgebungsprozess bisher wenig Auseinandersetzung mit den Rechtsquellen des Gesetzgebungsauftrages stattfand, um auszutariieren, wie der völker- und verfassungsrechtliche Ermessensspielraum tatsächlich genutzt werden soll. Auch im Bericht des Regierungsrates werden die Konturen der völkerrechtlichen Verpflichtung nicht detailliert beschrieben. Mit einem Verweis auf den CEDAW-Leitfaden der Eidgenössischen Kommission für Frauenfragen wäre ein deutschsprachiger Überblick über das Abkommen leicht verfügbar gewesen.⁵⁷

Zur Klärung der Frage, ob der völkerrechtliche Gesetzgebungsauftrag vollumfänglich erfüllt wäre, wären auch nach Annahme des Gesetzes inner- wie auch überstaatlich weitere rechtliche Schritte denkbar. Während in der Schweiz (wie auch in anderen Jurisdiktionen) bei Grundrechtseingriffen *durch* Gesetzgebung (d.h. abwehrrechtlichen Dimensionen gegenüber dem Gesetzgeber) zumindest gegen kantonale und kommunale Erlasse umfassender Rechtsschutz sowohl akzessorisch als auch in der abstrakten Normenkontrolle besteht,⁵⁸ ist der Schutz vor mangelnder Menschenrechtsverwirklichung wegen fehlender oder nicht ausreichender Gesetzgebung wesentlich schwieriger zu erreichen. Zwar

ten Gesetz definiert werden sollten. Zum Wichtigkeitskriterium auf Bundes- und Kantonsebene, siehe GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Elemente einer Rechtssetzungslehre*, 3. Aufl., Zürich 2013, S. 151–164, insb. Rz. 154 zur Akzeptanz.

55 Das Bundesgericht hielt es 1984 z.B. für gerechtfertigt, dass 14 Jahre nach dem Gesetzgebungsauftrag von Art. 24^{ter} aBV noch keine Luftreinhalteverordnung erlassen wurde. Urteil des Bundesgerichts vom 2. November 1984, zitiert in Urteil vom 18. Januar 1985, ZBl 86 1985, S. 492–498, S. 495 f. und TOBIAS JAAG, *La responsabilité de l'Etat en tant que législateur en Suisse*, in: Institut Suisse de droit comparé (Hrsg.), *Rapports suisses présentés au XV^{ème} Congrès international de droit comparé*, Zürich 1998, S. 255–270, S. 265.

56 So auch SKMR (Fn. 5), S. 6.

57 EIDG. KOMMISSION FÜR FRAUENFRAGEN, *CEDAW-Leitfaden für die Rechtspraxis*, Bern 2012 (aktualisierte Ausgabe 2015). Inzwischen steht für die künftigen Auseinandersetzungen zusätzlich der umfangreiche deutschsprachige CEDAW-Kommentar zur Verfügung. Schläppi et al. (Hrsg.) (Fn. 1).

58 Siehe auch SCHLÄPPI (Fn. 7), S. 261.

kann eine mutmassliche teilweise Unterlassung unter Umständen als Verstoss gegen Bundesrecht geltend gemacht werden – das Bundesgericht wird aber in der Regel gute Gründe haben, sich zurückzuhalten und höchstens appellatorisch einzugreifen.⁵⁹ Während die Wege für eine richterliche Überprüfung eines mutmasslich unzureichenden kantonalen Erlasses grundsätzlich in gleicher Weise offen stehen wie für andere Probleme bei kantonalen Erlassen, wird das Bundesgericht bei offen formulierten Bestimmungen (sei es aus dem Völker- oder dem Landesrecht) in der Regel gerechtfertigterweise davon ausgehen, dass der Gesetzgeber die Hauptrolle spielt und spielen sollte, Gewährleistungsgarantien zu konkretisieren und die Möglichkeit gerichtlicher Durchsetzung nur als Ergänzung in konkreten Einzelfällen in Frage kommt.⁶⁰

In gewissen Fällen ist ausserdem denkbar, dass die kantonale Exekutive eine zeitlich befristete Ersatzvornahme ergreift, um einen völkerrechtlichen Gesetzgebungsauftrag zumindest temporär zu erfüllen, bis die Legislative die geforderte Funktion ausübt. Das Bundesgericht bestätigte 2004 den Erlass einer befristeten, selbständigen Verordnung durch die Exekutive, nachdem im Kanton Schwyz der ordentliche Gesetzgeber einem Auftrag längere Zeit nicht nachkam. Dies geschah, obwohl die Verordnung Ergänzungen im sensiblen Einbürgerungsbereich enthielt, die grundsätzlich Sache des Gesetzgebers sind.⁶¹ Allerdings wird es auch bei der allfälligen richterlichen Prüfung von Ersatzvornahmen auf Kantonsebene für die gerichtliche Kognition eine wesentliche Rolle spielen, ob der Kantonsgesetzgeber gar keine Regelung getroffen hat, oder ob er eine getroffen hat und diese nicht vollumfänglich überzeugt.

