

Die Steuerung der Verwaltung durch das Gesetz

ANDREAS GLASER*/CLIO ZUBLER**

* Prof. Dr. iur., Professor für Staats-, Verwaltungs- und Europarecht unter besonderer Berücksichtigung von Demokratiefragen an der Universität Zürich/Mitglied der Direktion des Zentrums für Demokratie Aarau (zda).

** Dr. iur. des., ehemalige wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl von Prof. Dr. iur. Andreas Glaser, seit Frühling 2026 Oberassistentin an der Universität Luzern und wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Universität Basel.



Inhaltsverzeichnis

A.	Steuerungskraft oder Steuerungsdefizit des Gesetzes?	9
I.	Effektiver Vollzug als Massstab der Steuerungsleistung	9
II.	Kritik an der Steuerungsleistung des Gesetzes und Gegenkritik	9
III.	Eigener Untersuchungsansatz	11
B.	Steuerung durch Gesetzgebung – Begriffe und Konzept	12
I.	Steuerungs-begriff	12
II.	Akteure: Steuerungssubjekte, -objekte und Steuerungsadressaten	14
III.	Steuerungsziele	15
IV.	Datengrundlage	15
V.	Steuerungsmassstäbe	17
VI.	«Kooperatives» Verständnis der Gewaltenteilung	17
C.	Faktoren der Steuerung durch Gesetz	18
I.	Verfassungsrechtliche Grundlagen	18
1.	Demokratische Funktion des Gesetzmässigkeitsprinzips	18
a.	Ausgangslage	18
b.	Rechtsstaatliche und demokratische Abstützung	18
c.	Demokratische Wurzeln des Gesetzmässigkeitsprinzips	19
aa.	Bedeutung der demokratischen Funktion	19
bb.	Geltungsbereich des Gesetzmässigkeitsprinzips	21
2.	Verstärkung durch das Massgeblichkeitsgebot (Art. 190 BV) im Bund	22
3.	Erfordernis der genügenden Normstufe («formelles Gesetz»)	22
a.	Schutz vor Übergriffen durch die Exekutive	22
b.	Digitalisierung der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben	24
II.	Materielle Programmsteuerung in Form inhaltlicher Bindung	26
1.	Ausgangslage	26
2.	Polizeiliche Generalklausel und «Notrecht»	26
a.	Punktueller Aufhebung der Gesetzesbindung	26
b.	Notrechtliche Verfügung der FINMA bei der CS-Rettung	29
3.	Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen an die Verwaltung	31
4.	Einräumung von Entscheidungsspielräumen an die Verwaltung	33
a.	Entscheidungsspielräume durch offene Normen	33
b.	Beurteilungsspielräume und Ermessen	35
c.	Beispiele für Einräumung und Entzug von Beurteilungsspielräumen und Ermessen	36
aa.	Abgaberecht	36
bb.	Kriegsmaterialgesetz (KMG) des Bundes	37
cc.	Kostenregelungen bei Versammlungen in kantonalen Polizeigesetzen	40
5.	Gesetzliche Steuerung der Interessenabwägung	43
a.	Interessenabwägung als Gestaltungsmöglichkeit	43
aa.	Interessenabwägung durch die Verwaltung: Von der offenen Norm zur fallbezogenen Entscheidung	43
bb.	Vorstrukturierung der Interessenabwägung durch das Parlament: demokratische Funktion	44
cc.	Vorwegnahme der Interessenabwägung: direkte Anwendbarkeit	45
dd.	Synthese	45
b.	Überwiegendes Interesse an der Erzeugung erneuerbarer Energien	46
aa.	Wasserkraftwerk Grimsel	46

bb. Windparks Sainte-Croix und Grenchenberg	47
cc. Solaroffensive	47
dd. Mantelerlass	48
ee. Aus- und Umbau der Stromnetze	50
6. Einzelfallgesetze	50
a. Verfassungskonformität	50
b. Förderung erneuerbarer Energien	51
D. Begleitende Kontrolle der Steuerung durch Gesetz	53
I. Ausgangslage	53
II. Parlamentarische Vorstösse	53
1. Übersicht	53
2. Interpellation und Anfrage	54
3. Postulat	54
4. Motion	55
III. Verordnungen	56
1. Parlamentsverordnungen	56
a. Übersicht	56
b. Bund	56
c. Kantone	57
d. Einordnung	58
2. Verordnungen der Regierung	58
a. Parlamentarische Konsultation	58
b. Verordnungsveto	59
c. (Un)erwünschte Verschiebung in der Gewaltenteilung	61
IV. Parlamentarische Oberaufsicht	62
1. Übersicht	62
2. Informationsbeschaffung	62
3. Rechenschaftspflicht	63
V. Wirksamkeitsüberprüfung	63
1. Verfassungsrechtliche Grundlage	63
2. Evaluation als Instrument der Wirksamkeitsprüfung	64
3. Grenzen der Evaluation	65
a. Sachliche	65
b. Politische	65
VI. Gesetzlich definierte Regulierungsgrundsätze	66
1. Stärkung der Steuerungsfunktion durch «Entbürokratisierung»?	66
2. Ambivalente Wechselbezüglichkeit mit der Steuerung durch inhaltliche Bindung	67
3. Überlagerung durch das demokratisch fundierte Gesetzmässigkeitsprinzip	68
E. Einschränkungen der Steuerungsleistung des Gesetzes	69
I. Ausgangslage	69
II. Organisationssteuerung	69
1. Gesetzmässigkeitsprinzip in der Verwaltungsorganisation	69
2. Übertragung von Verwaltungsaufgaben	70
3. Rüstungsunternehmen des Bundes	72
III. Steuerung des Vollzugs von Bundesgesetzen durch die Kantone	74
1. Vollzugsföderalismus als strukturelles Steuerungshindernis	74
a. Charakteristika des Vollzugsföderalismus	74
b. Vollzugsdefizit	75

2. Begleitende Kontrolle mit Mitteln der Bundesaufsicht	76
a. Zweck der Bundesaufsicht	76
b. Behördenbeschwerde	77
c. Programmvereinbarungen	79
F. Potenziale und Leerstellen gesetzlicher Steuerung der Verwaltung	81
I. Effektive Steuerung der Verwaltung durch Gesetz als verfassungsrechtliches Ideal	81
II. Inhaltliche Bindung an das Gesetz als vorrangiger Steuerungsfaktor	81
III. Begleitende Massnahmen zur Absicherung der Steuerungsfunktion des Gesetzes	82
IV. Steuerungsdrang des Parlaments in «konfrontativer» Gewaltenteilung	83
V. Fortbestehende Hindernisse für die Steuerungsleistung des Gesetzes	84
VI. Betonung der demokratischen Funktion des Gesetzmässigkeitsprinzips	85
Literatur	87

A. Steuerungskraft oder Steuerungsdefizit des Gesetzes?

I. Effektiver Vollzug als Massstab der Steuerungsleistung

Die Umsetzung beziehungsweise der Vollzug eines Gesetzes durch die Verwaltung ist für dessen Wirkungen ebenso wichtig wie der im Text zum Ausdruck kommende und durch Auslegung zu ermittelnde Wille des Gesetzgebers.¹ Die Gesetzesanwendung durch die Verwaltung als letzter Schritt der Konkretisierung kann die Absicht des Gesetzgebers aus Irrtum oder aus Eigenmächtigkeit verfehlen.² Die Wirksamkeit gesetzlicher Bestimmungen hängt daher von der Rechtsanwendung im Einzelfall ab.³ Der Erfolg in der Rechtsanwendung wiederum bedingt die *Vollzugstauglichkeit* der Norm und die *Vollzugswilligkeit* der Behörde. Die Steuerungsleistung des Gesetzes bemisst sich somit an der effektiven Verwirklichung des mit der Normsetzung bezweckten Regelungsziels durch die Verwaltung.

II. Kritik an der Steuerungsleistung des Gesetzes und Gegenkritik

Die Leistungsfähigkeit der Rechtsform des Gesetzes als Steuerungsmittel für die Verwaltung wird mit Blick auf die Macht potenzieller Unzulänglichkeiten seit Langem strukturell in Zweifel gezogen. 1965 erstellte KURT EICHENBERGER den Befund, der Verwaltungsstaat, in dem das funktionelle Schwergewicht im Gegensatz zum Gesetzgebungsstaat nicht bei der Legislative, sondern bei der Verwaltung liege, habe das Gesetz aus seiner zentralen Stellung verdrängt.⁴

1 MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER, N. 32.

2 EICHENBERGER, *Parlamentarische Kontrolle*, S. 272.

3 Dazu und zum Folgenden MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER, N. 38.

4 EICHENBERGER, *Parlamentarische Kontrolle*, S. 286.

Einerseits näherte sich das Gesetz materiell dem Verwaltungsakt an, andererseits lasse es durch die Verwendung inhaltlich unbestimmter Generalklauseln entscheidende Anliegen offen.

1981 präsentierte wiederum KURT EICHENBERGER «Ausschnitte aus einer Mängelliste» der Gesetzgebung. Eine Rüge betreffe die «Normenflut», wonach Gesetze zunehmend mehr Regelungsgebiete erfassten und die Regelungen stets dichter würden, wodurch die Rechtsdurchsetzung und Rechtsanwendung erschwert würden.⁵ Ausserdem wiesen die Gesetze «Strukturängel» auf, etwa verfehlte Normstrukturen sowie Fehler beim begrifflichen und systematischen Aufbau.⁶ Hinzu kämen «inhaltliche Unrichtigkeiten», «kommunikative Unkorrektheiten» und die «Situation der Gesetzgebungsorgane». Als Mittel zur Eindämmung dieser Missstände empfahl er, den Gesetzesentwurf als materielles Kernstück der Gesetzgebung in den Händen der Exekutive, verstanden als Regierung *und* Verwaltung, zu belassen.⁷ Der «Erfolg der Exekutive als Präparator» sei durchschlagend.⁸ Der «Präparation» folge nahtlos die «Lenkung oder Leitung von Gesetzgebungsarbeiten im Parlament durch die Exekutive». Die dadurch entstehende «Konvergenz der Rechtsetzung bei der Exekutive» verbessere die Steuerungskraft des Gesetzes in quantitativer und substanzialer Hinsicht.⁹

Im Zuge der Ausbreitung des Konzepts des «New Public Management» in den 1990er-Jahren verstärkte sich die – nunmehr auch explizit rechtspolitisch motivierte – Kritik an der Handlungsform des Gesetzes. Dem lag die Beobachtung zugrunde, das Gesetz erleide einen Steuerungs- und damit zugleich einen Funktionsverlust.¹⁰ Daher sei zugunsten einer «gesunde[n] Mischung zwischen Stabilität und Flexibilität» Abschied zu nehmen vom «Dogma der unbegrenzt geltenden gesetzlichen Regelung», «Konditionalrecht» sei durch «Finalrecht» zu ersetzen, das Legalitätsprinzip sei «zu hinterfragen».¹¹

Aus dem Jahr 2006 stammt LORENZ ENGIS bekräftigende Diagnose, wonach sich die Verwaltung gegenüber den politischen Steuerungsinstanzen verselbständigt habe, mithin zur bewegenden, gestaltenden und bestimmenden Kraft im Staat geworden sei, während die in Rechtsnormen gegossenen politischen Anweisungen an Bedeutung verloren hätten, wodurch das Gesetzmässigkeitsprinzip in Bedrängnis gerate.¹² Hieraus zieht er den normativen Schluss einer «abnehmenden Determinationskraft des Gesetzes».¹³ Die juristische Theorie

5 EICHENBERGER, Gesetzgebung, S. 15.

6 Dazu und zum Folgenden EICHENBERGER, Gesetzgebung, S. 16 f.

7 EICHENBERGER, Gesetzgebung, S. 30.

8 EICHENBERGER, Gesetzgebung, S. 31.

9 EICHENBERGER, Gesetzgebung, S. 32.

10 Vgl. BOLZ/KLÖTI, ZBl 97/1996, S. 145 (149).

11 BOLZ/KLÖTI, ZBl 97/1996, S. 145 (171).

12 ENGI, recht 2006, S. 17.

13 ENGI, Verwaltungssteuerung, S. 161.

und Praxis in der Schweiz hätten die abnehmende Steuerungsfähigkeit des Gesetzes im Interesse flexibler «Freiräume» der Verwaltung anerkannt.¹⁴

MARTIN FÖHSE beschrieb das Verhältnis von Gesetzgebung und Verwaltung in einem Leitartikel im Jahr 2021 unter dem Eindruck der Pandemie wie folgt: «Die Verwaltung ist zu einem erheblichen Machtfaktor geworden, der notorisch unterschätzt wird. Sie ist im wahrsten Sinn das Alpha und das Omega des Staates. Sie steht auch am Anfang und am Ende jedes Gesetzgebungsprozesses und jedes Bundesratsentscheides. Während es in der Exekutive hin und wieder Rochaden gibt, herrscht in der Bundesverwaltung eine in personalrechtlichen Beton gegossene Kontinuität.»¹⁵

Die Kritik an der Steuerungsleistung des Gesetzes ebbt in jüngerer Zeit zumindest in der Rechtswissenschaft wieder ab und weicht einer pragmatischen, spezifisch auf das Verwaltungsrecht ausgerichteten Analyse von dessen Steuerungsfunktion.¹⁶ Die Bedeutung des Gesetzes für ein rechtsstaatlich-demokratisches Verwaltungsrecht gelte unbeschadet aller Gesetzgebungskritik.¹⁷ Es wird die normativ angeleitete Vermutung der anhaltenden Steuerungsstärke der Gesetzesform angestellt.¹⁸ Im demokratischen Verfassungsstaat sei das Gesetz nach wie vor – oder jetzt erst recht – das zentrale Steuerungsmedium, um politische Entscheidungen als Vorgaben für die Verwaltung demokratisch zu legitimieren.¹⁹ EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN formuliert es pointiert: «Es gibt für das Gesetz keinen Ersatz».²⁰ Daher wird über Wege zur Stärkung und Stabilisierung des Gesetzesrechts, die Reduzierung der Anforderungen an die gesetzliche Regelungsdichte und Respekt für den Eigenstand des Gesetzes gegenüber der Verfassung nachgedacht.²¹

III. Eigener Untersuchungsansatz

Gesetzgebungslehre und Verwaltungsrechtswissenschaft betrachten die Steuerung der Verwaltung durch das Gesetz aus unterschiedlichen Blickwinkeln. Auf der einen Seite die Gesetzgebungslehre: «La mise en œuvre est le point de vue de référence de la légistique. Constamment penchée sur l'impact du texte dans la réalité, la légistique anticipe la mise en œuvre et l'accompagne. Et lorsqu'à l'épreuve du temps, la loi teinte le monde de ses impacts, la légistique lui tend un miroir pour lui suggérer d'éventuelles retouches.»²² Auf der anderen

14 ENGL, Verwaltungssteuerung, S. 162.

15 MARTIN FÖHSE, Wer wirklich die oberste Gewalt im Bund ist, NZZ vom 27. April 2021, S. 18.

16 WALDHOF, S. 280.

17 SCHMIDT-ASSMANN, Ordnungsidee, N. 4/9.

18 F. REIMER, § 11 N. 99.

19 WALDHOF, S. 265.

20 SCHMIDT-ASSMANN, Ordnungsidee, N. 4/10.

21 F. REIMER, § 11 N. 101 ff.

22 FLÜCKIGER, S. 603.

Seite die Verwaltungsrechtswissenschaft: «Das Steuerungspotenzial der Gesetzgebung ist eine Kernfrage von Verwaltung und Verwaltungsrecht.»²³ Das Verwaltungsrecht und dessen Vollzug werden im Folgenden in einer Gesetzgebungslehre und Verwaltungsrecht integrierenden Steuerungsperspektive in Verbindung gesetzt.

In diesem Beitrag analysieren wir vor dem Hintergrund sich widersprechender Thesen die Steuerungsleistung des Verwaltungsrechts für den Vollzug durch die Verwaltung unter den gegenwärtigen Bedingungen. Wir gehen von der These aus, dass das Verwaltungsrecht als taugliches und unverzichtbares Steuerungsmittel fungiert, analysieren dessen Wirkungsmängel und erörtern Verbesserungen für dessen Wirkungsbedingungen.²⁴ Zunächst erläutern wir die zugrunde gelegte Steuerungsperspektive (B.). Im Hauptteil erfolgt eine Untersuchung der dem Parlament zur Verfügung stehenden Instrumente beziehungsweise Regelungstechniken zur Steuerung der Verwaltung durch das Gesetz (C.). Darauf aufbauend werden die den Gesetzesvollzug durch die Verwaltung begleitenden Kontrollmechanismen des Parlaments beleuchtet (D.) und die Einschränkungen der Steuerungsleistung durch das Gesetz anhand zweier Praxisfelder aufgezeigt (E.). Abschliessend bewerten wir die Einflussfaktoren auf die Steuerungsleistung des Gesetzes und ordnen diese ein (F.).

B. Steuerung durch Gesetzgebung – Begriffe und Konzept

I. Steuerungsbegriff

Dieser Aufsatz lässt sich von der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft und dem steuerungstheoretischen Ansatz als Teil davon insbesondere in begrifflicher Weise inspirieren, weil er nach den Möglichkeiten und Grenzen der Steuerung durch das Verwaltungsrecht fragt.

In der deutschen Lehre wird von der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft gesprochen, die sich durch eine Reihe «unterschiedlicher, aber gleichwohl miteinander verbundener methodischer Elemente» auszeichnet, die in ihrer Summe eine Arbeitsweise herausbilden, die sich stark von der Juristischen Methode und den herkömmlichen methodischen Zugängen unterscheidet.²⁵ Die steuerungstheoretische Perspektive auf das Recht gilt als konstituierend für die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft.²⁶ Sie knüpft an die in den 1970er-Jahren entwickelte sogenannte Steuerungsdiskussion in den Sozial- und Politikwissenschaften an.²⁷

23 WALDHOFF, S. 261.

24 SCHMIDT-ASSMANN, Ordnungsidee, N. 1/34.

25 VOSSKUHLE, § 1 N. 16.

26 VOSSKUHLE, § 1 N. 17 und ENGI, Jusletter vom 16. März 2009; je mit Verweis auf SCHUPPERT.

27 VOSSUHLE, § 1 N. 18; HOFFMANN-RIEM, Verwaltungsrechtsreform, S. 122 Fn. 19 m.w.H.

Innerhalb der Verwaltungsrechtswissenschaft ist in diesem Zusammenhang vor allem ein handlungsorientierter Steuerungsansatz zentral.²⁸

Die Soziologin RENATE MAYNTZ – auf deren Definition später verschiedene Stimmen der Lehre zurückgriffen²⁹ – knüpfte im Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft zunächst an die alltagssprachliche Begriffsverwendung an und stellte fest, dass der Steuerungsbegriff in diesem Bereich vor allem in technischen Zusammenhängen verwendet werde (man steuert beispielsweise ein Auto).³⁰ Deshalb bedeute Steuerung «nicht nur gezielte Beeinflussung, sondern ein System von einem Ort oder Zustand zu einem bestimmten anderen zu bringen».³¹ Sie bemerkte auch, dass durch das Beharren darauf, dass Steuerung *einem* Subjekt zurechenbar sein müsste, komplexe, arbeitsteilige Steuerungsprozesse selektiv aus der Perspektive desjenigen Akteurs, dessen Steuerungs handeln untersucht werden soll, betrachtet werde.³² Durch den Steuerungs begriff wähle man also «eine hochselektive Betrachtungsweise», weshalb man sich «der damit verbundenen Ausblendungen bewusst bleiben sollte».³³

CHRISTIAN BUMKE versteht unter Steuerung «etwas zur Folge haben sollen», der Steuerungsgedanke beziehe sich dabei «auf [die] in vielfältiger Form veränderbare Frage: Wer oder was steuert, womit und wodurch, wen, auf welche Weise und wozu.»³⁴

Die Verwaltungsrechtswissenschaft wird auf der Grundlage dieser Konzeption als Steuerungswissenschaft verstanden, indem sie die Wirkungsbedingungen des Rechts ermittelt und die Erfüllung von dessen Ordnungsaufgaben bewertet.³⁵ Der Forschungsansatz stellt eine Verbindung zur Gesetzgebungswissenschaft her, indem das Verwaltungsrecht mit Blick auf die Lösung von Steuerungsproblemen durch die verantwortlichen Organe untersucht wird.³⁶ Die Verwaltungsrechtswissenschaft nimmt die Perspektive einer rechtsetzungsorientierten Handlungs- und Entscheidungswissenschaft ein, um die Gesetzgebung mit rechtspolitischen Vorschlägen zur effektiven Steuerung der Verwaltung zu unterstützen.³⁷

Die praktische Umsetzung lässt sich beispielsweise am Gesetzgebungsleitfaden des Bundes zeigen, der vorsieht, dass zunächst eine Problemdefinition zu erfolgen hat, die aufzeigt, ob und gegebenenfalls aus welchen Gründen ein Tatbestand neu oder anders als bisher geregelt werden muss.³⁸ Dies ermöglicht,

28 VOSSKUHLE, § 1 N. 20.

29 TREIBER, Kritische Justiz 40 (2007), S. 328 (342).

30 MAYNTZ, S. 93.

31 MAYNTZ, S. 93.

32 MAYNTZ, S. 93.

33 MAYNTZ, S. 93.

34 BUMKE, S. 264.

35 SCHMIDT-ASSMANN, Ordnungsidee, N. 1/33. Siehe auch SCHMIDT-ASSMANN, Dogmatik, S. 19.

36 FRANZIUS, § 4 N. 96.

37 FRANZIUS, § 4 N. 97; siehe auch SCHMIDT-ASSMANN, Ordnungsidee, N. 1/46.

38 Bundesamt für Justiz, Gesetzgebungsleitfaden 2025, N. 104.

den Handlungsbedarf festzulegen und die geeigneten Instrumente zu wählen.³⁹ Ein Problem kann in diesem Zusammenhang als die Differenz zwischen Ist- und Sollzustand beschrieben werden.⁴⁰ Der Sollzustand wird im Rahmen der Zielformulierung beschrieben, in der festgehalten wird, welche Situation erreicht oder zumindest angestrebt werden sollte.⁴¹ Diesen Schritt des Gesetzgebungsprozesses widerspiegelt MAYNTZ' Definition der Steuerung: Ein System wird von einem Zustand (Ist-Zustand) zu einem bestimmten anderen (Soll-Zustand) gebracht.

II. Akteure: Steuerungssubjekte, -objekte und Steuerungsadressaten

Die soeben genannte Definition macht deutlich, dass ein Steuerungssubjekt und -objekt definiert werden müssen. MAYNTZ versteht unter Steuerungssubjekt einen Steuerungsakteur und definiert das Steuerungsobjekt so, dass dieses eine autonome Existenz besitzt; dies bedeutet, dass sich das Steuerungsobjekt ohne den Steuerungseingriff «selbsttätig weiterentwickeln würde».⁴² Das Steuerungsobjekt könne als System betrachtet werden und durch die Steuerung soll dessen «autonome Dynamik gezielt geändert werden».

Für das Paar Steuerungssubjekt und -objekt kommen mehrere Kombinationen in Frage. So kann man den Staat insgesamt als Steuerungssubjekt und die Gesellschaft als Steuerungsobjekt sehen⁴³ oder etwa das Parlament als Steuerungssubjekt und Unternehmen als Steuerungsobjekte. Dieser Beitrag fokussiert sich auf das Verwaltungsrecht. In diesem Zusammenhang stehen das Parlament als Steuerungssubjekt und die Verwaltung als Steuerungsobjekt im Fokus.⁴⁴ Die Verwaltung ist Steuerungsobjekt, indem sie vom Parlament als Steuerungssubjekt durch das Recht als Steuerungsinstrument zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben als Steuerungsziel befähigt und verpflichtet werden soll.⁴⁵

Das Parlament nimmt also auf die Verwaltung Einfluss, diese wirkt allerdings wiederum selbst steuernd auf das Verhalten anderer ein,⁴⁶ namentlich auf die Bürgerinnen und Bürger sowie zivilgesellschaftliche Akteure. Diese können zwar in gewisser Weise durch ihre Mitwirkung am Gesetzgebungsprozess (beispielsweise Volksabstimmungen, Vernehmlassungen) auch als Steuerungsakteure beziehungsweise Steuerungssubjekte auftreten,⁴⁷ werden in die-

39 Bundesamt für Justiz, Gesetzgebungsleitfaden 2025, N. 104.

40 Bundesamt für Justiz, Gesetzgebungsleitfaden 2025, N. 108.

41 Bundesamt für Justiz, Gesetzgebungsleitfaden 2025, N. 108.

42 Dazu und zum Folgenden MAYNTZ, S. 93 f.

43 KERSTEN, § 25 N. 14.

44 Siehe auch SCHUPPERT, S. 69.

45 SCHMIDT-ASSMANN, Ordnungsidee, N. 1/36.

46 Vgl. HOFFMANN-RIEM, DVBl 1994, S. 1381 (1383).

47 Vgl. KERSTEN, § 25 N. 14.

sem Aufsatz, der sich auf das Verwaltungsrecht fokussiert, aber vor allem als Steuerungsadressaten betrachtet.

III. Steuerungsziele

Das Steuerungsziel fragt danach, was durch die gezielte Beeinflussung des Steuerungsobjekts durch das Steuerungssubjekt erreicht werden soll. Aus der Kombination der Alltagssprachlichen Herleitung und der Definition des Steuerungsobjekts MAYNTZ' ergibt sich, dass das Steuerungsziel allgemein gesprochen beinhaltet, «eine bestimmte Zustandsänderung des als Steuerungsobjekt fungierenden Systems» zu bewirken.⁴⁸ Daraus folgt, dass die Steuerungsmassnahmen im Idealfall nicht irgendeine Wirkung, sondern die gewünschte Wirkung erzielen, die beabsichtigte Auswirkung haben sollen. Die Steuerungsleistung des Verwaltungsrechts soll verbessert werden.⁴⁹ Eine sinnvolle Wahl der Massnahmen, durch die das Steuerungsziel erreicht werden soll, setzt voraus, die Wirkungsbeziehung zwischen Steuerungsaktivität und -ergebnissen abschätzen zu können.

IV. Datengrundlage

Um eine hohe Wirksamkeit zu erzielen, müssen die Auswirkungen eines Gesetzes schon bei dessen Ausarbeitung bedacht werden.⁵⁰ Art. 141 Abs. 2 Bst. g ParlG⁵¹ verlangt beispielsweise, dass in der Botschaft die Auswirkungen des Erlassentwurfs auf Wirtschaft, Gesellschaft, Umwelt und künftige Generationen erläutert werden. Um die Auswirkungen eines Gesetzgebungsprojekts zu veranschaulichen, sollten Datengrundlagen herangezogen und «systematisch und transparent» ausgewiesen werden.⁵² Dies gelingt nicht immer.⁵³ So stellte sich heraus, dass die Prognose in den Abstimmungsunterlagen hinsichtlich der Steuerausfälle durch die Unternehmenssteuerreform II, über die 2008 abgestimmt wurde, nicht zutraf und die Ausfälle ein Vielfaches davon ausmach-

48 MAYNTZ, S. 94.

49 VOSSKUHLE, § 1 N. 24.

50 Vgl. Botschaftsleitfaden, Leitfaden zum Verfassen von Botschaften des Bundesrates, Stand Januar 2026, S. 16 ff. Im Einzelnen zur Analyse der verfügbaren Daten bereits während des Gesetzgebungsverfahrens FLÜCKIGER, S. 186 ff.; zur Informationsgewinnung durch die Verwaltung selbst näher REICH, VVDStRL 83 (2024), S. 317 (326 ff.).

51 Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz, ParlG; SR 171.10).

52 Vgl. Medienmitteilung des Bundesrates vom 15. Januar 2020 «Massnahmen für eine verbesserte Darstellung der Datengrundlagen bei Rechtssetzungsvorhaben», <<https://www.news.admin.ch/de/nsb?id=77780>>; Botschaftsleitfaden, Leitfaden zum Verfassen von Botschaften des Bundesrates, Stand Januar 2026, S. 16 ff.

53 So auch EFK, Prognosen in den Botschaften des Bundesrates, Evaluation der prospektiven Folgenabschätzung von Gesetzesentwürfen vom 24. Oktober 2016.

ten.⁵⁴ Im Nachgang zur Erhöhung des Rentenalters der Frauen ergab sich, dass die Prognose hinsichtlich des AHV-Defizits in den Abstimmungsunterlagen rund vier Milliarden Franken zu hoch war,⁵⁵ wobei das Bundesgericht der Ansicht war, dass die Unsicherheitsfaktoren dieser Prognose deutlicher hätten gemacht werden müssen.⁵⁶ Die Abstimmung über die Heiratsstrafe hob das Bundesgericht als bisher einzige Vorlage auf, weil die Anzahl der betroffenen Paare rund fünfeinhalbfach höher war als in den Abstimmungsunterlagen kommuniziert.⁵⁷

Entsprechend beschäftigte sich die Eidgenössische Finanzkontrolle (EFK) wiederholt mit der Thematik und erstellte 2016 den Bericht «Prognosen in den Botschaften des Bundesrates, Evaluation der prospektiven Folgenabschätzungen von Gesetzesentwürfen». Die EFK analysierte darin 50 Botschaften, die zwischen 2007 und 2014 ergingen⁵⁸ und kam zu folgendem Schluss: Es bestehe ein erhebliches Verbesserungspotential, manche der Botschaften würden nicht einmal die von der EFK formulierten Mindeststandards erfüllen.⁵⁹ In 29 von 50 Botschaften fehlte eine Folgenabschätzung, wovon sechs Fälle besonders problematisch sind, weil eine vertiefte Folgenabschätzung angezeigt gewesen wäre.⁶⁰

Der Bundesrat beschloss sodann 2020 Massnahmen für eine verbesserte Darstellung der Datengrundlagen bei Rechtsetzungsvorhaben, womit sichergestellt werden soll, dass alle Datengrundlagen und insbesondere die verwendeten systematisch und transparent ausgewiesen werden.⁶¹ 2024 entschied der Bundesrat, dass die EFK die Vorgaben zur Qualitätssicherung für Daten und Prognosen, die in den Gesetzgebungsprozessen verwendet werden, überprüfen soll, damit Bundesrat, Parlament und die Stimmberechtigten bestmögliche Entscheidungsgrundlagen erhalten.⁶²

Durch die sehr ungenauen Prognosen, die hohe Wellen schlugen, und durch die Beschlüsse des Bundesrates sowie den Bericht der EFK wird deutlich, wie wichtig die beabsichtigten Wirkungen von Gesetzgebungsprozessen sind und dass diese in der Praxis dennoch oft nicht genügen.

54 BGE 138 I 61 E. 8.4.

55 Mitteilung des Bundesamts für Sozialversicherungen vom 6. August 2024 «Fehlerhafte Formeln im Berechnungsprogramm: BSV korrigiert AHV-Finanzperspektiven», <<https://www.news.admin.ch/de/nsb?id=102006>>.

56 BGE 151 I 225 E. 6.2.1.

57 BGE 145 I 207 E. 2.2 und 4.3.

58 EFK (Fn. 53), S. 42.

59 EFK (Fn. 53), S. 72.

60 EFK (Fn. 53), S. 3.

61 Mitteilung des Bundesrates vom 15. Januar 2020, Massnahmen für eine verbesserte Darstellung der Datengrundlagen bei Rechtsetzungsvorhaben, <<https://www.news.admin.ch/de/nsb?id=77780>>.

62 Mitteilung des Bundesrates vom 27. September 2024, Finanzkontrolle soll Qualitätssicherung von Daten und Prognosen für Gesetzgebungsprozesse überprüfen, <<https://www.news.admin.ch/de/nsb?id=102625>>.

V. Steuerungsmassstäbe

Nebst den Folgeabschätzungen basierend auf den Daten zu den tatsächlichen Gegebenheiten kennt die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft rechtliche Steuerungsmassstäbe, anhand derer die Verhältnisse der Steuerungsakteure durch die Steuerungsregime bewertet werden; es sind dies: Rechtmässigkeit, Akzeptanz, Effektivität, Effizienz, Flexibilität, Innovation, Transparenz.⁶³ Die Steuerungsmassstäbe ermöglichen «dem Gesetzgeber einen verfassungsrechtlich und der Verwaltung einen einfachgesetzlich vorstrukturierten instrumental, institutional und regulatory choice».⁶⁴

VI. «Kooperatives» Verständnis der Gewaltenteilung

Die klassische Gewaltenteilungstheorie geht von einer strikten Teilung der drei Staatsfunktionen in Form der Rechtsetzung, dem Vollzug und der Rechtsprechung auf die Organe der Legislative, der Exekutive und der Judikative aus.⁶⁵ Dies lässt sich in der Praxis so nicht umsetzen, würde die Gefahr einer Blockierung der staatlichen Entscheidungsprozesse bergen⁶⁶ und die Wichtigkeit der Zusammenarbeit zwischen den Staatsgewalten unterschätzen.⁶⁷

In der Schweiz überlagern sich denn auch die Aufgaben der Bundesversammlung und des Bundesrates. Der Verfassung liegt «ein Modell der geteilten, aber kooperierenden Gewalten» zugrunde.⁶⁸ «Staatsgewalt soll nicht nur begrenzt, sondern auch effektiv und effizient ausgeübt werden.»⁶⁹ So leistet die Exekutive einen grossen Beitrag zur Erfüllung der Rechtsetzungsfunktion (vgl. Art. 181 BV)⁷⁰ und das Parlament entscheidet auch über wichtige Einzelakte (vgl. Art. 173 Abs. 1 Bst. h BV).

Die Idee der Steuerung der Verwaltung durch das Parlament passt zur Idee der kooperierenden Gewalten: Das Parlament fällt mit der Gesetzgebung nicht lediglich Grundsatzentscheide und überlässt die konkrete Umsetzung innerhalb des Rahmens der denkbaren Möglichkeiten der Verwaltung, sondern macht je nach Konstellation klare Vorgaben, versucht, vorgehend auf die Umsetzung einzuwirken, und möchte sicherstellen, dass die getroffenen Massnahmen wirksam sind.

63 KERSTEN, § 25 N. 14 und 16 m.w.H.

64 KERSTEN, § 25 N. 16, mit Verweis auf SCHRÖDER, S. 193 f., zu einem vor allem norm- und gesetzesbezogenen Verständnis von Steuerung und Steuerungsmedien.

65 BIAGGINI, Gewaltenteilung, § 17 N. 8; MARTENET, IV.5 N. 6 f.

66 BIAGGINI, Gewaltenteilung, § 17 N. 10.

67 TSCHANNEN, N. 1011.

68 RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX/BRAUN BINDER, N. 2267. Siehe auch BIAGGINI, Komm. BV, Vorbemerkungen zu Art. 143–191c N. 9.

69 JAUSLIN/GERTSCH, Art. 170 BV N. 8.

70 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101).

