



Phil Baumann / Hansjörg Seiler / Marc M. Winistorfer (Hrsg.)

# Die Vielfalt der rechtlichen Regulierungsinstrumente: Eine kritische Betrachtung

Band zur 1. Nachwuchstagung  
des Luzerner Instituts für  
Wirtschaft und Regulierung – WiRe

UNIVERSITÄT  
LUZERN

INSTITUT FÜR WIRTSCHAFT  
UND REGULIERUNG – WiRe

DIKE 



# Die Vielfalt der rechtlichen Regulierungsinstrumente: Eine kritische Betrachtung



Phil Baumann / Hansjörg Seiler / Marc M. Winistorfer (Hrsg.)

# **Die Vielfalt der rechtlichen Regulierungsinstrumente: Eine kritische Betrachtung**

Band zur 1. Nachwuchstagung  
des Luzerner Instituts für  
Wirtschaft und Regulierung – WiRe

DIKE 

Open-Access-Gold

Publiziert mit Unterstützung des Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung.

Publiziert von:

Dike Verlag

Weinbergstrasse 41

CH-8006 Zürich

info@dike.ch

www.dike.ch

Text © Phil Baumann / Hansjörg Seiler / Marc M. Winistorfer 2026

ISBN: 978-3-03891-801-1 (Dike Verlag AG, Zürich/St.Gallen)

ISBN (PDF): 978-3-03929-100-7

DOI: <https://doi.org/10.3256/978-3-03929-100-7>



Dieses Werk ist lizenziert unter  
Creative Commons Lizenz CC BY-NC-ND.



---

## Vorwort

Die am 13. und 14. Dezember 2024 an der Universität Luzern durchgeführte WiRe-Nachwuchstagung mit dem Titel «Die Vielfalt der rechtlichen Regulierungsinstrumente: Eine kritische Betrachtung» verfolgte ein zentrales Ziel: dem wissenschaftlichen Nachwuchs im Bereich der Regulierung eine Plattform für den Austausch und die Diskussion neuer Ansätze zu bieten. Die Tagung war thematisch in vier Schwerpunkte gegliedert: Regulierungsansätze/besondere Regulierungsinstrumente, Innovation, Klima sowie Digitalisierung. Trotz der Vielfalt der behandelten Fragestellungen zeigte sich, dass in verschiedenen Bereichen vergleichbare Herausforderungen und Schwierigkeiten auftreten.

Die grosse Bandbreite der eingereichten Beiträge veranschaulicht eindrücklich, wie vielseitig das Thema der Regulierung im juristischen Diskurs verankert ist. Ob klassische Instrumente wie Bewilligungspflichten und Monopole oder neuartige Steuerungsmechanismen wie Sandboxen und Nudges: Den Teilnehmenden – Doktorierende, Postdocs und junge Forschende aus dem deutschsprachigen Raum – gelang es, die jeweiligen Instrumente vertieft darzustellen und in den verschiedenen Regulierungskontexten zu verorten. Trotz der hohen Relevanz der Thematik der Regulierungsinstrumente fehlt es im Schrifttum oftmals an solchen grundlegenden und fachbereichsübergreifenden Arbeiten. Es ist daher besonders erfreulich, dass die sorgfältigen und innovativen Tagungsbeiträge in diesem Tagungsband dokumentiert werden und so in die weiterführende rechtswissenschaftliche Debatte einfließen können.

Schliesslich möchten wir uns bei allen Mitwirkenden herzlich bedanken. Sie haben mit ihren Beiträgen, Fragen und Anregungen massgeblich zum Erfolg der Tagung beigetragen. Wir hoffen, dass die vorliegenden Beiträge die zukünftigen Diskussionen in Forschung, Praxis und Gesetzgebung nachhaltig bereichern werden. Unser besonderer Dank gilt der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern, deren grosszügige finanzielle Unterstützung diese erste Ausgabe der WiRe-Nachwuchstagung sowie die Publikation der Beiträge im vorliegenden Tagungsband überhaupt erst möglich gemacht hat.

Luzern, im Herbst 2025

Phil Baumann  
Hansjörg Seiler  
Marc M. Winistorfer



---

# Inhaltsübersicht

<b>Vorwort</b>	<b>V</b>
<b>Abkürzungsverzeichnis</b>	<b>IX</b>
<b>Die Vielfalt der Regulierungsinstrumente in der Schweiz</b>	
Hansjörg Seiler	1
<b>Rechtliche, staatspolitische und ökonomische Aspekte bei der Auswahl von Regulierungsinstrumenten</b>	
Eine Veranschaulichung ausgewählter Themenfelder am Beispiel der staatlichen Nudges	
Léonie C. Marti	23
<b>Lenkungsabgaben zwischen Skylla und Charybdis</b>	
Dargestellt am Beispiel des Umweltrechts	
Johannes Frings	51
<b>Das Salzregal – ein Auslaufmodell?</b>	
Kantonale Monopole im Wandel der Zeit	
Franca Eckstein	71
<b>Regulierung durch Subventionierung: Das Verhältnis zwischen Subventionen und anderen Regulierungsinstrumenten</b>	
Auslegeordnung am Beispiel der finanziellen Unterstützung durch die Eidgenössische Qualitätskommission in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung	
Dario Picecchi	97
<b>Die Ausschreibungspflicht als (überwindbares) Hindernis zur Erfüllung von öffentlichen Aufträgen in Projektallianzen</b>	
Leandra Diem/Tabea Imfeld	123
<b>Regulierungsinstrumente der Innovationsförderung</b>	
Markus Schreiber	155
<b>Die Sandbox als Regulierungsinstrument für neue Technologien?</b>	
Stephanie Volz	175