Daneben stehen dem Bund die Instrumente der Bundesaufsicht zur Verfügung, um die Umsetzung von völkerrechtlichen Instrumenten zu gewährleisten und um zu versuchen, die völkerrechtliche Staatenverantwortlichkeit für völkerrechtswidriges Unterlassen der Kantonsgesetzgeber abzuwenden. Gemäss Art. 49 Abs. 2 BV hat der Bund nicht nur die Befugnis, sondern die Pflicht, alle erforderlichen Massnahmen für die Einhaltung des Bundesrechts (und damit auch des Völkerrechts) durch die Kantone zu treffen. Wie PIERRE TSCHAN- NEN festhält, erfasst die Bundesaufsicht Unterlassungen der Kantone selbst in denjenigen Bereichen, in denen die Kantone autonom sind.⁶² Allerdings muss die Ausübung der Bundesaufsicht im öffentlichen Interesse sein und die Verhältnismässigkeit wahren. Ersteres dürfte bei der unterlassenen Umsetzung von völkerrechtlichen Gesetzgebungsaufträgen gegeben sein, da es wohl zu- meist im Interesse der Öffentlichkeit liegt, Widersprüchlichkeiten im Rechts-

59 RENE RHINOW, Zum Schutz von Freiheit, Demokratie und Föderalismus: Ein Plädoyer für einen massvollen Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit, Jusletter 14. März 2011, S. 10. Grundsätzlich dazu auch: HANNI (Fn. 11).

60 RHINOW/SCHIEFER (Fn. 12), Rz. 1147 ff.

61 BGE 130 I 140, 146 ff. Affirmativ zitiert in BGE 134 I 322, 327.

62 PIERRE TSCHAN- NEN, Staatsrecht der schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. Aufl., Bern 2011, S. 357.

staat zu vermeiden und die völkerrechtliche Staatenverantwortlichkeit abzuwenden.⁶³ Um die Verhältnismässigkeit zu wahren, muss die Verletzung der Umsetzungspflichten je nach Aufsichtsmittel jedoch gravierend sein. Das Mittel der Genehmigung kantonaler Erlasse kommt bei vollständigen Unterlassungen der Kantonsgesetzgeber nicht zum Zuge und ist auch bei (mutmasslichen) teilweisen Unterlassungen kaum je relevant, da längst nicht alle kantonalen Gesetze und Verordnungen dem Bund zur Genehmigung vorgelegt werden müssen.⁶⁴ Besser geeignet scheint der Erlass allgemeiner Weisungen durch den Bundesrat.⁶⁵ Solche können insbesondere bei mangelnden Kenntnissen der völkerrechtlichen Verpflichtungen der kantonalen Behörden hilfreich sein,⁶⁶ sind aber wohl weniger erfolgversprechend, wenn das Problem im mangelnden politischen Willen gesucht werden muss. Die Mittel der Bundesexekution wiederum erfordern im Normalfall die Zustimmung der Bundesversammlung⁶⁷ und sind höchstens in seltenen Fällen denkbar. Zwar kann der Bund im Kontext der Bundesaufsicht nach einer Zwangsandrohung unter Fristansetzung die Erfüllung einer dem Kanton obliegenden Bundespflicht an Stelle des säumigen Kantons grundsätzlich Ersatzvornahmen treffen,⁶⁸ jedoch kommen, um das Verhältnismässigkeitsprinzip zu wahren, nur gravierendste Verletzungen von völkerrechtlichen Gesetzgebungsaufträgen durch den Kantonsgesetzgeber in Frage. Eine bloss halbherzige Umsetzung eines völkerrechtlichen Gesetzgebungsauftrages wird kaum je darunter fallen.

Auf überstaatlicher Ebene ist nicht ausgeschlossen, dass sich ein Individuum aus dem Kanton Zug vor dem CEDAW-Ausschuss in einem Mitteilungsverfahren beschweren könnte, dass die Schweiz trotz des Gesetzgebungsprozesses durch den Zuger Kantonsgesetzgeber die Vorgaben des Übereinkommens nur mangelhaft umsetze und die Person deshalb in ihren Konventionsrechten verletzt sei.⁶⁹ Ausserdem wird die Schweiz ausgerechnet im Herbst 2016 vor dem Ausschuss den nächsten Staatenbericht präsentieren müssen,⁷⁰ und man kann

63 Ein öffentliches Interesse besteht darin, dass ein Anliegen für die Allgemeinheit von Vorteil ist. Zum Begriff, ausführlich MARTIN WYSS, *Öffentliche Interessen – Interessen der Öffentlichkeit?: das öffentliche Interesse im schweizerischen Staats- und Verwaltungsrecht*, Bern 2001, S. 16 ff.