C. Faktoren der Steuerung durch Gesetz

I. Verfassungsrechtliche Grundlagen

1. Demokratische Funktion des Gesetzmässigkeitsprinzips

a. Ausgangslage

Die zentrale Handlungsform des Parlaments und dessen Instrument zur Steuerung der Verwaltung ist das Gesetz. Diesem kommt aufgrund des Legalitätsprinzips eine tragende Funktion zu. Das Legalitätsprinzip wird deshalb im Folgenden hinsichtlich der Steuerungsfunktion eingeordnet.

b. Rechtsstaatliche und demokratische Abstützung

Das Gesetzmässigkeitsprinzip (vgl. Art. 5 Abs. 1 BV) verkörpert die umfassende Bindung der Verwaltung an die vom Parlament erlassenen Vorschriften. Sämtliches Staatshandeln muss auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen.⁷¹ Die Gesetzesbindung ermöglicht es der gesetzgebenden Gewalt, die Tätigkeit der vollziehenden Gewalt zu steuern.⁷²

Das Gesetzmässigkeitsprinzip oder Legalitätsprinzip dient einerseits dem demokratischen Anliegen der Sicherung der staatsrechtlichen Zuständigkeitsordnung, andererseits dem rechtsstaatlichen Anliegen der Rechtsgleichheit, Berechenbarkeit und Voraussehbarkeit staatlichen Handelns.⁷³ Das Recht ist demnach zugleich freiheitlich motivierte Schranke und demokratisch legitimierte Grundlage allen Staatshandelns.⁷⁴ Teilweise wird das Demokratieprinzip als hauptsächliche Begründung des Gesetzmässigkeitsprinzips angesehen.⁷⁵ Teilweise wird ihm wesentliche Bedeutung zugesprochen.⁷⁶ Jedenfalls dient das Erfordernis der Gesetzmässigkeit der umfassenden demokratischen Legitimation des Verwaltungshandelns.⁷⁷ Für das deutsche Recht stellt CHRISTIAN WALDHOFf treffend fest, was auch aus schweizerischer Sicht gilt: «Das Gesetz bietet insofern das perfekt demokratisch legitimierte Bindeglied zwischen der staatsorganschaftlichen politischen Willensbildung im Parlament und der Umsetzung in der Einzelanwendung <vor Ort>»⁷⁸

Die demokratische Funktion des Gesetzmässigkeitsprinzips entfaltet sich in der Legitimation des formellen Gesetzes als von Parlament und Volk erlassener

71 BGE 146 II 56 E. 6.2.1.

72 P. REIMER, § 2 N. 1.

73 BGE 141 II 169 E. 3.1; BGE 147 I 450 E. 3.2.1; BGE 150 IV 425 E. 3.3.1; BGE 151 II 254 E. 4.2. Zum Verhältnis von Legalitätsprinzip und Rechtsstaat UHLMANN, Legalitätsprinzip, IV.6 N. 12.

74 Vgl. dazu SCHINDLER, Rechtsstaatsidee, IV.1 N. 28.

75 So MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, N. 1851.

76 GÄCHTER, S. 257.

77 GRIFFEL, Allgemeines Verwaltungsrecht, N. 95; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N. 333.

78 WALDHOFf, S. 262.

Rechtsquelle.⁷⁹ Besonders eng ist die Beziehung von direkter Demokratie und Gesetzmässigkeitsprinzip.⁸⁰ Zum einen vermittelt die direktdemokratische Unterstellung des Gesetzes unter das Referendum besondere Legitimation. Zum anderen sichert die Form des Gesetzes als Gegenstand des Referendums die direkte Demokratie. Eine Verletzung des Gesetzmässigkeitsprinzips hebt zugleich die direkte Demokratie aus.

Der in Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV verankerte Vorbehalt des formellen Gesetzes dient der demokratischen Legitimation schwerwiegender Grundrechtseinschränkungen.⁸¹ Der Vorrang des Gesetzes (*suprématie de la loi* oder *primauté de la loi*) als Teilgehalt des Gesetzmässigkeitsprinzips verpflichtet nicht nur die Privatpersonen zur Beachtung des Gesetzes, sondern gleichermassen und vor allem auch die staatlichen Behörden.⁸² Die inhaltliche Bindung der Verwaltung an das vom Parlament erlassene Gesetz soll die Beachtung des Volkswillens sicherstellen.⁸³ Es geht somit um die inhaltliche Richtigkeit des auf das Gesetz zu stützenden Verwaltungshandelns.⁸⁴

Auf dem Gebiet des Abgaberechts spielt das Gesetzmässigkeitsprinzip eine nochmals hervorgehobene Rolle.⁸⁵ Das Gesetzmässigkeitsprinzip gilt gemäss Art. 127 Abs. 1 BV mit besonderer Strenge.⁸⁶ Danach ist die Ausgestaltung der Steuern, namentlich der Kreis der Steuerpflichtigen, der Gegenstand der Steuer und deren Bemessung, in den Grundzügen im Gesetz selbst zu regeln. Die besondere Bedeutung des Legalitätsprinzips im Steuerrecht rührt laut Bundesgericht daher, dass es «zum Wesen des modernen Rechtsstaats [...] gehört, nur auf einer formellgesetzlichen – d.h. demokratisch abgestützten – Grundlage in das Vermögen der Bürger einzugreifen und von ihnen Steuern zu erheben («no taxation without representation»)».⁸⁷

c. Demokratische Wurzeln des Gesetzmässigkeitsprinzips

aa. Bedeutung der demokratischen Funktion

Insgesamt erachtete das Bundesgericht bereits 1977 die demokratische im Vergleich zur rechtsstaatlichen Ausprägung des Gesetzmässigkeitsprinzips, also «die demokratische Staatsordnung, d.h. die politischen Mitbestimmungsrechte

79 Dazu und zum Folgenden Tschannen/Müller/Kern, N. 396.

80 Dazu und zum Folgenden Hangartner/Kley/Braun Binder/Glaser, N. 566.

81 BGE 147 I 450 E. 3.2.1.

82 Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N. 1849; Moor/Flückiger/Martinet, S. 624; Tanquerel/Bernard, N. 448, 467.

83 Engl, recht 2006, S. 17 (24).

84 Vgl. Eichenberger, Parlamentarische Kontrolle, S. 272.

85 BGE 151 II 262 E. 7.1: «[...] il faut rappeler que le principe de la légalité joue un rôle cardinal en droit fiscal, où il est érigé en droit constitutionnel indépendant.»

86 BGE 151 II 345 E. 2.1.

87 BGE 150 I 1 E. 4.4.1.

der Bürger» als stärker gefährdet.⁸⁸ Die rechtsstaatliche Funktion zugunsten der Bürgerinnen und Bürger werde durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit effektiv geschützt. Mit Blick auf den Schutz der demokratischen Funktion formulierte das Bundesgericht demgegenüber: «Dagegen leidet das demokratische Prinzip, wenn die Funktionen der gesetzgebenden Gewalt teilweise an die Exekutive übergehen: der Bürger verliert die Möglichkeit, bei der Gestaltung der Gesetze direkt oder indirekt mitzuwirken. Bieten sich bei der Regelung einer Materie mehrere verfassungsmässige Lösungen an oder stehen nicht justiziable Fragen zur Diskussion, so hat der Gesetzgeber in der Regel in der Delegationsnorm zu präzisieren, zu welcher Lösung zu greifen ist und welche Grundzüge sie aufzuweisen hat.»⁸⁹ Der Gesetzesvorbehalt dürfe auf dem Gebiet der Leistungsverwaltung keine Abschwächung erfahren, sofern «die vom Staat zugesicherten Leistungen im engen und unabdingbaren Zusammenhang mit Verpflichtungen stehen, die dem Bürger auferlegt werden».⁹⁰

Gleichsam als praktische Anweisungen an die gesetzgebenden Organe entfaltet das Bundesgericht den demokratischen Charakter des Gesetzmässigkeitsprinzips: «Das Prinzip des Gesetzesvorbehaltes braucht dann nicht im strengen Sinne befolgt zu werden, wenn zur Regelung einer Materie zwar verschiedene Wege offenstehen, aber nicht oder nur mit Mühe vorausgesehen werden kann, welcher Weg einzuschlagen ist, um der konkreten Situation am besten zu entsprechen. Das gleiche gilt für den Fall, wo der Gesetzgeber sich gezwungen sähe, für die Wahl der geeigneten Lösung und für die Weisung an den Verordnungsgeber sämtliche sich stellende Fragen in allen Einzelheiten abzuklären und zu beantworten, die Delegationsnorm entsprechend zu gestalten, und dadurch überfordert wäre. Andererseits aber darf die Delegationsnorm auch nicht einfach deshalb inhaltlich unbestimmt sein, weil sich der Gesetzgeber nicht die Mühe nehmen will, entsprechende Vorstellungen zu entwickeln, oder weil er fürchtet, eine Präzisierung in bestimmter Richtung könnte deren Annahme durch das Volk in Frage stellen.»⁹¹

Auf dieser Grundlage räumt das Bundesgericht allerdings gewisse Einschränkungen ein:⁹² Im konkreten Fall bejahte das Bundesgericht die Zulässigkeit der Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen an die Regierung.⁹³ Es argumentierte dabei auch mit demokratischen Möglichkeiten, eine Delegation wieder zurückzuholen. Zwar würden durch die Regelung auf Verordnungsstufe jene politischen Garantien grösstenteils ausgeschlossen, die sich daraus ergeben, dass im Parlament und in der Öffentlichkeit eine breitere Diskussion stattfinden und schliesslich das Volk in einer eventuellen Abstimmung zur gewählten Lösung Stellung nehmen könne. Jedoch dürften die Anforderungen,

88 BGE 103 Ia 369 E. 6d.

89 BGE 103 Ia 369 E. 6d.

90 BGE 103 Ia 369 E. 6e.

91 BGE 103 Ia 369 E. 6f.

92 BGE 103 Ia 369 E. 6g.

93 Dazu und zum Folgenden BGE 103 Ia 369 E. 7d/dd.

die sich aus dem demokratischen Prinzip ergeben, nicht überspannt werden, gerade im Hinblick darauf, dass den Organen der Gesetzgebung bei der Regelung einer Materie ein breiter Gestaltungsspielraum zustehen müsse. Nicht jeder Verzicht auf eine parlamentarische Diskussion und auf die Möglichkeit, das Referendum inskünftig zu ergreifen, könne als verfassungswidrig betrachtet werden, zumal wenn das Volk diesem Verzicht nicht nur stillschweigend, sondern ausdrücklich zugestimmt habe. Hinzu komme, dass die Delegationsnorm vom Parlament oder auf dem Wege der Initiative vom Volk jederzeit geändert oder widerrufen werden könne.

bb. Geltungsbereich des Gesetzmässigkeitsprinzips

Die Bedeutung des Gesetzmässigkeitsprinzips für die Steuerung des Verwaltungshandelns ist wegen dessen umfassender Geltung als besonders hoch einzustufen. Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit nach Art. 5 Abs. 1 BV kommt nicht nur in der Eingriffsverwaltung, sondern auch im Bereich der Leistungsverwaltung zum Tragen.⁹⁴ Das schweizerische Verfassungsrecht lässt gesetzfreie Räume staatlichen Handelns nicht zu.⁹⁵

Das Bundesgericht begründete die Geltung des Gesetzmässigkeitsprinzips für die *Eingriffsverwaltung* traditionell damit, dass «durch die Delegationsnorm Materien, die dem Referendum unterstehen, diesem inskünftig entzogen werden».⁹⁶ Die Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen vom Parlament auf die Regierung bewirkt somit einen Einbruch in die Referendumsdemokratie.⁹⁷ Das Bundesgericht betont die demokratische Funktion des Gesetzmässigkeitsprinzips als gleichwertig mit dessen rechtsstaatlicher beziehungsweise gewaltenteilender Funktion: «Schon aus dem Grundsatz der Gewaltentrennung und – wo ein Referendumsrecht besteht – aus dem Prinzip der demokratischen Willensbildung folgt, dass sich die Gesetzesdelegation auf eine bestimmte, genau umschriebene Materie beschränken muss. Auf die gleichen Grundsätze ist das weitere Erfordernis zurückzuführen, wonach, soweit die zu regelnde Materie dem Referendum unterliegen würde, wäre sie im formellen Gesetz geregelt, die Delegationsnorm selbst in einem dem Referendum unterstellten Erlass enthalten sein muss.»⁹⁸

Für die Ausweitung der Geltung des Gesetzmässigkeitsprinzips auf sämtliches Verwaltungshandeln, also auch auf die *Leistungsverwaltung*, stützte sich das Bundesgericht – «im Lichte der schweizerischen demokratischen Staatsauffassung» und insbesondere «im Hinblick auf die kantonale und die eidgenössische Referendumsdemokratie» – wiederum prominent auf dessen demokrati-

94 BGE 151 II 136 E. 5.5.1.

95 SCHINDLER, in: SG-Komm. BV, Art. 5 N. 31.

96 BGE 103 Ia 369 E. 3a.

97 BGE 103 Ia 369 E. 3a.

98 BGE 103 Ia 369 E. 3a.

sche Funktion.⁹⁹ Folglich richten sich die Anforderungen an die Bestimmtheit der gesetzlichen Delegation hinsichtlich der demokratischen Komponente danach, welches Gewicht den Erfordernissen, die sich aus der demokratischen Staatsform ergeben, im betreffenden Gebiet beizumessen ist.¹⁰⁰

2. *Verstärkung durch das Massgeblichkeitsgebot (Art. 190 BV) im Bund*

Auf Bundesebene wird die demokratische Komponente des Gesetzmässigkeitsprinzips in Form der inhaltlichen Bindung der Verwaltung an die Vorgaben der Gesetzgebung in Bezug auf Bundesgesetze durch Art. 190 BV verstärkt. Danach sind Bundesgesetze für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend. Das Massgeblichkeitsgebot «zielt [...] auf mehr als die im Rechtsstaat selbstverständliche Bindung an das Recht».¹⁰¹ Indem die Verfassung in Art. 190 den Vorrang des Gesetzes statuiert, schützt sie auch den Entscheid des Gesetzgebers.¹⁰²

Zwar besteht die vorrangige Funktion von Art. 190 BV in der Begrenzung richterlicher Kontrollbefugnisse, daneben müssen jedoch auch alle Exekutivbehörden Bundesgesetze uneingeschränkt anwenden.¹⁰³ Für die Bundesebene sind sämtliche in Art. 1 Abs. 2 VwVG¹⁰⁴ aufgezählten Behörden erfasst. Ausserdem sind alle kantonalen und kommunalen Verwaltungsbehörden dem Massgeblichkeitsgebot unterworfen.¹⁰⁵ Art. 190 BV verbietet es den Verwaltungsbehörden, Bundesgesetzen unter Berufung auf deren angebliche Verfassungswidrigkeit die Anwendung zu versagen.¹⁰⁶ Die Bestimmung festigt die Funktion der Gesetzgebungsorgane, indem der im Einzelfall für die Rechtsanwendung zuständigen Verwaltungsbehörde der Einwand der Verfassungswidrigkeit des Gesetzes abgeschnitten wird.

3. *Erfordernis der genügenden Normstufe («formelles Gesetz»)*

a. *Schutz vor Übergriffen durch die Exekutive*

Ausprägung der demokratischen Funktion des Gesetzmässigkeitsprinzips ist das Erfordernis der genügenden Normstufe, also das Erfordernis eines formellen Gesetzes als Grundlage des Verwaltungshandelns anstelle einer Verordnung.¹⁰⁷ Parlament und Stimmberechtigte sollen die wesentlichen ge-

99 BGE 103 Ia 369 E. 5. Siehe auch THURNHERR, *Die Verwaltung* 58 (2025), S. 3 (4).

100 BGE 103 Ia 369 E. 6.

101 LOOSER, in: SG-Komm. BV, Art. 190 N. 5.

102 GÄCHTER, S. 267.

103 BIAGGINI, Komm. BV, Art. 190 N. 4, 8.

104 Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

105 LOOSER, *Rechtskontrolle*, N. 51.

106 LOOSER, in: SG-Komm. BV, Art. 190 N. 5.

107 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N. 351.

setzgeberischen Entscheidungen treffen.¹⁰⁸ Auch ausserhalb von Grundrechtseinschränkungen muss im Interesse der Mitbestimmung der Bürgerinnen und Bürger das Wesentliche im formellen Gesetz geregelt sein.¹⁰⁹ Als Gesetzgebungsstaat steht der Rechtsstaat für das Recht als wichtigstes Gestaltungsmittel.¹¹⁰

Das Erfordernis der genügenden Normstufe verlangt, dass die wichtigen Rechtsnormen im Verfahren der Gesetzgebung ergehen und somit dem Referendum unterstehen.¹¹¹ Art. 164 Abs. 1 BV, wonach alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in Form des Bundesgesetzes zu erlassen sind, konkretisiert das Gesetzmässigkeitsprinzip in Bezug auf die Normstufe, damit sie nicht der direktdemokratischen Mitwirkung entzogen werden dürfen.¹¹² Kein wichtiger Regelungsbereich darf den direktdemokratischen Einwirkungsmöglichkeiten entzogen werden.¹¹³ Der in Art. 164 Abs. 1 BV verankerte «Vorbehalt des Gesetzes» bildet somit den Kern der demokratischen Funktion des Gesetzmässigkeitsprinzips.¹¹⁴

Vergleichbare Bestimmungen finden sich in den Kantonsverfassungen.¹¹⁵ Das Bundesgericht wendet die aus Art. 164 BV abgeleiteten Vorgaben für das durch sämtliche Kantonsverfassungen garantierte Prinzip der Gewaltenteilung, welches die Einhaltung der verfassungsmässigen Zuständigkeitsordnung schützt, im Bereich der Rechtsetzung analog an.¹¹⁶ Generell-abstrakte Normen müssen danach vom zuständigen Organ in der dafür vorgesehenen Form erlassen werden.

Das Bundesgericht führt zur Beurteilung des massgebenden Kriteriums der Wichtigkeit eines Rechtssatzes aus: «Art. 164 Abs. 1 BV soll sicherstellen, dass das Parlament die ihm zukommenden Gesetzgebungsaufgaben erfüllt und diesen nicht mittels Delegationsbestimmungen ausweicht. Er soll auch den Schutz der Volksrechte gewährleisten. Das Parlament darf grundsätzlich keinen wichtigen Regelungsbereich dem Bundesrat überlassen und auf diese Weise den direkt-demokratischen Einflussmöglichkeiten entziehen. Bei der Beurteilung der Frage, ob eine Bestimmung im Sinne von Art. 164 Abs. 1 Satz 1 BV wichtig ist und daher in der Form des Bundesgesetzes erlassen werden muss, sind verschiedene Kriterien zu berücksichtigen. Massgebend ist namentlich, ob die Bestimmung einen erheblichen Eingriff in die Rechte und Freiheiten der Privaten vorsieht, ob von der Bestimmung ein grosser Kreis von Personen be-

108 UHLMANN/FLEISCHMANN, S. 8.

109 SCHINDLER, in: SG-Komm. BV, Art. 5 N. 42.

110 Vgl. dazu SCHINDLER, Rechtsstaatsidee, IV.1 N. 35.

111 THURNHERR, Die Verwaltung 58 (2025), S. 3 (10).

112 BGE 146 II 56 E. 6.2.1: «qu'elles ne soient pas privées de l'influence démocratique directe».

113 BGE 143 I 253 E. 6.1.

114 GÄCHTER, S. 258.

115 Näher dazu MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER, N. 239.

116 Zum Ganzen BGE 145 V 380 E. 6.3.

troffen ist oder ob gegen die Bestimmung angesichts ihres Inhalts mit Widerstand der davon Betroffenen zu rechnen ist [...]»¹¹⁷

Das Bundesgericht schirmt dadurch die demokratische Funktion des Gesetzmässigkeitsprinzips insgesamt gegen Übergriffe durch die Exekutive ab, indem es wichtige Entscheidungen in der Form des Gesetzes verlangt. Im Interesse der Wahrung der Gewaltenteilung schützt dies die politischen Entscheidungsspielräume von Parlament und Stimmberechtigten. Darüber hinaus schützt der Ansatz des Bundesgerichts innerhalb der demokratischen Ausrichtung des Gesetzmässigkeitsprinzips die Stimmberechtigten vor zu weitgehenden Delegationsermächtigungen des Parlaments an die Exekutive. Das Bundesgericht stärkt dadurch die Steuerungsfähigkeit des Gesetzes im Verhältnis zur Verwaltung. Der Schutz wirkt gegen Gefährdungen der Steuerungskraft des Gesetzes sowohl durch Eigenmacht der Verwaltung als auch durch Unwilligkeit des Parlaments.

b. Digitalisierung der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben

Die demokratische Bedeutung des Gesetzmässigkeitsprinzips kommt in Bezug auf zwingend zu regelnde verfahrensrechtliche Aspekte zur Geltung, beispielsweise beim elektronischen Rechtsverkehr oder bei der Digitalisierung der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben im Allgemeinen.¹¹⁸ Das Bundesgericht verlangte 2016 hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlagen für die Digitalisierung des Verwaltungsverfahrens: «Für den elektronischen Verkehr im Rahmen von Gerichts- und Verwaltungsverfahren ist eine spezifische gesetzliche Regelung notwendig.»¹¹⁹ In einem Urteil aus dem Jahr 2017 hielt das Bundesgericht fest, dass eine elektronisch signierte Beschwerdeschrift bei einem kantonalen Gericht nur dann gültig eingereicht werden kann, wenn dafür eine spezifische gesetzliche Regelung besteht.¹²⁰

Das Erfordernis einer spezifischen gesetzlichen Grundlage wandte das Bundesgericht 2020 auch auf einzelne Verfahrenshandlungen an, konkret auf die Durchführung von Videokonferenzen.¹²¹ Zuletzt bekräftigte das Bundesgericht 2024 das Gesetzmässigkeitsprinzip anlässlich der verpflichtenden Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs im Kanton Zürich. Die dadurch bewirkte Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) setzt eine hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage im Sinne von Art. 36 Abs. 1 BV voraus.¹²²

Die Parlamente in Bund und Kantonen erliessen zwecks Erfüllung des Gesetzmässigkeitsprinzips umfangreiche gesetzliche Bestimmungen. Auf Bundes-

117 BGE 145 V 380 E. 6.3.1.

118 Vgl. THURNHERR, Die Verwaltung 58 (2025), S. 3 (24).

119 BGE 142 V 152 E. 2.4.

120 BGE 143 I 187 E. 2.5, 3.1.

121 BGE 146 III 194 E. 3.3, 3.7.

122 BGE 151 I 194 E. 4.3.3.

ebene sind aus jüngerer Zeit das am 1. April 2024 in Kraft getretene EMBAG¹²³ und das am 1. Oktober 2025 in Kraft getretene BEKJ¹²⁴ zu nennen. In der Botschaft zum EMBAG wies der Bundesrat prominent auf das Erfordernis einer formellgesetzlichen Grundlage hin.¹²⁵ Im Einzelnen begründete er den Erlass spezifischer gesetzlicher Grundlagen mit Blick auf Art. 164 Abs. 1 und Art. 178 Abs. 3 BV, geht es doch um die Übertragung von Verwaltungsaufgaben auf Organisationen ausserhalb der Bundesverwaltung, die Ermächtigung des Bundesrates, Beteiligungen des Bundes an Organisationen zu beschliessen, sowie die Erbringung von elektronischen Behördenleistungen des Bundes.¹²⁶

Politisch stark umstritten waren die Einführung und Ausgestaltung eines elektronischen Identitätsnachweises (E-ID). Die politische Entstehungsgeschichte zeigt auf, wie es die demokratisch fundierte Funktion des Gesetzmässigkeitsprinzips den Stimmberechtigten ermöglichte, die Ausgestaltung der Verwaltungstätigkeit im Einzelnen zu steuern. So lehnten die Stimmberechtigten in der Volksabstimmung vom 7. März 2021 das Bundesgesetz über elektronische Identifizierungsdienste (E-ID-Gesetz, BGEID) vom 27. September 2019¹²⁷ ab.¹²⁸ Besonders umstritten war die Rolle privater Anbieterinnen von elektronischen Identitätsdienstleistungen (Identity-Provider, IdP), die zur Herausgabe von E-ID berechtigt gewesen wären. Das in der Volksabstimmung vom 25. September 2025 gutgeheissene Bundesgesetz über den elektronischen Identitätsnachweis und andere elektronische Nachweise (E-ID-Gesetz, BGEID) vom 20. Dezember 2024¹²⁹ sieht demgegenüber in Art. 13 vor, dass die E-ID vom Bundesamt für Polizei (fedpol) mittels der Vertrauensinfrastruktur als elektronischer Nachweis ausgestellt wird. Zur Begründung dieser Änderung stützte sich der Bundesrat auf die Resultate der Vox-Analyse zum Abstimmungsergebnis aus dem Jahr 2021, wonach die Mehrheit der Stimmenden sich nicht per se gegen eine E-ID ausgesprochen habe, sondern gegen eine E-ID von privaten Anbieterinnen.¹³⁰

In Bezug auf Folgeänderungen beim elektronischen Patientendossier bekräftigte der Bundesrat: «Langfristig sollen auch diese Identifikationsmittel vom Bund herausgegeben werden. Damit soll dem politischen Willen des Souveräns mit der Ablehnung des E-ID-Gesetzes in der Volksabstimmung vom 7. März 2021 auch im Bereich des EPDG Nachachtung geschaffen werden, der diese Aufgabe nicht in den Händen der Privatwirtschaft sehen wollte.»¹³¹ So beschloss

123 Bundesgesetz vom 17. März 2023 über den Einsatz elektronischer Mittel zur Erfüllung von Behördenaufgaben (EMBAG; SR 172.019).

124 Bundesgesetz vom 20. Dezember 2024 über die Plattformen für die elektronische Kommunikation in der Justiz (BEKJ; SR 172.023).

125 Vgl. BBl 2022 804 S. 6.

126 Vgl. BBl 2022 804 S. 111.

127 BBl 2019 6567.

128 BBl 2021 1185.

129 BBl 2025 20.

130 BBl 2023 2842 S. 9.

131 BBl 2023 2842 S. 50.

der Bundesrat am 5. November 2025, dass das neue Elektronische Gesundheitsdossier (E-GD) auf einer zentralen technischen Infrastruktur aufbauen und das Informationssystem unter Verantwortung des Bundes stehen soll. Art. 5 Abs. 1 des Entwurfs für das Bundesgesetz über das elektronische Gesundheitsdossier (EGDG)¹³² lautet: «Der Bund betreibt das Informationssystem E-GD.» Der Bundesrat betonte, der Entwurf sehe nicht vor, dass der Betrieb an einen Dritten zur selbständigen Aufgabenerfüllung übertragen werden könne.¹³³ In der Botschaft nahm der Bundesrat zudem auf das knappe Abstimmungsergebnis zur Neuauflage der E-ID Bezug, um die Verantwortung des Bundes zu betonen.¹³⁴

II. Materielle Programmsteuerung in Form inhaltlicher Bindung

1. Ausgangslage

Dieses Kapitel analysiert, wie das Parlament als Steuerungssubjekt die Verwaltung als Steuerungsobjekt mittels inhaltlicher Gesetzesbindung steuern kann. Das Kapitel ordnet die entsprechenden Instrumente dabei nach abnehmenden Spielräumen für die Verwaltung und damit einhergehend nach zunehmendem Konkretisierungsgrad der Vorgaben durch das Parlament. Wo immer möglich folgen auf theoretische Ausführungen Beispiele aus der Praxis.

2. Polizeiliche Generalklausel und «Notrecht»

a. Punktueller Aufhebung der Gesetzesbindung

Am geringsten ist der Konkretisierungsgrad der parlamentarischen Vorgaben bei der polizeilichen Generalklausel und beim «Notrecht», denn notrechtliche Handlungsbefugnisse erlauben der Verwaltung ausnahmsweise ein Tätigwerden ohne gesetzliche Grundlage.¹³⁵ So kann der Bundesrat unmittelbar gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV Verordnungen und Verfügungen erlassen, um eingetretenen oder unmittelbar drohenden schweren Störungen der öffentlichen Ordnung oder der inneren oder äusseren Sicherheit zu begegnen (vgl. auch Art. 7e Abs. 1 RVOG¹³⁶). Grundrechtseinschränkungen sind in Fällen ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr vom Erfordernis der gesetzlichen Grundlage ausgenommen (Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV).

Notrecht bewirkt somit die Relativierung der Gesetzesbindung der Verwaltung.¹³⁷ Insbesondere die polizeirechtliche Generalklausel stellt eine Ausnahme

132 BBl 2025 3399.

133 BBl 2025 3398 S. 41.

134 BBl 2025 3398 S. 14.

135 TANQUEREL/BERNARD, N. 460.

136 Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (RVOG; SR 172.010).

137 THURNHERR, Die Verwaltung 58 (2025), S. 3 (14). Siehe auch Anwendung von Notrecht, Bericht des Bundesrates vom 19. Juni 2024 in Erfüllung der Postulate 23.3438 Kommission für

vom Gesetzmässigkeitsprinzip dar.¹³⁸ Notrechtliche Befugnisse der Exekutive bergen daher die Gefahr zu weitgehender Rückgriffe auf notrechtliche Befugnisse im Widerspruch zu den Anforderungen der Gesetzesbindung der Verwaltung.¹³⁹

Auf Bundesebene ist einzig der Bundesrat als Kollegialorgan befugt, auf der Grundlage von Art. 185 Abs. 3 BV Verfügungen zu erlassen: «Keine Verwaltungsbehörde kann staatsorganisatorisch an seiner Stelle handeln. Es ist am Bundesrat, zu prüfen, ob die jeweiligen Handlungsvoraussetzungen gegeben sind oder nicht.»¹⁴⁰ Der Bundesrat informiert das zuständige Organ der Bundesversammlung spätestens 24 Stunden nach seinem Beschluss über die Verfügung (Art. 7e Abs. 2 RVOG). Zuständiges Organ ist die Geschäftsprüfungsdelegation (Art. 53 Abs. 3^{bis} ParlG).

Der Bundesrat kann darüber hinaus gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine Verwaltungsbehörde des Bundes beauftragen, mit allen ihr zur Verfügung stehenden aufsichtsrechtlichen Mitteln (gestützt auf die polizeiliche Generalklausel in Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV) zu intervenieren.¹⁴¹ In den Kantonen werden regelmässig die Polizeibehörden durch Gesetz zur Anwendung der polizeilichen Generalklausel ermächtigt.¹⁴²

Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV anerkennt die Zulässigkeit des Rückgriffs auf die polizeiliche Generalklausel im Zusammenhang mit Grundrechtseinschränkungen.¹⁴³ Die polizeiliche Generalklausel erlaubt den Erlass von Polizeiverfügungen ohne hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage.¹⁴⁴ Gestützt auf die polizeiliche Generalklausel ist es demnach beispielsweise zulässig, eine Versammlung in einem konkreten Fall zu verbieten, wenn von ihrer Durchführung eine konkrete Gefahr für Leib und Leben der Teilnehmer oder Dritter ausgeht.¹⁴⁵ Dies trifft insbesondere zu, wenn konkrete Hinweise auf mögliche unfriedliche Gegenaktionen gewaltbereiter Kreise oder radikaler Anhänger abweichender Auffassungen oder ernstzunehmende Terrordrohungen vorliegen.

Die polizeiliche Generalklausel kann nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung als konstitutionelles Notrecht eine fehlende gesetzliche Grundlage ersetzen, wenn und soweit es gilt, die öffentliche Ordnung und fundamentale Rechtsgüter des Staates oder Privater gegen schwere und zeitlich unmittelbar drohende Gefahren zu schützen.¹⁴⁶ Diese dürfen aber unter den konkreten Um-

Rechtsfragen des Nationalrates vom 24. März 2023 und 20.3440 Schwander vom 6. Mai 2020, BBl 2024 1784 S. 80.

138 MALINVERNI/HOTTELLIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, N. 1897.

139 THURNHERR, Die Verwaltung 58 (2025), S. 3 (16).

140 BGE 137 II 431 E. 3.2.1.

141 BGE 137 II 431 E. 3.2.2.

142 Vgl. BGE 147 I 161 E. 5.3; GRIFFEL, Allgemeines Verwaltungsrecht, N. 140.

143 BGE 132 I 49 E. 6.2; BGE 136 I 87 E. 3.1.

144 RECHSTEINER, N. 625.

145 BGE 147 I 161 E. 5.2.

146 Dazu und zum Folgenden BGE 137 II 431 E. 3.3.1.

ständen nicht anders als mit gesetzlich nicht ausdrücklich vorgesehenen Mitteln abzuwenden sein (Subsidiarität). Die entsprechenden Massnahmen müssen zudem den allgemeinen Prinzipien des Verfassungs- und Verwaltungsrechts – insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit – Rechnung tragen.

Die polizeiliche Generalklausel kann nach Art. 36 Abs. 1 BV selbst schwerwiegende Eingriffe in Grundrechte ohne gesetzliche Grundlage legitimieren, wenn und soweit die öffentliche Ordnung und fundamentale Rechtsgüter des Staates oder Privater gegen schwere und zeitlich unmittelbar drohende Gefahren zu schützen sind, die unter den konkreten Umständen nicht anders abgewendet werden können als mit gesetzlich nicht ausdrücklich vorgesehenen Mitteln.¹⁴⁷

Zunächst verlangte das Bundesgericht, dass der Anwendungsbereich der polizeilichen Generalklausel auf «echte und unvorhersehbare Notfälle» zu beschränken sei und sie nicht angerufen werden könne, wenn typische und erkennbare Gefährdungslagen trotz Kenntnis der Problematik nicht normiert wurden.¹⁴⁸ 2011 präzisierte das Bundesgericht seine Praxis jedoch dahingehend, dass die Untätigkeit des Gesetzgebers der Anwendung der polizeilichen Generalklausel nicht per se entgegenstehe.¹⁴⁹ Die polizeiliche Generalklausel bezwecke den Schutz fundamentaler Rechtsgüter, wenn eine sie bedrohende konkrete, schwerwiegende und unmittelbare Gefahr wegen der Dauer des politischen Prozesses nicht auf dem Weg der ordentlichen Gesetzgebung wirksam bekämpft werden könne. Das Erfordernis der Unvorhersehbarkeit bilde im Rahmen der Interessenabwägung nur ein zu berücksichtigendes Element unter anderen. Die Vorhersehbarkeit schliesst die Anrufung der polizeilichen Generalklausel danach nicht losgelöst von der Art und der Dringlichkeit der Gefahr aus. Mit anderen Worten kann auch eine für das Parlament eigentlich vorhersehbare Gefahr die Abstützung von Massnahmen auf die polizeiliche Generalklausel rechtfertigen.

Geht es also um die Abwehr einer ernsten, unmittelbaren und nicht anders abwendbaren Gefahr für fundamentale Rechtsgüter im Sinn von Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV, darf der Staat nicht untätig bleiben und seine Schutzpflichten verletzen, nur weil der Gesetzgeber es unterlassen hat, über die erforderlichen Massnahmen rechtzeitig zu legislieren, sondern kann und muss ausnahmsweise gestützt auf die polizeiliche Generalklausel die für die Gefahrenabwehr notwendigen Massnahmen treffen.¹⁵⁰ Das trifft insbesondere dann zu, wenn der unmittelbare Schutz existentieller Grundrechte wie der Schutz von Leib und Leben gemäss Art. 10 BV in Frage steht. Das Parlament kann die Verwaltung somit nicht durch Inaktivität dazu zwingen, vom Schutz grundlegender

147 BGE 147 I 161 E. 5.1.

148 BGE 130 I 369 E. 7.3; BGE 126 I 112 E. 4b.

149 Dazu und zum Folgenden BGE 137 II 431 E. 3.3.2.

150 BGE 147 I 161 E. 5.1.

Rechtsgüter abzusehen.¹⁵¹ Die politische Vorhersehbarkeit einer Problemlage steht dem Rückgriff auf die polizeiliche Generalklausel nicht zwingend entgegen.

b. Notrechtliche Verfügung der FINMA bei der CS-Rettung

Allerdings ist der Spielraum der Regierung und der Verwaltung gestützt auf das «Notrecht» nicht uneingeschränkt, wenn das Parlament eine Konstellation bereits gesetzlich geregelt und entsprechend inhaltliche Vorgaben gemacht hat, wie das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zur CS-Rettung zeigt.