64 Die Lehre sowie Art. 61b Abs. 1 RVOG gehen davon aus, dass die Genehmigungspflicht in einem Bundesgesetz (oder einem Bundesbeschluss) vorgesehen sein muss. RHINOW/SCHEFER (Fn. 12), Rz. 792 ff. Ein völkerrechtlicher Vertrag alleine genügt nicht zur Festlegung einer Genehmigungspflicht für die darauf gestützten kantonalen Erlasse.

65 Art. 186 Abs. 4 BV. TSCHANNEN (Fn. 62), S. 360; RHINOW/SCHEFER (Fn. 12), Rz. 791; ULRICH HÄFELIN, et al., *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 8. Aufl., Zürich 2012, Rz. 1212.

66 SKMR (Fn. 5), S. 8.

67 Art. 173 Abs. 1 lit. e BV.

68 TSCHANNEN (Fn. 62), S. 365 f.

69 Bundesbeschluss über die Genehmigung des Fakultativprotokolls zum Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, 20. März 2008, BBl 2008 2333.

70 Periodischer Staatenbericht, SUISSE, CEDAW/C/CHE/4–5, 25 février 2015, siehe Ziff. 15 zu BGE 137 I 305.

davon ausgehen, dass der Ausschuss die Situation im Kanton Zug in die «List of Issues» aufnehmen wird,⁷¹ und die Schweizer Vertretung Rechenschaft zur Wahl der getroffenen Mittel wird ablegen müssen.⁷² Allerdings sind weder die Entscheide noch die Schlussbemerkungen des Ausschusses als solche rechtsverbindlich, dienen aber als Erkenntnisquelle für die Auslegung der Konvention.⁷³

In Anbetracht der Herausforderungen bei der Durchsetzung des Gesetzgebungsauftrags stellt sich die Frage, inwiefern der «Zuger Fall» einen Einzelfall darstellt.

C. Positive völkerrechtliche Verpflichtungen gegenüber dem Gesetzgeber

I. Die Eigenheiten des «Zuger Falles»

Die Ausgangslage des «Zuger Falles» wies Eigenheiten auf, die den Fall einzigartig und konzeptionell relativ unkompliziert machten. Der Kantonsgesetzgeber weigerte sich explizit, einen Gesetzgebungsauftrag zu erfüllen und strich die bisher getroffene Massnahme ersatzlos. Damit bot sich eine vollständige Unterlassung – was die richterliche Prüfung im Vergleich zu teilweisen Unterlassungen vereinfacht. Zudem handelte es sich um eine regressive Massnahme. Im Bereich von ressourcenabhängigen Menschenrechtsgewährleistungen besteht für solche Massnahmen eine gewisse Vermutung der Unzulässigkeit.⁷⁴ Auf jeden Fall ist die ausdrückliche Aufhebung einer bestehenden Massnahme bei *prima facie* zur Verfügung stehenden Mitteln einfacher zu beurteilen als eine Konstellation, in der ein kantonaler Gesetzgeber zwar gewisse Massnahmen trifft, aber Zweifel bestehen, ob diese einem Gesetzgebungsauftrag zu genügen vermögen. Wie bereits angesprochen, werfen Konstellationen von teil-

71 Die «List of Issues» ist ein Dokument des Ausschusses zwecks Vorbereitung des interaktiven Dialoges mit der Vertragspartei. Die Aufnahme eines Themas in der «List of Issues» bedeutet, dass der Ausschuss konkrete Antworten auf gewisse Fragen erwartet. In der Regel formuliert der Ausschuss darauf aufbauend eine Empfehlung an die Vertragspartei.

72 Der CEDAW-Ausschuss kennt wie andere Überwachungsorgane ein sog. «Justification Requirement», d.h. er anerkennt, dass die Wahl der Mittel weitgehend den Vertragsstaaten zukommt, behält sich aber die Beurteilung vor, ob die getroffenen Massnahmen wirksam und ausreichend sind. CEDAW COMMITTEE, General Recommendation No. 28, Core Obligations of States Parties under Article 2, 19 October 2010, CEDAW/C/2010/47/GC.2, Ziff. 23.

73 Siehe unten Fn. 76.

74 Wenn eine bestehende Gewährleistung bewusst (wieder) gekürzt oder gestrichen wird, muss die Vertragspartei zumindest damit rechnen, dass der zuständige Ausschuss Argumente verlangen wird, dass der Rückschritt nur nach sorgfältiger Prüfung zustande kam und nicht ohne Not geschah. Dazu siehe ausführlich AOIFE NOLAN, et al., Two Steps Forward, No Steps Back? Evolving Criteria on the Prohibition of Retrogression in Economic and Social Rights, in: Aoife Nolan (Hrsg.), Economic and Social Rights after the Global Financial Crises, Cambridge 2014, S. 121–145.

weiser Umsetzung die komplexe Frage des geeigneten Prüfungsmassstabes auf, den ein Gericht gegenüber dem demokratisch legitimierten Organ anwenden kann und soll. Zum Zeitpunkt des Bundesgerichtsurteils von 2011 präsentierte sich der «Zuger Fall» unter diesen Gesichtspunkten damit vergleichsweise überschaubar. Nichtsdestotrotz ist das Problem der fehlenden oder unvollständigen Umsetzung eines völkerrechtlichen Gesetzgebungsauftrags durch den Kantonsgesetzgeber kaum ein Einzelfall.