Die staatlichen Interventionen bei der Übernahme der Credit Suisse durch die UBS erfolgten im Wesentlichen zugunsten der UBS als übernehmende Gesellschaft und führten zu finanziellen Einbussen bei Aktionären und Gläubigern der Credit Suisse.¹⁵² Der Bund gewährte mehrere «Gesetzesbefreiungen».¹⁵³ Ein wesentliches Element der Rettungsmassnahmen zur Vorbereitung der Übernahme der Credit Suisse durch die UBS war die Abschreibung der Additional Tier 1-Kapitalinstrumente. Die FINMA wies die Credit Suisse mit Verfügung vom 19. März 2023 zu dieser Abschreibung an. Die AT 1-Anleihen wurden durch die Abschreibung wertlos. Inhaberinnen und Inhaber der aufgrund der Verfügung der FINMA entwerteten Anleihen erhoben Beschwerde vor dem Bundesverwaltungsgericht. Das Bundesverwaltungsgericht urteilte in einem spektakulären Teilentscheid vom 1. Oktober 2025, dass die AT-1-Verfügung der FINMA mangels Rechtsgrundlage rechtswidrig war.¹⁵⁴

Das Bundesverwaltungsgericht verneinte zunächst die Anwendbarkeit von Art. 26 i.V.m. Art. 25 Abs. 1 BankG^{155,156}. Der Gesetzgeber habe zwar Art und Umfang der auf dieser gesetzlichen Grundlage zu treffenden Massnahmen offen geregelt, um der FINMA mittels eines relativ weiten Ermessensspielraums die nötige Flexibilität zu lassen und dem konkreten Einzelfall gerecht zu werden.¹⁵⁷ Nach dem Verständnis des historischen Gesetzgebers sollten als Schutzmassnahmen gemäss Art. 26 BankG indes nur aufsichtsrechtliche Anordnungen mit lediglich mittelbaren und indirekten Auswirkungen auf Kunden und Gläubiger von Banken ergehen.¹⁵⁸ Entsprechendes gelte für Art. 31 Abs. 1 FINMAG^{159,160}.

151 THURNHERR, Die Verwaltung 58 (2025), S. 3 (8).

152 KUNZ, Jusletter vom 17. November 2025, N. 13.

153 KUNZ, Jusletter vom 17. November 2025, N. 15.

154 BVGer., Teilentscheid vom 1. Oktober 2025, B-2334/2023, E. 8.

155 Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG; SR 952.0).

156 BVGer., Teilentscheid vom 1. Oktober 2025, B-2334/2023, E. 6.8.7.

157 BVGer., Teilentscheid vom 1. Oktober 2025, B-2334/2023, E. 6.8.3.

158 BVGer., Teilentscheid vom 1. Oktober 2025, B-2334/2023, E. 6.8.4.

159 Bundesgesetz vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG; SR 956.1).

160 BVGer., Teilentscheid vom 1. Oktober 2025, B-2334/2023, E. 6.9.2.

Unabhängig von diesen gesetzlichen Befugnissen hat der Bundesrat gestützt auf Art. 184 Abs. 2 und Art. 185 Abs. 3 BV die Verordnung über zusätzliche Liquiditätshilfe-Darlehen und die Gewährung von Ausfallgarantien des Bundes für Liquiditätshilfe-Darlehen der Schweizerischen Nationalbank an systemrelevante Banken erlassen.¹⁶¹ Deren am 19. März 2023 erlassener Art. 5a¹⁶² lautete: «Im Zeitpunkt der Kreditbewilligung nach Artikel 5 kann die FINMA gegenüber der Darlehensnehmerin und der Finanzgruppe anordnen, zusätzliches Kernkapital abzuschreiben.» Die FINMA berief sich für die Anordnung der Abschreibung der AT 1-Anleihen auch auf diese notrechtlich erlassene Verordnungsbestimmung.

Das Bundesverwaltungsgericht erachtete das Zurückgreifen auf Notverordnungsrecht trotz bestehendem einschlägigem Gesetzesrecht als unzulässig.¹⁶³ Selbst bei Vorliegen einer Notlage stehe es nicht im Belieben des Bundesrates, «eine vom demokratischen Gesetzgeber gerade für solche Fälle ausgearbeitete Lösung zu derogieren».¹⁶⁴ Aus dem Erfordernis der Subsidiarität folge, dass der Bundesrat notrechtliche Massnahmen nur erlassen dürfe, wenn das ordentliche Recht keine geeigneten Massnahmen vorsehe.¹⁶⁵ Der Gesetzgeber habe im Einklang mit Art. 164 Abs. 1 BV auf Gesetzesstufe im Bankenrecht die Too big to fail-Bestimmungen erlassen.¹⁶⁶

Der Erlass einer Notverordnung zur Legitimierung einer Verfügung sei nur dann zulässig, wenn die Rechtsordnung keine anderweitigen Massnahmen vorsehe, die für die Bewältigung der ausserordentlichen Lage ausreichen und auch keine Rechtsgrundlagen innerhalb des dringlichen Zustands beschafft werden können.¹⁶⁷ Die Verordnungskompetenz des Bundesrates könne sich nur auf den die Notlage bestimmenden Sachverhalt beziehen. Andernfalls verstiesse er gegen das delegierende Gesetz. Mit dem Erfordernis der Subsidiarität solle gerade verhindert werden, dass sich der Bundesrat auf Notrecht stütze, obwohl der Gesetzgeber die betreffende Krisensituation bereits geregelt habe. Die Verfassung lasse der Exekutive keinen Raum, durch Notverordnungsrecht bestehendes Gesetzesrecht zu derogieren.

Mit dem Too big to fail-Regime bestehe, so das Bundesverwaltungsgericht, bereits ordentliches Recht für ausserordentliche Lagen.¹⁶⁸ Der Gesetzgeber habe seit 2008 mit der Too big to fail-Regulierung Krisenszenarien von systemrelevanten Banken antizipiert und sich damit auseinandergesetzt. Ein schneller und unvorhersehbarer Vertrauensverlust der Kunden sei kein neues Phänomen.

161 SR 952.3.

162 AS 2023 136.

163 BVGer., Teilentscheid vom 1. Oktober 2025, B-2334/2023, E. 7.6.2.

164 BVGer., Teilentscheid vom 1. Oktober 2025, B-2334/2023, E. 7.6.2.

165 BVGer., Teilentscheid vom 1. Oktober 2025, B-2334/2023, E. 7.3.

166 BVGer., Teilentscheid vom 1. Oktober 2025, B-2334/2023, E. 7.4.

167 Dazu und zum Folgenden BVGer., Teilentscheid vom 1. Oktober 2025, B-2334/2023, E. 7.5.

168 BVGer., Teilentscheid vom 1. Oktober 2025, B-2334/2023, E. 7.6.1.

Für den Fall der begründeten Besorgnis, dass eine Bank überschuldet ist oder ernsthafte Liquiditätsprobleme hat, habe der Gesetzgeber mit Art. 25 ff. BankG gesetzliche Regeln geschaffen.

Das Bundesverwaltungsgericht versucht, mit dem Subsidiaritätserfordernis das im formellen Gesetz verankerte Modell vor der Übersteuerung durch den Bundesrat beziehungsweise die FINMA zu schützen. Verwaltungsverfügungen müssen sich danach im Rahmen der im formellen Gesetz enthaltenen Handlungsbefugnisse halten. Die Verwaltung darf nicht ad hoc durch den Erlass von Notverordnungen vom gesetzgeberischen Ansatz abweichende Rechtsgrundlagen schaffen, um eine auf den Einzelfall gemünzte Verfügung abzustützen. Das Gericht sieht die gesetzliche Too big to fail-Regulierung als abschliessend an. Es will der demokratisch legitimierten Entscheidung des Gesetzgebers Geltung verschaffen.

Ob das Bundesgericht in zweiter Instanz diese Sichtweise teilen wird, ist völlig unvorhersehbar. In der Vergangenheit hatte es in einem ähnlichen Fall im Jahr 2011 – damals ging es noch um die Rettung der UBS selbst – immerhin geurteilt, dass die willentliche Untätigkeit des Parlaments die Exekutive nicht am Rückgriff auf Notrecht hindere.¹⁶⁹ Allerdings hatte der Bundesrat damals keine spezifische Rechtsgrundlage in Form einer Verordnung zwischen Art. 184 Abs. 3 beziehungsweise Art. 185 Abs. 3 BV geschoben, sondern die FINMA zum Erlass einer unmittelbar auf diese Verfassungsbestimmungen gestützten Verfügung veranlasst. Auch betonte das Bundesgericht seinerzeit die Subsidiarität notrechtlicher Massnahmen im Verhältnis zu den bestehenden gesetzlichen Bestimmungen.¹⁷⁰

Entscheidend für die Beurteilung dürfte sein, wie der Wille des Parlaments mit Blick auf die gesetzliche Steuerung der Verwaltung interpretiert wird. Lautet das Ergebnis der demokratischen Willensbildung im Bankenrecht, dass Krisen abschliessend mit den im formellen Gesetz vorgesehenen Massnahmen bewältigt werden sollen? Oder soll der Bundesrat die Verwaltung im Einzelfall mittels Notverordnungen zum Erlass von Verfügungen zur Anordnung gesetzlich nicht vorgesehener Massnahmen ermächtigen dürfen? Inwieweit ist demnach im Notfall eine Übersteuerung des Gesetzes durch die Exekutive zulässig? Das Urteil des Bundesgerichts wird interessante Anhaltspunkte zur Reichweite der Steuerungsfunktion des parlamentarischen Gesetzes bieten.

3. *Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen an die Verwaltung*

Weniger weitgehend als das «Notrecht», aber dennoch mit grossen Spielräumen für die Verwaltung verbunden, ist die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen.

169 BGE 137 II 431 E. 3.3.2.

170 BGE 137 II 431 E. 3.3.1.

Die Möglichkeiten der Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen an die Verwaltung sind insofern begrenzt, als dass der Gesetzgeber den rechtsanwendenden Behörden durch eine unbestimmte Formulierung der Rechtsnorm keine Entscheidungen übertragen darf, für die wegen ihrer Wichtigkeit eine hohe demokratische Legitimation notwendig ist.¹⁷¹ Die Wichtigkeit einer Norm beziehungsweise eines Rechtssatzes stellt bis zu einem gewissen Grad eine Wertungsfrage dar.¹⁷² Das Parlament kann daher aus sachlichen Gründen wichtige Entscheidungen an die Verwaltung delegieren (vgl. Art. 164 Abs. 2 BV).¹⁷³ Ein derartiger Grund kann ein erhöhtes Flexibilitätsbedürfnis mit Blick auf die ständige Anpassung an sich ändernde Verhältnisse sein.¹⁷⁴ Ursachen hierfür können neue technische Errungenschaften, politische Gegebenheiten oder wirtschaftliche Entwicklungen sein. Für eine Übertragung von Entscheidungsbefugnissen an die Verwaltung spricht häufig deren besondere Eignung aufgrund spezifischer Fachkenntnisse.¹⁷⁵

Die weitgehend aufgrund politischer Erwägungen vorzunehmende Delegation von Entscheidungs- beziehungsweise Rechtsetzungsbefugnissen¹⁷⁶ an die Verwaltung muss sich in dem vom Bundesgericht vorgezeichneten Rahmen der Grundsätze der Gesetzesdelegation bewegen.¹⁷⁷ Befugnisse des Volkes können an das Parlament und an das Exekutivorgan übertragen werden, falls die Delegation auf ein bestimmtes Gebiet beschränkt ist und das Gesetz den Rahmen der Delegation festlegt.¹⁷⁸ Die Delegationsgrundsätze sind wie die vorgelagerte Frage der erforderlichen Normstufe Ausfluss der demokratischen Komponente des Gesetzmässigkeitsprinzips.¹⁷⁹

In der Gesetzgebungspraxis lassen sich gewisse «Gegentendenzen» zum Richtkriterium der Wichtigkeit ausmachen.¹⁸⁰ Argumente für oder gegen eine Regelung auf Gesetzesstufe sind die Eignung des Regelungsorgans und das Bedürfnis nach Änderbarkeit und Flexibilität der Normierung. Komplexe technische Probleme kann die Exekutive dank ihres grösseren Fachwissens besser lösen als die Legislative. Eine gesetzliche Regelung durch das Parlament drängt sich demgegenüber für grundlegende, allgemeine Fragen auf, wie die Beurteilung der politischen Tragbarkeit vorgeschlagener Lösungen, das Einbringen gesellschaftlicher Anliegen in den Entscheidungsprozess und die Suche nach ausreichendem Konsens.

171 MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER, N. 35.

172 BGE 150 I 39 E. 5.3.

173 UHLMANN, Legalitätsprinzip, IV.6 N. 28.

174 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N. 359.

175 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N. 360.

176 Zu den Delegationsvoraussetzungen näher UHLMANN/FLEISCHMANN, S. 15 f.

177 BGE 150 I 39 E. 5.2.

178 BGE 151 V 100 E. 7.2.2.

179 TANQUEREL/BERNARD, N. 453.

180 Dazu und zum Folgenden MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER, N. 242 ff.

4. *Einräumung von Entscheidungsspielräumen an die Verwaltung*

a. *Entscheidungsspielräume durch offene Normen*

Das bedeutendste Instrument des Gesetzgebers, um eine einzelfallgerechte, flexible, fachkundige, politisch ausgewogene und wirtschaftliche Umsetzung des Normprogramms zu ermöglichen, ist die Einräumung von Gestaltungsspielräumen.¹⁸¹ Der Gesetzgeber verzichtet in einem bestimmten Bereich auf eine abschliessende Regelung und belässt der Verwaltung bei der Rechtsanwendung einen gewissen Freiraum.¹⁸² Der Verwaltung werden auf diese Weise durch die Gesetzgebung Letztentscheidungsbefugnisse übertragen.¹⁸³ Dadurch entstehen für die Verwaltung eigenständige politische Entscheidungsmöglichkeiten.¹⁸⁴ Gestaltungsspielräume der Verwaltung stehen daher in einem Spannungsverhältnis zum Gesetzmässigkeitsprinzip.¹⁸⁵

Die Programmierung des Verwaltungshandelns muss nicht durch generell-abstrakte Normen in allen Einzelheiten im Sinne einer ex-ante-Steuerung erfolgen.¹⁸⁶ Gesetzesnormen dürfen vielmehr eine gewisse Offenheit aufweisen, indem sie der Verwaltung Entscheidungsspielräume gewähren («offene Normen»)¹⁸⁷ Das Gesetzmässigkeitsprinzip gebietet somit nicht eine Maximierung generell-abstrakter Normierung, sondern eine Optimierung von gesetzlicher Steuerung einerseits und sachgerechtem Einzelfallvollzug andererseits. Entscheidungsspielräume können einer «optimalen» Verteilung der Entscheidungsbefugnisse zwischen Gesetzgebung und Verwaltung dienen, indem sie demokratische Legitimation und effiziente Aufgabenerfüllung in Einklang bringen und so das Gesetzmässigkeitsprinzip festigen.¹⁸⁸

Der Gesetzgeber steht somit vor der Herausforderung, mit seinen Regulierungen die Praxis der Verwaltungsbehörden in berechenbarer Weise zu steuern, ohne ihnen die Flexibilität zu angemessenem Handeln im Einzelfall zu nehmen.¹⁸⁹ Entscheidungsspielräume der Verwaltung tragen dem Umstand Rechnung, dass sich eine lückenlose Steuerung der Verwaltungstätigkeit durch das Gesetz in der Praxis als unmöglich erweist.¹⁹⁰ Die rechtssatzmässige Steuerung stösst aufgrund der textlichen Formulierung eines abstrakten Tatbestandes an strukturelle Grenzen.¹⁹¹ Normen lassen sich mitunter sprachlich nicht so formu-

181 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N. 394. Zur Einzelfallgerechtigkeit als klassisches Motiv des Gesetzgebers für die Einräumung von Ermessen SCHINDLER, Verwaltungsermessen, N. 427.

182 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N. 582.

183 TANQUEREL/BERNARD, N. 501.

184 TANQUEREL/BERNARD, N. 501.

185 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, S. 739.

186 SCHINDLER, in: SG-Komm. BV, Art. 5 N. 32.

187 GRIFFEL, Allgemeines Verwaltungsrecht, N. 256 ff.

188 KARLEN, S. 51 f.

189 RÜTSCH, ZSR 143 (2024) II, S. 5 (85).

190 KARLEN, S. 123.

191 SCHMIDT-ASSMANN, Dogmatik, S. 61.

lieren, dass sie die Verwaltungstätigkeit vollständig und präzise vorherbestimmen.¹⁹² Es ist unmöglich, alle künftigen Probleme zu prognostizieren und deren Lösung in Sprache zu giessen.¹⁹³

In der Gesetzgebungspraxis muss das Parlament jeweils abschliessend entscheiden, ob eine Regelung in Form einer generell-abstrakten Norm erfolgen soll oder ob sie erst im Einzelfall bei der Rechtsanwendung durch die Verwaltung zu treffen ist.¹⁹⁴ Im Einzelnen ist zu klären, ob die Rechtsnorm offen sein soll, mit unbestimmten Begriffen, Generalklauseln oder Ermessensermächtigungen arbeiten soll, oder detailliert, bestimmt, möglichst konkret regeln und dem Rechtsanwendungsorgan wenig Spielraum für den Entscheid im Einzelfall lassen soll. Ein Kriterium kann die Organeignung sein. Sollen Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit gewährleistet, Orientierungssicherheit und Realisierungsgewissheit geschaffen, Massstäbe aufgestellt werden, die eine rechtsgleiche Behandlung von gleichen Fällen über längere Zeit hinweg und an verschiedenen Orten ermöglichen, so muss der Gesetzgeber das Problem im formellen Gesetz regeln. Geht es hingegen um eine dem konkreten Fall gerecht werdende, sachgerechte, flexible Lösung, um Einzelfallgerechtigkeit, so soll die Rechtsnorm offen und unbestimmt sein, damit die anwendenden Organe Spielraum und Gestaltungsfreiheit im Einzelfall haben. Zu beachten sind ausserdem die Grenzen der Normierbarkeit, die sich aus den Unsicherheiten über die Wirkungen von Gesetzen und der Ungenauigkeit der Sprache ergeben.

Neben diesen eher praktischen Erwägungen kommen aus der Steuerungsperspektive des Parlaments weitere Gründe für die Verankerung «offener Normen» in Betracht.¹⁹⁵ Selbst bei Vorhersehbarkeit eines Problems kann auf eine präzise Steuerung verzichtet werden, weil sich hierfür keine mehrheitsfähige Formulierung finden lässt, sondern lediglich ein «Formelkompromiss» mit geringem normativem Gehalt. Auch kann das Parlament bewusst eine unbestimmte Norm im Gesetz verankern, um die Letztentscheidungsverantwortung auf die Verwaltung zu übertragen, mitunter kombiniert mit Kontrollbefugnissen der Gerichte. Der Gesetzgeber befindet sich somit stets im Dilemma zwischen Gesetzmässigkeitsprinzip und Einzelfallgerechtigkeit.¹⁹⁶

192 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N. 391; ausführlich zu den Anforderungen an die normative Klarheit FLÜCKIGER, S. 550 ff.

193 SCHINDLER, Verwaltungsermessen, N. 303.

194 Dazu und zum Folgenden MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER, N. 34. Ausführlich zu den Gründen auf der Steuerungsebene für die Einräumung von Entscheidungsspielräumen SCHINDLER, Verwaltungsermessen, N. 427 f., 439 ff., 452 f., 482 f., 513 ff.

195 Dazu und zum Folgenden SCHINDLER, Verwaltungsermessen, N. 303.

196 RÜTSCHKE, ZSR 143 (2024) II, S. 5 (92).

b. *Beurteilungsspielräume und Ermessen*

Das Gesetzgebungsorgan ist nicht in der Lage, für jedes künftig sich stellende konkrete Problem eine sachgerechte Lösung anzuordnen.¹⁹⁷ Auf Gesetzesstufe werden vielmehr «offene Normen» verankert, die lediglich Ziele, Eckwerte oder einen Rahmen für die Verwaltungstätigkeit festlegen. Die Offenheit kann sich sowohl auf die Tatbestandsvoraussetzungen als auch auf die zu wählende Rechtsfolge beziehen.

Die Gestaltungsspielräume der Verwaltung werden oftmals in die Kategorien der Handlungsspielräume durch Ermessen und Beurteilungsspielräume durch unbestimmte Rechtsbegriffe eingeordnet.¹⁹⁸ Ermessensspielräume lockern das Gesetzmässigkeitsprinzip, indem sie die Verwaltungsbehörden ermächtigen, bei der Anwendung des Gesetzes zwischen verschiedenen Optionen auszuwählen.¹⁹⁹ Unbestimmte Rechtsbegriffe eröffnen den Verwaltungsbehörden bei der Auslegung des gesetzlichen Tatbestandes verschiedene Interpretationsmöglichkeiten und weichen auf diese Weise ebenfalls das Gesetzmässigkeitsprinzip auf.²⁰⁰

Ermessen ist ein Handlungsspielraum, den der Gesetzgeber den Verwaltungsbehörden bei der Anordnung von Rechtsfolgen gewährt.²⁰¹ Die Verwaltung kann aus verschiedenen, jeweils rechtmässigen Rechtsfolgen auswählen.²⁰² Ein unbestimmter Gesetzesbegriff umschreibt die Tatbestandsvoraussetzungen einer Rechtsfolge sehr offen und bedarf deshalb der Konkretisierung durch die Verwaltung.²⁰³ Das Bundesgericht unterscheidet zwischen einem Beurteilungsspielraum (Tatbestandsermessen auf der Voraussetzungsseite) und einem Handlungsspielraum (Rechtsfolgeermessen auf der Rechtsfolgeseite des Tatbestandes).²⁰⁴ Im Fall der Einräumung von Tatbestandsermessen ist die betreffende Norm justiziabel.²⁰⁵

Gesetzestechisch kann der Gesetzgeber der Verwaltung Ermessen auf drei unterschiedliche Arten einräumen:²⁰⁶ Das Gesetz ermächtigt die Verwaltungsbehörden ausdrücklich zum Handeln nach Ermessen (1). Die Einräumung von Ermessen wird durch eine «Kann-Vorschrift» zum Ausdruck gebracht (2). Das

197 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N. 391.

198 KARLEN, S. 125 f.; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, N. 1889: «liberté d'appréciation» und «notions juridiques indéterminées»; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, S. 737; zur Kritik an der Unterscheidung ausführlich TANQUEREL/BERNARD, N. 510 ff.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N. 609 ff.

199 MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, N. 1890.

200 MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, N. 1894.

201 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N. 583.

202 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, S. 739.

203 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N. 604.

204 BGer., Urteil vom 27. November 2024, 9C_302/2024, E. 2.2.5 (nicht publiziert in BGE 151 II 289).

205 BGE 151 II 289 E. 3.4.2.

206 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N. 408; TANQUEREL/BERNARD, N. 506.

Gesetz enthält andere offene Formulierungen (3). Kommunalen Behörden steht zudem bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe namentlich dann ein Beurteilungs- beziehungsweise Ermessensspielraum zu, wenn Fragen zu beantworten sind, die lokale Umstände betreffen, mit denen diese Behörden vertraut sind.²⁰⁷

In sachlicher Hinsicht bieten sich aus der Perspektive der Gesetzgebung Ermessenstatbestände für die Anordnung von Verwaltungsmassnahmen an, welche der Herstellung des rechtmässigen Zustands dienen, wie der Widerruf von Verfügungen und alle Arten von Polizeimassnahmen, für Überwachungsinstrumente, für begünstigende Verwaltungsakte wie die Gewährung von Konzessionen oder Subventionen sowie für Ausnahmegewilligungen, wie Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch und Nebenbestimmungen zu einer Polizeibewilligung.²⁰⁸

c. Beispiele für Einräumung und Entzug von Beurteilungsspielräumen und Ermessen

aa. Abgaberecht

Auf dem Gebiet des Abgaberechts müssen Ermessenstatbestände mit Blick auf Art. 127 Abs. 1 BV die enge Ausnahme bleiben. Die strenge Ausprägung des abgaberechtlichen Legalitätsprinzips kommt etwa darin zum Ausdruck, dass dieses weder aussergesetzliche noch übergesetzliche Revisionsgründe zulässt.²⁰⁹ Abgaberechtliche Gesetze kennen regelmässig einen Numerus clausus von Rechtsgründen, die es erlauben, auf eine rechtskräftige Verfügung oder einen rechtskräftigen Entscheid zurückzukommen.²¹⁰ Weitere Aufhebungs- oder Abänderungsgründe als die im Gesetz genannten sind gegenüber rechtskräftigen Veranlagungsverfügungen oder rechtskräftigen Einspracheentscheiden folglich ausgeschlossen und können weder von der steuerpflichtigen Person noch von der öffentlichen Hand angerufen werden.

Das Legalitätsprinzip gilt auch für Erleichterungen von der Steuerpflicht in Form von Befreiungen und Ausnahmen.²¹¹ Die Rechtsprechung stellt im Bereich der Leistungsverwaltung jedoch geringere Anforderungen an die gesetzliche Grundlage als in der Eingriffsverwaltung. Dies gilt auch für Steuererleichterungen: Im Unterschied zu steuerlichen Benachteiligungen einzelner Personen oder Gruppen, deren wesentliche Elemente (Kreis der Steuerpflichtigen, Steuerobjekt, Bemessung; Art. 127 Abs. 1 BV) aufgrund der besonderen Bedeutung des Legalitätsprinzips im Steuerrecht zwingend im formellen Gesetz geregelt sein müssen, kann die Verwaltung ausnahmsweise von der gelten-

207 BGE 145 I 52 E. 3.6.

208 RÜTSCHÉ, ZSR 143 (2024) II, S. 5 (86 f.).

209 BGE 151 II 345 E. 2.2.1.

210 BGE 151 II 345 E. 2.2.1.

211 Dazu und zum Folgenden BGE 150 I 1 E. 4.4.2.

den gesetzlichen Regelung abweichen und Steuererleichterungen gewähren, wenn das Gesetz die Verwaltung dazu ausdrücklich oder konkludent ermächtigt und zudem ein sachlicher Grund die Privilegierung der betroffenen Person im Vergleich zur Allgemeinheit rechtfertigt. Die Steuererleichterung kann beispielsweise mittels eines verwaltungsrechtlichen Vertrags erfolgen. Der Vorrang des Gesetzes verbietet es jedoch laut Bundesgericht unabhängig davon, dass die Verwaltung darüber hinaus auf tieferer Normstufe oder im Einzelfall vom demokratisch verabschiedeten Gesetz abweicht.

bb. Kriegsmaterialgesetz (KMG) des Bundes

Die Verdichtung und Lockerung gesetzlicher Vorgaben in Form inhaltlicher Bindungen für die Verwaltung lässt sich an der Entwicklung der Bestimmungen zur Bewilligung der Ausfuhr von Kriegsmaterial aufzeigen. Die gesetzliche Ausgestaltung wiegt zwischen der Einengung beziehungsweise Beseitigung von Beurteilungsspielräumen und deren (Wieder-)herstellung hin und her. Es lässt sich daran aufzeigen, dass die Verortung von Entscheidungsbefugnissen beim Parlament oder der Verwaltung durch politische Erwägungen bestimmt wird, die sich schnell ändern können.

Gemäss Art. 22 KMG²¹² werden die Herstellung, die Vermittlung, die Ausfuhr und die Durchfuhr von Kriegsmaterial für Empfänger im Ausland bewilligt, wenn dies dem Völkerrecht, den internationalen Verpflichtungen und den Grundsätzen der schweizerischen Aussenpolitik nicht widerspricht. Bis zum 30. April 2022 fanden sich keine weiteren Bestimmungen dazu. Seit dem 1. Mai 2022 werden die Voraussetzungen für die Bewilligungserteilung in Art. 22a KMG präzisiert. Art. 22a Abs. 1 KMG formuliert mehrere Kriterien, die bei der Beurteilung eines Gesuchs um die Bewilligung von Auslandsgeschäften zu berücksichtigen sind. Art. 22a Abs. 2 KMG enthält darüber hinaus einen Katalog von Tatbeständen, bei deren Erfüllung Auslandsgeschäfte nicht bewilligt werden dürfen. Dies ist unter anderem der Fall, wenn das Bestimmungsland in einen internen oder internationalen bewaffneten Konflikt verwickelt ist (Art. 22a Abs. 2 Bst. a KMG).

Art. 22a KMG war ein Kernelement des indirekten Gegenvorschlags zur Volksinitiative «Gegen Waffenexporte in Bürgerkriegsländer (Korrektur-Initiative)». Die Volksinitiative ihrerseits war eine Reaktion auf die vom Bundesrat im Jahr 2014 beschlossene Lockerung der Voraussetzungen für die Ausfuhr in Form ausgeweiteter Abweichungsmöglichkeiten in der KMV²¹³. So bestimmte Art. 5 Abs. 2 Bst. a KMV – im Einklang mit der heute geltenden gesetzlichen Regelung – bis dahin, dass Auslandsgeschäfte nicht bewilligt werden durften,

212 Bundesgesetz vom 13. Dezember 1996 über das Kriegsmaterial (Kriegsmaterialgesetz, KMG; SR 514.51).

213 Verordnung vom 25. Februar 1998 über das Kriegsmaterial (Kriegsmaterialverordnung, KMV; SR 514.511).

wenn das Bestimmungsland in einen internen oder internationalen bewaffneten Konflikt verwickelt war.

In seinem Entwurf für den indirekten Gegenvorschlag zur Volksinitiative hatte der Bundesrat wiederum vorgeschlagen, ihm eine Abweichungskompetenz von den nunmehr gesetzlich zu verankernden Verbotskriterien einzuräumen. Er hätte ein Gesuch für die Ausfuhr von Kriegsmaterial ausnahmsweise bewilligen können, wenn ausserordentliche Umstände vorliegen und die Wahrung der aussen- oder der sicherheitspolitischen Interessen des Landes dies erfordert.²¹⁴ Diese Abweichungskompetenz für den Bundesrat hätte «eine gewisse Flexibilität [gewährleisten sollen], damit die Ausfuhrpolitik für Kriegsmaterial an sich ändernde aussen- und sicherheitspolitische Gegebenheiten angepasst werden kann».²¹⁵ Der Bundesrat schilderte die Rechtswirkungen der Verweigerung einer Abweichungskompetenz durch das Parlament: «Ohne die Abweichungskompetenz für den Bundesrat wären Ausfuhren an Länder, welche in einen internen oder internationalen bewaffneten Konflikt verwickelt sind, [...] gesetzlich ausgeschlossen. Damit liesse das Gesetz kaum politischen Interpretationsspielraum zu. Eine Güterabwägung durch den Bundesrat wäre also nur noch gestützt auf die Verfassung, insbesondere Artikel 184 BV, möglich. Eine solche auf die BV gestützte Bewilligung von Kriegsmaterialausfuhren stünde dem expliziten Wortlaut des Gesetzes entgegen und könnte staatspolitische Fragen aufwerfen, weshalb eine gesetzlich vorgesehene Abweichungskompetenz klare Verhältnisse schafft.»²¹⁶

Die beiden Räte strichen die Abweichungskompetenz in den parlamentarischen Beratungen im Jahr 2021 aus dem Entwurf des Bundesrates. Der Bundesrat kann somit nach geltender Rechtslage nicht von den in Art. 22a Abs. 2 KMG verankerten Verbotstatbeständen abweichen. Am 12. Februar 2025 unterbreitete der Bundesrat der Bundesversammlung jedoch einen Entwurf zur erneuten Änderung des KMG, mit dem er wiederum die Aufnahme einer Abweichungskompetenz vorschlug, sodass er bei Erfüllung eines Verbotstatbestandes trotzdem eine Bewilligung erteilen könnte, sofern ausserordentliche Umstände vorliegen und die Wahrung der aussen- oder der sicherheitspolitischen Interessen des Landes dies erfordert.²¹⁷ Die Aufnahme einer Abweichungskompetenz soll dem Bundesrat mit Blick auf das veränderte geopolitische Umfeld – vor allem auch vor dem Hintergrund des Krieges Russlands gegen die Ukraine – im Rahmen der Verpflichtungen nach Art. 22 KMG einen Handlungsspielraum gewähren, um die Ausfuhrpolitik für Kriegsmaterial an sich ändernde aussen- und sicherheitspolitische Gegebenheiten an-

214 Vgl. Art. 22b Bundesgesetz über das Kriegsmaterial (Kriegsmaterialgesetz, KMG) (Entwurf), BBl 2021 624.

215 BBl 2021 623 S. 37.

216 BBl 2021 623 S. 39.

217 BBl 2025 651.

zupassen.²¹⁸ Die Bundesversammlung hat am 19. Dezember 2025 mit dem Erlass von Art. 22b Abs. 1 KMG (neu) die vom Bundesrat gewünschte Lockerung beschlossen.²¹⁹

Der Bundesrat soll danach allein entscheiden, in welcher Situation ausserordentliche Umstände im Sinne der Abweichungskompetenz vorliegen.²²⁰ Die Abweichung soll ausdrücklich durch Erlass einer Verfügung zur Bewilligung des Ausfuhrgesuchs erfolgen können (vgl. Art. 22b Abs. 2 KMG [neu]). Es bedürfte demnach nicht zwingend einer vorherigen generell-abstrakten Rechtsgrundlage in Form einer Verordnung des Bundesrates. Das ergänzte KMG würde demnach die inhaltlichen Bindungen an den Vollzug lockern und der Behörde damit erweiterte Entscheidungsbefugnisse übertragen. Bei den «ausserordentlichen Umständen» und der «Wahrung der aussen- oder der sicherheitspolitischen Interessen des Landes» handelt es sich um in hohem Mass unbestimmte Rechtsbegriffe, die der Bundesrat nach seinem politischen Ermessen auslegen könnte.

Der Ständerat beschloss darüber hinaus auf Antrag seiner Kommission in der Sommersession 2025 eine weitergehende Regelung, wonach Ausfuhrgesuche für Länder, die von der Einzelbewilligungspflicht ausgenommen sind,²²¹ vom Bundesrat zwingend bewilligt werden müssen, ausser es liegen ausserordentliche Umstände vor und die aussen- oder sicherheitspolitischen Interessen der Schweiz erfordern eine Ablehnung.²²² Das im Entwurf des Bundesrates vorgesehene Regel-Ausnahme-Verhältnis wird in Bezug auf die von der Einzelbewilligungspflicht ausgenommenen Staaten umgekehrt.²²³

Zudem wollte der Ständerat die Entscheidungsspielräume des Bundesrates einengen. Während im Entwurf des Bundesrates unbestimmte Rechtsbegriffe im Tatbestand («ausserordentliche Umstände»; «Wahrung der aussen- oder der sicherheitspolitischen Interessen des Landes») mit einem Entschliessungsermessen bezüglich der Rechtsfolge («Der Bundesrat kann») kombiniert worden waren, sah die Version des Ständerates zwar noch die unbestimmten Rechtsbegriffe vor («ausserordentliche Umstände»; «die aussen- oder sicherheitspolitischen Interessen der Schweiz»), räumte dem Bundesrat aber kein Entschliessungsermessen mehr ein, sondern verpflichtete ihn zur Erteilung der Bewilligung («Ausfuhrgesuche [...] werden bewilligt»). Der Zweck der Neuerung besteht darin, den Export von Kriegsmaterial zu erleichtern und die schweizerische Rüstungsindustrie zu stärken.²²⁴

218 BBl 2025 650 S. 11 f.

219 BBl 2026 22.

220 BBl 2025 650 S. 17.

221 Vgl. Liste der Länder, für die nach Art. 6 und Art. 7 KMG keine Einzelbewilligungen erforderlich sind, in Anhang 2 zur KMG.

222 Vgl. AB 2025 S 506 f.: Art. 22a Abs. 2^{bis} KMG (neu).

223 Zur diesbezüglichen Kritik AB 2025 S 509 (Zopfi).

224 AB 2025 S 495 (Häberli-Koller).

Der Nationalrat schloss sich der Version des Ständerates an, die Bundesversammlung verabschiedete am 19. Dezember 2025 Art. 22a Abs. 2^{bis} KMG (neu).²²⁵ Nach dessen Satz 1 gilt das strikte Bewilligungsverbot für Bestimmungsländer, die in einen internen oder internationalen bewaffneten Konflikt verwickelt sind, nicht für Länder, für welche der Bundesrat gestützt auf eine Verordnung Ausnahmen von der Einzelbewilligungspflicht vorsieht. Ausfuhrgesuche für diese Länder werden nach Satz 2 vielmehr bewilligt, ausser es liegen ausserordentliche Umstände vor und die aussen-, neutralitäts- oder sicherheitspolitischen Interessen der Schweiz erfordern eine Ablehnung.

Über die Wiederherstellung der ursprünglichen Entscheidungsspielräume des Bundesrates in Form einer allgemeinen Abweichungsbefugnis hinaus eröffnet das revidierte KMG dem Bundesrat zusätzliche spezifische Spielräume in Bezug auf westliche Staaten, die in einen bewaffneten Konflikt verwickelt sind, indem das strikte Ausfuhrverbot aufgeweicht wird. Die gesetzliche Bestimmung engt jedoch zugleich die insoweit eröffneten Spielräume – gegenläufig zur derzeitigen Ausrichtung des KMG – ein, indem sie den Bundesrat grundsätzlich zur Erteilung der Ausfuhrbewilligung verpflichtet. Das Ermessen des Bundesrates beschränkt sich auf die Beurteilung, ob ausnahmsweise ausserordentliche Umstände vorliegen und die aussen-, neutralitäts- oder sicherheitspolitischen Interessen der Schweiz eine Ablehnung des Ausfuhrgesuchs erfordern.

Inzwischen ist das Referendum gegen die beschlossenen Gesetzesänderungen zustande gekommen. Die Stimmberechtigten werden somit im Herbst 2026 in der Volksabstimmung darüber entscheiden, inwieweit die Verwaltungstätigkeit bei der Erteilung von Ausfuhrbewilligungen für Kriegsmaterial durch starre gesetzliche Vorgaben beziehungsweise durch die Eröffnung von Entscheidungsspielräumen (unter gleichzeitiger Verankerung neuer gesetzlicher Vorgaben) gesteuert werden soll.

cc. Kostenregelungen bei Versammlungen in kantonalen Polizeigesetzen

Seit einigen Jahren politisch stark umstritten ist die Überbürdung von Kosten für Polizeieinsätze bei Demonstrationen.²²⁶ Bislang liegt es typischerweise im Ermessen der zuständigen kantonalen oder kommunalen Polizeibehörde, ob sie bestimmten Teilnehmenden an einer Versammlung die Kosten für einen Polizeieinsatz in Rechnung stellen will. Sie verfügt demnach über Entscheidungsermessen. Ein Beispiel hierfür ist die kürzlich erfolgte Ergänzung der grundlegenden Bestimmung zur Auferlegung des Kostenersatzes in § 58 Abs. 1 Bst. a und b PolG/ZH.²²⁷ Danach *kann* die Polizei von der Veranstalterin oder vom Veranstalter eines Anlasses, der einen ausserordentlichen Polizeiein-

225 BBl 2026 22.

226 Näher dazu KIENER/SCHINDLER/BRUNNER, N. 679.

227 Polizeigesetz vom 23. April 2007 (PolG; LS 550.1).

satz erfordert, beziehungsweise von der Verursacherin oder vom Verursacher eines Polizeieinsatzes, wenn diese oder dieser vorsätzlich oder grobfahrlässig gehandelt hat, Kostenersatz verlangen.

Die im Jahr 2022 in der Form der allgemeinen Anregung zustande gekommene Volksinitiative «zur Durchsetzung von Recht und Ordnung («Anti-Chaoten-Initiative»)²²⁸ verlangte unter anderem, dass bei illegalen Demonstrationen, Kundgebungen oder anderweitigen Veranstaltungen die Kosten für Polizeieinsätze, aber auch Sachbeschädigungen oder andere Schäden auf Veranstalter und Teilnehmer aufgeteilt werden, und dass Personen oder Organisationen, welche bewilligte Demonstrationen, Kundgebungen oder anderweitige Veranstaltungen stören und damit Sachbeschädigungen, Gewaltanwendung oder andere rechtswidrige Handlungen fördern, für die daraus entstehenden Kosten sowie die Kosten des dafür notwendigen Polizeieinsatzes haften.²²⁹ Mit der Volksinitiative wurde somit gefordert, die Befugnis der Verwaltung zur Überbürdung der Kosten in eine entsprechende Pflicht umzuwandeln. Dadurch sollte das Entschliessungsermessen der Polizeibehörden beseitigt werden.

Der Regierungsrat beantragte dem Kantonsrat, mit der Ablehnung der Initiative einen Gegenvorschlag zu verbinden. Die Mehrheit der vorberatenden Kommission begründete seinerzeit ihre Zustimmung zur Initiative und den Handlungsbedarf für die Ausarbeitung eines Gegenvorschlags damit, dass die momentane Gesetzeslage die «Chaoten» zu wenig in die Pflicht nehme.²³⁰ Zwar sehe das geltende Recht die Möglichkeit einer Überwälzung der Kosten vor. Es liege aber im Ermessen des zuständigen Gemeinwesens, ob davon Gebrauch gemacht werden solle oder nicht. Der Kantonsrat lehnte die Initiative ab und unterbreitete den Stimmberechtigten den genannten Gegenvorschlag.

Der von den Stimmberechtigten in der Volksabstimmung vom 3. März 2024 bei gleichzeitiger Ablehnung der Volksinitiative angenommene Gegenvorschlag lautete wie folgt: «Im Kanton Zürich sind Regelungen zu erlassen, die unter Berücksichtigung des übergeordneten Rechts, insbesondere der Grundrechte, der verwaltungsrechtlichen Grundprinzipien sowie der Rechtsprechung, eine zwingende Verrechnung von Kosten für ausserordentliche Polizeieinsätze an vorsätzlich handelnde Verursacherinnen und Verursacher vorsehen. Darüber hinaus soll für Demonstrationen, Kundgebungen oder anderweitige Veranstaltungen eine Bewilligungspflicht durch das zuständige Gemeinwesen statuiert werden.»

Der Zürcher Kantonsrat hat am 30. Juni 2025 die Vorlage zur Umsetzung des Gegenvorschlags zur «Anti-Chaoten-Initiative» beschlossen. Nach unbe-

228 Vgl. dazu auch KIENER/SCHINDLER/BRUNNER, N. 680.

229 Siehe dazu Antrag des Regierungsrates vom 7. März 2023 (Nr. 5892).

230 Antrag der Kommission für Justiz und öffentliche Sicherheit vom 24. August 2023 (Nr. 5892a), S. 6.

nutztem Ablauf der Referendumsfrist ist die Gesetzesänderung am 1. Januar 2026 in Kraft getreten. Gemäss § 58 Abs. 3 PolG/ZH *muss* die Polizei von der Verursacherin oder dem Verursacher eines ausserordentlichen Polizeieinsatzes Kostenersatz verlangen, wenn diese oder dieser vorsätzlich gehandelt hat. Sie verrechnet die Kosten eines ausserordentlichen Polizeieinsatzes ab dem Zeitpunkt, in dem Leistungen erforderlich werden, die über den Grundauftrag zur Verhinderung polizeiwidriger Zustände hinausgehen (§ 58 Abs. 4 PolG/ZH). Sie auferlegt die Kosten der Verursacherin oder dem Verursacher anteilmässig nach Massgabe ihres beziehungsweise seines konkreten Beitrags (§ 58 Abs. 5 PolG/ZH). Bei bewilligten Veranstaltungen, die der Ausübung des verfassungsmässig garantierten Demonstrationsrechts dienen, werden der Veranstalterin oder dem Veranstalter keine Kosten auferlegt, ausser sie beziehungsweise er hat vorsätzlich oder grobfahrlässig gegen Auflagen der Bewilligung verstossen (§ 58 Abs. 6 PolG/ZH).

Die neuen Gesetzesbestimmungen sind vor Bundesgericht angefochten worden. Das Urteil steht noch aus. Das Bundesgericht hatte sich indes bereits mit der Frage der Kostenauflegung zu befassen.²³¹ Die Auferlegung von Kosten im Zusammenhang mit der Meinungs- und Versammlungsfreiheit stellt eine Grundrechtseinschränkung dar, die einer gesetzlichen Grundlage bedarf.²³² Dies ist mit § 58 PolG/ZH der Fall. Die Kostenregelung ist überdies mit dem Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt.²³³

Die gesetzliche Verankerung der Pflicht zur Auferlegung der Kosten muss gemäss Art. 36 Abs. 3 BV verhältnismässig sein. Soweit der Veranstalter das Risiko auf Kostenersatz durch eigenes Verhalten ausschliessen kann, da er einzig bei einem zumindest grobfahrlässigen Verstoss gegen Bewilligungsaufgaben kostenpflichtig wird, geht hiervon kein unverhältnismässiger «chilling effect» aus, welcher Organisatoren von Kundgebungen als Grundrechtsträger von der Ausübung des Grundrechts der Versammlungsfreiheit abschreckt.²³⁴ Die Behörden haben die Kosten nach Massgabe des konkreten Tatbeitrags und damit entsprechend dem Grad der Verantwortung für die Störungssituation zu verrechnen.²³⁵ Jeder Störer darf zur Kostentragung seines Störungsanteils – und ausschliesslich für diesen Teil – herangezogen werden. Die Ausgestaltung im PolG/ZH scheint vor diesem Hintergrund verfassungskonform.

231 Näher dazu KIENER/SCHINDLER/BRUNNER, N. 682.

232 BGE 143 I 147 E. 3.1.

233 BGE 143 I 147 E. 3.1.

234 BGE 143 I 147 E. 5.4.

235 BGE 143 I 147 E. 12.3.

5. *Gesetzliche Steuerung der Interessenabwägung*

a. *Interessenabwägung als Gestaltungsmöglichkeit*

aa. *Interessenabwägung durch die Verwaltung: Von der offenen Norm zur fallbezogenen Entscheidung*

Interessenabwägungen geben derjenigen Instanz, die sie vornimmt, Gestaltungsmöglichkeiten. Typischerweise wägt die zuständige Verwaltungsbehörde im Einzelfall die gegenläufigen Interessen gegeneinander ab. Als Rahmenbedingung beachtet sie dafür, dass staatliches Handeln im öffentlichen Interesse liegen muss (Art. 5 Abs. 2 BV). Konkrete Abwägungen als Entscheidungsinstrument in der Rechtsanwendung beziehen sich auf den Einzelfall, also den konkreten Sachverhalt mit seinen besonderen Umständen, einzelnen betroffenen Personen und ihren Interessen.²³⁶ Für Verwaltungsbehörden geht es darum, zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben im Rahmen von Verfassung und Gesetz zweckmässige Entscheide zu treffen, z.B. in Verfahren auf Erteilung einer Bewilligung, Entzug einer Konzession oder Rückforderung einer Subvention.²³⁷

In einigen Bereichen des Verwaltungsrechts, wie dem Planungs-, Umwelt- und Infrastrukturrecht, sehen die gesetzlichen Grundlagen zugunsten der Verwaltungsbehörden bei der Beurteilung vielseitiger Interessenlagen besonders weite Handlungsspielräume vor.²³⁸ Im Fall der Kollision widerstreitender öffentlicher und privater Interessen nimmt die im Einzelfall entscheidende Verwaltungsbehörde regelmässig eine wertende Gegenüberstellung und Abwägung vor.²³⁹ Eine derartige umfassende Interessenabwägung trägt sämtlichen relevanten öffentlichen und privaten Interessen Rechnung.²⁴⁰ Die Interessenabwägung führt somit im Zuge der Konkretisierung gesetzlich vermittelter Handlungsspielräume der Verwaltung von der offenen Norm zur fallbezogenen Entscheidung.²⁴¹

Das Gesetz überlässt der Verwaltung die konkrete und individualisierte Abwägungsentscheidung.²⁴² Mitunter findet sich eine ausdrückliche Bestimmung hierzu. Stehen den Erfordernissen an den Bau von Nationalstrassen, wonach diese hohen verkehrstechnischen Anforderungen zu genügen haben, die insbesondere eine sichere und wirtschaftliche Abwicklung des Verkehrs gewährleisten, andere schutzwürdige Interessen entgegen, wie insbesondere die Erfordernisse der militärischen Landesverteidigung und der wirtschaftlichen Nutzung des Grundeigentums, die Anliegen der Landesplanung oder des Ge-

236 RÜTSCHKE, ZSR 143 (2024) II, S. 5 (29).

237 RÜTSCHKE, ZSR 143 (2024) II, S. 5 (30).

238 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N. 612.

239 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N. 496.

240 BGE 145 II 70 E. 3.2; BGE 150 II 133 E. 4.1.3.

241 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N. 614.

242 BERNARD, ZSR 143 (2024) II, S. 101 (161).

wässer-, Natur- und Heimatschutzes, so sind die Interessen gegeneinander abzuwägen (Art. 5 Abs. 2 NSG²⁴³).

Ein weiteres klassisches Beispiel für behördliche Handlungsspielräume bei der Interessenabwägung mit Blick auf die in Art. 3 RPG²⁴⁴ verankerten Planungsgrundsätze verkörpert Art. 3 Abs. 1 RPV²⁴⁵. Stehen den Behörden bei Erfüllung und Abstimmung raumwirksamer Aufgaben Handlungsspielräume zu, so wägen sie die Interessen gegeneinander ab, indem sie die betroffenen Interessen ermitteln, diese Interessen beurteilen und dabei insbesondere die Vereinbarkeit mit der anzustrebenden räumlichen Entwicklung und die möglichen Auswirkungen sowie diese Interessen auf Grund der Beurteilung im Entscheid möglichst umfassend berücksichtigen.

bb. Vorstrukturierung der Interessenabwägung durch das Parlament:
demokratische Funktion

In anderen Fällen strukturiert das Gesetz die Interessenabwägung durch die Verwaltungsbehörde vor. Gesetzliche Vorgaben für die Interessenabwägung, die bestimmte Interessen besonders gewichten, schränken diese klassischen Handlungsspielräume der Verwaltungsbehörden unmittelbar ein.²⁴⁶ Es entspricht der demokratischen Funktion des Gesetzes, dass sich das Parlament vorweg in Interessenabwägungen der Verwaltung «einmischt», indem es diese vorstrukturiert.²⁴⁷ Daher ist die Vorwegnahme der Interessenabwägung verfassungsrechtlich zulässig.²⁴⁸ Der Gesetzgeber verleiht bestimmten Interessen in verallgemeinernder Weise eine gewisse Vorrangstellung.²⁴⁹

Gemäss Art. 6 Abs. 2 NHG²⁵⁰ darf ein Abweichen von der ungeschmälernten Erhaltung eines Objektes von nationaler Bedeutung im Sinne der Inventare bei Erfüllung einer Bundesaufgabe nur in Erwägung gezogen werden, wenn ihr bestimmte gleich- oder höherwertige Interessen von ebenfalls nationaler Bedeutung entgegenstehen.

Einzelne Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien, namentlich Speicher- und Laufwasserkraftwerke, Pumpspeicherkraftwerke, Solar- und Windkraftanlagen sowie Elektrolyseure und Methanisierungsanlagen, sind ab einer bestimmten Grösse und Bedeutung von nationalem Interesse, das insbesondere demjenigen nach Art. 6 Abs. 2 NHG entspricht (Art. 12 Abs. 2 EnG²⁵¹).

243 Bundesgesetz vom 8. März 1960 über die Nationalstrassen (NSG; SR 725.11).

244 Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700).

245 Raumplanungsverordnung vom 28. Juni 2000 (RPV; SR 700.1).

246 Siehe CHAIX, S. 117 f.

247 BIAGGINI, ZBl 123/2022, S. 629 (629).

248 BIAGGINI, ZBl 123/2022, S. 629 (630).

249 BERNARD, ZSR 143 (2024) II, S. 101 (162).

250 Bundesgesetz vom 1. Juli 1966 über den Natur- und Heimatschutz (NHG; SR 451).

251 Energiegesetz vom 30. September 2016 (EnG; SR 730.0).

Eine weitere Möglichkeit der Vorstrukturierung ist der Ausschluss bestimmter Interessen von der Abwägung.²⁵² So gelten bei der Bewilligung von Ausnahmen vom Rodungsverbot finanzielle Interessen, wie die möglichst einträgliche Nutzung des Bodens oder die billige Beschaffung von Land für nicht-forstliche Zwecke, nicht als wichtige Gründe, die geeignet wären, das Interesse an der Walderhaltung zu überwiegen (Art. 5 Abs. 3 WaG²⁵³).

Mittelbar werden Spielräume der Verwaltung bei der Interessenabwägung durch Vorgaben zur Verfahrensbeschleunigung eingeengt, weil die zeitlichen und inhaltlichen Möglichkeiten zur Ermittlung und Berücksichtigung verschiedener Interessen verringert werden.²⁵⁴

cc. Vorwegnahme der Interessenabwägung: direkte Anwendbarkeit

Die stärkste Einschränkung vormals bestehender Handlungsspielräume der Verwaltung ist die gesetzliche Vorwegnahme der Interessenabwägung.²⁵⁵ Nimmt das Gesetz die Interessenabwägung vorweg, ist eine solche Bestimmung für die Verwaltungsbehörden direkt anwendbar.²⁵⁶ Sie ist stets anzuwenden, wenn beim Erlass einer Verfügung die gegenläufigen Interessen zu bewerten sind. Dies gilt insbesondere bei der Auslegung gesetzlicher Generalklauseln oder unbestimmter Rechtsbegriffe. Diese Konzeption hat zur Folge, dass im Fall einer Interessenabwägung das gesetzlich privilegierte Interesse andere Interessen *im Prinzip* überwiegt. Die Verwaltungsbehörde darf das vorrangige Interesse nur im absoluten Ausnahmefall und mit besonders guter Begründung zurückstellen.

Hat eine Behörde über die Bewilligung des Baus, der Erweiterung oder Erneuerung oder über die Konzessionierung einer Anlage oder eines Pumpspeicherkraftwerks nach Art. 12 Abs. 2 EnG zu entscheiden, so ist das nationale Interesse an der Realisierung dieser Vorhaben bei der Interessenabwägung als gleichrangig zu betrachten mit anderen nationalen Interessen (Art. 12 Abs. 3 Satz 1 EnG). Das nationale Interesse geht entgegenstehenden Interessen von kantonaler, regionaler oder lokaler Bedeutung vor (Art. 12 Abs. 3 Satz 2 EnG).

dd. Synthese

Der Gesetzgeber hat es in der Hand, Interessenabwägungen durch Verwaltungsbehörden in Form von Abwägungsgesichtspunkten bis zu einem gewissen Grad zu strukturieren und zu steuern.²⁵⁷ Dabei kann der Gesetzgeber unterschiedlich

252 CHAIX, S. 122.

253 Bundesgesetz vom 4. Oktober 1991 über den Wald (Waldgesetz, WaG; SR 921.0).

254 CHAIX, S. 124.

255 CHAIX, S. 120.

256 Dazu und zum Folgenden BGE 146 II 367 E. 3.3.1.

257 Dazu und zum Folgenden RÜTSCHKE, ZSR 143 (2024) II, S. 5 (92).

weit gehen: von der Aufzählung von Aspekten, die bei der Interessengewichtung zu berücksichtigen sind, über die Festlegung der für Abwägungen relevanten Rechtsgüter bis hin zur Vermutung, dass ein bestimmtes Interesse überwiegt. Mit der Positivierung von Abwägungsgesichtspunkten lässt sich die Anbindung von Interessenabwägungen an das Gesetz stärken, ohne einzelfallgerechte Lösungen auszuschliessen. Einzelfallgerechtigkeit und Gesetzmässigkeitsprinzip werden in einen Ausgleich gebracht. Insofern ist die Verankerung von Abwägungsgesichtspunkten ein Desiderat an den Gesetzgeber. Dabei darf er allerdings nicht so weit gehen, dass eine Regelung – namentlich eine gesetzliche Vermutung für ein überwiegendes Interesse – den rechtsanwendenden Instanzen in Einzelfällen die Flexibilität nimmt, grundrechtskonforme Entscheide zu treffen.

b. Überwiegendes Interesse an der Erzeugung erneuerbarer Energien

aa. Wasserkraftwerk Grimsel

Der sich stetig verstärkende Zugriff des Parlaments auf die Abwägungsspielräume der rechtsanwendenden Behörden zeigt sich deutlich bei der Anwendung der gesetzlichen Voraussetzungen auf Vorhaben zur Erzeugung erneuerbarer Energien. Ausgangspunkt dieser Entwicklung und Wendepunkt der rechtspolitischen Diskussion ist das Urteil des Bundesgerichts aus dem Jahr 2020 betreffend das Wasserkraftwerk Grimsel. Ob das Interesse an der Realisierung des Projekts im konkreten Fall überwiege, sei – ungeachtet des in Art. 12 Abs. 3 EnG statuierten Interesses an der Verwirklichung von Wasserkraftwerken – anhand einer umfassenden Interessenabwägung zu prüfen.²⁵⁸ In ihr seien alle vom Projekt berührten Belange mit der ihnen zukommenden Bedeutung einzustellen, unter anderem seien alle Schutzinteressen zu berücksichtigen, auch solche von «nur» kantonaler oder lokaler Bedeutung. Das Bundesgericht gelangte zum Ergebnis, dass mit dem Biotopschutz ein wichtiges Element in der Interessenabwägung nicht mit dem ihm gebührenden Gewicht berücksichtigt worden sei.²⁵⁹

Das Parlament wählte im Zusammenhang mit der Bekämpfung der Klimakrise und der zu diesem Zweck angestrebten Energiewende die Technik der gesetzlichen Vorwegnahme der Interessenabwägung.²⁶⁰ Mit der Reform im Zuge des am 1. Januar 2025 in Kraft getretenen «Mantelerlasses» ordnete der Gesetzgeber mit Blick auf die Rechtsanwendung eine deutliche Akzentverschiebung zugunsten der Realisierung von Vorhaben zur Erzeugung erneuerbarer Energien an.²⁶¹ Als Reaktion auf das Urteil zum Grimsel-Projekt bestimmt Art. 12 Abs. 3 Satz 2 EnG nunmehr, dass das nationale Interesse (am Ausbau erneu-

258 Dazu und zum Folgenden BGE 147 II 164 E. 4.7.

259 BGE 147 II 164 E. 5.5.

260 BERNARD, ZSR 143 (2024) II, S. 101 (162).

261 GLASER, EurUP 2024, S. 273 (279).

erbarer Energien) entgegenstehenden Interessen von kantonaler, regionaler oder lokaler Bedeutung vorgeht. Das Urteil wird dahingehend «korrigiert», dass Schutzinteressen von kantonaler oder lokaler Bedeutung nicht mehr geeignet sind, in der Interessenabwägung massgebliches Gewicht zu erlangen.

bb. Windparks Sainte-Croix und Grenchenberg

Im Zusammenhang mit Beschwerden gegen die Windparks Sainte-Croix und Grenchenberg gewichtete das Bundesgericht in zwei Urteilen aus dem Jahr 2021 das nationale Interesse an der Errichtung von Windenergieanlagen gemäss Art. 12 Abs. 1 EnG mit Blick auf das Interesse am Natur- und Heimatschutz gemäss Art. 6 Abs. 2 NHG hoch.²⁶² Dem Ausbau erneuerbarer Energien komme zudem vor dem Hintergrund des Klimawandels eine herausragende Bedeutung zu.²⁶³ Dennoch betonte das Bundesgericht, dass die Behörde bei der Entscheidung über die Bewilligung des Baus einer Anlage das nationale Interesse an der Realisierung dieser Vorhaben bei der Interessenabwägung als gleichrangig mit anderen nationalen Interessen (Art. 12 Abs. 3 EnG) zu betrachten habe, das Ergebnis der Interessenabwägung somit gesetzlich nicht vorgegeben, sondern die Abwägung in jedem Einzelfall vorzunehmen sei.²⁶⁴ Dies lässt darauf schliessen, dass die Errichtung von Wasser- und Windkraftanlagen keinen uneingeschränkten Vorrang vor Schutz- und Erhaltungsinteressen geniessen.

cc. Solaroffensive

Photovoltaik-Grossanlagen sind gemäss dem im Rahmen der «Solaroffensive» erlassenen Art. 71a Abs. 1 Bst. b EnG von nationalem Interesse. Art. 71a Abs. 1 Bst. d EnG nimmt auf Gesetzesstufe die von der Verwaltung vorzunehmende Interessenabwägung vollständig vorweg.²⁶⁵ Das Interesse an der Realisierung von Photovoltaik-Grossanlagen geht anderen nationalen, regionalen und lokalen Interessen grundsätzlich vor.²⁶⁶ Die Bestimmung zielt auf eine Einschränkung der raumplanerischen Interessenabwägung ab und führt zu einer Schwächung der Inventare nach Art. 5 NHG und des Schutzes des Waldes vor Eingriffen.²⁶⁷ Lediglich die Formulierung «grundsätzlich» lässt der Verwaltung im Ausnahmefall möglicherweise noch einen geringen Spielraum.²⁶⁸ Im Bewilligungsverfahren kann die zuständige kantonale Behörde allenfalls noch eine sehr eingeschränkte Interessenabwägung durchführen.²⁶⁹ In der Literatur wird

262 BGE 147 II 319 E. 8.3; BGE 148 II 36 E. 13.1.

263 BGE 148 II 36 E. 13.2.

264 BGE 148 II 36 E. 13.5.

265 Siehe auch FÖHSE, ZBl 125/2024, S. 575 (577).

266 Zu verfassungsrechtlichen Einwänden mit Blick auf Art. 75 und Art. 78 Abs. 2 BV GRIFFEL, recht 2023, S. 52 (54).

267 BÜHL, URP 2023, S. 260 (273).

268 BERNARD, ZSR 143 (2024) II, S. 101 (163).

269 BÜHL, URP 2023, S. 260 (273).

angenommen, eine Interessenabwägung zu Gunsten des Erhalts der Schutzwerte eines BLN-Objekts (Objekt im Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler) sei noch ausnahmsweise bei der Kumulation von Schutzinteressen an einem Standort zulässig, beispielsweise wenn ein geplanter Anlagenstandort in einem BLN-Objekt und zugleich in einem Park von nationaler Bedeutung liegen würde oder in einem BLN-Objekt und zugleich im UNESCO-Welterbe.²⁷⁰ Art. 71a Abs. 1 Bst. d EnG verdrängt als jüngeres Gesetz die ältere Bestimmung in Art. 5 Abs. 3^{bis} WaG.²⁷¹ Danach hat eine Behörde beim Entscheid über die Bewilligung für den Bau von Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien und von Energietransport- und -verteilanlagen bei der Interessenabwägung das nationale Interesse an der Realisierung dieser Vorhaben als gleichrangig mit anderen nationalen Interessen zu betrachten.

dd. Mantelerlass

Im Anschluss an die «Solaroffensive» verabschiedete das Parlament im Juni 2023 den «Windkraft-Express» in Form von Art. 71c EnG. Die Bestimmung trat zum 1. Februar 2024 in Kraft. Anwendung findet sie auf Verfahren zur Bewilligung von Windenergieanlagen von nationalem Interesse, die über einen rechtskräftigen Nutzungsplan verfügen, der von der Gemeinde beschlossen wurde (Art. 71c Abs. 1 EnG). In diesem Zusammenhang wurden zunächst lediglich verfahrensrechtliche Vorgaben erlassen, ohne die Interessenabwägung in der Sache vorwegzunehmen. Die Reform mündete indes zusammen mit der «Solaroffensive» in den «Mantelerlass».

Der «Mantelerlass» führte mit Art. 9a StromVG²⁷² mit Wirkung ab dem 1. Januar 2025 eine übergreifende Regelung betreffend Anlagen zur Erzeugung sämtlicher Formen erneuerbarer Energien ein. Gefördert werden soll der Zubau von Kraftwerken zur Erzeugung von erneuerbarer Energie (Art. 9a Abs. 1 StromVG). Dieser Zubau ist in erster Linie mit Speicherwasserkraftwerken nach Anhang 2 sowie mit Solar- und Windkraftanlagen von nationalem Interesse zu erreichen (Art. 9a Abs. 2 StromVG). Für die genannten Speicherwasserkraftwerke sowie für das Wasserkraftwerk Chlus gilt, dass das Interesse an ihrer Realisierung anderen nationalen Interessen grundsätzlich vorgeht (Art. 9a Abs. 2 Bst. d StromVG). Für Solar- und Windkraftanlagen von nationalem Interesse nach Art. 12 EnG, die in einem geeigneten Gebiet nach Art. 10 Abs. 1 EnG und Art. 8b RPG, aber ausserhalb von Objekten nach Art. 5 NHG vorgesehen sind, gilt ebenfalls, dass das Interesse an ihrer Realisierung anderen nationalen Interessen grundsätzlich vorgeht (Art. 9a Abs. 4 Bst. c StromVG).

270 BÜHL, URP 2023, S. 260 (279).

271 Für eine harmonisierende Auslegung dagegen BÜHL, URP 2023, S. 260 (278), wonach die Interessenabwägung einmal zugunsten der Erhaltung eines Schutzwaldes ausfallen könnte.

272 Bundesgesetz vom 23. März 2007 über die Stromversorgung (Stromversorgungsgesetz, StromVG; SR 734.7).

Die Bestimmungen zur gesetzlichen Vorwegnahme der Interessenabwägung waren in den ursprünglichen Entwürfen des Bundesrates nicht enthalten. Sie gehen vielmehr alle auf Vorstösse aus den Reihen des Parlaments zurück. Urheber der gesetzlichen Vorwegnahme der Interessenabwägung in Art. 71a und Art. 71b EnG war Ständerat Beat Rieder.²⁷³ Art. 9a Abs. 3 und 4 StromVG waren zunächst Gegenstand eines Minderheitsantrags aus der UREK-S.²⁷⁴ Ständerat Fässler beleuchtete, wie das Parlament – im Unterschied zu dem insoweit als untätig erachteten Bundesrat – mit der Vorwegnahme der Interessenabwägung das einschlägige Urteil des Bundesgerichts übersteuern wollte:

«Wir haben zwar im Gesetz das nationale Interesse an der Realisierung grösserer Anlagen festgelegt und in Absatz 2 von Artikel 12 dieses Interesse anderen nationalen Interessen gleichgestellt, doch das genügt offensichtlich nicht. Ich empfehle Ihnen allen, einmal das Bundesgerichtsurteil vom 4. November 2020 zum Grimselstausee wirklich zu lesen. Im betreffenden Prozess hat die Kraftwerke Oberhasli AG versucht, eine Vergrösserung des Stauvolumens des Grimselsees zu erreichen. Das Bundesgericht hat zwar festgestellt, dass es sich bei diesem Projekt um ein Projekt im nationalen Interesse handle. Doch damit werde erst das Tor geöffnet, dass überhaupt eine Interessenabwägung stattfinden könne. Die in Artikel 12 Absatz 3 stipulierte Gleichrangigkeit hat das Bundesgericht geflissentlich übergangen und gesagt: Wir haben auf der einen Seite das nationale Interesse an der Stromproduktion, aber nur dies erlaubt überhaupt eine Interessenabwägung. Auf der anderen Seite kommt nicht nur das nationale Schutzinteresse in die Waagschale, sondern auch regionale und lokale Schutzinteressen. Sie kennen das Ergebnis. Das Bundesgericht hat sich von der Gleichrangigkeit der Interessen offensichtlich distanziert und damit auch den gesetzgeberischen Willen missachtet. Ich muss Ihnen sagen, dass ich bei dieser Ausgangslage schon etwas überrascht war, dass es der Bundesrat unterlassen hat, dem Parlament selber eine Anpassung von Artikel 12 vorzulegen. Die Kommission hat diese Aufgabe übernommen [...]»²⁷⁵

Aufgrund des Wortes «grundsätzlich» sei gleichwohl ein Rest einer Interessenabwägung möglich.²⁷⁶ Bundesrat Röstli fasste die Tragweite wie folgt zusammen: «Das ist natürlich ein riesiger Schritt. Wir haben hier Projekte, bei denen bei einer allfälligen späteren bundesgerichtlichen Abwägung nicht einfach entschieden werden kann, dass Schutz oder Nutzen vorgeht, weil das Gesetz bereits sagt, dass die Realisierung vorgeht. Ich denke, das ist schon ein Fortschritt, und das hilft dem Kraftwerk Chlus dann auch bei einer allfälligen Abwägung; wir wissen ja nicht, ob es dann noch Beschwerden geben wird.»²⁷⁷

273 AB 2022 S 735.

274 Vgl. AB 2022 S 1003.

275 AB 2022 S 880.

276 AB 2022 S 1008 (Zanetti).

277 AB 2023 S 438.

ee. Aus- und Umbau der Stromnetze

Der Ansatz der gesetzlichen Vorwegnahme der Interessenabwägung durch die Anordnung des grundsätzlichen Vorrangs eines bestimmten nationalen Interesses soll künftig auch auf den Aus- und Umbau der Stromnetze Anwendung finden. Gemäss Art. 15d Abs. 2 EleG²⁷⁸ sind Anlagen des Übertragungsnetzes bereits heute von nationalem Interesse. Für solche Anlagen würde neu gelten, dass das Interesse an ihrer Realisierung anderen nationalen Interessen grundsätzlich vorgeht (Art. 15d Abs. 5 EleG [neu]).²⁷⁹ Mit der Vorrangregelung soll dem Interesse an der Realisierung von Anlagen des Übertragungsnetzes zusätzliches Gewicht verliehen werden, um im Rahmen der im Einzelfall durchzuführenden Interessenabwägung der besonderen Bedeutung dieser Infrastrukturen besser Rechnung zu tragen, ihre Realisierung zu vereinfachen und die Verfahren zu beschleunigen.²⁸⁰ Der Nationalrat hat in der Wintersession 2025 entgegen der Auffassung des Bundesrates beschlossen, den Vorrang auf Anlagen des Verteilnetzes auszuweiten.²⁸¹

Wie die Verwaltungsbehörden und anschliessend die Gerichte die gesetzlich vorweggenommene Interessenabwägung anwenden werden, ist offen. Aus dem Urteil betreffend den Windpark Grenchenberg lassen sich auf der einen Seite gewisse Akzentverschiebungen zugunsten einer stärkeren Gewichtung der Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energien herauslesen.²⁸² Auf der anderen Seite zeigte das Verwaltungsgericht des Kantons Bern bei der Anwendung von Art. 71a EnG in verfahrensrechtlicher Hinsicht einige Zurückhaltung.²⁸³ Es verneinte ungeachtet der gesetzlichen Priorisierung von Solaranlagen die Notwendigkeit der Verkürzung des kantonalen Instanzenzuges. Hieraus lässt sich mittelbar schliessen, dass die Gerichte sich eine gewisse Kontrolle der Verwaltungsbehörden auch bei der Interessenabwägung vorbehalten.