II. Die Spitze eines Eisbergs?

1. Andere Übereinkommen mit positiven Verpflichtungen für die Kantonsgesetzgeber

Wie eingangs erwähnt, ist das CEDAW-Übereinkommen längst nicht das einzige völkerrechtliche Übereinkommen, welches positive Verpflichtungen an die verschiedenen gesetzgeberischen Organe und alle weiteren Staatsgewalten richtet. Insbesondere im Bereich des Diskriminierungsschutzes und des Schutzes wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Menschenrechtsaspekte richten auch andere von der Schweiz ratifizierte Übereinkommen Gesetzgebungsaufträge an die Kantone.⁷⁵ Für die Auslegung solcher Übereinkommen ist zudem bemerkenswert und für eine potenzielle Vielzahl von weiteren Fällen relevant, dass sich das Bundesgericht sorgfältig mit dem rechtlichen Status der verschiedenen Dokumente des CEDAW-Ausschusses befasste. Das Bundesgericht klassifiziert diese als juristisch nicht verbindlich, aber als übereinstimmende Auffassung eines «mit besonderer Autorität ausgestatteten Expertengremiums über die sich aus dem Übereinkommen ergebenden Verpflichtungen eines Staates».⁷⁶

Vor diesem Hintergrund ist von besonderer Bedeutung, dass die Bundesrichter in der Begründung ihres Entscheides anerkennen, dass nicht nur abwehrrechtliche Dimensionen von Menschenrechtsnormen vor Gericht zur Sprache gebracht werden können, sondern auch die normativen Gehalte, die das aktive Engagement der Staatsgewalten erfordern. Die Erwägungen zu den Eintretensvoraussetzungen im Falle der Untätigkeit oder Säumnis des kantonalen Gesetzgebers sind von grosser Tragweite:

75 So z.B. das kürzlich ratifizierte Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, das Rassendiskriminierungsabkommen, die Kinderrechtskonvention, Uno-Pakt I oder Abkommen der Internationalen Arbeitsorganisation. Für weiterführende Überlegungen, siehe dazu auch NAGUIB (Fn. 14).

76 BGE 137 I 305, 325.

2. Justiziabilitätsfragen und direkte Anwendbarkeit

Traditionellerweise prüft das Bundesgericht, ob eine völkerrechtliche Norm direkt anwendbar ist. Im schweizerischen Verständnis sind Normen, die durch gesetzgeberische Massnahmen zu verwirklichen sind, nicht direkt anwendbare Normen und man geht davon aus, dass Individuen gestützt auf solche Normen vor Gericht keine Ansprüche geltend machen können.⁷⁷ Diese Gleichsetzung ist aber nicht unbedingt zwingend. So ist aus rechtsvergleichender Sicht in gewissen Jurisdiktionen anerkannt, dass die Frage der Justiziabilität vielschichtiger zu beantworten ist, als dies mit einer «binären Analyse»⁷⁸ bewerkstelligt werden kann. Bekanntestes Beispiel dafür ist das südafrikanische Verfassungsrecht, welches unter gewissen Bedingungen die Justiziabilität von Teilgehalten von Gewährleistungsverpflichtungen anerkennt, auch wenn die entsprechenden Bestimmungen weitgehend als programmatisch gelten.⁷⁹ Auch der Uno-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte geht davon aus, dass sich die Justiziabilitätsfrage von der Frage der direkten Anwendbarkeit unterscheiden kann.⁸⁰ In einem kürzlich erschienenen Beitrag argumentiert MATTHIAS KLATT denn auch, dass die Justiziabilitätsfrage und auch die richterliche Zurückhaltung bei positiven Verpflichtungen zahlreiche Schattierungen aufweisen können und sollen, um die Probleme von zu viel oder zu wenig richterlicher Kontrolle zu vermeiden.⁸¹

Interessanterweise hielt das Bundesgericht in BGE 137 I 305 fest, «dass der Fall ausserhalb der gewohnten Kategorien der unmittelbaren/mittelbaren Anwendbarkeit liegt»,⁸² da die Beschwerdeführenden nicht die Einsetzung einer Kommission durch das Bundesgericht forderten, sondern das Tätigwerden des Kantonsgesetzgebers. Das Bundesgericht liess im Urteil denn auch offen, welche Bestimmungen aus dem CEDAW-Übereinkommen unmittelbar anwendbar sein könnten und unterstrich, dass das Übereinkommen für die Kantone unabhängig von der Frage, ob es direkt anwendbar sei, verbindlich ist, weil auch nicht direkt anwendbare Bestimmungen «nicht nur politische oder moralische

77 Vertieft dazu OLIVIER JACOT-GUILLARMOU, *L'applicabilité directe des traités internationaux en Suisse*, Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht 1989, S. 129–151.