6. *Einzelfallgesetze*

a. *Verfassungskonformität*

Ein besonders hoher Grad an inhaltlicher Bindung und damit einhergehend an Einschränkung der Spielräume der Verwaltung liegt bei den Einzelfallgesetzen vor. Diese sind insofern besonders gelagert, als dass die Steuerung der Verwaltung durch Gesetz im Regelfall durch generell-abstrakte Normen erfolgt, lediglich ausnahmsweise durch punktuellen Durchgriff in die Verwaltungs-

278 Bundesgesetz vom 24. Juni 1902 betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen (Elektrizitätsgesetz, EleG; SR 734.0).

279 Vgl. Entwurf Bundesgesetz betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen (Elektrizitätsgesetz, EleG) (Beschleunigung beim Aus- und Umbau der Stromnetze), BBl 2025 1833.

280 BBl 2025 1832 S. 15.

281 AB 2025 N 2467.

282 GLASER, EurUP 2024, S. 273 (282).

283 Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Urteil vom 16. Januar 2025, BVR 2025, S. 235, E. 2.6.3.

rechtsordnung durch die Begründung oder Aufhebung individuell-konkreter Rechtspositionen.²⁸⁴ Einzelfallgesetze bewirken den völligen Ausschluss verwaltungsbehördlicher Spielräume, indem sie die Erteilung einer Vorhabenbewilligung im Einzelfall anordnen.²⁸⁵ Dem Einzelfallgesetz fehlt es an der für Gesetze typischen generell-abstrakten Normstruktur.²⁸⁶ Es handelt sich demnach um die Regelung eines individuell-konkreten Einzelfalls in Gesetzesform.²⁸⁷

Die Verfassungsmässigkeit von Einzelfallgesetzen ist umstritten. Auf Bundesebene bestimmt Art. 163 Abs. 1 BV, dass rechtsetzende Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes erlassen werden, die «übrigen» Erlasse ergehen hingegen gemäss Art. 163 Abs. 2 BV in der Form des Bundesbeschlusses. Ein ausdrückliches Verbot von Einzelfallregelungen in Gesetzesform besteht nicht. Daher wird die Verbindung von Rechtssatz und Einzelakt in einem formellen Gesetz für zulässig, lediglich das reine Einzelfallgesetz für unzulässig gehalten.²⁸⁸ Mit Blick auf Art. 163 Abs. 1 und 2 BV verfassungswidrig sollen demnach lediglich Gesetze sein, die ausschliesslich oder ganz überwiegend aus Vorschriften individuell-konkreter Natur bestehen.²⁸⁹ Der verfassungsrechtliche Gesetzesbegriff wird auch in Anbetracht der Praxis der Bundesversammlung als «dehnbar» bezeichnet.²⁹⁰

Die demokratische Begründungskomponente spricht letztlich ungeachtet der rechtsetzungstechnischen Leitlinie, wonach gesetzliche Bestimmungen grundsätzlich generell-abstrakter Natur sein sollten, für die Zulässigkeit von Einzelfallgesetzen.²⁹¹ Wichtige Einzelakte dürfen in ein formelles Gesetz gekleidet werden, um sie dem Gesetzesreferendum zu unterstellen und – auf kantonaler Ebene – vor allem um sie der Gesetzesinitiative zugänglich zu machen. Das Einzelfallgesetz wird sogar als «Ideal parlamentarischer Steuerung durch Gesetz» bezeichnet, da es die Verfälschung im administrativen Vollzug vermeidet.²⁹²

b. Förderung erneuerbarer Energien

Die Gesetzgebungspraxis macht regelmässig Gebrauch vom Instrument des Einzelfallgesetzes. Um ein klassisches Einzelfallgesetz handelte es sich bei aArt. 71b EnG (alt: in Kraft bis zum 31. Dezember 2025).²⁹³ Es war ein Einzelfallgesetz, weil es die Interessenabwägung des konkreten Projekts zur Erhöhung der Grimselstaumauer durch das Gesetz selbst vornahm.²⁹⁴ Gemäss aArt. 71b Abs. 1 EnG galt für das in Abs. 2 individuell-konkret umschriebene

284 P. REIMER, § 2 N. 1.

285 CHAIX, S. 126 f.

286 Vgl. BGE 144 II 427 E. 9.2.2.

287 BGE 139 II 384 E. 2.2.

288 BIAGGINI, Komm. BV, Art. 163 N. 5; TSCHANNEN, N. 1590.

289 So DUBEY, in: CR Cst., Art. 163 N. 20.

290 BIAGGINI, ZBI 123/2022, S. 629 (630).

291 Vgl. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, S. 473 f.

292 So WALDHOFF, S. 268.

293 BIAGGINI, ZBI 123/2022, S. 629 (630); WALTHER, S. 53.

294 BERNARD, ZSR 143 (2024) II, S. 101 (163).

Vorhaben zur Nutzung der Wasserkraft innerhalb des Kraftwerksystems beim Projekt Grimselsee (Gemeinde Guttannen [BE]) mit Erhöhung des Grimselsees um 23 Meter und Verlegung der Grimselpassstrasse, dass das Interesse an der Realisierung anderen nationalen, regionalen und lokalen Interessen grundsätzlich vorgeht (aArt. 71b Abs. 1 Bst. c EnG).

Das Einzelfallgesetz wurde von der Bundesversammlung am 30. September 2022 beschlossen, für dringlich erklärt und auf den 1. Oktober 2022 in Kraft gesetzt. Die Verankerung des Projekts Grimsel im Gesetz geht auf die UREK des Nationalrates zurück.²⁹⁵ Die Kommissionsberichterstellerin erläuterte den Rückgriff auf das Einzelfallgesetz im Nationalrat wie folgt:

«Hier wird das baureife Projekt Grimsel explizit erwähnt. Ihre Kommission ist sich dabei bewusst, dass die Nennung eines konkreten Projektes in einem Gesetz wie dem vorliegenden nicht der Norm entspricht und Fragen der Gewaltentrennung aufwirft. Angesichts des Umstandes jedoch, dass bei diesem Projekt die gesamten Verfahrensschritte, welche der Erlass vorsieht, bereits erfolgreich durchlaufen wurden, erscheint dies ausnahmsweise angemessen. Aus diesem Grund hat Ihre Kommission im Umkehrschluss aber darauf verzichtet, bei den alpinen Solaranlagen bestehende Projekte explizit zu nennen.»²⁹⁶

Auf eine kritische Rückfrage aus dem Plenum hin, ob man wie in einer Bananenrepublik die Gewaltenteilung missachten solle,²⁹⁷ führte die Kommissionsberichterstellerin aus, dass man zwar üblicherweise keine konkreten Projekte in ein Gesetz schreibe, dass dies aber bei diesem einen Projekt in einem absoluten Ausnahmefall als angemessen erscheine.²⁹⁸

Der französischsprachige Kommissionsberichtersteller gestand verfassungsrechtliche Zweifel ein, weil es sich um ein konkretes Vorhaben in der Zuständigkeit einer kantonalen Behörde handle.²⁹⁹ Er bejahte die Verfassungsmässigkeit jedoch mit dem Argument, dass die Bestimmung vor allem materielles Recht enthalte und der Verwaltung noch einen gewissen Entscheidungsspielraum belasse. Ausserdem könne man die Vorschrift als starke Einengung des Anwendungsbereichs auf lediglich ein Vorhaben interpretieren. Ein weiterer Votant bestritt demgegenüber die Verfassungsmässigkeit, da das Projekt der Abwägung durch die Baubewilligungsbehörde entzogen werde, die Bundesversammlung per Gesetz die Baubewilligung erteile und dadurch zugleich als Folge von Art. 190 BV die gerichtliche Kontrolle ausschliesse.³⁰⁰

Das Parlament griff im Zuge der Energiewende im Rahmen des «Mantelerlasses» in Bezug auf 16 Wasserkraftprojekte, darunter wiederum auch das Vorhaben Grimselsee, erneut auf die Technik des Einzelfallgesetzes zurück. Es

295 AB 2022 N 1700 (Vincenz-Stauffacher).

296 AB 2022 N 1701 (Vincenz-Stauffacher).

297 AB 2022 N 1701 (Munz).

298 AB 2022 N 1701 (Vincenz-Stauffacher).

299 AB 2022 N 1702 (Nordmann).

300 AB 2022 N 1703 (Aeschi).

hat gleichsam kumuliert für 16 Einzelfälle eine gesetzliche Privilegierung erlassen. Für die Speicherwasserkraftwerke nach Anhang 2 sowie für das Wasserkraftwerk Chlus gilt, dass sie nur planungspflichtig sind, wenn eine Anlage an einem neuen Standort vorgesehen ist, ihr Bedarf ausgewiesen ist, sie standortgebunden ist und das Interesse an ihrer Realisierung anderen nationalen Interessen grundsätzlich vorgeht (Art. 9a Abs. 3 Bst. a–d StromVG). In Anhang 2 des StromVG werden unter namentlicher Bezeichnung des Standortkantons und der Standortgemeinde(n) 15 konkrete Vorhaben einschliesslich der vorzunehmenden baulichen Änderungen (beispielsweise «Erhöhung der Staumauer»; «Erstellung eines neuen Speichersees») aufgeführt. In Art. 9a Abs. 3 Bst. d StromVG ist die Technik des Einzelfallgesetzes mit der Vorwegnahme der Interessenabwägung auf Gesetzesstufe verbunden. Angesichts dieser detaillierten Vorgaben auf Gesetzesstufe müssen die zuständigen Verwaltungsbehörden die Vorhabenbewilligungen im Einzelfall erteilen.³⁰¹

D. Begleitende Kontrolle der Steuerung durch Gesetz

I. Ausgangslage

Während das vorangehende Kapitel sich damit beschäftigte, wie das Parlament durch die inhaltliche Ausgestaltung des Gesetzes die Verwaltung steuern kann, rückt dieses Kapitel die begleitende Kontrolle ins Zentrum: Wie kann das Parlament den Gesetzgebungsprozess gestalten, dessen Umsetzung kontrollieren und die von der Exekutive zu erlassenden Verordnungen beeinflussen?

II. Parlamentarische Vorstösse

1. Übersicht

Art. 171 Satz 1 BV sieht vor, dass die Bundesversammlung dem Bundesrat «Aufträge» erteilen kann. Einige Stimmen in der Lehre sind der Ansicht, dass der Begriff «Auftrag» zusammenfassend die verschiedenen Instrumente des Parlaments meint,³⁰² während ein anderer Teil der Lehre darunter nur die Motion sowie die Grundsatz- und Planungsbeschlüsse versteht.³⁰³

Diese Instrumente sind Teil des kooperativen Verständnisses der Gewaltenteilung.³⁰⁴ Weil diese Aufträge aber einseitige Akte sind und der Bundesrat sie

301 GLASER, EurUP 2024, S. 273 (280 f.).

302 MERKER/SEILER/CONRADIN, in: BS-Komm. BV, Art. 171 N. 6; EHRENZELLER, AJP 2013, S. 782 (790); TSCHANNEN, N. 1309; GONIN, in: CR Cst., Art. 171 N. 11 ff.; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX/BRAUN BINDER, N. 2450 f.

303 GLASER, in: SG-Komm. BV, Art. 171 N. 3, 7; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 171 N. 6; KIENER, Bundesversammlung, § 18 N. 84; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N. 1967.

304 MERKER/SEILER/CONRADIN, in: BS-Komm. BV, Art. 171 N. 15.

nicht ablehnen kann, sieht BIAGGINI darin zugleich eine «Zwangskooperation» und den Auftrag auch als «Ausdruck eines Machtgefälles».³⁰⁵ Allerdings trifft dies nicht gleich stark auf alle Instrumente zu, weil die Verpflichtungen des Bundesrates je nach Instrument unterschiedlich weit gehen: Die stärkste Variante ist in der Motion zu sehen, während die Anfrage die schwächste Ausprägung des Vorstosses ist.³⁰⁶

2. *Interpellation und Anfrage*

Mit einer Interpellation oder einer Anfrage wird der Bundesrat aufgefordert, über Angelegenheiten des Bundes Auskunft zu geben (Art. 125 Abs. 1 ParlG). Interpellationen werden normalerweise im Rat mündlich vom Bundesrat beantwortet, worauf eine Diskussion im Rat folgen kann, während die Anfrage mit der schriftlichen Antwort des Bundesrates erledigt ist (Art. 125 Abs. 4 und 5 ParlG).³⁰⁷ Interpellation und Anfrage können im Unterschied zur Motion und zum Postulat zwar dringlich erklärt werden (Art. 125 Abs. 3 ParlG),³⁰⁸ es handelt sich aber um reine Frageinstrumente, die den Bundesrat zur Auskunftserteilung über Angelegenheiten des Bundes auffordern.³⁰⁹

Aus Sicht der Steuerungsfunktion sind die beiden Frageinstrumente also nicht geeignet. Durch sie können die Politikerinnen und Politiker zwar ihre Interessengebiete gegenüber ihren Wählerinnen und Wählern deutlich machen und die Interpellation kann eine Diskussion auslösen, sie beinhalten aber keine Handlungspflichten für den Bundesrat.³¹⁰

3. *Postulat*

Eine stärkere Handlungspflicht besteht beim Postulat. Dieses beauftragt den Bundesrat, zu prüfen und Bericht zu erstatten, ob ein Entwurf zu einem Erlass der Bundesversammlung vorzulegen oder eine Massnahme zu treffen sei; es kann damit auch ein Bericht über einen anderen Gegenstand verlangt werden (Art. 123 ParlG). Dementsprechend braucht es auch eine Zustimmung des jeweiligen Rates (Art. 124 Abs. 1 und 2 ParlG).³¹¹

Das Postulat ist damit aus steuerungstechnischer Perspektive verbindlicher³¹² und damit wirksamer als die Interpellation und die Anfrage, sie verpflichtet aber nur zur Berichterstattung; das Postulat darf «nicht unmittelbar

305 BIAGGINI, Komm. BV, Art. 171 N. 3.

306 TSCHANNEN, N. 1310.

307 HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N. 1960 f.

308 GRAF, in: Komm. ParlG, Art. 125 N. 11.

309 KIENER, Bundesversammlung, § 18 N. 83.

310 TSCHANNEN, N. 1315.

311 Vgl. TSCHANNEN, N. 1324.

312 Das Postulat und die Motion sind gleich verbindlich: GRAF, in: Komm. ParlG, Art. 123 N. 2.

eine Massnahme fordern, die über eine Prüfung hinaus auch die tatsächliche Ausführung der Massnahme beinhaltet»³¹³.

4. Motion

Die stärkste Variante parlamentarischer Vorstösse ist die Motion, weil die Handlungspflicht des Bundesrates beinhaltet, einen Entwurf zu einem Erlass der Bundesversammlung vorzulegen oder eine Massnahme zu treffen (Art. 120 Abs. 1 ParlG). Ist der Bundesrat für die Massnahme zuständig, so trifft er diese oder unterbreitet der Bundesversammlung den Entwurf eines Erlasses, mit dem die Motion umgesetzt werden kann (Art. 120 Abs. 2 ParlG). Entsprechend benötigt die Motion die Zustimmung beider Räte (vgl. Art. 121 Abs. 3 Bst. a, Abs. 4 Bst. a, Abs. 4^{bis} ParlG).

Art. 120 Abs. 2 ParlG gibt dem Bundesrat also zwei Möglichkeiten: Er kann im Rahmen seiner eigenen Kompetenz die von der Bundesversammlung gewünschte Massnahme auf direktem Weg umsetzen (1).³¹⁴ Es steht ihm frei, ob er das tun möchte, weil er zuständig ist. Verzichtet er darauf, von seinen Zuständigkeiten Gebrauch zu machen, muss er der Bundesversammlung einen Entwurf zur Anpassung der Zuständigkeitsordnung unterbreiten, um der Bundesversammlung die Möglichkeit zu geben, ihren politischen Willen umzusetzen (2).³¹⁵

Die Motion erlaubt der Bundesversammlung also, auf den Zuständigkeitsbereich des Bundesrates einzuwirken (Art. 171 BV). Der häufigste Anwendungsfall liegt vermutlich in der Änderung einer Verordnung des Bundesrates.³¹⁶ Der Bundesrat kann diese direkt anpassen oder einen Gesetzesentwurf erarbeiten, aufgrund dessen entweder die Forderung auf Gesetzesstufe umgesetzt werden kann oder der die gesetzliche Delegation der Verordnungskompetenz so anpasst, dass das Begehren auf Verordnungsstufe erfüllt werden muss. So kann das Parlament «die von ihm verlangte Massnahme in eigener Kompetenz [...] treffen»³¹⁷.

Darüber hinaus kann mittels einer Motion der Erlass eines Einzelakts verlangt werden, was der Bundesrat in eigener Kompetenz erfüllen oder durch eine Gesetzesänderung in den Verantwortungsbereich des Parlaments legen kann (Art. 173 Abs. 1 Bst. h BV).³¹⁸ Analoges gilt auch für staatsleitende Beschlüsse in Form eines Grundsatz- oder Planungsentscheids nach Art. 28 ParlG (vgl. Art. 173 Abs. 1 Bst. g BV).

313 GRAF, in: Komm. ParlG, Art. 123 N. 3.

314 Dazu und zum Folgenden GRAF, in: Komm. ParlG, Art. 120 N. 17.

315 GRAF, in: Komm. ParlG, Art. 120 N. 17.

316 Dazu und zum Folgenden GRAF, in: Komm. ParlG, Art. 120 N. 18.

317 RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX/BRAUN BINDER, N. 2457.

318 Dazu und zum Folgenden GRAF, in: Komm. ParlG, Art. 120 N. 18.

Die Grenze der Einwirkungsmöglichkeiten liegt bei der Entscheidungskompetenz des Bundesrates:³¹⁹ Unzulässig ist eine Motion, die auf eine in gesetzlich geordnetem Verfahren zu treffende Verwaltungsverfügung oder einen Beschwerdeentscheid einwirken will (Art. 120 Abs. 3 ParlG). Zulässig ist hingegen eine Motion, die nicht auf den Erlass einer Verfügung durch die Verwaltung gerichtet ist, sondern die gesetzlichen Voraussetzungen für den Erlass zukünftiger Verfügungen ändern will, auch wenn eine konkrete Verfügung den Anlass dafür bildete und eine Einwirkung hierauf beabsichtigt war.³²⁰

Die Motion ist somit für das Parlament ein mächtiges Instrument, um auf Kompetenzbereiche des Bundesrates einwirken zu können, indem es diesem verpflichtende Handlungsaufträge erteilen kann. Dies dürfte die in quantitativer Hinsicht herausragende Bedeutung der Motion erklären.³²¹ Allerdings sind die Möglichkeiten des Parlaments, die Erfüllung einer überwiesenen Motion durchzusetzen, begrenzt; im Endeffekt bleibt nur die parlamentarische Initiative, um das politische Anliegen selbstständig umzusetzen.³²²

III. Verordnungen

1. Parlamentsverordnungen

a. Übersicht

Als ergänzende Möglichkeit zur Gesetzgebung und zu den entsprechenden Instrumenten sind die Verordnungen zu erwähnen. Nebst den typischen von der Regierung erlassenen und damit der Kontrolle des Parlaments mindestens teilweise entzogenen Verordnungen bestehen die sogenannten Parlamentsverordnungen. Diese werden in den meisten Kantonen und im Bund vom Parlament unter Ausschluss der Stimmberechtigten erlassen, manche Kantone kennen aber auch Rechtsetzungsakte, die keine formellen Gesetze sind, aber dennoch dem fakultativen Referendum unterstehen.³²³

b. Bund

Im Bund können die Parlamentsverordnungen eine Grundlage in der Bundesverfassung haben (Art. 22 Abs. 2 ParlG); bei diesen verfassungsunmittelbaren Verordnungen entfällt die Einschränkung, dass Wichtiges in einem Gesetz im formellen Sinn enthalten sein muss (Art. 164 Abs. 1 BV).³²⁴ Die verfassungs-

319 KIENER, Bundesversammlung, § 18 N. 84.

320 GRAF, in: Komm. ParlG, Art. 120 N. 24.

321 GLASER, in: SG-Komm. BV, Art. 171 N. 17.

322 BIAGGINI, Komm. BV, Art. 171 N. 8b; zustimmend GLASER, in: SG-Komm. BV, Art. 171 N. 18; MERKER/SEILER/CONRADIN, in: BS-Komm. BV, Art. 171 N. 26.

323 AUER, N. 683.

324 TSCHANNEN, in: SG-Komm. BV, Art. 163 N. 24 und 26.

mässigen Grundlagen befinden sich in Art. 159 Abs. 4 BV (Anpassung an die Teuerung der Subventionsbestimmungen sowie Verpflichtungskredite und Zahlungsrahmen über bestimmte Betragsgrenzen) und in Art. 173 Abs. 1 Bst. c BV (Kompetenz zum Erlass von Verordnungen oder einfachen Bundesbeschlüssen hinsichtlich Massnahmen zur äusseren und inneren Sicherheit, der Unabhängigkeit und Neutralität der Schweiz unter ausserordentlichen Umständen). Parlamentsverordnungen ergehen grundsätzlich im gleichen Verfahren wie Gesetze, mit dem Unterschied, dass das Referendum entfällt (Art. 141 Abs. 1 BV *e contrario*); dies hat einen zeitsparenden Effekt.³²⁵ Dennoch genießt insbesondere Art. 173 Abs. 1 Bst. c BV kaum praktische Relevanz, weil das Parlament auch dringliche Bundesgesetze erlassen kann (Art. 165 Abs. 1 BV).³²⁶

Daneben können die Parlamentsverordnungen auf Bundesebene auf ein Bundesgesetz gestützt sein (Art. 22 Abs. 2 ParlG), womit sie den Wichtigkeitsvorbehalt von Art. 164 Abs. 1 BV nicht verletzen dürfen.³²⁷ Die Parlamentsverordnung wird auf Bundesebene insbesondere zur Regelung parlamentsrechtlicher Verfahren und Zuständigkeiten genutzt (VPiB³²⁸ oder ParlVV³²⁹).³³⁰ Das Parlament nutzt diese Art des Erlasses für «nicht dem Gesetzesvorbehalt unterliegende Regelungen, die man *nicht* dem Bundesrat überlassen will, aber auch *nicht* in einem (dem Referendum ausgesetzten) Bundesgesetz unterbringen will».³³¹ Beispiele dafür sind die Zahl der Richterstellen am Bundesgericht (SR 173.110.1) oder die Blutalkoholgrenzwerte im Strassenverkehr (SR 741.13). Insgesamt gibt es nur rund zwei Dutzend Parlamentsverordnungen.³³² Die Versuchung des Parlaments, wichtige Bestimmungen in Parlamentsverordnungen zu verankern, was aus Sicht der direkten Demokratie problematisch ist,³³³ scheint deshalb in der Praxis nicht besonders besorgniserregend zu sein.

c. Kantone

Die Kantone kennen ebenfalls Parlamentsverordnungen; im Unterschied zum Bund sehen fünf Kantone vor, dass diese dem fakultativen Referendum unterstehen.³³⁴ Die Ausgestaltung sowie die Bezeichnungen dieser Parlamentsverordnungen – Verordnungen, Dekrete, Kantons- oder Grossratsbeschlüsse – wei-

325 TSCHANNEN, in: SG-Komm. BV, Art. 163 N. 26; JAAG, ZBl 112/2011, S. 629 (653).

326 SÄGESSER, Art. 7c N. 26.

327 TSCHANNEN, in: SG-Komm. BV, Art. 163 N. 23.

328 Verordnung der Bundesversammlung vom 28. September 2012 über die Pflege der internationalen Beziehungen des Parlamentes (VPiB; SR 171.117).

329 Verordnung der Bundesversammlung vom 3. Oktober 2003 zum Parlamentsgesetz und über die Parlamentsverwaltung (Parlamentsverwaltungsverordnung, ParlVV; SR 171.115).

330 WYSS, VII.3 N. 15; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 163 N. 7.

331 BIAGGINI, Komm. BV, Art. 163 N. 7.

332 WYSS, VII.3 N. 15.

333 HANGARTNER/KLEY/BRAUN BINDER/GLASER, N. 937 und 1619.

334 AUER, N. 683 und 686.

sen grosse Unterschiede auf.³³⁵ Während sich die Parlamentsverordnung in rund der Hälfte der Kantone nicht oder kaum durchgesetzt hat, tritt sie in anderen Kantonen häufig in Erscheinung.³³⁶ Die Häufigkeit dieser Erlassform scheint mit dem obligatorischen Gesetzesreferendum beziehungsweise der Versammlungsdemokratie zusammenzuhängen: Diese legen scheinbar eine erleichterte Erlassform des Parlaments, welche das Gesetz von weniger Wichtigem entlastet, nahe.³³⁷ Unterstehen demgegenüber die Gesetze im formellen Sinn lediglich dem fakultativen Referendum, «erfährt das Parlament als ordentlicher Gesetzgeber eine Aufwertung, die seine Verordnungskompetenz tendenziell als überflüssig erscheinen lässt»³³⁸. Die Parlamentsverordnungen können daher «als langsam verblässende Begleiterscheinungen des in den letzten Jahrzehnten, infolge seiner Schwerfälligkeit, fast gänzlich verschwundenen Instruments des obligatorischen Gesetzesreferendums bezeichnet werden»³³⁹.

d. Einordnung

Die Parlamentsverordnung erlaubt dem Parlament, Bestimmungen, die es als zu wichtig erachtet, um sie der Exekutive zur Detailregelung zu überlassen, abschliessend – d.h. ohne die Kontrolle der Stimmberechtigten, jedenfalls im Bund und in der Mehrheit der Kantone – zu erlassen. Dennoch scheint die Erlassform im Bund und in der Mehrheit der Kantone keine grosse praktische Relevanz zu geniessen. Aufgrund ihrer schwindenden Bedeutung ist die Parlamentsverordnung mindestens als einzelnes Instrument nicht zielführend für die politische Steuerung durch das Parlament.

2. Verordnungen der Regierung

a. Parlamentarische Konsultation

Da Parlamentsverordnungen in der Praxis keine grosse Bedeutung haben, rücken die Verordnungen der Regierung und die parlamentarische Einflussnahme darauf in den Fokus.

Auf Bundesebene sieht Art. 151 Abs. 1 ParlG vor, dass die zuständige Kommission verlangen kann, dass ihr der Entwurf einer wichtigen Verordnung des Bundesrates zur Konsultation unterbreitet wird. Es handelt sich um ein Zugrecht: Die Kommission muss von sich aus tätig werden.³⁴⁰ Aus praktischen Gründen soll dies nur bei wichtigen Verordnungen des Bundesrates erfolgen, womit jene Verordnungen gemeint sind, zu denen Vernehmlassungen durch-

335 AUER, N. 685.

336 AUER, N. 688 f. und 691 f.; siehe auch JAAG/RÜSSLI, N. 424.

337 AUER, N. 694.

338 AUER, N. 694.

339 AUER, N. 694.

340 GRAF, LeGes 32 (2021) 2, N. 1.

geführt werden.³⁴¹ Pro Jahr sind etwa 12 bis 14 Konsultationen von Kommissionen des Nationalrates zu erwarten.³⁴² In den Kantonen finden sich teilweise ähnliche Bestimmungen.³⁴³

Diese parlamentarische Konsultation ist aus zwei Gründen einschränkend zu betrachten. Zum einen ist das Konsultationsergebnis aus rechtlicher Sicht als Empfehlung zu verstehen.³⁴⁴ Die Stellungnahme der Kommission ist nicht verbindlich für den Bundesrat, kann aber politische Bedeutung haben,³⁴⁵ insbesondere wenn die Kommissionen beider Räte zum selben Ergebnis kommen.³⁴⁶ Die politische Wirkung liegt darin, dass die Kommission zu einer Motion greifen kann, wenn der Bundesrat ihre Stellungnahme nicht genügend beachtet: So muss der Bundesrat einen Gesetzesentwurf zuhanden der Bundesversammlung vorbereiten, sofern er die Massnahmen nicht in einer Verordnung umsetzen möchte (Art. 120 Abs. 2 ParlG).³⁴⁷ Zum anderen ist das Konsultationsergebnis nicht als Stellungnahme des Bundesgesetzgebers im eigentlichen Sinne zu verstehen, weil das Konsultationsrecht nur der zuständigen Kommission des National- und Ständerates zukommt und nicht den Räten selbst.³⁴⁸ Es repräsentiert daher nur bedingt den Willen des Gesetzgebers, immerhin kann die jeweilige Kommission aber auf die parlamentarische Debatte verweisen.

b. Verordnungsveto

Als «schärferes» Instrument im Vergleich zum parlamentarischen Konsultationsrecht ist das Verordnungsveto zu nennen. Solothurn kennt als einziger Kanton ein «vollständig ausgebautes»³⁴⁹ Verordnungsveto: 17 Kantonsratsmitglieder (von hundert³⁵⁰) können innert 60 Tagen Einspruch erheben gegen eine Verordnung oder eine Verordnungsänderung, die der Regierungsrat beschlossen hat.³⁵¹ Wird der Einspruch durch die Mehrheit der anwesenden Kantonsrätinnen und Kantonsräte bestätigt, ist die Vorlage an den Regierungsrat zurückgewiesen. Der Kanton Freiburg kennt ein Verordnungsveto, welches auf gesetzesvertretende Verordnungen beschränkt ist.³⁵²

Das klassische und vollständig ausgebaute Verordnungsveto erlaubt dem Parlament, (1) auf einen Einspruch zu verzichten, womit die Verordnung nach

341 SÄGESSER, Art. 7 N. 81.

342 GRAF, LeGes 32 (2021) 2, N. 25 f. m.w.H.

343 MÜLLER, SJZ 116 (2020), S. 47 (50); MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER, N. 41.

344 BRUNNER/ZOLLINGER, LeGes 32 (2021) 2, N. 31.

345 GRAF, in: Komm. ParlG, Art. 151 N. 20; MÜLLER, SJZ 116 (2020), S. 47 (50).

346 BRUNNER/ZOLLINGER, LeGes 32 (2021) 2, N. 31.

347 MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER, N. 415; GRAF, LeGes 32 (2021) 2, N. 1.

348 Dazu und zum Folgenden BRUNNER/ZOLLINGER, LeGes 32 (2021) 2, N. 31.

349 MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER, N. 418.

350 Art. 66 KV/SO (Verfassung des Kantons Solothurn vom 8. Juni 1986; BGS 111.1).

351 Dazu und zum Folgenden Art. 79 Abs. 3 KV/SO.

352 Zum Ganzen: SCHOENENWEID-BUTTY, Parlament 2 (August 2010), S. 14 (14 f.).

Ablauf der 60-tägigen Frist in Kraft tritt.³⁵³ Weiter ist möglich, (2) dass eine genügende Anzahl Parlamentarierinnen und Parlamentarier innert Frist Einspruch erhebt, worauf die Regierung Stellung nehmen kann, das Parlament aber den Einspruch ablehnt und die Regierung die Verordnung entsprechend rückwirkend in Kraft setzt.³⁵⁴ Wird rechtzeitig Einspruch erhoben und bestätigt das Parlament den Einspruch, kann die Regierung die Verordnung zurückziehen und eine neue ausarbeiten, gegen welche kein Einspruch erhoben wird (3).³⁵⁵ Es ist aber auch möglich, dass gegen die neu ausgearbeitete Verordnung erneut Einspruch erhoben wird (4), womit sich der Vorgang wiederholt.³⁵⁶ Das Veto ist demnach rein kassatorisch ausgestaltet.³⁵⁷ Die Parlamentsmitglieder können nicht – jedenfalls nicht unmittelbar – Einfluss auf den Inhalt der Verordnung nehmen.³⁵⁸

Das Verordnungsveto sollte das Verordnungsrecht zusätzlich demokratisch legitimieren und zugleich das Parlament stärken. ALFRED KÖLZ, auf den das Verordnungsveto zurückgeht, wollte dem Parlament ein Instrument in die Hand geben, mit welchem es Verordnungen beziehungsweise Verordnungsänderungen aufheben kann, wenn diese Bestimmungen enthalten, die aufgrund ihrer Wichtigkeit in ein Gesetz und nicht in die Verordnung gehören.³⁵⁹ Der Verfassungsrat des Kantons Solothurn erkannte einen zweiten Zweck: Das Verordnungsveto ist demnach ein «Kontrollmittel, um einzugreifen, wenn eine Verordnung sich zu weit vom Sinn und Geist eines Gesetzes entfernt»³⁶⁰. Diese «Zweckmässigkeitskontrolle» im Sinne einer politischen Inhaltskontrolle ist in der Lehre umstritten,³⁶¹ während das Veto in der Praxis vordergründig zur politischen Inhaltskontrolle genutzt wird.³⁶² Gerade weil das Veto vor allem zur politischen Kontrolle des Inhalts genutzt wird, ist seine präventive Wirkung – ähnlich zur derjenigen des Referendums – nicht zu unterschätzen.³⁶³

Das Solothurner Verordnungsveto wird nicht übermässig genutzt; durchschnittlich gegen jede 15. Verordnung erhebt die notwendige Anzahl an Kantonsratsmitgliedern Einspruch, wobei ungefähr jeder fünfte Einspruch vom Kantonsrat bestätigt wird.³⁶⁴

353 STREBEL, LeGes 32 (2021) 2, N. 15–19.

354 STREBEL, LeGes 32 (2021) 2, N. 23–26.

355 STREBEL, LeGes 32 (2021) 2, N. 30 f.

356 STREBEL, LeGes 32 (2021) 2, N. 42–44.

357 BRECHBÜHL, Parlament 2 (August 2010), S. 8.

358 SCHMID, ZBl 119/2018, S. 163 (166).

359 KÖLZ, S. 35 f.; BRECHBÜHL, Parlament 2 (August 2010), S. 8 (8 f.).

360 Verhandlungen des Verfassungsrates, 1985, S. 1319, zitiert nach BRECHBÜHL, Parlament 2 (August 2010), S. 8.

361 SCHWALLER, S. XXVI f.; BRECHBÜHL, Parlament 2 (August 2010), S. 8 (8 f.); SCHMID, ZBl 119/2018, S. 163 (167).

362 SCHWALLER, S. XXVI f.; siehe auch SCHMID, ZBl 119/2018, S. 163 (167).

363 AUER, N. 724.

364 Vgl. STREBEL, LeGes 32 (2021) 2, N. 11.

c. (Un)erwünschte Verschiebung in der Gewaltenteilung

Die parlamentarische Konsultation und das Verordnungsveto im Besonderen bezeichnet die Lehre als «staatsrechtlich fragwürdig, weil damit die Verantwortlichkeiten verwischt werden»³⁶⁵. Während das Konsultationsrecht als «systemfremd» bezeichnet wird,³⁶⁶ stuft BIAGGINI das Verordnungsveto als «wahrhaft dysfunktional» ein.³⁶⁷ Die Gegner führen an, das Verordnungsveto führe zu Verzögerungen oder im schlimmsten Fall zu «Vollzugsblockaden»;³⁶⁸ die Flexibilität, welche der Ordnungsgebung eigen ist, werde eingeschränkt.³⁶⁹ Das Milizparlament werde möglicherweise überfordert.³⁷⁰ Ausserdem würden sich diverse «schwierige Rechtsfragen» stellen.³⁷¹ Vor allem aber führe das Verordnungsveto zu einer Machtverschiebung von der Exekutive hin zur Legislative und dies in einer der Stammfunktionen der Exekutive, im Vollzug.³⁷²

Genau diese Machtverschiebung kann aber auch als Vorteil gesehen werden, weil sie eine Stärkung der Stellung des Parlaments bedeutet und die Machtstellung der Exekutive zurückbindet.³⁷³ Diese Machtverschiebung ist nach einem kooperativen Verständnis der Gewaltenteilung vertretbar, wenn das Verordnungsveto als Instrument der parlamentarischen Oberaufsicht verstanden wird, welches keine unmittelbare inhaltliche Beeinflussung der Verordnung erlaubt.³⁷⁴

Obwohl das Verordnungsveto aus Sicht des Parlaments also durchaus als wirkungsvolles Instrument betrachtet werden kann, ist es kein «Exportartikel, der auch Abnehmer findet»³⁷⁵. In diversen Kantonen scheiterten entsprechende Einführungsversuche und auch auf Bundesebene ist das Verordnungsveto bisher chancenlos.³⁷⁶ Grund dafür könnte die Motion sein, welche dem Parlament erlaubt, *gestalterisch* auf den Bereich der Regierung einzuwirken, und nicht nur rein ablehnend, wie dies beim Verordnungsveto der Fall ist.³⁷⁷

365 TSCHANNEN, in: SG-Komm. BV, Art. 182 N. 8; MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER, N. 419.

366 TSCHANNEN, N. 1683; THURNHERR, in: BS-Komm. BV, Art. 153 N. 16.

367 BIAGGINI, Komm. BV, Art. 153 N. 28.

368 BIAGGINI, Komm. BV, Art. 182 N. 9a.

369 Vgl. MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER, N. 419.

370 STREBEL, Parlament 2 (September 2017), S. 31 (34); SCHMID, ZBl 119/2018, S. 163 (172).

371 Siehe dazu etwa MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER, N. 419.

372 Vgl. UHLMANN, Parlament 2 (August 2010), S. 4 (5 f.).

373 BUTTLIGER, S. 291 ff.

374 BRECHBÜHL, Parlament 2 (August 2010), S. 8 (12); UHLMANN, Parlament 2 (August 2010), S. 4 (5 f.).

375 STREBEL, LeGes 32 (2021) 2, N. 58.

376 Siehe etwa Parl.I. Lalive d'Epinay Verordnungsveto 02.430; Parl.I. SVP Veto des Parlaments gegen Verordnungen des Bundesrates 08.401; Parl.I. Müller Mitsprache des Parlaments bei Verordnungen des Bundesrates 09.511; Parl.I. SVP Mitsprache des Parlamentes bei Verordnungen des Bundesrates 11.480; Parl.I. Aeschi Einführung des Verordnungsvetos 14.422; Parl.I. Regazzi Eidgenössische Räte. Auf Augenhöhe mit dem Bundesrat 21.431. Zu den Kantonen siehe STREBEL, LeGes 32 (2021) 2, N. 1.