78 MAYA HERTIG RANDALL/GREGOR T. CHATTON, *Les droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique suisse*, in: Lukas Heckendorn Urscheler (Hrsg.), *Rapports suisses présentés au XIXe Congrès international de droit comparé*, 2014, S. 289–348, S. 336.

79 Siehe dazu z.B. MALCOLM LANGFORD (Hrsg.), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge 2008, S. 21–24 und S. 29–37; EVELYNE SCHMID, *Thickening the Rule of Law in Transition: The Constitutional Entrenchment of Economic and Social Rights in South Africa*, in: Edda Kristjansdotir et al. (Hrsg.), *International Law in Domestic Courts: Rule of Law Reform in Post-Conflict States*, Antwerp 2012, S. 59–81.

80 COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, *General Comment 9 on the Domestic Application of the Covenant*, 3 December 1998, E/C.12/1998/24, Ziff. 10.

81 MATTHIAS KLATT, *Positive Rights: Who Decides? Judicial Review in Balance*, *International Journal of Constitutional Law* 2015 13:2, S. 354–382.

82 BGE 137 I 305, 319.

Absichtserklärungen» seien.⁸³ Dies bedeutet letztlich, dass auch eine Bestimmung, die sich an den Gesetzgeber richtet, nicht jeglicher materiell-rechtlichen Analyse verschlossen bleiben muss. Während die Justiziabilitätsfrage bei den gewohnten abwehrrechtlichen Dimensionen von Grundrechtsverpflichtungen (d.h. mutmasslichen Verletzungen von «duties to respect») alltäglich anerkannt ist, kann und sollte sie bei positiven Verpflichtungen nicht pauschal beantwortet werden.⁸⁴ Auch wenn im hier besprochenen Fall kein justizialer Anspruch darauf besteht, dass das Bundesgericht festlegt, mit welchen konkreten Mitteln der Gleichstellungsauftrag erfüllt werden muss (also kein individualrechtlicher Anspruch auf den Einsatz einer Gleichstellungskommission besteht), kann ein Anspruch auf das Tätigwerden des Gesetzgebers durchaus richterlich überprüfbar sein. Die Bundesrichter hielten sich ansonsten zurück und anerkannten damit die grundsätzlich vorrangige Legitimation des Gesetzgebers, den Diskriminierungsschutz auszugestalten.⁸⁵

Mit dieser Herangehensweise «erfahren die internationalen Rechtsquellen einen normativen Gehalt, den das Bundesgericht den Artikeln des Sozialpaktes trotz Kritik aus der Lehre bisher aufgrund ihres programmatischen Charakters verwehrt».⁸⁶ Das Urteil ist wegweisend, da es eine Brücke zwischen den Rechtsmitteln im schweizerischen Verfassungsstaat und der modernen internationalen Menschenrechtsdogmatik mit ihrer auf HENRY SHUE⁸⁷ und andere zurückgehenden dreiteiligen Verpflichtungstypologie von «respect, protect and fulfil» schlägt. Ob sich diese Sicht auf längere Dauer und auch bei Umsetzungsfragen im Zusammenhang mit anderen völkerrechtlichen Übereinkommen durchsetzt, bleibt abzuwarten. Zumindest greift ein späteres Urteil diese dreiteilige Typologie explizit auf.⁸⁸

III. Das schutzwürdige Interesse der Beschwerdeführenden und die funktionale Zuständigkeit des Gerichts

Bei allen positiven Bemerkungen zur bundesgerichtlichen Herangehensweise sei zu guter Letzt noch auf einen Aspekt hingewiesen, der nicht vollends zu überzeugen vermag. Bei den Eintretensvoraussetzungen verlangte das Bundesgericht, dass nicht nur dargelegt werden müsse, dass das «Ob» des gesetzgebe-

83 BGE 137 I 305, 319.

84 Siehe dazu auch KÄLIN/KÜNZLI (Fn. 1), S. 105 f.

85 GREGOR T. CHATTON, *Vers la pleine reconnaissance des droits économiques, sociaux et culturels*, Genève 2013, S. 500; SCHLÄPPI (Fn. 7), S. 258.

86 MEDICI (Fn. 14), S. 4 f.

87 HENRY SHUE, *Rights in the Light of Duties*, in: Peter Brown/Douglas MacLean (Hrsg.), *Human Rights and US Foreign Policy*, Lexington 1979, S. 65–81.