377 CARONI/KAUFMANN, Jusletter vom 14. September 2020, N. 55; vgl. Stellungnahme Bundesrat, BBl 2019 3275 S. 3278 f.

IV. Parlamentarische Obergaufsicht

1. Übersicht

Die parlamentarische Obergaufsicht (Art. 169 BV) – der das Modell der geteilten, aber kooperierenden Gewalten zugrunde liegt³⁷⁸ – ist kein eigentliches Instrument der gesetzlichen Steuerung, weil sie nicht mittels direkter Massnahmen auf die Exekutive einwirkt: Die parlamentarische Obergaufsicht ist kein Führungsmittel der Bundesversammlung³⁷⁹ und «beschränkt sich darauf, Informationen zu sammeln, Kritik zu formulieren, Empfehlungen auszusprechen, allenfalls gestützt auf das allgemeine parlamentarische Instrumentarium Massnahmen anzustossen»³⁸⁰. Objekte der Obergaufsicht sind der Bundesrat und die Bundesverwaltung, die eidgenössischen Gerichte und die anderen Träger von Aufgaben des Bundes. Für diesen Aufsatz sind der Bundesrat und die Bundesverwaltung als Steuerungsobjekte zentral. Die Bundesversammlung übt die Obergaufsicht nach den folgenden Kriterien aus: Rechtmässigkeit, Ordnungsmässigkeit, Zweckmässigkeit, Wirksamkeit und Wirtschaftlichkeit (Art. 26 Abs. 3 ParlG). Nebst ihrer Anstossfunktion für direkte Massnahmen kann die Obergaufsicht eine indirekte Form der Steuerung bilden, wie im Folgenden zu zeigen ist.

2. Informationsbeschaffung

Die Aufsichtskommissionen haben weitgehende³⁸¹ Informationsrechte, die in Art. 169 Abs. 2 BV und Art. 153 ParlG geregelt sind und welchen keine Geheimhaltungspflichten entgegengehalten werden können. Der Funktion der parlamentarischen Obergaufsicht ist damit der «Prozess der Informationsgewinnung, Informationsverarbeitung und Informationsbewertung notwendigerweise immanent»³⁸². Dies ist zentral, weil der Zugang zu Informationen über staatlich relevante Vorgänge für die Machtverteilung und die Machtausübung in einem Gemeinwesen bedeutsam ist.³⁸³ Informationen sind entscheidend, damit das Parlament seine verfassungsmässigen Aufgaben wirksam wahrnehmen kann.³⁸⁴ Diese Gedanken lassen sich auch auf die Steuerung durch das Parlament übertragen: Nur wenn die Informationsgrundlagen vorhanden sind, weiss das Par-

378 HÄGGI FURRER/GÜNTERT/MERKER, in: BS-Komm. BV, Art. 169 N. 3 mit Verweis auf RHINOW/SCHEPER/UEBERSAX/BRAUN BINDER, N. 2267.

379 SÄGESSER, in: Komm. ParlG, Art. 26 N. 16 mit Verweis auf Bericht PUK PKB 7.10.1996 BBl 1996 V 423.

380 BIAGGINI, Komm. BV, Art. 169 N. 2.

381 HÄGGI FURRER/GÜNTERT/MERKER, in: BS-Komm. BV, Art. 169 N. 46; siehe auch BIAGGINI, Komm. BV, Art. 169 N. 19 und 21 ff.

382 KIENER, Informationsrechte, S. 243.

383 KIENER, Informationsrechte, S. 5 m.w.H.; TSCHANNEN, N. 1330: «Kontrolle setzt Information voraus.»

384 KIENER, Informationsrechte, S. 8.

lament, in welchem Bereich welche Rechtsgrundlagen notwendig sind. Nachdem diese erlassen worden sind, kann das Parlament nur aufgrund einer soliden Informationsbasis beurteilen, ob die Massnahmen wirkungsvoll sind, d.h. die gewünschte Wirkung erzielen. Und falls eine Korrektur der Rechtsgrundlagen angezeigt ist, weil sie sich als nicht oder nicht genügend wirksam erweisen, muss das Parlament über die entsprechenden Informationen verfügen, um die korrigierte Version ausgestalten zu können. Die parlamentarische Oberaufsicht fungiert damit aufgrund der entsprechenden Informationsrechte als Vorbereitung der Steuerung durch das Parlament.

3. *Rechenschaftspflicht*

Gemäss der Lehre hat die parlamentarische Oberaufsicht die Funktion, die politische Verantwortlichkeit des Bundesrates geltend zu machen, indem die beaufsichtigten Organe gezwungen werden, wahrnehmbar Rechenschaft abzulegen (siehe auch Art. 187 Abs. 1 Bst. b BV).³⁸⁵

So ist es naheliegend, dass die parlamentarische Oberaufsicht eine präventive Wirkung auf die Regierung und die Verwaltung hat, indem sie deren Risikobewusstsein schärft und so ihre Tätigkeit durch drohenden politischen Legitimationsverlust zügelt.³⁸⁶ Die Verwaltung hat also einen Anreiz, die rechtlichen Grundlagen im Sinne des Parlaments umzusetzen. Dies kann als indirekte Steuerung bezeichnet werden.

V. **Wirksamkeitsüberprüfung**

1. *Verfassungsrechtliche Grundlage*

Die Steuerung soll erstens eine Auswirkung haben und zweitens im Idealfall die gewünschte Wirkung entfalten (siehe oben B.III.). Vor diesem Hintergrund ist Art. 170 BV besonders interessant. Gemäss dieser Bestimmung sorgt die Bundesversammlung dafür, dass die Massnahmen des Bundes auf ihre Wirksamkeit überprüft werden. Die Mehrheit der Kantone kennt entsprechende Normen.³⁸⁷ Mit der Wirksamkeitsprüfung wird das Kriterium der Legalität mit dem Kriterium der Effektivität des staatlichen Handelns ergänzt.³⁸⁸

385 HAGGI FURRER/GÜNTERT/MERKER, in: BS-Komm. BV, Art. 169 N. 4 f.; NEUENSCHWANDER, in: CR Cst., Art. 169 N. 4; TSCHANEN, N. 1324 f.; SÄGESSER, in: Komm. ParlG, Art. 26 N. 27.

386 EHRENZELLER, in: SG-Komm. BV, Art. 169 N. 56.

387 Eine entsprechende Übersicht findet sich bei WIRTHS/HORBER-PAPAZIAN, LeGes 27 (2016) 3, S. 485 (489).

388 Kompetenzverteilung zwischen Bundesversammlung und Bundesrat, Bericht der von den Staatspolitischen Kommissionen der eidgenössischen Räte eingesetzten Expertenkommission vom 15. Dezember 1995, BB1 1996 II 428 S. 439; LIENHARD/MÄCHLER/MARTI LOCHER, in: BS-Komm. BV, Art. 170 N. 7.

Unter «Massnahmen des Bundes» fallen unter anderem die Rechtsetzung und die Verfassungsgebung, womit Art. 170 BV weiter reicht als Art. 169 BV, weil der Artikel auch Handlungen der Bundesversammlung erfasst.³⁸⁹ Gemäss der Lehre umfasst die Wirksamkeitsüberprüfung nach Art. 170 BV die Wirksamkeit i.e.S., die Effektivität und die Effizienz.³⁹⁰ Unter dem Stichwort Effektivität wird zunächst überprüft, ob und in welchem Umfang die Massnahmen angewendet werden.³⁹¹ Ähnlich wie in der Steuerungswissenschaft meint die Wirksamkeit i.e.S. die Zielerreichung der Massnahmen, und die Effizienz erfasst den Vergleich der Kosten mit dem Nutzen der Massnahmen.³⁹²

Art. 170 BV bringt zum Ausdruck, dass die Legitimation des Leistungsstaates nicht nur in seiner demokratischen Ausgestaltung liegt, «sondern auch [in den] Wirkungen (inkl. Wirksamkeit) seiner Massnahmen (sog. Output-Legitimation)»³⁹³. Diese Wirkungsorientierung als Bestandteil des Leistungsstaatsprinzips stammt aus dem New Public Management.³⁹⁴ Zugleich weist Art. 170 BV durch seine Wirkungsorientierung eine enge Verwandtschaft zur Steuerungswissenschaft auf und könnte gar als deren verfassungsrechtliche Umsetzung verstanden werden.

2. *Evaluation als Instrument der Wirksamkeitsprüfung*

Für die Wirksamkeitsüberprüfung muss ein interdisziplinärer Ansatz gewählt werden, die Frage lässt sich nicht allein mit juristischen Methoden beantworten.³⁹⁵ Darin besteht ein weiterer Bezug zur Steuerungswissenschaft. Das Instrument der Wirksamkeitsüberprüfung nach Art. 170 BV ist die Evaluation.³⁹⁶ Diese erlaubt, die Rechtsetzung daran zu messen, «wie erfolgreich sie bei der Erreichung eines bestimmten Zieles ist, ohne dabei unerwünschte Nebeneffekte zu erzeugen»³⁹⁷. Evaluationen wenden die Methode der empirischen Sozialforschung an: Sie gehen «wissenschaftlich, also anhand einer konkreten Methode, auf Daten gestützt, systematisch und anhand wissenschaftlicher Kriterien» vor.³⁹⁸ Dieser Ansatz unterscheidet sich stark vom normativ-hermeneutischen Ansatz der Rechtswissenschaften.³⁹⁹

389 BIAGGINI, Komm. BV, Art. 170 N. 4; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX/BRAUN BINDER, N. 2370.

390 Statt vieler: LIENHARD/MÄCHLER/MARTI LOCHER, in: BS-Komm. BV, Art. 170 N. 19 m.w.H.

391 LIENHARD/MÄCHLER/MARTI LOCHER, in: BS-Komm. BV, Art. 170 N. 19; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 170 N. 2; MADER, S. 54.

392 MADER, S. 54.

393 BIAGGINI, Komm. BV, Art. 170 N. 1.

394 LIENHARD/MÄCHLER/MARTI LOCHER, in: BS-Komm. BV, Art. 170 N. 5; RÜEFLI, LeGes 33 (2022) 3, N. 34.

395 FLÜCKIGER, in: CR Cst., Art. 170 N. 11.

396 Vgl. auch den französischen Wortlaut der Verfassungsbestimmung; ausserdem MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER, N. 62.

397 MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER, N. 46.

398 KELLER LÄUBLI, recht 2018, S. 51 (52).

399 KELLER LÄUBLI, recht 2018, S. 51 (60).

Evaluationen sollen die Leistung staatlicher Massnahmen insgesamt beurteilen, womit ein Lernprozess ausgelöst werden soll.⁴⁰⁰ Aufgrund des Ziels, die staatlichen Prozesse gemeinsam zu steuern, wird Art. 170 BV als Ausdruck des Modells der kooperierenden Gewalten verstanden.⁴⁰¹ Indem Evaluationen Wissens- und Entscheidungsgrundlagen für eine evidenzbasierte Gesetzgebung oder Verwaltungsführung bereitstellen, sollen sie die staatliche Steuerung unterstützen und den Wissensvorsprung der Verwaltung gegenüber dem Parlament verkürzen.⁴⁰²

3. Grenzen der Evaluation

a. Sachliche

Mindestens in der Theorie ist die Evaluation also ein wichtiges Instrument der Steuerung. Allerdings bestehen einige sachliche und politische Hindernisse. Was die sachlichen Grenzen der Evaluation angeht, so kann diese «keine Beweise oder gar empirisch bewiesene Gewissheiten für die Wirkung und Wirkungszusammenhänge von Gesetzen» liefern; vielmehr kann sie «Wirkungsbezüge plausibel machen».⁴⁰³ Sie bleiben daher Prognosen und sind oft mit grossen Unsicherheiten verbunden.⁴⁰⁴ Entsprechend können Evaluationen keine Garantie für die Qualität der Gesetze abgeben.⁴⁰⁵

Darüber hinaus ist der Prozess einer Evaluation langwierig und kostspielig und bindet entsprechend finanzielle und personelle Ressourcen.⁴⁰⁶ Eine Studie ergab weiter, dass die Transparenz der Evaluationen nicht immer gleich gross ist: So weisen nicht alle Evaluationen die grundlegenden Informationen wie die Formulierung der Fragestellung, die systematische Beantwortung der Fragestellung und einen nachvollziehbaren Bewertungsvorgang auf.⁴⁰⁷

b. Politische

Die politischen Hindernisse der Wirksamkeitsüberprüfung liegen darin, dass das Parlament die Pflicht zur Evaluation nur «sehr zurückhaltend» wahrnimmt. Dies liegt zum einen an der impliziten Delegation des Evaluationsauftrages an den Bundesrat und die Verwaltung (vgl. auch Art. 27 ParlG) und wird zum anderen mit der geringen politischen Attraktivität von Evaluationen für Parlamen-

400 Kompetenzverteilung zwischen Bundesversammlung und Bundesrat, Bericht der von den Staatspolitischen Kommissionen der eidgenössischen Räte eingesetzten Expertenkommission vom 15. Dezember 1995, BBl 1996 II 428 S. 442.

401 Vgl. LIENHARD/MÄCHLER/MARTI LOCHER, in: BS-Komm. BV, Art. 170 N. 7.

402 RÜEFLI, LeGes 33 (2022) 3, N. 4.

403 KELLER, SZK 2 (2011), S. 18 (22).

404 MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER, N. 60.

405 KELLER, SZK 2 (2011), S. 18 (22).

406 SCHWAB, LeGes 16 (2005) 1, S. 39 (42); JAUSLIN/GERTSCH, Art. 170 N. 43.

407 HEUER, LeGes 28 (2017) 2, S. 327 (343).

tarierinnen und Parlamentarier erklärt.⁴⁰⁸ Denn Evaluationen sind «nur dann sinnvoll und nützlich, wenn sie genutzt werden», in dem Sinne, dass die Resultate zur Erkenntnis genommen werden und – soweit angemessen – in die Entscheidungsfindung über staatliche Massnahmen einfließen.⁴⁰⁹ Das Parlament ist allerdings nicht verpflichtet, die Evaluationen umzusetzen; ob es das tut, «ist letztendlich abhängig vom bisweilen nicht sehr an der Sache orientierten Willen der Politik»⁴¹⁰. So ergab eine Studie, dass Parlamente Evaluationen häufiger veranlassen, als dass sie deren Ergebnisse im Gesetzgebungsprozess nutzen.⁴¹¹

Daraus wird deutlich, dass die Evaluation als wissenschaftliches Instrument, welches zu einem rationalisierten Gesetzgebungsprozess beitragen soll, in einem politischen Umfeld, das nach anderen Regeln funktioniert, eingesetzt wird und deshalb nicht alle beabsichtigten Zwecke erfüllen kann.

VI. Gesetzlich definierte Regulierungsgrundsätze

1. *Stärkung der Steuerungsfunktion durch «Entbürokratisierung»?*

Als Steuerungsinstrument im Rechtsetzungsprozess⁴¹² auf Bundesebene gilt das Unternehmensentlastungsgesetz (UEG⁴¹³). Es wird als Querschnittsgesetz eingestuft.⁴¹⁴ Das UEG verbindet die Stärkung der Steuerungsfunktion des Gesetzes im Verhältnis zur Verwaltung unter dem Titel «Unternehmensentlastung» beziehungsweise «Entbürokratisierung» oder «Bürokratieabbau» mit dem politisch geforderten Rückbau rechtlicher Regulierung. Unter «Bürokratie» in diesem Sinne wird die Implementierung staatlicher Rechtsregeln durch die Verwaltung verstanden, aber auch die Regeln selbst, die einen rationalen, effizienten und geordneten Vollzug ermöglichen.⁴¹⁵ Das Parlament und die Stimmberechtigten sollen auf dem Weg der Unternehmensentlastung die demokratische Hoheit über den als übergriffig empfundenen Verwaltungsvollzug wiedererlangen. Das Gebot der Unternehmensentlastung soll das Verwaltungsrecht im Interesse einer zielgerechten Wirkung querschnittartig durchdringen und entschlacken. Mit den Massnahmen zum Abbau von Bürokratie ist ein Gestaltungsanspruch verbunden.⁴¹⁶

408 MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER, N. 62.

409 RÜEFLI, LeGes 33 (2022) 3, N. 41.

410 KELLER LÄUBLI, recht 2018, S. 51 (52); vgl. auch RÜEFLI, LeGes 33 (2022) 3, N. 18; RIEDO, SZK 2 (2011), S. 9 (11).

411 RÜEFLI, LeGes 33 (2022) 3, N. 18 mit Verweis auf EBERLI/BUNDI, S. 268 f.

412 RÜEFLI, LeGes 35 (2024) 3.

413 Bundesgesetz vom 29. September 2023 über die Entlastung der Unternehmen von Regulierungskosten (Unternehmensentlastungsgesetz, UEG; SR 930.31).

414 SEILER, LeGes 35 (2024) 3, N. 1 f.

415 BURGI, NJW 2025, S. 2977.

416 BURGI, NJW 2025, S. 2977 (2980).

Zum einen richtet sich das UEG an die Bundesversammlung als Gesetzgeberin selbst, indem es Regulierungsgrundsätze für die Rechtsetzung aufstellt (Art. 1 UEG). Insoweit dürfte die Steuerungswirkung bescheiden bleiben, da das Parlament jederzeit durch Spezialgesetz von den selbst gesetzten Regelungen abweichen kann. Steuerungssubjekt und Steuerungsobjekt wäre jeweils das Parlament, sodass eine potenziell erwünschte Steuerung konzeptionell nicht funktionieren kann. Es wäre politisch unrealistisch, dass Gesetzesentwürfe in den Kommissionen oder gar im Plenum unter dem Blickwinkel spezifischer Regulierungsgrundsätze wie der «sachgerechten Formulierung» diskutiert würden.⁴¹⁷

Zum anderen sind in Art. 2 UEG Regulierungsgrundsätze für den Vollzug verankert. Unter anderem ist die Anzahl der Stellen, an die sich die Unternehmen wenden müssen, möglichst gering zu halten. Erstinstanzliche wirtschaftsrechtliche Verfahren werden schnell und einfach durchgeführt; die Verfahrensdauer wird durch Ordnungsfristen beschränkt. Bei den Behördenkontakten werden die Möglichkeiten elektronischer Mittel vollumfänglich genutzt. Formulare werden einheitlich und einfach ausgestaltet. Unternehmen werden risikobasiert kontrolliert. Insoweit kann möglicherweise bis zu einem gewissen Grad eine begleitende Steuerungswirkung auf die Verwaltung beim Vollzug der Gesetze erzielt werden.

2. *Ambivalente Wechselbezüglichkeit mit der Steuerung durch inhaltliche Bindung*

Bei der gesetzlichen Steuerung der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben kann der Rückbau von Bürokratie durch die Reduzierung materiell-rechtlicher Vorgaben erfolgen.⁴¹⁸ Erkennt das Gesetz beispielsweise einem Infrastrukturvorhaben ein vorrangiges nationales Interesse zu, kann es rascher verwirklicht werden, weil die gegenläufigen Belange leichter überwindbar werden. Die auf den ersten Blick eintretende Verringerung inhaltlicher Vorgaben erfolgt indes im Fall einer Vorstrukturierung der Interessenabwägung durch umfangreiche und detaillierte gesetzliche Bestimmungen, wie das Beispiel von Art. 9a StromVG belegt. Auch die Vereinfachung von Verfahrensvorschriften unter dem Stichwort «Beschleunigung» kann eine Entbürokratisierung bewirken.⁴¹⁹ Möglicherweise besteht aber auch eine solche «Vereinfachung» wiederum in neuen Vorgaben wie Fristbestimmungen, Genehmigungsfiktionen oder Entscheidungsmaßstäben. Die beabsichtigte Vereinfachung kann in erhöhte Komplexität münden.⁴²⁰

417 GLASER, LeGes 35 (2024) 3, N. 13.

418 BURGI, NJW 2025, S. 2977 (2978).

419 BURGI, NJW 2025, S. 2977 (2979).

420 Näher dazu FLÜCKIGER, S. 102 f. unter dem Titel «Simplifier peut compliquer».

Ausserdem steht Bürokratieabbau in einer gegenläufigen Wechselbezüglichkeit mit erweiterten Entscheidungsspielräumen der Verwaltung.⁴²¹ Dementsprechend vermischen sich bei der Forderung nach Entbürokratisierung gegenläufige Anliegen wie die stärkere Zurückhaltung des Gesetzgebers einerseits und die Einengung von Spielräumen der Verwaltung andererseits.⁴²² Grössere Spielräume der Verwaltung dienen nach einer Sichtweise der Entbürokratisierung: «Bürokratiebewusstes Verwaltungsrecht» zeigt sich danach in der Schaffung beziehungsweise Erweiterung von Ermessensspielräumen und Pauschalierungen statt einzelfallbezogener Regulierung mit der Notwendigkeit gebundener Entscheidungen.⁴²³ Nach einer anderen Sichtweise wird die Entbürokratisierung hingegen gerade durch die Verringerung ausfüllungsbedürftiger Spielräume der Verwaltung erzielt. Entscheidungsspielräume werden nämlich häufig durch Verwaltungsverordnungen konkretisiert, was wiederum zu mehr Bürokratisierung führen kann.⁴²⁴ Es lässt sich demnach nicht eindeutig bestimmen, wie ein Einzelfallgesetz im Stil von Art. 9a Abs. 3 i.V.m. Anhang 2 StromVG mit Blick auf die Regulierungsgrundsätze des UEG einzustufen ist.

3. *Überlagerung durch das demokratisch fundierte Gesetzmassigkeitsprinzip*

Eine Politik der Entbürokratisierung wird massgeblich durch das Gesetzmassigkeitsprinzip beeinflusst. Die im Zuge der Forderung nach Entbürokratisierung beklagte «Normenflut» ist letztlich Ausfluss des demokratischen Gesetzmassigkeitsprinzips.⁴²⁵ Der Verzicht auf Gesetze bedeutet zugleich Verzicht auf Politikgestaltung und damit Verlust an demokratischer Legitimation.⁴²⁶ Durch Gesetz erzeugte rechtliche Bindungen und errichtete Organisationsstrukturen können nur durch Gesetz rück- oder abgebaut werden.⁴²⁷ Zugleich die Gesetzesflut und den Steuerungsverlust der Gesetze zu kritisieren, erweist sich daher bis zu einem gewissen Grad als paradoxe Argumentation.⁴²⁸

Die gemäss Art. 2 UEG für den Vollzug geltenden Regulierungsgrundsätze gelangen unter Vorbehalt sämtlicher sonstiger Gesetze zur Anwendung. Das UEG steht jedoch auf der gleichen normhierarchischen Stufe wie alle übrigen gesetzlichen Bestimmungen. Im Zweifelsfall gehen diese als speziellere und/oder jüngere Normen vor.⁴²⁹ Die Wirkungsweise des Gesetzmassigkeitsprinzips

421 BURGI, NJW 2025, S. 2977 (2980).

422 SCHMIDT-ASSMANN, Ordnungsidee, N. 4/9.

423 BURGI, NJW 2025, S. 2977 (2981).

424 FLÜCKIGER, S. 100, beschreibt die Wechselwirkung als Nullsummenspiel («jeu à somme nulle»). Siehe auch SCHINDLER, Verwaltungsermessens, N. 304.

425 WALDHOFF, S. 278.

426 FLÜCKIGER, S. 105; KRINGS, S. 245.

427 BURGI, NJW 2025, S. 2977 (2980).

428 KRINGS, S. 245.

429 GLASER, LeGes 35 (2024) 3, N. 22 ff.

überlagert die Bestimmungen des UEG weitgehend. Die Regulierungsgrundsätze des UEG sind folglich nicht geeignet, gesetzliche Bestimmungen im Vollzug zu übersteuern. Stösst der Bürokratieabbau an gesetzliche Grenzen, müssen diese im demokratischen Verfahren angepasst werden. Das Parlament muss dies beschliessen, die Stimmberechtigten stimmen im Fall eines Referendums darüber ab und können die Entbürokratisierung auf diese Weise verhindern. Die Steuerungswirkung von Querschnittsgesetzen ist daher als gering einzustufen.

E. Einschränkungen der Steuerungsleistung des Gesetzes

I. Ausgangslage

Die Steuerungsleistung des Gesetzes unterliegt strukturellen Einschränkungen, und zwar durch die organisationsrechtliche und die staatsrechtliche Ausgestaltung. Zum einen erschwert die Auslagerung der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben an Organisationen ausserhalb der staatlichen Zentralverwaltung, häufig verbunden mit Erscheinungsformen der Privatisierung,⁴³⁰ die Steuerung durch das Parlament.⁴³¹ Zum anderen bildet der Vollzugsföderalismus eine klassische Bruchstelle für die Steuerungskraft von Bundesgesetzen. In der Konsequenz und als Ausgleich dieser Hindernisse passt das Parlament die organisationsrechtliche Ausgestaltung in Richtung einer erneuten Verstaatlichung an, sieht Rechtsmittel zugunsten von Bundesbehörden und spezifische Instrumente wie die Programmvereinbarung zwischen Bund und Kantonen vor, um die Steuerungswirkung zu erhöhen.

II. Organisationssteuerung

1. Gesetzmässigkeitsprinzip in der Verwaltungsorganisation

Die verwaltungsrechtliche Reformdiskussion der 1980er- und 1990er-Jahre rund um Privatisierungen und unabhängige Regulierungsagenturen stellte die Steuerungsaufgaben des Verwaltungsorganisationsrechts heraus.⁴³² Bei der vorrangig von demokratischen Gesichtspunkten geprägten Gesetzmässigkeit der Verwaltungsorganisation besteht indes nach wie vor rechtlicher Klärungsbedarf.⁴³³ Das Gesetzmässigkeitsprinzip «n'est pas systématisé avec rigueur»⁴³⁴. Aufgrund des eminent politischen Charakters des Verwaltungsorganisations-

430 Siehe dazu GLASER, Verfassungsstaat, § 2 N. 90 ff.

431 Kritisch zu den verwaltungsorganisationsrechtlichen Änderungen seit den 1990er Jahren GRIF-FEL, Allgemeines Verwaltungsrecht, N. 693 f.

432 SCHMIDT-ASSMANN, Dogmatik, S. 203.

433 THURNHERR, Die Verwaltung 58 (2025), S. 3 (14).

434 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, S. 726.

rechts ist die Steuerungsleistung des formellen Gesetzes in diesem Bereich besonders bedeutsam.⁴³⁵ Insbesondere in Fällen zurückgenommener materiell-rechtlicher Steuerung verlangt das Gesetzmässigkeitsprinzip organisationsrechtliche Vorgaben.⁴³⁶ Die Behördenorganisation muss sich daher auf ein formelles Gesetz stützen.⁴³⁷

Art. 164 Abs. 1 Satz 2 Bst. g i.V.m. Satz 1 BV bestimmt, dass insbesondere die grundlegenden Bestimmungen über die Organisation der Bundesbehörden in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen sind. Auf Bundesebene sorgt im Übrigen der Bundesrat für die zweckmässige Organisation der Verwaltung und eine zielgerichtete Erfüllung der Aufgaben (Art. 178 Abs. 1 Satz 2 BV). Den gesetzlichen Rahmen für die Organisationskompetenzen des Bundesrates enthält das RVOG.

2. *Übertragung von Verwaltungsaufgaben*

Gemäss Art. 178 Abs. 3 BV können Verwaltungsaufgaben durch Gesetz Organisationen und Personen des öffentlichen oder des privaten Rechts übertragen werden, die ausserhalb der Bundesverwaltung stehen. Erforderlich für eine Aufgabenübertragung ist eine hinreichend bestimmte und bereichsspezifische formellgesetzliche Grundlage.⁴³⁸ Die konkreten Anforderungen hängen von der Art der auszulagernden Verwaltungstätigkeit ab.⁴³⁹ Werden Verwaltungsaufgaben übertragen, deren Erfüllung hoheitliches Handeln erfordert oder verfassungsmässige Rechte beziehungsweise Rechte und Pflichten von Personen tangiert (vgl. Art. 164 Abs. 1 Bst. b und c BV), gelten erhöhte Anforderungen.

Wenn das staatliche Gewaltmonopol tangiert ist, gelten besonders strenge Anforderungen (vgl. Art. 5, 36 sowie 57 BV).⁴⁴⁰ Im Bereich der Auslagerung von sicherheitspolizeilichen Aufgaben wird deshalb zusätzlich gefordert, dass neben dem Auslagerungsgegenstand namentlich auch die Anforderungen an die Beliehenen, deren Befugnisse und Aufsicht sowie die Rahmenbedingungen der ausgelagerten Tätigkeit formellgesetzlich geregelt werden. Die Befugnis, Verfügungen gemäss Art. 5 VwVG zu erlassen, ist ein Vorrecht und ein Alleinstellungsmerkmal der öffentlichen Gewalt.⁴⁴¹ Die entsprechende Delegation an verwaltungsexterne Stellen zur Erfüllung der übertragenen Aufgaben bedarf daher einer Grundlage im formellen Gesetz.

435 SCHMIDT-ASSMANN, Dogmatik, S. 208 f.

436 SCHINDLER, Verwaltungsermessens, N. 396.

437 Zur Gerichtsorganisation BGE 148 I 104 E. 4.2; BGE 134 I 125 E. 3.3.

438 BGE 148 II 21 E. 3.3.1.

439 BGE 148 II 21 E. 3.3.2.

440 BGE 148 II 21 E. 3.3.3.

441 BGE 144 II 376 E. 7.1.

Der Gesetzesvorbehalt nach Art. 178 Abs. 3 BV schliesst nicht aus, dass der Gesetzgeber die nähere Regelung einer Aufgabenübertragung im Rahmen von Art. 164 Abs. 2 BV dem Verordnungsgeber delegieren kann.⁴⁴² Für die Delegationsnorm gelten jedoch wiederum strenge Anforderungen, wenn hoheitliche Aufgaben übertragen werden sollen oder Rechte und Pflichten von Personen in Frage stehen. In diesem Fall müssen die Grundzüge der delegierten Materie in der Delegationsnorm hinreichend umschrieben sein. Auf diese Weise kann auch die Befugnis zum Erlass von Verfügungen an verwaltungsexterne Stellen delegiert werden.⁴⁴³

Die Ausgliederung geschieht grösstenteils in einer der «klassischen» Formen dezentraler Verwaltung.⁴⁴⁴ Dazu gehören die dezentralen Verwaltungsträger in öffentlich-rechtlichem Kleid: Anstalten (z.B. FINMA, ETHZ/EPFL, IGE, Swissmedic), Körperschaften (z.B. Schweiz Tourismus), Genossenschaften (z.B. Schweizerische Gesellschaft für Hotelkredit [SGH]), Stiftungen (z.B. Schweizerischer Nationalpark, Pro Helvetia, Sicherheitsfonds BVG), spezialgesetzliche Aktiengesellschaften (z.B. SBB AG, Schweizerische Post AG, Swisscom AG, Schweizerische Nationalbank). Weiter zählen zu den ausgegliederten Verwaltungsträgern solche im zivilrechtlichen Kleid: Aktiengesellschaften gemäss Art. 620 ff. OR⁴⁴⁵, die der Bund als Eigentümer oder Mehrheitsaktionär «beherrscht» (z.B. RUAG MRO Holding AG, PostFinance AG), gemischtwirtschaftliche Unternehmen (z.B. Skyguide AG), Vereine (z.B. SRG), Stiftungen (z.B. Schweizerischer Nationalfonds). Das Parlament legt im jeweiligen Spezialgesetz dieser dezentralen Verwaltungseinheiten u.a. den Grad ihrer Autonomie und Selbständigkeit fest.