88 BGE 140 I 201, 214. Gewährleistungspflichten werden im Urteil als Verpflichtungen «à mettre en oeuvre des stratégies en vue de réaliser [un droit] pleinement au sein des institutions et de la société» beschrieben und von Unterlassungs- und Schutzpflichten abgegrenzt.

rischen Entschliessens verfassungs- und völkerrechtlich vorgegeben sei, sondern auch, dass das «Wie» der Umsetzung eines Gesetzgebungsauftrages in hinreichender Bestimmtheit gefasst sein müsse.⁸⁹ Dieses Erfordernis bedeutet allerdings, dass die Untätigkeit eines Kantonsgesetzgebers die Eintretensvoraussetzungen nicht erfüllen würde, solange die Beschwerdeführenden anerkennen, dass eine Bestimmung den Kantonen wesentlichen Ermessensspielraum bei der Wahl der Umsetzungsmittel belässt. In der Praxis kann ein klar determiniertes «Ob» mit einem offen formulierten «Wie» zusammentreffen.⁹⁰ Die materiell-rechtliche Prüfung des «Zuger Falls» ergab im Endergebnis schliesslich genau diese Konstellation.

Das Bundesgericht will verständlicherweise vermeiden, dass es in Überschreitung seiner funktionalen Zuständigkeit «über die Umsetzung von unbestimmten sozialen oder politischen Zielbestimmungen entscheidet»⁹¹ und ihm nur der Notbehelf der blossen Feststellung der Verfassungswidrigkeit bzw. der Appell an den Gesetzgeber zur Verfügung steht.⁹² Es scheint allerdings nicht zwingend, dass ein Gericht seinen Kompetenzbereich überschreitet, wenn es überprüft, ob ein Gesetzgebungsauftrag vorliegt und ob der Kantonsgesetzgeber in irgendeiner Art und Weise tätig wurde. Eine solche richterliche Prüfung muss nicht bereits der Austragung politischer Streitigkeiten ohne genügende rechtliche Kriterien⁹³ gleichkommen. Dass in solchen Konstellationen dem Gericht am Ende in der Regel nur Notbehelfe zur Verfügung stehen, mag je nach Perspektive unbefriedigend erscheinen, kann aber aus Gewaltenteilungsgründen gerechtfertigt bzw. gewollt sein. Auf jeden Fall ist es richtig, dass das Bundesgericht verlangt, dass die Beschwerdeführenden die Verweigerung des Umsetzungsauftrages substantiiert geltend machen müssen.⁹⁴ Aber es scheint nicht nötig, mehr zu fordern, als dass die Beschwerdeführenden ein schutzwürdiges Interesse an der Umsetzung darlegen. Zumindest ist vorstellbar, dass ein solches Interesse auch dann vorliegen kann, wenn ein Gesetzgebungsauftrag nur eine allgemeine Stossrichtung oder eine Zielformulierung enthält.⁹⁵

89 BGE 137 I 305, 315 f. Es finden sich keine Literaturhinweise zur genannten «herrschenden Lehre».

90 Solche Ermessensspielräume sind im Völkerrecht weitverbreitet. YURI IWASAWA, *The Doctrine of Self-Executing Treaties in the United States: A Critical Analysis*, *Virginia Journal of International Law* 1985 26, S. 627–692, S. 660.

91 BGE 137 I 305, 316.

92 BGE 137 I 305, 316.

93 BGE 137 I 305, 316.

94 Wie in der Zusammenfassung von Mélanie Mader festgehalten: Mader (Fn. 31), S. 369: «Les recoursants doivent rendre plausible le fait que le législateur (cantonal) a un devoir d'action suffisamment déterminé».

95 WULLSCHLEGER weist darauf hin, dass das bestimmende Kriterium sein sollte, «dass das Anfechtungsobjekt das objektive Rechtsschutzinteresse verkörpern sollte», was dann der Fall sei, wenn Einzelne in ihrer Rechtstellung berührt sind und ein Auftrag für das zuständige Organ verbindlich ist. WULLSCHLEGER (Fn. 28), S. 397 f.

D. Schlussfolgerung

Das Bundesgericht anerkannte im «Zuger Fall», dass die Frage eines Anspruches auf Tätigwerden des kantonalen Gesetzgebers eine materiell-rechtliche Frage ist, auf die es in gewissen Umständen bereit ist, einzutreten. Wie WALTER KÄLIN festhält, eröffnet das Bundesgericht damit interessante Perspektiven für Rechtsuchende, da auch andere Bestimmungen in der Verfassung und insb. im Völkerrecht klare und relativ bestimmte Gesetzgebungsaufträge enthalten.⁹⁶ Es bleibt abzuwarten, inwiefern die Praxis bereit ist, sich – wo angebracht – von der Dominanz der abwehrrechtlichen Grundrechtsdimensionen zu lösen und die positiven Aspekte des Grund- und Menschenrechtsschutzes gegenüber dem Gesetzgeber weiter zu ergründen. Dies schiene nicht nur aus menschenrechtlicher Sicht in vielen Fällen wünschenswert, sondern würde auch eine Auseinandersetzung mit grundlegenden staatsrechtlichen Fragestellungen ermöglichen, die sich vor dem Hintergrund der gesteigerten Relevanz des Völker- und Europarechts für das schweizerische Staatsrecht aktuell stellen. So scheint es legitim, zu reflektieren, wie möglichst föderalismusschonend sichergestellt werden kann, dass sich kantonale Gesetzgeber effektiv an der Umsetzung und Gestaltung von völker- oder europarechtlichen Verpflichtungen in ihren Kompetenzbereichen beteiligen. Wie SAMANTHA BESSON feststellt, ist «l'objectif d'une meilleure mise en œuvre du droit international et européen des droits de l'homme [par les cantons] de plus en plus important»⁹⁷, obwohl (oder gerade weil) die Thematik des Spielraumes der Kantone in Bezug auf das Völkerrecht auch auf theoretischer Ebene unterbeleuchtet ist – sei es aus Sicht der Menschenrechtstheorie oder auch des Föderalismus.⁹⁸ So ist es, wie DANIEL THÜRER anmerkt, kein Zufall, dass die gestiegene Relevanz des Völkerrechts in zahlreichen Gebieten zur Folge hat, dass «die Frage des richtigen Ineinandergreifens der innerstaatlichen und der internationalen Ordnung einen erstrangigen Stellenwert erlangt».⁹⁹

Der Prozess im Kanton Zug nach dem Bundesgerichtsurteil von 2011 zeigt, dass die Kantonsbehörden durchaus bemüht sind, den völkerrechtlichen Gesetzgebungsauftrag auch tatsächlich umzusetzen, dass aber letztlich der Kantonsrat und seine einzelnen Mitglieder eine grosse Verantwortung tragen, sich

96 WALTER KÄLIN, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2011 und 2012: Diskriminierungsverbot, ZBJV 2012 148, S. 684–689, S. 689.

97 SAMANTHA BESSON, Droits de l'homme et fédéralisme: une introduction thématique, in: Samantha Besson/Eva Maria Belser (Hrsg.), La convention européenne des droits de l'homme et les cantons, Genève 2014, S. 7–39, S. 32.

98 Ibid. Relevante Ausführungen sind in der Habilitationsschrift von J. WYTTENBACH zu erwarten, welche sich mit Zielkonflikten zwischen der Autonomie der Kantone und völkerrechtlichen Verpflichtungen befasst. JUDITH WYTTENBACH, Föderalismus und Menschenrechtsstandards, Dike (im Erscheinen).

99 DANIEL THÜRER, Internationales «Rule of Law»: innerstaatliche Demokratie, SZIER 1995, S. 455–478, S. 200.

mit den verbindlichen Quellen eines Gesetzgebungsauftrages differenziert auseinanderzusetzen, um den Spielraum für eine Umsetzungslösung ausloten zu können und eine solche nicht zu vereiteln. So üben heutzutage Kantonsgesetzgeber – ob bewusst oder unbewusst – wichtige völkerrechtliche Funktionen aus, da viele Aspekte ihrer Kompetenzbereiche inzwischen auch – und z.T. detaillierter als im Landesrecht – im Völkerrecht verbindlich geregelt sind. Die gestiegene Intensität und Reichweite der internationalen normativen Vernetzung bei gleichzeitig weiterhin ausgeprägter Dependenz des Völkerrechts von nationaler Rechtsetzung führt dazu, dass die Kantonsgesetzgeber nicht nur blosser «Handlanger» bei der Umsetzung des Völkerrechts, sondern auch zentrale Gestalter der Realität des Völkerrechts in der schweizerischen Rechtsordnung sind. So illustriert der Umsetzungsprozess im Kanton Zug zwar, dass die Internationalisierung zahlreicher Kantongeschäfte den schweizerischen Föderalismus herausfordern kann. Dennoch wäre es voreilig, daraus den Schluss zu ziehen, dass alle Kantone alle völkerrechtlichen Verpflichtungen gleichzeitig und einheitlich umzusetzen haben, oder dass gar vermehrt zum Mittel der Kompetenzzuweisung an den Bund zurückgegriffen werden sollte.¹⁰⁰ Das Völkerrecht verlangt nicht, dass alle Kantonsgesetzgeber identische Regelungen treffen, um eine völkerrechtliche Verpflichtung gesetzgeberisch umzusetzen. Nicht zuletzt unterscheiden sich die konkreten Herausforderungen von Kanton zu Kanton, es ist den Kantonen überlassen, über das völkerrechtlich geforderte Minimum hinauszugehen,¹⁰¹ und auf Kantonsebene getroffene Lösungen können schliesslich der Legitimation, der Wirksamkeit und der Vollzugstreue dienlich sein.¹⁰²

Auch sollten die diskutierten Schwierigkeiten bei der Umsetzung von völkerrechtlichen Gesetzgebungsaufträgen nicht automatisch zur Annahme Anlass geben, dass sich Kantonsgesetzgeber grundsätzlich mangelhaft an völker- oder verfassungsrechtliche Vorgaben halten würden. Es kann als erfreulich gewertet werden, wenn sich Gerichte und überstaatliche Überwachungsorgane inzwischen zunehmend auch den komplexen Fragestellungen von unterlassenen Umsetzungsverpflichtungen zuwenden und Beschwerdeführende in der Lage sind, die Umsetzung von Gewährleistungspflichten vor Gericht zur Sprache zu bringen. So kann die generelle Umsetzung der Menschenrechtsverpflichtungen durch die Kantone in der Schweiz weitgehend positiv beurteilt werden.¹⁰³

100 Siehe dazu REGULA KÄGI-DIENER, Föderalismus zwischen Internationalisierung und Internalisierung, in: Christian Meier-Schatz/Rainer Schweizer (Hrsg.), Recht und Internationalisierung: Festgabe der Juristischen Abteilung der Universität St. Gallen zum Juristentag 2000, Zürich 2000, S. 23–35.