Die Aufgabenübertragung muss gesetzlich so ausgestaltet sein, dass die politische Aufsicht möglich ist.⁴⁴⁶ Der Bundesrat beaufsichtigt nach Massgabe der besonderen Bestimmungen die dezentralisierten Verwaltungseinheiten und die Träger von Verwaltungsaufgaben des Bundes, die nicht der Bundesverwaltung angehören (Art. 8 Abs. 4 RVOG). Er legt, soweit zweckmässig, die strategischen Ziele fest für die Personen des öffentlichen oder privaten Rechts, die nicht der zentralen Bundesverwaltung angehören, durch die Bundesgesetzgebung geschaffen worden sind oder vom Bund kapital- und stimmenmässig beherrscht werden, und mit Verwaltungsaufgaben betraut sind (Art. 8 Abs. 5 RVOG).

442 BGE 148 II 21 E. 3.3.5.

443 BGE 144 II 376 E. 7.2.

444 Näher dazu und zum Folgenden MÜLLER, in: BS-Komm. BV, Art. 178 N. 46. Ausführlich zu den Rechtsformen dezentraler Verwaltungsträger «öffentlichrechtliche Körperschaft», «öffentlichrechtliche Stiftung», «öffentlichrechtliche Unternehmen in Privatrechtsform» und «spezialgesetzliche Aktiengesellschaft» GRIFFEL, Allgemeines Verwaltungsrecht, N. 628 ff.

445 Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht; SR 220).

446 MÜLLER, in: BS-Komm. BV, Art. 178 N. 57.

Auf Bundesebene kann die Bundesversammlung in der Regel mittels dreier Möglichkeiten direkt oder indirekt Einfluss auf die strategische Steuerung eines öffentlichen Unternehmens nehmen: der Erlass (spezial-)gesetzlicher Grundlagen und die Definition des Gesellschaftszwecks (1); die Mitwirkung bei der Festlegung strategischer Ziele bei den verselbstständigten Verwaltungseinheiten und die Kenntnisnahme der Berichterstattung über die Erreichung der strategischen Ziele (2); die parlamentarische Oberaufsicht (3).⁴⁴⁷

Die Bundesversammlung wirkt gemäss Art. 28 Abs. 1 Bst. b ParlG bei der Festlegung der strategischen Ziele für verselbstständigte Einheiten mit. Sie wirkt mit, indem sie dem Bundesrat Aufträge erteilt, für die verselbstständigten Einheiten strategische Ziele festzulegen oder diese Ziele zu ändern (Art. 28 Abs. 1^{bis} Bst. b Ziff. 2 ParlG). Die Aufträge können in Form von Motionen oder Postulaten sowie bei umfangreicheren und differenzierteren Anliegen durch einen Grundsatz- und Planungsbeschluss in Form eines einfachen Bundesbeschlusses (vgl. Art. 28 Abs. 3 Satz 1 ParlG) erfolgen.⁴⁴⁸ Da es sich um verbindliche Aufträge handelt, muss der Bundesrat den parlamentarischen Willen umsetzen.⁴⁴⁹ Der Bundesrat berichtet der Bundesversammlung periodisch über die Erreichung der strategischen Ziele (Art. 148 Abs. 3^{bis} ParlG).

Die Steuerungswirkung des Parlaments gegenüber den Aufgabenträgern ist also indirekter und stärker auf die Grundlagen beschränkt, wodurch die dezentralen Verwaltungseinheiten mehr Flexibilität in ihrer Aufgabenerfüllung erhalten sollen.⁴⁵⁰

3. *Rüstungsunternehmen des Bundes*

Die erhöhte Flexibilität bei ausgelagerten Aufgabenträgern kann auf der Kehrseite erhebliche Unzulänglichkeiten zur Folge haben. Dies belegt das Beispiel der Rüstungsunternehmen des Bundes. Die Übertragung von Verwaltungsaufgaben auf Rüstungsunternehmen wird im BGRB⁴⁵¹ geregelt. Zur Sicherstellung der Ausrüstung der Armee kann der Bund Rüstungsunternehmen betreiben, Aktiengesellschaften des privaten Rechts gründen oder sich an solchen Gesellschaften beteiligen (Art. 1 Abs. 1 BGRB). Der Bundesrat wird ermächtigt, Aktiengesellschaften des privaten Rechts im Namen des Bundes zu gründen, Beteiligungen an solchen Gesellschaften zu erwerben und zu veräussern (Art. 1 Abs. 2 Satz 1 BGRB). Dadurch sollten die zuvor bestehenden gesetzlichen Einschränkungen gelockert werden. Die unternehmerische Zusammenarbeit mit

447 HÖCHNER, S. 110.

448 BBl 2010 3377 S. 3397 f.

449 BBl 2010 3377 S. 3398.

450 Zu hieraus resultierenden Problemen für die Steuerung gemischtwirtschaftlicher Unternehmen durch die demokratisch legitimierten Kantonsregierungen REICH, ZBl 126/2025, S. 59 (66 f.).

451 Bundesgesetz vom 10. Oktober 1997 über die Rüstungsunternehmen des Bundes (BGRB; SR 934.21).

privaten Firmen, namentlich im Rahmen von Kooperationen in Form von Beteiligungen, sei nämlich für eine öffentlich-rechtliche Anstalt nur «restriktiv und mit grossen administrativen Umtrieben» möglich.⁴⁵²

Die Rüstungsunternehmen führen unter Beachtung marktwirtschaftlicher Grundsätze Aufträge des Eidgenössischen Departements für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (VBS) sowie Dritter aus (Art. 2 BGRB). Die Beteiligungen des Bundes an den Aktiengesellschaften werden durch eine Beteiligungsgesellschaft in der Form einer Aktiengesellschaft des privaten Rechts gehalten (Art. 3 Abs. 1 BGRB). Dies bedeutet, dass für Leitung und Kontrolle des öffentlichen Unternehmens die aktiengesellschaftlichen Bestimmungen des Obligationenrechts zur Anwendung kommen.⁴⁵³ Der Bundesrat legt jeweils für vier Jahre die strategischen Ziele der Beteiligungsgesellschaft fest (Art. 3 Abs. 1^{bis} BGRB). Eine Abtretung der Kapital- oder Stimmenmehrheit des Bundes an Dritte bedarf der Zustimmung der Bundesversammlung (Art. 3 Abs. 3 BGRB). Die Zustimmung müsste in der Form des einfachen Bundesbeschlusses (Art. 163 Abs. 2 BV) ergehen.⁴⁵⁴

Der Bund ist seinen Interessen entsprechend im Verwaltungsrat der Beteiligungsgesellschaft vertreten (Art. 4 Abs. 1 BGRB). Die Beteiligungsgesellschaft ist ihren Interessen entsprechend in den Verwaltungsräten der Rüstungsunternehmen vertreten (Art. 4 Abs. 2 BGRB).

Der Bundesrat hatte am 27. November 2024 beschlossen, für die RUAG MRO Holding AG (RUAG MRO) Rechtsformen des öffentlichen Rechts zu prüfen.⁴⁵⁵ Im öffentlichen Recht habe der Bund mehr Gestaltungsfreiheit, da nicht wie im Privatrecht eine Bindung an eine feste Zahl streng vordefinierter Gesellschaftstypen bestehe. In Frage kämen namentlich die öffentlich-rechtliche Anstalt oder die spezialgesetzliche AG des öffentlichen Rechts. Zudem wird die Variante einer Reintegration in das VBS geprüft.

Das VBS beauftragte MARTIN DUMERMUTH, den ehemaligen Direktor des Bundesamts für Justiz, ein Gutachten zu erstellen. Er gelangte zu folgendem Schluss:

«Aus Sicht des Gutachtens lässt sich ein Festhalten an der privatrechtlichen AG heute kaum mehr begründen. In Frage kommt zunächst der Wechsel zu einer spezialgesetzlichen AG, die dem Gesetzgeber den nötigen Spielraum gibt, um sachgerechte Lösungen zu entwickeln. Zu beachten ist jedoch, dass die körperschaftlich organisierte AG und ihr Recht eigentlich auf eine Mehrheit von Mitgliedern zugeschnitten sind. Gründet der Staat eine spezialgesetzliche AG, ohne Dritte daran zu beteiligen, bleiben die körperschaftlichen Strukturen faktisch unwirksam und die Gesellschaft nähert sich einer öffentlich-rechtlichen Anstalt an. Vor diesem Hintergrund wäre auch eine an-

452 BBl 1997 III 769 S. 776.

453 UHLMANN, Kontrolle, S. 94.

454 Vgl. BBl 1997 III 769 S. 794.

455 Mitteilung des Bundesrates vom 27. November 2024, Bundesrat überprüft die Rechtsform der RUAG MRO, <<https://www.news.admin.ch/de/nsb?id=103324>>.

staltliche Lösung vorstellbar, die mit entsprechender Autonomie ausgestattet werden müsste. Dass bei der Ausgestaltung einer AG grosse Gestaltungsfreiräume offen stehen, ist aufgezeigt worden. Die Ausführungen haben gezeigt, dass die Anstalt und die spezialgesetzliche AG nicht so weit voneinander entfernt sind, wie das oft angenommen wird.»⁴⁵⁶

Am 26. November 2025 eröffnete der Bundesrat die Vernehmlassung für eine Revision des BGRB. Die RUAG soll in eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft umgewandelt werden, deren Alleinaktionär der Bund ist (Art. 2 BGRB neu).⁴⁵⁷ Der Bundesrat soll die strategischen Ziele in einer Eignerstrategie festlegen (Art. 12 Abs. 1 BGRB neu) und dem Verwaltungsrat des Unternehmens zur Wahrung nationaler Sicherheitsinteressen Weisungen erteilen können (Art. 16 BGRB neu). Die geopolitische Lage verlange «eine intensivere politische Steuerung, als dies bei einer privatrechtlichen AG möglich ist»⁴⁵⁸. Die Ausgestaltung als spezialgesetzliche Aktiengesellschaft entspreche dem im Parlament geäusserten Wunsch nach einem Ausbau der Steuerung der RUAG. Das Parlament kann gemäss Art. 28 ParlG wesentlichen Einfluss auf die Vorgaben der Eignerstrategie ausüben.

III. Steuerung des Vollzugs von Bundesgesetzen durch die Kantone

1. *Vollzugsföderalismus als strukturelles Steuerungshindernis*

a. *Charakteristika des Vollzugsföderalismus*

Der Vollzugsföderalismus verkompliziert die Steuerungssystematik, weil nicht nur die Bundesverwaltung, sondern auch die Kantonsparlamente und insbesondere die Kantonsverwaltungen Steuerungsobjekte der von der Bundesversammlung erlassenen Gesetze sind, wie im Folgenden zu zeigen ist.

Als Charakteristikum des Vollzugsföderalismus setzen die Kantone das Bundesrecht um (vgl. Art. 46 Abs. 1 BV). Bei dem von den Kantonen umzusetzenden Bundesrecht handelt es sich in erster Linie um Bundesgesetze. Der Begriff der Umsetzung meint neben der Rechtsetzung durch die Kantone auch die Konkretisierung durch Einzelakte der kantonalen Verwaltung.⁴⁵⁹ Darunter fallen somit die gesetzesverwirklichende Verwaltungstätigkeit (Vollzug i.e.S.),

456 DUMERMUTH, Welche Rechtsform für die RUAG? Eine Auslegeordnung, 18. November 2024, S. 59.

457 Vernehmlassungsentwurf, Bundesgesetz über die Organisation des Rüstungsunternehmens des Bundes (Rüstungsunternehmensgesetz, BGRB) <https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/2025/92/cons_1/doc_1/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-dl-proj-2025-92-cons_1-de-pdf-a.pdf>.

458 Eidgenössisches Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport VBS, Anpassen der Rechtsform der RUAG MRO Holding AG, Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens vom 14. Januar 2026, S. 4.

459 EGLI, in: SG-Komm. BV, Art. 46 N. 11. Exemplarisch für den Vollzug der Raumplanungsgesetzgebung des Bundes durch die Kantone GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, S. 22.

der Erlass von Ausführungsvorschriften, die Bereitstellung der notwendigen Behördenorganisation, der Einsatz von Finanz- und Sachmitteln sowie die Sicherstellung und Anwendung wirksamer Durchsetzungsinstrumente.⁴⁶⁰ Heute betreffen drei Viertel der kantonalen Staatstätigkeit Aufgaben aus dem Bereich der Umsetzung des Bundesrechts.⁴⁶¹

Das Bundesgericht fasst die rechtliche Wirkungsweise des «Vollzugsföderalismus» prägnant zusammen: «Im schweizerischen System obliegt der Gesetzesvollzug auch in denjenigen Bereichen, in denen der Bund für die Gesetzgebung zuständig ist, grundsätzlich den Kantonen (Art. 46 Abs. 1 BV). Die kantonalen Vollzugsbehörden wenden unmittelbar das Bundesrecht an, ohne dass es einer inhaltlichen Umsetzungsgesetzgebung auf kantonaler Ebene bedarf. Das gilt auch dann, wenn das Bundesrecht unbestimmte Rechtsbegriffe oder konkretisierungsbedürftige Regelungen enthält, die den Vollzugsbehörden einen gewissen Spielraum gewähren. Anders verhält es sich, wenn das Bundesrecht den Kantonen einen blossen Gesetzgebungsauftrag erteilt. In diesem Fall ist das Bundesrecht nicht unmittelbar anwendbar und kann auch nicht direkt die Grundlage für Grundrechtseinschränkungen darstellen, sondern es bedarf dafür einer zusätzlichen kantonalen Rechtsetzung [...]»⁴⁶²

b. *Vollzugsdefizit*

Die Kehrseite des Vollzugsföderalismus sind strukturelle Vollzugsdefizite.⁴⁶³ Die föderalistische Ausgestaltung des Gesetzesvollzugs, wonach regelmässig der Bund Gesetze erlässt, die von den kantonalen Verwaltungsbehörden vollzogen werden, begründet die Gefahr ungleicher und unzulänglicher Anwendung der gesetzlichen Vorschriften.⁴⁶⁴ Vollzugsdefizite als Folge des Vollzugsföderalismus zeigen sich also in Form «fehlender, ungenügender, unwirksamer oder rechtsungleicher Umsetzung sowie der Verwischung von Verantwortlichkeiten».⁴⁶⁵ Der Gesetzgeber auf der Bundesebene büsst im System des Vollzugsföderalismus strukturell bedingt an Steuerungskraft ein.⁴⁶⁶ Besonders prekär wird die Steuerung, wenn die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen mit der Einräumung von Ermessen im Bundesgesetz an die Kantonsverwaltung zusammenfällt.⁴⁶⁷

Beispielhaft werden für den Vollzug des Umweltrechts Defizite durch das Hinauszögern nötiger Anordnungen, in einer unzureichenden Rechtsanwendung bei Beurteilungs- und Ermessensspielräumen oder auch in unzulänglicher

460 WALDMANN/BORTER, in: BS-Komm. BV, Art. 46 N. 17.

461 SCHWEIZER, III.7 N. 11.

462 BGE 147 I 478 E. 3.6.

463 WALDMANN/BORTER, in: BS-Komm. BV, Art. 46 N. 7.

464 BIGLER-DE MOOIJ, in: CR Cst., Art. 46 N. 19.

465 WALDMANN/BORTER, in: BS-Komm. BV, Art. 46 N. 7 m.w.H.

466 Vgl. WALDHOFF, S. 280 f.

467 Siehe auch SCHINDLER, Verwaltungsermessen, N. 359.

sachlicher oder personeller Organisation diagnostiziert.⁴⁶⁸ Im Bereich der Umweltschutzgesetzgebung zeigt sich ein faktisches Vollzugsdefizit.⁴⁶⁹ Das Gesetz sieht zwar hinreichende Vollzugsinstrumente vor, die Verwaltungsbehörden von Kantonen und Gemeinden vollziehen das Gesetz aber wegen fehlender Ressourcen und des Widerstands von Zielgruppen oder in der Politik nicht oder nur unzureichend.⁴⁷⁰ Empirische Erhebungen bei den kantonalen Behörden ergaben, dass diese selbst die zu geringe Ressourcenausstattung mit der Folge fehlender Kontrollen und die fehlende Akzeptanz der Gesetzgebung für die mangelhafte Durchsetzung der gesetzlichen Bestimmungen verantwortlich machen.

Für das Raumplanungsrecht spricht ALAIN GRIFFEL von einer seit Jahrzehnten währenden «Vollzugskrise» als Folge der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen mit einer schwachen Stellung des Bundes.⁴⁷¹ Als Symptom dieser Krise beschreibt er die Zersiedelung der Landschaft in Gestalt grossflächiger, unstrukturierter und unkontrollierter Überbauung. Als Ursache benennt er unter anderem den mangelhaften beziehungsweise rechtswidrigen Gesetzesvollzug durch die kantonalen und kommunalen Behörden, insbesondere durch die Beibehaltung überdimensionierter Bauzonen und ein Hinwegsehen über unrechtmässige Bauten ausserhalb der Bauzone.⁴⁷²

2. *Begleitende Kontrolle mit Mitteln der Bundesaufsicht*

a. *Zweck der Bundesaufsicht*

Der Bund wacht über die Einhaltung des Bundesrechts durch die Kantone (Art. 49 Abs. 2 BV). Das Ziel der Bundesaufsicht liegt darin, den richtigen und einheitlichen Vollzug des Bundesrechts durch die Kantone sicherzustellen.⁴⁷³ Sie dient somit der Verwirklichung der Bundesverwaltungsgesetzgebung und bildet das Gegenstück zu deren vollzugsföderalistischer Umsetzung in dem den Kantonen übertragenen Wirkungskreis (Art. 46 BV).⁴⁷⁴ Sind somit die Kantone zur Umsetzung des Bundesrechts nach Massgabe von Verfassung und Gesetz verpflichtet (Art. 46 Abs. 1 BV), bleibt der Bund für die Verwirklichung seiner Gesetzgebung verantwortlich und hat daher im Wege der «Bundesaufsicht» die (richtige) Umsetzung in den Kantonen zu überwachen (vgl. Art. 49 Abs. 2 BV).⁴⁷⁵

Der Bundesrat sorgt für die Einhaltung des Bundesrechts und trifft die erforderlichen Massnahmen (Art. 186 Abs. 4 BV). Dem Bundesrat kommt somit die

468 WAGNER PFEIFER, N. 859.

469 RIEDER, URP 2015, S. 581 (594).

470 DAZU und zum Folgenden RIEDER, URP 2015, S. 581 (587).

471 GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, S. 22 f.

472 GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, S. 23.

473 FUCHS/MÜLLER, ZBl 124/2023, S. 459 (461).

474 BIAGGINI, Komm. BV, Art. 49 N. 16.

475 WALDMANN/BORTER, in: BS-Komm. BV, Art. 46 N. 9.

Hauptrolle bei der Bundesaufsicht zu.⁴⁷⁶ Die Aufsichtsfunktion des Bundesrates erfasst unter anderem den Verwaltungsvollzug durch die Kantone, wie beispielsweise den Erlass von Verfügungen, die Vornahme von Realakten oder das Unterlassen derartiger Massnahmen.⁴⁷⁷ Mit Blick auf die kantonalen Verwaltungen kommen als Aufsichtsmassnahmen vor allem die Erhebung einer Behördenbeschwerde und – bei Fehlen wirksamer Beschwerdemöglichkeiten – die Aufhebung kantonaler Verwaltungsakte in Betracht.⁴⁷⁸ Die Instrumente der Bundesaufsicht zur Durchsetzung des Gesetzmässigkeitsprinzips im Verwaltungsvollzug durch die Kantone erfordern ihrerseits eine hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage.⁴⁷⁹ So bedarf es für das Instrument der Behördenbeschwerde einer gesetzlichen Grundlage.⁴⁸⁰

b. Behördenbeschwerde

Die Behördenbeschwerde an das Bundesgericht dient als Mittel der Bundesaufsicht⁴⁸¹ grundsätzlich dazu, die einheitliche und richtige Anwendung des Bundesverwaltungsrechts durch die Kantone sicherzustellen.⁴⁸² Gemäss Art. 89 Abs. 2 Bst. a BGG⁴⁸³ sind zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten die Bundeskanzlei, die Departemente des Bundes oder, soweit das Bundesrecht es vorsieht (vgl. Art. 43 RVOG), die ihnen unterstellten Dienststellen berechtigt, wenn der angefochtene Akt die Bundesgesetzgebung in ihrem Aufgabenbereich verletzen kann.

Bundesbehörden, die zur Beschwerde an das Bundesgericht berechtigt sind, können gemäss Art. 111 Abs. 2 BGG die Rechtsmittel des kantonalen Rechts ergreifen und sich vor jeder kantonalen Instanz am Verfahren beteiligen, wenn sie dies beantragen. Die Ausdehnung der Beschwerdelegitimation von Bundesbehörden vor kantonalen Instanzen ist Ausfluss der verfassungsrechtlichen Verpflichtung des Bundes, über die Einhaltung des Bundesrechts durch die Kantone zu wachen.⁴⁸⁴ Das Bundesrecht greift insoweit auf die kantonalen Rechtsmittel zurück.⁴⁸⁵ Für die Gebiete, in denen Bundesbehörden zur Beschwerde berechtigt sind, bestimmt der Bundesrat, welche Entscheide ihnen die kantonalen Behörden zu eröffnen haben (Art. 112 Abs. 4 BGG).

476 BIAGGINI, Komm. BV, Art. 186 N. 9.

477 EGLI/RUCH, in: SG-Komm. BV, Art. 186 N. 21.

478 EGLI/RUCH, in: SG-Komm. BV, Art. 186 N. 26.

479 FUCHS/MÜLLER, ZBl 124/2023, S. 459 (463); WALDMANN, in: BS-Komm. BV, Art. 49 N. 43.

480 KÜNZLI, in: BS-Komm. BV, Art. 186 N. 34.

481 FUCHS/MÜLLER, ZBl 124/2023, S. 459 (460).

482 BGE 134 II 124 E. 2.6.1; BGE 148 II 369 E. 3.3.7; vgl. auch GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, S. 328; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N. 1470.

483 Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110).

484 BGE 148 II 369 E. 3.3.1; EHRENZELLER, in: BS-Komm. BGG, Art. 111 N. 11.

485 BGE 148 II 369 E. 3.3.2.

Gerade auf den für Unzulänglichkeiten im Vollzug anfälligen Gebieten des Umweltrechts sowie des Raumplanungs- und Baurechts ist die Behördenbeschwerde als Instrument zu deren Behebung vorgesehen. So sind im Umweltrecht Behördenbeschwerden verbreitet. Das Bundesamt für Umwelt ist berechtigt, gegen Verfügungen der kantonalen Behörden in Anwendung des USG⁴⁸⁶ und seiner Ausführungsbestimmungen die Rechtsmittel des eidgenössischen und des kantonalen Rechts zu ergreifen (Art. 56 Abs. 1 USG). Eine entsprechende Behördenbeschwerde ist im Waldrecht verankert (Art. 46 Abs. 2 WaG). Das Bundesamt für Raumentwicklung (ARE) ist im Bereich der Raumplanung zur Beschwerde nach den allgemeinen Bestimmungen über die Bundesrechtspflege berechtigt (Art. 48 Abs. 4 RPV).

Die neuere bundesrechtliche Entwicklung tendiert dazu, die Aufsicht des Bundes über den kantonalen Vollzug von Bundesrecht zur Hauptsache mit Hilfe von Rechtsmitteln zu gewährleisten.⁴⁸⁷ Die Behördenbeschwerde ist demnach ein Instrument der Bundesaufsicht, dem zumindest Vorrang gegenüber anderen Aufsichtsmitteln (wie direkten Weisungen an die Kantone, Kassation von kantonalen Akten) zukommt.⁴⁸⁸

Die Behördenbeschwerde ist vorrangig im Verhältnis zu gesetzlichen Zustimmungsverfahren. Zur Vermeidung von Doppelspurigkeiten sieht das Bundesgericht vor, dass ein Zustimmungsverfahren nach dem Erlass eines kantonalen Rechtsmittelentscheids dort nicht angestrengt werden kann, wo es der Bundesbehörde offensteht, selbst Beschwerde zu führen; in solchen Fällen wäre gestützt auf die Kompetenzordnung die Erhebung einer Behördenbeschwerde die richtige Vorgehensweise.⁴⁸⁹

Gemäss Art. 99 Abs. 2 AIG⁴⁹⁰ kann das Staatssekretariat für Migration (SEM) die Zustimmung zum Entscheid einer kantonalen Verwaltungsbehörde oder einer kantonalen Beschwerdeinstanz verweigern oder diesen Entscheid befristen oder an Bedingungen und Auflagen knüpfen. Dem SEM soll ermöglicht werden, auch dann noch über die Zustimmung zu einer Aufenthaltsbewilligung zu befinden, nachdem ein kantonales Verwaltungsgericht (oder eine andere kantonale Rechtsmittelbehörde) bereits auf Beschwerde hin eine Aufenthaltsbewilligung erteilt hat und dagegen die Behördenbeschwerde an das Bundesgericht offenstand.⁴⁹¹ Das SEM soll auch in solchen Fällen die Wahl haben, ob es die Behördenbeschwerde gegen den kantonalen Rechtsmittelentscheid ergreift oder im Zustimmungsverfahren die Zustimmung zur Aufenthaltsbewilligung prüft und allenfalls verweigert.

486 Bundesgesetz vom 7. Oktober 1983 über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz, USG; SR 814.01).

487 EHRENZELLER, in: BS-Komm. BGG, Art. 111 N. 11.

488 BGE 148 II 369 E. 3.3.1.

489 BGE 141 II 169 E. 4.4.3.

490 Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz, AIG; SR 142.20).

491 Botschaft vom 2. März 2018 zur Revision des Ausländergesetzes, BBl 2018 1685 S. 1702 ff.

Das Bundesgericht leitet aus der Unabhängigkeit der Justiz (Art. 30 Abs. 1 und Art. 191c BV) ab, dass der Bund ein kantonales Gerichtsurteil grundsätzlich nicht im Rahmen der Bundesaufsicht aufheben kann.⁴⁹² Die aufsichtsrechtliche Kassation eines kantonalen Gerichtsurteils gestützt auf Art. 186 Abs. 4 BV sei, wenn überhaupt, nur in Ausnahmefällen möglich. Sie scheidet jedenfalls aus, wenn der ordentliche Rechtsweg in Form einer Behördenbeschwerde offenstehe und die prozessrechtliche Lage es erlaube, die aufsichtsrechtliche Fragestellung zu thematisieren.

Mit der Behördenbeschwerde verfüge das SEM über ein hinreichend wirksames Instrument, um bundesstaatliche Anliegen im Instanzenzug einzubringen.⁴⁹³ Bei dieser Ausgangslage verstösst Art. 99 Abs. 2 AIG insoweit gegen Art. 30 Abs. 1 BV und das Gewaltenteilungsprinzip, als er dem SEM in Abweichung von der verfassungsmässigen Zuständigkeitsordnung und trotz bestehender Möglichkeit der Anfechtung beim Bundesgericht die Befugnis einräumt, rechtskräftige Entscheide kantonalen Gerichtsinstanzen zu übersteuern.

c. *Programmvereinbarungen*

Bund und Kantone können miteinander vereinbaren, dass die Kantone bei der Umsetzung von Bundesrecht bestimmte Ziele erreichen und zu diesem Zweck Programme ausführen, die der Bund finanziell unterstützt (Art. 46 Abs. 2 BV). Eine konkretisierende Bestimmung hierzu findet sich im Zusammenhang mit der finanziellen Unterstützung der Kantone: Die Programmvereinbarungen legen die gemeinsam zu erreichenden strategischen Programmziele fest und regeln die Beitragsleistung des Bundes sowie, im Einvernehmen mit der Eidgenössischen Finanzkontrolle, die Einzelheiten der Finanzaufsicht (Art. 20a Abs. 1 SuG⁴⁹⁴).

Der Zweck der Programmvereinbarungen liegt darin, dass der Bund die Umsetzung der Gesetze steuern und kontrollieren kann, ohne den Handlungs- und Entscheidungsspielraum der Kantone übermässig einzuschränken.⁴⁹⁵ Die Programmvereinbarungen bilden eine zusätzliche Rechtsschicht zwischen den Bundesgesetzen und dem darauf gestützten Vollzug im Einzelfall durch die kantonalen Verwaltungsbehörden.⁴⁹⁶ Im Fall der Missachtung einer Programmvereinbarung durch einen Kanton kann der Bund die Aufsichtsmittel gemäss Art. 49 Abs. 2 BV einsetzen, um deren Einhaltung durchzusetzen.⁴⁹⁷

Das Instrument der Programmvereinbarung gelangt im Umweltrecht verbreitet zur Anwendung.⁴⁹⁸ Bei den Subventionstatbeständen in den Bereichen

492 Dazu und zum Folgenden BGE 151 I 382, E. 4.9.2.

493 BGE 151 I 382, E. 4.9.3.

494 Bundesgesetz vom 5. Oktober 1990 über Finanzhilfen und Abgeltungen (Subventionsgesetz, SuG; SR 616.1).

495 WIGET, S. 108.

496 BIGLER-DE MOOIJ, in: CR Cst., Art. 46 N. 24.

497 WIGET, S. 110.

498 Dazu und zum Folgenden WILD, LeGes 20 (2009) 3, S. 351 (352) m.w.N.

Schutzwald, Lärm- und Schallschutzmassnahmen, Pärke von nationaler Bedeutung, Gewässerschutz sowie Wild- und Wasserschutzgebiete sind ausschliesslich Programmvereinbarungen vorgesehen. Ausser den Teilbereichen forstliches Vermehrungsgut sowie befristete Massnahmen der Wald- und Holzwirtschaft erfordern auch die Subventionstatbestände Biodiversität im Wald und Waldbewirtschaftung ausschliesslich Programmvereinbarungen.

Auf dem Gebiet des Gewässerschutzes zeigt sich die typische Konstellation des Vollzugsföderalismus, wonach der Bund für die Gesetzgebung zuständig ist und die Kantone die Gesetze des Bundes vollziehen.⁴⁹⁹ Der Vollzug des GSchG⁵⁰⁰ durch die Kantone umfasst den Erlass von gesetzlichen Vorschriften, die Einrichtung einer Behördenorganisation und von Verfahren einschliesslich Rechtsschutz, die Bereitstellung von Sach- und Finanzmitteln, den Erlass von Verfügungen sowie allenfalls den Abschluss von Verträgen. Die kantonalen Vollzugsbehörden wenden unmittelbar das Bundesrecht an, ohne dass es einer inhaltlichen Umsetzungsgesetzgebung auf kantonaler Ebene bedarf. Das gilt auch dann, wenn das Bundesrecht unbestimmte Rechtsbegriffe oder konkretisierungsbedürftige Regelungen enthält, die den Vollzugsbehörden einen gewissen Spielraum gewähren.

Gemäss Art. 62a Abs. 1 GSchG leistet der Bund unter bestimmten Voraussetzungen Abgeltungen an Massnahmen der Landwirtschaft zur Verhinderung der Abschwemmung und Auswaschung von Stoffen. Das Bundesamt für Landwirtschaft gewährt die Abgeltungen als globale Beiträge auf der Grundlage von Programmvereinbarungen, die mit den Kantonen für jedes Gebiet abgeschlossen werden, in dem Massnahmen erforderlich sind (Art. 62a Abs. 4 Satz 1 GSchG). Die Kantone sprechen die Abgeltungen den einzelnen Anspruchsberechtigten zu (Art. 62a Abs. 4 Satz 3 GSchG).

Das Bundesrecht normiert lediglich die Abgeltung des Bundes an die Kantone.⁵⁰¹ Die kantonale Ausführungsgesetzgebung regelt im Anschluss daran die Zuständigkeit zum Abschluss der Programmvereinbarung, die Art und Weise der mit dem Bund vereinbarten Leistungserbringung und die Verteilung der im Zeitpunkt der weiteren Verwendung nunmehr kantonalen Mittel. Die Kantone geniessen dabei einen grossen Ermessensspielraum. Die Ausrichtung der Beiträge steht im Entschliessungsermessen der Behörden, auch wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind, weshalb es sich um Ermessenssubventionen handelt.

Gemäss Art. 23k Abs. 1 NHG gewährt der Bund den Kantonen auf der Grundlage von Programmvereinbarungen globale Finanzhilfen an die Errichtung, den Betrieb und die Qualitätssicherung von Pärken von nationaler Bedeu-

499 Dazu und zum Folgenden BGer., Urteil vom 31. August 2023, 1C_583/2021, E. 3.3.

500 Bundesgesetz vom 24. Januar 1991 über den Schutz der Gewässer (Gewässerschutzgesetz, GSchG; SR 814.20).

501 Dazu und zum Folgenden BGer., Urteil vom 31. August 2023, 1C_583/2021, E. 4.5.

tung. Dies gilt beispielsweise für einen Naturerlebnispark im Sinne von Art. 23h NHG. Die Errichtung eines Naturerlebnisparks erfolgt durch Abschluss einer Programmvereinbarung und Annahme einer Charta. Das Bundesrecht verlangt hierfür eine verbindliche Gewährleistung – insbesondere durch entsprechende Planungsmassnahmen – für die Kernzone des zu erstellenden Naturerlebnisparks.⁵⁰² Die Wirksamkeit der Schaffung eines Naturerlebnisparks setzt zudem die Einhaltung der Vorgaben von Art. 23h NHG, insbesondere die Errichtung einer Übergangszone, voraus.⁵⁰³

Die durch die Programmvereinbarung vermittelten finanziellen Ansprüche setzen somit den korrekten Vollzug des Bundesrechts durch die kantonalen Behörden voraus.

F. Potenziale und Leerstellen gesetzlicher Steuerung der Verwaltung

I. Effektive Steuerung der Verwaltung durch Gesetz als verfassungsrechtliches Ideal

Die Gesetzgebung und das Legalitätsprinzip finden ihre Rechtfertigung in der staatsrechtlichen, der demokratischen und der sog. Output-Legitimation. Letztere bringt zum Ausdruck, dass die staatlichen Massnahmen wirksam sein sollen (vgl. Art. 170 BV). Dieser Gedanke liegt auch der Steuerungswissenschaft zugrunde. In diesem Aufsatz haben wir das Parlament als Steuerungssubjekt und die Verwaltung als Steuerungsobjekt definiert, welches die gesetzlichen Vorgaben des Parlaments möglichst wirksam umsetzen und so eine hohe Steuerungsleistung gewährleisten soll. Aus einer Zusammenschau von Art. 5 Abs. 1 und Art. 164 BV lässt sich das verfassungsrechtliche Ideal effektiver Steuerung der Verwaltung durch das Gesetz ableiten. Vor allem der demokratische Begründungsansatz des Gesetzmässigkeitsprinzips bedingt den Vollzug der Gesetze durch die Verwaltung im Sinne des Gesetzgebers.