101 SKMR (Fn. 5), S. 6.

102 Zudem kann die kantonale Autonomie bei der Umsetzung völkerrechtlicher Gesetzgebungsaufträge vorteilhaft sein, weil sie dem Bundesgericht die Möglichkeit bietet, den völkerrechtlichen Regeln durch die richterliche Normenkontrolle zu Bedeutung zu verhelfen.

103 So scheinen die Kantone in ihrer Gesetzgebung und der Rechtsanwendung dem tatsächlichen Schutz vieler menschenrechtlicher Gewährleistungsaspekte weitgehend nachzukommen. Siehe

Auch die Umsetzung von bisher erfolgten Urteilen des EGMR durch die Kantone wird in aller Regel als zufriedenstellend erachtet, und zwar auch dann, wenn gesetzgeberische Massnahmen erforderlich sind.¹⁰⁴ Das Glas ist somit trotz der harzigen Umsetzungsproblematik im Kanton Zug sicherlich mindestens halb voll und die spannenden Umsetzungsfragen bei völker- oder europarechtlichen Gesetzgebungsaufträgen auf Kantonsebene dürften in Zukunft auch bei anderen Übereinkommen durchaus weiteren Anlass zu interessanten juristischen Auseinandersetzungen bieten.

Zusammenfassung

Nicht selten fällt die Umsetzung positiver völkerrechtlicher Gewährleistungspflichten («duties to fulfil») in den Kompetenzbereich der Kantone, so zum Beispiel im Bereich des Gleichstellungsauftrages aus Art. 2 lit. a des Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau. Diese Bestimmung fordert gesetzgeberische Massnahmen, um den Grundsatz der Gleichstellung zu verwirklichen. Im Jahre 2010 sprach sich der Zuger Kantonsrat gegen eine Weiterführung der kantonalen Kommission für die Gleichstellung von Frau und Mann aus und verzichtete auf eine Ersatzlösung. 2011 fällte das Bundesgericht in diesem Zusammenhang ein Urteil von besonderer Tragweite, in dem es anerkannte, dass Private unter gewissen Voraussetzungen Beschwerde gegen die Untätigkeit des Kantonsgesetzgebers führen können. Vier Jahre später befasste sich der betroffene Kantonsgesetzgeber mit einem Erlassentwurf, welcher in der Vernehmlassung allerdings auf wenig Anklang stiess. Anhand des Beispiels der Herausforderungen, die sich aktuell in diesem Umsetzungsprozess im Kanton Zug stellen, beleuchtet der vorliegende Beitrag die dogmatische Bedeutung von völkerrechtlichen Normen, die einer gesetzlichen Konkretisierung bedürfen und diskutiert deren Umsetzung in der schweizerischen Rechtsordnung.

Résumé

En droit suisse, il n'est pas rare que la mise en œuvre des obligations internationales positives de réaliser un droit humain («duties to fulfil») tombe dans le domaine de compétence des cantons. C'est le cas, par exemple, du mandat prévu

z.B. RAINER J. SCHWEIZER, Vorbemerkungen zur Sozialverfassung, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Zürich 2014, S. 871–892.

104 In Bezug auf die Umsetzung von Urteilen durch kantonale Gesetzgebung, siehe FRANK SCHÜRMAN, Die Kantone und die Umsetzung der Urteile des EGMR: Die Sicht des Bundes, in: Beson/Belser (Hrsg.) (Fn. 97), S. 161 ff., S. 179.

par l'Art. 2, lit. a de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes. Cette norme requiert l'adoption de dispositions législatives pour assurer la réalisation de l'égalité. Néanmoins, en 2010, le parlement du canton de Zoug a refusé de maintenir la commission cantonale pour l'égalité entre homme et femme, sans prévoir une mesure de remplacement. En 2011, le Tribunal fédéral a rendu un arrêt d'une importance particulière où il constate que les particuliers peuvent, sous certaines conditions, invoquer l'inactivité du législateur cantonal devant le tribunal. Quatre ans plus tard, le législateur concerné s'est penché sur un projet de loi, qui ne bénéficiait toutefois que de peu de soutien dans la procédure de consultation. Sur la base des défis que rencontre actuellement ce processus de mise en œuvre dans le canton de Zoug, le présent article examine les questions doctrinales soulevées par les normes qui nécessitent leur concrétisation législative dans le système juridique suisse.