II. Inhaltliche Bindung an das Gesetz als vorrangiger Steuerungsfaktor

Als zentraler Steuerungsfaktor erweist sich die inhaltliche Bindung der Verwaltung an die gesetzlichen Vorgaben. Dem Parlament stehen verschiedene Formen der inhaltlichen Bindung zur Verfügung, um seine Vorgaben auszugestalten. Es bewegt sich dabei im Spannungsfeld zwischen Flexibilität und Einzelfallgerechtigkeit einerseits sowie detaillierten Vorgaben, Realisierungsgewissheit und demokratischer Legitimation andererseits. So sind je nach

502 BGE 150 II 2 E. 2.4.1.

503 BGE 150 II 2 E. 2.4.3.

Konstellation die Formulierung offener Normen, die Einräumung von Entscheidungsspielräumen an die Verwaltung oder gar die Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen an die Exekutive sinnvoll. In anderen Fällen möchte das Parlament hingegen möglichst eindeutige Vorgaben machen und der Verwaltung möglichst wenig Gestaltungsspielraum überlassen.

Das Ziel präziser Steuerung kann das Parlament mit der gesetzlichen Vorwegnahme von Interessenabwägungen oder mit Einzelfallgesetzen erreichen. Gerade bei den Einzelfallgesetzen, die nach einem Teil der Lehre nicht verfassungsmässig sind, jedoch aus der demokratischen Perspektive zulässig sein müssen, und dem Parlament den höchsten Konkretisierungsgrad bieten, zeigt sich das Spannungsfeld zwischen Rechtmässigkeit und Effektivität besonders deutlich. In jüngerer Zeit greift das Parlament regelmässig auf die verfassungsrechtlich zweifellos zulässige gesetzliche Vorwegnahme der Interessenabwägung zurück. Dies ist insbesondere bei der Verwirklichung der Energiewende der Fall. Mitunter findet sich auch eine Kombination aus Einzelfallgesetz und Vorwegnahme der Interessenabwägung.

Die Wertung des Parlaments, ob dichtere oder lockerere gesetzliche Vorgaben angebracht sind, kann stark schwanken und abhängig sein von Änderungen in den tatsächlichen Gegebenheiten oder der politischen Wertung. Aus praktischer Sicht lässt sich die Frage, wann der Verwaltung wie viel Entscheidungsspielraum eingeräumt und wann wie klare Vorgaben gemacht werden sollen, nicht allgemeingültig und abschliessend beantworten. Verfassungsrechtlich bestehen keine Massgaben für die Ausgestaltung der Steuerungskraft des Gesetzes im Verhältnis zur Verwaltung.

III. Begleitende Massnahmen zur Absicherung der Steuerungsfunktion des Gesetzes

Nebst den verschiedenen Ausprägungen der inhaltlichen Bindung in Gestalt des Gesetzes stehen dem Parlament nachrangig begleitende und kontrollierende Massnahmen zur Verfügung, um die Steuerungsfunktion des Gesetzes mit Blick auf den Vollzug durch die Verwaltung abzusichern. Die jeweilige Wirkungsweise der parlamentarischen Vorstösse führt bereits zu einer ersten Festlegung, wie stark das Parlament den Gesetzgebungsprozess gestalten und wie viel es dem Bundesrat überlassen möchte. Die Motion ist dabei nicht nur inhaltlich das stärkste Instrument, mit welchem das Parlament auf den Wirkungsbereich des Bundesrates gestalterisch einwirken kann, ihr kommt auch in quantitativer Hinsicht überragende Bedeutung zu. Andere Möglichkeiten wie die Konsultation des Parlaments beim Erlass von Verordnungen durch den Bundesrat, die Wirksamkeitsüberprüfung oder auf kantonaler Ebene das Verordnungsveto entsprechen eher einem «kooperativen Verständnis» der Gewaltenteilung.

Die Wirkungen der politischen Bestrebungen zur Entbürokratisierung, beispielsweise durch den Erlass des UEG, auf die Steuerungsleistung des Gesetzes

im Allgemeinen lassen sich derzeit nur schwer abschätzen.⁵⁰⁴ Aufgrund der gegenläufigen Effekte – Rücknahme inhaltlicher Bindungen einerseits, Verdichtung des Normgehalts andererseits – der im UEG exemplarisch zum Ausdruck gebrachten «Regulierungsgrundsätze» (vgl. Art. 1 UEG) ist jedoch anzunehmen, dass von der Entbürokratisierung keine massgebenden Impulse für eine Verbesserung der Steuerungsleistung des Gesetzes insgesamt ausgehen. Querschnittartige Entlastungsgesetze werden letztlich durch die umfassende Geltung des Gesetzmässigkeitsprinzips überlagert. Aufgrund seiner demokratischen Komponente ist diese Wirkungsweise verfassungsrechtlich zwingend.

IV. Steuerungsdrang des Parlaments in «konfrontativer» Gewaltenteilung

Das Bedürfnis des Parlaments, bei Verordnungen des Bundesrates konsultiert zu werden, Interessenabwägungen gesetzlich vorwegzunehmen, Einzelfallgesetze zu erlassen und die Vorstösse auf Bundesebene, die das Verordnungsveto einführen wollen, legen nahe, dass das Verständnis der Gewaltenteilung nicht immer «kooperativ», sondern in manchen Fällen auch «konfrontativ» ist. Darin kann eine Reaktion auf die Diagnose gesehen werden, wonach die Verwaltung stark an Bedeutung gewonnen hat und «im wahrsten Sinn das Alpha und das Omega des Staates»⁵⁰⁵ ist.

Die Steuerungsleistung eines klassischen generell-abstrakten Gesetzes mit Entscheidungsspielräumen für die Verwaltung mag in solchen Fällen aus Sicht des Parlaments defizitär sein. Die Form des Gesetzes an sich bleibt dennoch unverzichtbar, weil nur so die demokratische Legitimation gewährleistet werden kann. Insbesondere Einzelfallgesetze sind unter dem Blickwinkel eines klassischen Verständnisses der Gewaltenteilung und einer reinen Rechtssetzungslehre kritisch zu sehen, unter dem Blickwinkel der demokratischen Legitimation aber zu akzeptieren und vielleicht sogar insofern positiv zu werten, weil sie Ausdruck des parlamentarischen Gestaltungswillens sind. Gleichzeitig leidet der Bewertungsmaßstab der Transparenz durch die Verankerung konkret-individueller Beschlüsse in einem formellen Gesetz, weil lediglich von politischen Überlegungen abhängt, wann ein Entscheid referendumsfähig ist und wann nicht.

So gesehen können das «kooperative» bis «konfrontative» Verständnis der Gewaltenteilung und seine Ausdrucksformen als Ausgleich zur bisweilen defizitären Steuerungsleistung des klassischen generell-abstrakten Gesetzes verstanden werden. Es ist ausserdem Ausdruck der Tatsache, dass sich die Auswirkungen eines Gesetzes beziehungsweise dessen Anwendung durch die Verwaltung oder Auslegung durch die Gerichte nicht immer klar vorhersehen

504 Ebenso FLÜCKIGER, S. 107: «des résultats plutôt mitigés».

505 MARTIN FÖHSE, Wer wirklich die oberste Gewalt im Bund ist, NZZ vom 27. April 2021, S. 18.

lassen; sei dies, weil die entsprechenden Daten zum Erlasszeitpunkt nicht zur Verfügung standen, sei es, weil selbst Evaluationen zu Auswirkungen von Gesetzen stets nur Prognosen bleiben können. Entsprechende Gesetzesrevisionen sind dementsprechend als Korrekturen durch das Parlament zu lesen.

Der zunehmende Steuerungsdrang des Parlaments, der sich im Erlass eindeutiger gesetzlicher Vorgaben an die Verwaltung äussert, trägt dem demokratisch motivierten Gesetzmässigkeitsprinzip Rechnung. Appellen an die Politik, Steuerungsansprüche gegenüber der Verwaltung im Sinne einer «Selbstbestimmung»⁵⁰⁶ zu reduzieren, steht der demokratische Charakter des Gesetzmässigkeitsprinzips in seinem Kern entgegen. Die Vorwegnahme von Interessenabwägungen auf Gesetzesstufe ist vor diesem Hintergrund als demokratischer Mehrwert einzustufen. Der von der Bundesversammlung und den Stimmberechtigten gutgeheissenen Energiewende wird auf diese Weise zu praktischer Wirksamkeit verholfen. Selbst Einzelfallgesetze sind demokratisch legitimierter Ausdruck des politischen Steuerungswillens.

Die Tendenz stärkerer gesetzlicher Feinsteuerung schliesst es aber nicht aus, dass das Parlament der Verwaltung in bestimmten Rechtsgebieten (wieder) grössere Entscheidungsspielräume gewährt. Wie das Beispiel der Ausfuhr von Kriegsmaterial zeigt, können die Bedürfnisse nach Flexibilität und schneller Handlungsfähigkeit Auslöser hierfür sein. Wie stark die Steuerung durch das jeweilige Gesetz sein soll, müssen das Parlament und die Stimmberechtigten politisch entscheiden. Allgemein gültige Massstäbe oder Leitlinien existieren aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht.

V. Fortbestehende Hindernisse für die Steuerungsleistung des Gesetzes

Ungeachtet des wiederentdeckten Steuerungspotenzials des Gesetzes vor allem durch inhaltliche Bindung der Verwaltung bestehen klassische, strukturell bedingte Einschränkungen der Steuerungsleistung des Gesetzes fort. Eine im Ausgangspunkt erwünschte Lockerung der Steuerungsfunktion des Gesetzes war die Auslagerung von Verwaltungsaufgaben auf Organisationen in privatrechtlichem oder privatrechtähnlichem Kleid. Nachdem sich die hiermit verbundenen Erwartungen nicht vollständig erfüllt haben, sich vielmehr teilweise erhebliche Missstände zeigen, sucht die Politik nun nach Strategien, um die Steuerung durch Gesetz wieder zu verstärken. Anschauung hierfür bieten die Bemühungen um die Rückholung beziehungsweise erneute Verstaatlichung der seinerzeit privatisierten RUAG.

Ebenfalls grundsätzlich erwünscht ist im System des Vollzugsföderalismus eine gewisse Vielfalt bei der Umsetzung von Bundesgesetzen durch die Kantone. Erhebliche Vollzugsdefizite jedenfalls auf einigen Rechtsgebieten wie

506 So ENGI, Verwaltungssteuerung, S. 106 f., 120, 240.

dem Umweltrecht regen aber auch insoweit zu Überlegungen in Richtung einer stärkeren Steuerung durch das Bundesparlament an. Punktuelle Ansätze hierfür sind die gesetzliche Verankerung von Beschwerderechten für Bundesbehörden und die Verknüpfung bundesrechtlicher Vorgaben mit finanziellen Zuwendungen an die Kantone auf der Grundlage von Programmvereinbarungen.

VI. Betonung der demokratischen Funktion des Gesetzmässigkeitsprinzips

Die Steuerungsleistung des Gesetzes ist Ausfluss der demokratischen Funktion des Gesetzmässigkeitsprinzips. Wichtige Angelegenheiten müssen in einem vom Parlament zu verabschiedenden und dem Referendum unterstehenden Gesetz geregelt werden. In den Kantonen besteht zudem die Möglichkeit der Gesetzesinitiative von Seiten der Stimmberechtigten. Die unmittelbare Legitimation durch die Volksabstimmung oder zumindest die Möglichkeit zur Herbeiführung einer solchen vermittelt den gesetzlichen Bestimmungen mit Blick auf den Verwaltungsvollzug per se eine starke inhaltliche Bindungswirkung.⁵⁰⁷ Auf Bundesebene unterstreicht das Massgeblichkeitsgebot in Art. 190 BV die uneingeschränkte inhaltliche Bindung aller Verwaltungsbehörden an das Gesetz.

Vorrangiges Ziel ist unter demokratischen Gesichtspunkten, dass «der Wille des Gesetzgebers, wie er sich namentlich aus den Gesetzesmaterialien ergibt (historisches Element)»⁵⁰⁸ beim Vollzug der Gesetze im Ergebnis zur Geltung kommt. Welche Techniken das Gesetzgebungsorgan zur Steuerung der Verwaltung anwendet, muss in jedem Gesetzgebungsverfahren gesondert entschieden werden. Das Gesetz kann eine polizeiliche Generalklausel enthalten, Rechtsetzungsbefugnisse an die Exekutive delegieren, der Verwaltung mittels offener Normen Entscheidungsspielräume gewähren, grundsätzlich von der Verwaltung vorzunehmende Interessenabwägungen vorstrukturieren oder als Einzelfallgesetz punktuell individuell-konkrete Entscheide treffen. Das auf Akzeptanz und Vollzugstauglichkeit ausgerichtete Gesetzgebungsverfahren ist aufgrund seiner demokratischen Legitimationswirkung geeignet, die Steuerungskraft des Gesetzes sicherzustellen. Auf Bundesebene werden als Ergebnis des grundsätzlich im Einklang mit der Verfassung funktionierenden Gesetzgebungsverfahrens politisch wichtige Gegenstände im formellen Gesetz verankert.⁵⁰⁹ Der in jüngerer Zeit vermehrt zu verzeichnende Steuerungsdrang des Parlaments stärkt die Steuerungsleistung des Gesetzes zusätzlich.

507 Zum engen Bezug von direkter Demokratie und Rechtsetzung durch Gesetz mit Blick auf die Steuerung der Verwaltung und potenziellen Demokratiedefiziten als Folge «offener Normen» SCHINDLER, Verwaltungsermessens, N. 331.

508 Vgl. nur BGE 150 II 489 E. 3.2.

509 GLASER, Faktoren guter Rechtsetzung, S. 37 ff.

Zusammenfassung

Die Steuerungsleistung des Gesetzes bemisst sich an dessen effektivem Vollzug durch die Verwaltungsbehörden. Das formelle Gesetz ist in der rechtsstaatlichen Demokratie das unverzichtbare Instrument der Steuerungssubjekte – Parlamente und Stimmberechtigte –, um ihrem politischen Willen gegenüber dem Steuerungsobjekt – der Verwaltung – Wirksamkeit zu verleihen. Der wichtigste Faktor zur Erreichung des Steuerungsziels ist die materielle Programmsteuerung durch inhaltliche Bindung. Hierzu verwendet der Gesetzgeber klassische Regelungstechniken wie polizeiliche Generalklauseln, die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen an die Exekutive und die Gewährung von Entscheidungsspielräumen zugunsten der Verwaltung. In jüngerer Zeit verstärkt sich der Zugriff des Gesetzgebers auf die Verwaltung mittels vorweggenommener Steuerung der Interessenabwägung und Einzelfallgesetzen. Flankiert werden die vorrangigen Steuerungsfaktoren durch begleitende Kontrollinstrumente wie parlamentarische Vorstossrechte, Massnahmen der parlamentarischen Oberaufsicht, die Wirksamkeitsüberprüfung und gesetzlich definierte Regelungsgrundsätze. Aus der Analyse folgt, dass die Betonung der demokratischen Komponente des Gesetzmässigkeitsprinzips die Verwirklichung des verfassungsrechtlichen Ideals der effektiven Steuerung der Verwaltung durch das Gesetz fördert.

Abstract

The governing power of the law is measured by its effective enforcement by the administrative authorities. In a constitutional democracy, formal law is an indispensable instrument for governing bodies – parliaments and voters – to give effect to their political will vis-à-vis the governed – the administration. The most important factor in achieving the governance objective is material programme governance through content-based commitment. To this end, the legislator uses classic regulatory techniques such as general police clauses, the delegation of legislative powers to the executive and the granting of decision-making leeway in favour of the administration. More recently, legislators have been increasing their leverage over the administration by means of anticipatory control of the weighing of interests and individual case laws. The primary governance factors are complemented by accompanying control instruments such as parliamentary procedural requests, parliamentary oversight measures, effectiveness reviews and legally defined regulatory principles. The analysis shows that emphasising the democratic component of the principle of the rule of law promotes the realisation of the constitutional ideal of effective control of the administration by law.

Résumé

La capacité de gouvernance de la loi se mesure à son application effective par les autorités administratives. Dans une démocratie fondée sur l'État de droit, la loi formelle est l'instrument indispensable dont disposent les sujets de gouvernance – les parlements et les électeurs – pour donner effet à leur volonté politique vis-à-vis de l'objet de gouvernance – l'administration. Le facteur le plus important pour atteindre l'objectif de gouvernance est la gouvernance matérielle du programme par le biais d'un engagement sur le contenu. À cette fin, le législateur utilise des techniques réglementaires classiques telles que les clauses générales de police, la délégation de pouvoirs législatifs à l'exécutif et l'octroi de marges de manœuvre décisionnelles en faveur de l'administration. Plus récemment, le législateur a renforcé son emprise sur l'administration en anticipant la pondération des intérêts et en adoptant des lois spécifiques à certains cas particuliers. Les facteurs de gouvernance prioritaires sont accompagnés d'instruments de contrôle tels que les droits d'intervention parlementaire, les mesures de haute surveillance parlementaire, l'évaluation de l'efficacité et les principes réglementaires définis par la loi. Il ressort de cette analyse que mettre l'accent sur la composante démocratique du principe de légalité favorise la réalisation de l'idéal constitutionnel d'une gouvernance effective de l'administration par la loi.

Literatur

- AUER ANDREAS, Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Bern 2016.
- BERNARD FRÉDÉRIC, La pesée des intérêts en droit public, ZSR/RDS 143 (2024) II, S. 101 ff.
- BIAGGINI GIOVANNI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit.: Komm. BV).
- BIAGGINI GIOVANNI, Einzelfallabwägung und Gemeinwohlverantwortung: die *Lex Gondo-Grengiols-Grimsel* und die Gewaltenteilungsfrage, ZBl 123/2022, S. 629 f.
- BIAGGINI GIOVANNI, Gewaltenteilung und Verfassungsstaat, in: Giovanni Biaggini/Thomas Gächter/Regina Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021, § 17, S. 205 ff. (zit. Gewaltenteilung).
- BOLZ URS/KLÖTI ULRICH, Parlamentarisches Steuern neu erfinden?, ZBl 97/1996, S. 145 ff.
- BRECHBÜHL FRITZ, Verordnungsveto des Solothurner Kantonsrates, Parlament 2 (August 2010), S. 8 ff.

- BRUNNER ARTHUR/ZOLLINGER MARCO, Die richterliche Überprüfung von Rechtsverordnungen, LeGes 32 (2021) 2.
- BÜHL HERBERT, Auswirkungen der Änderungen des Energiegesetzes (EnG) vom 30. September 2022 auf die Solarstromerzeugung und alpine Landschaften, URP 2023, S. 260 ff.
- BUMKE CHRISTIAN, Relative Rechtswidrigkeit, Tübingen 2004.
- BURGI MARTIN, Orientierungs- und Entscheidungshilfe Bürokratierückbau, NJW 2025, S. 2977 ff.
- BUTTLIGER MARCEL, Die Verordnungstätigkeit der Regierung – insbesondere deren Kontrolle durch das Parlament mittels Verordnungsvorbehalt, Bern 1993.
- CARONI ANDREA/KAUFMANN TOBIAS, Das Verordnungsveto – ein Abgesang, Jusletter vom 14. September 2020.
- CHAIX FRANÇOIS, Pesée des intérêts en droit public: le législateur serait-il devenu le juge?, in: Federica De Rossa/Grégory Bovey/Christoph Hurni (Hrsg.), 150 anni Tribunale federale/150 ans Tribunal fédéral/150 Jahre Bundesgericht, Miscellanea/Mélanges/Festschrift, Bern 2025, S. 115 ff.
- EBERLI DANIELA/BUNDI PIRMIN, Parlament und Evaluation: Guts Meets Brain, in: Fritz Sager/Thomas Widmer/Andreas Balthasar (Hrsg.), Evaluation im politischen System der Schweiz, Zürich 2017, S. 243 ff.
- EHRENZELLER BERNHARD, Zum Verhältnis Parlament – Regierung, AJP 2013, S. 782 ff.
- EHRENZELLER BERNHARD/EGLI PATRICIA/HETTICH PETER/HONGLER PETER/SCHINDLER BENJAMIN/SCHMID STEFAN G./SCHWEIZER RAINER J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung. St. Galler Kommentar, 2 Bände, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit. VERF., in: SG-Komm. BV).
- EICHENBERGER KURT, Die Problematik der parlamentarischen Kontrolle im Verwaltungsstaat, SJZ 61 (1965), S. 269 ff., S. 285 ff. (zit. Parlamentarische Kontrolle).
- EICHENBERGER KURT, Gesetzgebung im Rechtsstaat, VVDStRL 40 (1982), S. 7 ff. (zit. Gesetzgebung).
- ENGI LORENZ, Gesetzmässigkeit der Verwaltung heute, recht 2006, S. 17 ff.
- ENGI LORENZ, Politische Verwaltungssteuerung, Zürich 2008 (zit. Verwaltungssteuerung).
- ENGI LORENZ, Was ist die «Neue Verwaltungsrechtswissenschaft»? Jusletter vom 16. März 2009.

- FLÜCKIGER ALEXANDRE, (Re)faire la loi, Bern 2019.
- FÖHSE MARTIN, Freistehende Photovoltaikanlagen ausserhalb der Bauzonen unter besonderer Betrachtung der Agri-Photovoltaik – ein Überblick über das geltende und das neue Recht, ZBl 125/2024, S. 575 ff.
- FRANZIUS CLAUDIO, Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, in: Andreas Vosskuhle/Martin Eifert/Christoph Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 3. Aufl., München 2022, § 4, S. 193 ff.
- FUCHS YANNICK/MÜLLER MARKUS, Die Behördenbeschwerde als Mittel der Bundesaufsicht, ZBl 124/2023, S. 459 ff.
- GÄCHTER THOMAS, Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht, Zürich 2005.
- GLASER ANDREAS, Der moderne Verfassungsstaat, in: Giovanni Biaggini/Thomas Gächter/Regina Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021, § 2, S. 23 ff. (zit. Verfassungsstaat).
- GLASER ANDREAS, Klimaschutzrecht und Erzeugung erneuerbarer Energien in der Schweiz, EurUP 2024, S. 273 ff.
- GLASER ANDREAS, Regulierung eindämmen: Demokratie bremsen?, LeGes 35 (2024) 3.
- GLASER ANDREAS, Verfahrensbezogene Faktoren guter Rechtsetzung – Erkenntnisse aus dem Forschungsprojekt für die Rechtsetzungslehre, in: Andreas Glaser/Andreas Lienhard/Felix Uhlmann (Hrsg.), Faktoren guter Rechtsetzung, Zürich/St. Gallen 2025, S. 36 ff. (zit. Faktoren guter Rechtsetzung).
- GRAF MARTIN, Konsultation parlamentarischer Kommissionen zu Verordnungsentwürfen, LeGes 32 (2021) 2.
- GRAF MARTIN/CARONI ANDREA (Hrsg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung. Kommentar zum Parlamentsgesetz (ParlG), 2. Aufl., Basel 2024 (zit. VERF., in: Komm. ParlG).
- GRIFFEL ALAIN, Allgemeines Verwaltungsrecht im Spiegel der Rechtsprechung, 2. Aufl., Zürich 2022 (zit. Allgemeines Verwaltungsrecht).
- GRIFFEL ALAIN, Frontalangriff auf das Umweltrecht, recht 2023, S. 52 ff.
- GRIFFEL ALAIN, Raumplanungs- und Baurecht, 5. Aufl., Zürich/St. Gallen 2025 (zit. Raumplanungs- und Baurecht).
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 11. Aufl., Zürich 2024.
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020.

- HANGARTNER YVO/KLEY ANDREAS/BRAUN BINDER NADJA/GLASER ANDREAS, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2023.
- HEUER CHRISTINE, Verwendung von Bewertungskriterien in den externen Evaluationen der Bundesverwaltung: Ergebnisse einer Forschungsstudie, LeGes 28 (2017) 2, S. 327 ff.
- HÖCHNER CLAUDIA, Parlamentarische Oberaufsicht über öffentliche Unternehmen des Bundes, Bern 2020.
- HOFFMANN-RIEM WOLFGANG, Verwaltungsrechtsreform – Ansätze am Beispiel des Umweltschutzes, in: Eberhard Schmidt-Assmann/Gunnar Folke Schuppert/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Grundfragen, Baden-Baden 1993, S. 115 ff. (zit. Verwaltungsrechtsreform).
- HOFFMANN-RIEM WOLFGANG, Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts: Vorüberlegungen, DVBl 1994, S. 1381 ff.
- JAAG TOBIAS, Die Verordnung im schweizerischen Recht, ZBl 112/2011, S. 629 ff.
- JAAG TOBIAS/RÜSSLI MARKUS, Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Zürich, 5. Aufl., Zürich 2019.
- JAUSLIN CARL/GERTSCH GABRIEL, Kommentierung zu Art. 170 BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung – Version: 03.01.2026: <<https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bv170>> (besucht am 7. Januar 2026).
- KARLEN PETER, Schweizerisches Verwaltungsrecht, Zürich 2018.
- KELLER LUCY, Zur Gesetzesevaluation in der Schweiz, SZK 2 (2011), S. 18 ff.
- KELLER LÄUBLI LUCY, Die Evaluation von Gesetzen: ein Beitrag zur Rationalisierung der Rechtsetzung, recht 2018, S. 51 ff.
- KERSTEN JENS, Konzeption und Methoden der «Neuen Verwaltungswissenschaft», in: Wolfgang Kahl/Markus Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Band I, Heidelberg 2021, § 25, S. 979 ff.
- KIENER REGINA, Die Bundesversammlung als Parlament des Bundes, in: Giovanni Biaggini/Thomas Gächter/Regina Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021, § 18, S. 218 ff. (zit. Bundesversammlung).
- KIENER REGINA, Die Informationsrechte der parlamentarischen Kommissionen, Bern 1994 (zit. Informationsrechte).
- KIENER REGINA/RÜTSCHÉ BERNHARD/KUHN MATHIAS, Öffentliches Verfahrensrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021.

- KIENER REGINA/SCHINDLER BENJAMIN/BRUNNER ARTHUR, *Polizeirecht*, Bern 2025.
- KÖLZ ALFRED, Reform der Volksrechte im Kanton Solothurn, in: Regierungsrat/Justiz-Departement des Kantons Solothurn (Hrsg.), *Festschrift 500 Jahre Solothurn im Bund*, Solothurn 1981, S. 13 ff.
- KRINGS GÜNTER, Das Steuerungspotenzial der Gesetzgebung, in: Wolfgang Kahl/Ute Mager (Hrsg.), *Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungsrechtspraxis*, Baden-Baden 2019, S. 241 ff.
- KUNZ PETER V., Das Ende der Credit Suisse: Regulierungstsunami für Banken und Bankbehörden?, Jusletter vom 17. November 2025.
- LOOSER MARTIN E., *Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle gegenüber schweizerischen Bundesgesetzen*, Zürich/St. Gallen 2011 (zit. Rechtskontrolle).
- MADER LUZIUS, Die institutionelle Einbettung der Evaluationsfunktion in der Schweiz, in: Widmer Thomas/Beywl Wolfgang/Fabian Carlo (Hrsg.), *Evaluation, Ein systematisches Handbuch*, Wiesbaden 2009, S. 52 ff.
- MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL/HERTIG RANDALL MAYA/FLÜCKIGER ALEXANDRE, *Droit constitutionnel suisse*, Volume I: L'État, 4. Aufl., Bern 2021.
- MARTENET VINCENT, La séparation des pouvoirs, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Band I, Zürich 2020, S. 999 ff.
- MARTENET VINCENT/DUBEY JACQUES (Hrsg.), *Constitution fédérale. Commentaire romand*, 2. Aufl., Basel 2021 (zit. VERF., in: CR Cst.).
- MAYNTZ RENATE, Politische Steuerung und gesellschaftliche Steuerungsprobleme – Anmerkungen zu einem theoretischen Paradigma, in: Thomas Ellwein/Joachim Jens Hesse/Renate Mayntz/Fritz W. Scharpf (Hrsg.), *Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft*, Band 1, Baden-Baden 1987, S. 89 ff.
- MOOR PIERRE/FLÜCKIGER ALEXANDRE/MARTENET VINCENT, *Droit administratif*, Volume I: Les fondements, 3. Aufl., Bern 2012.
- MÜLLER GEORG, Wie steuert der Gesetzgeber die Verordnung?, SJZ 116 (2020), S. 47 ff.
- MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX/HÖFLER STEFAN, *Elemente einer Rechtssetzungslehre*, 4. Aufl., Zürich 2024.

- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/UEBERSAX PETER/WIPRÄCHTIGER HANS/KNEUBÜHLER LORENZ (Hrsg.), Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2018 (zit. VERF., in: BS-Komm. BGG).
- RECHSTEINER DAVID, Recht in besonderen und ausserordentlichen Lagen, Zürich/St. Gallen 2016.
- REICH JOHANNES, Information als Voraussetzung des Verwaltungshandelns, VVDStRL 83 (2024), S. 317 ff.
- REICH JOHANNES, Gemischtwirtschaftliche Unternehmen in der Rechtsform der Aktiengesellschaft als Satelliten im Verwaltungsortbit, ZBl 126/2025, S. 59 ff.
- REIMER FRANZ, Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmassstab, in: Andreas Vosskuhle/Martin Eifert/Christoph Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 3. Aufl., München 2022, § 11, S. 777 ff.
- REIMER PHILIPP, Allgemeines Verwaltungsrecht, Berlin/Heidelberg 2024.
- RHINOW RENÉ/SCHEFER MARKUS/UEBERSAX PETER/BRAUN BINDER NADJA, Schweizerisches Verfassungsrecht, 4. Aufl., Basel 2026.
- RIEDER STEFAN, Umsetzung des Umweltrechts: Stärken und Schwächen des föderalen Vollzugs, URP 2015, S. 581 ff.
- RIEDO CHRISTOF, Zur Wirksamkeit von Evaluationen, SZK 2 (2011), S. 9 ff.
- RÜEFLI CHRISTIAN, Gesetzesevaluation in der Schweiz: Entwicklung, Stand und Ausblick, LeGes 33 (2022) 3.
- RÜEFLI CHRISTIAN, Regulierung der Regulierung: Das UEG als Steuerungsinstrument im Rechtsetzungsprozess, LeGes 35 (2024) 3.
- RÜTSCHÉ BERNHARD, Zwischen Rationalität und Werturteil: Begriff und Methodik der Interessenabwägung, ZSR/RDS 143 (2024) II, S. 5 ff.
- SÄGESSER THOMAS, Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz RVOG, 2. Aufl., Bern 2022.
- SCHINDLER BENJAMIN, Entstehung und Entwicklung der Rechtsstaatsidee in der Schweiz, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse, Bd. II, Zürich/Genf 2020, S. 907 ff. (zit. Rechtsstaatsidee).
- SCHINDLER BENJAMIN, Verwaltungsermessen, Zürich/St. Gallen 2010.
- SCHMID STEFAN G., Parlament und Regierung im Clinch: Das Verordnungsveto in seinen Grundzügen und im Licht der Gewaltenteilung, ZBl 119/2018, S. 163 ff.

- SCHMIDT-ASSMANN EBERHARD, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2006 (zit. Ordnungsidee).
- SCHMIDT-ASSMANN EBERHARD, Verwaltungsrechtliche Dogmatik in der Entwicklung, 2. Aufl., Tübingen 2023 (zit. Dogmatik).
- SCHOENENWEID-BUTTY ANDRÉ, Le veto du Parlement en droit fribourgeois, *Parlament 2* (August 2010), S. 14 ff.
- SCHRÖDER RAINER, Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel, Tübingen 2007.
- SCHUPPERT GUNNAR FOLKE, Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft. Zur Steuerung des Verwaltungshandelns durch Verwaltungsrecht, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Assmann/Gunnar Folke Schuppert (Hrsg.), *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts – Grundfragen*, Baden-Baden 1993, S. 65 ff.
- SCHWAB PHILIPPE, L'évaluation au service du Parlement?, *LeGes 16* (2005) 1, S. 39 ff.
- SCHWALLER KONRAD, Einspruchsrecht des solothurnischen Kantonsrates gegen Verordnungen des Regierungsrates (Verordnungsveto), *Gesetzgebungs-Bulletin/Bulletin de législation 3* (2004), S. XXIII ff.
- SCHWEIZER RAINER J., Verteilung der Staatsaufgaben zwischen Bund und Kantonen, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Band I, Zürich 2020, S. 691 ff.
- SEILER HANSJÖRG, Wie wirken Querschnittgesetze?, *LeGes 35* (2024) 3.
- STREBEL MICHAEL, Die Praxis des Solothurner Verordnungsvetos, *LeGes 32* (2021) 2.
- STREBEL MICHAEL, Beitrag zur aktuellen Debatte zum parlamentarischen Verordnungsveto, *Parlament 2* (September 2017), S. 31 ff.
- TANQUEREL THIERRY/BERNARD FRÉDÉRIC, *Manuel de droit administratif*, 3. Aufl., Zürich 2025.
- THURNHERR DANIELA, Die Gesetzesbindung der Verwaltung im schweizerischen Recht, *Die Verwaltung 58* (2025), S. 3 ff.
- TREIBER HUBERT, Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft – eine «Revolution auf dem Papier»? , *Kritische Justiz 40* (2007), S. 328 ff.
- TSCHANNEN PIERRE, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 5. Aufl., Bern 2021.
- TSCHANNEN PIERRE/MÜLLER MARKUS/KERN MARKUS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5. Aufl., Bern 2022.

- UHLMANN FELIX, Legalitätsprinzip, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Droit constitutionnel suisse, Bd. II, Zürich/Genf 2020, S. 1025 ff. (zit. Legalitätsprinzip).
- UHLMANN FELIX, Kontrolle von und in öffentlichen Unternehmen des Bundes unter besonderer Berücksichtigung der Schweizerischen Post, in: SVVOR (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht/Droit public de l'organisation – responsabilité des collectivités publiques – fonction publique. Jahrbuch – Annuaire 2018/2019, 2019, S. 89 ff. (zit. Kontrolle).
- UHLMANN FELIX, Das Verordnungsveto – eine Auslegeordnung, Parlament 2 (August 2010), S. 4 ff.
- UHLMANN FELIX/FLEISCHMANN FLORIAN, Das Legalitätsprinzip – Überlegungen aus dem Blickwinkel der Wissenschaft, in: Felix Uhlmann (Hrsg.), Das Legalitätsprinzip in Verwaltungsrecht und Rechtsetzungslehre, Zürich/St. Gallen 2017, S. 7 ff.
- VOSSKUHLE ANDREAS, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Andreas Vosskuhle/Martin Eifert/Christoph Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 3. Aufl., München 2022, § 1, S. 3 ff.
- WAGNER PFEIFER BEATRICE, Umweltrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021.
- WALDHOF CHRISTIAN, Das Steuerungspotenzial der Gesetzgebung, in: Wolfgang Kahl/Ute Mager (Hrsg.), Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungsrechtspraxis, Baden-Baden 2019, S. 261 ff.
- WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2025 (zit. VERF., in: BS-Komm. BV).
- WALTHER RETO, Stromversorgungssicherheit: Quelle staatlicher Legitimität und Solidarität?, Zürich/St. Gallen 2024.
- WIGET STEFANIE, Die Programmvereinbarung, Bern 2012.
- WILD FLORIAN, Programmvereinbarungen nach NFA im Umweltbereich, LeGes 20 (2009) 3, S. 351 ff.
- WIRTHS DAMIEN/HORBER-PAPAZIAN KATIA, Les clauses d'évaluation dans le droit des cantons suisses: leur diffusion, leur contenu et la justification à l'origine de leur adoption, LeGes 27 (2016) 3, S. 485 ff.
- WYSS MARTIN, Rechtsetzungsverfahren im Bund, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse, Bd. III, Zürich/Genf 2020, S. 1943 ff.