**Normative Bedeutung der private governance  
in der Technologieregulierung**

Darstellung am Beispiel von CRISPR/Cas9

Franziska Bächler

203

**5 Jahre European Green Deal**

Eine ökonomische Kritik zur unternehmerischen Nachhaltigkeits-  
durchsetzung durch die EU-Nachhaltigkeitsberichterstattung (CSRD)  
und EU-Lieferkettenrichtlinie (CS3D)

Stephan Schmid

237

**European Green Bonds: rechtliche und ökonomische Bewertung  
des Regulierungsansatzes**

Petra Felzmann

269

**EU-Digitalvorschriften und partizipatorische Regulierung**

Lena Hornkohl/Barbara Justen

297

**Online-Plattformen als Regulierungsgegenstand**

Unionsrecht als Vorlage für die Schweiz?

Anna-Katharina Leitz

335

**Regulatorische Möglichkeiten zum Schutz der Privatsphäre bei CBDC**

Fabia Stöcklin

357

**Regulierung digitaler Gesundheitsanwendungen**

Überprüfung von Datenschutz- und Cybersicherheitsanforderungen  
in Vergütungentscheidungen digitaler Gesundheitsanwendungen

Benjamin Wyss/Carl Rudolf Blankart

379

**Synthese**

Phil Baumann/Hansjörg Seiler/Marc M. Winistorfer

401

---

## Abkürzungsverzeichnis

A.	Auflage
a.M.	anderer Meinung
AB ... [Jahr]	Amtliches Bulletin des Ständerats/Nationalrats
S / N ... [Seite]	
AbI	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis
AER	American Economic Review
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AEV	Verordnung vom 26. Oktober 2011 über die Einfuhr von landwirtschaftlichen Erzeugnissen (Agrareinfuhrverordnung; SR 916.01)
AfP	Zeitschrift für das gesamte Medienrecht
AG	Die Aktiengesellschaft – Zeitschrift für deutsches, europäisches und internationales Aktien-, Unternehmens- und Kapitalmarktrecht
AG	Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AI Act	Artificial Intelligence Act (= Verordnung (EU) 2024/1689 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juni 2024 zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 300/2008, (EU) Nr. 167/2013, (EU) Nr. 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 und (EU) 2019/2144 sowie der Richtlinien 2014/90/EU, (EU) 2016/797 und (EU) 2020/1828 (Verordnung über künstliche Intelligenz), AbI L 2024/1689, 12.7.2024)
AIG	Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz; SR 142.20)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
AktG	Bundesgesetz vom 31. März 1965 über Aktiengesellschaften (BGBl. Nr. 98/1965)
aKVG	Bundesgesetzes vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung i.d.F. vom 1. Januar 1996 (AS 1995 1328)
AML/CFT	Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism
AO EPÜ	Ausführungsordnung vom 7. Dezember 2006 zum Europäischen Patentübereinkommen (SR 0.232.142.21)
ARA	Abwasserreinigungsanlage
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts (Schweiz)
AS/Stadt Zürich	Amtliche Gesetzessammlung der Stadt Zürich

## Abkürzungsverzeichnis

---

ATRP	International Association for the Advancement of Teaching and Research in Intellectual Property
BACS	Bundesamt für Cybersicherheit (Schweiz)
BAFU	Bundesamt für Umwelt (Schweiz)
BAG	Bundesamt für Gesundheit (Schweiz)
BAKOM	Bundesamt für Kommunikation (Schweiz)
BankG	Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz; SR 952.0)
BankV	Verordnung vom 30. April 2014 über die Banken und Sparkassen (Bankenverordnung; SR 952.02)
BauPG	Bundesgesetz vom 21. März 2014 über Bauprodukte (Bauproduktegesetz; SR 933.0)
BauR	Baurecht – Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht
BB	Betriebs-Berater
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Bd.	Band
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz vom 30. Juni 2017 (BGBI. I S. 2097)
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BetmG	Bundesgesetz vom 3. Oktober 1951 über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe (Betäubungsmittelgesetz; SR 812.121)
BewG	Bundesgesetz vom 16. Dezember 1983 über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (SR 211.412.41)
BfArM	Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (Deutschland)
BFE	Bundesamtes für Energie (Schweiz)
BFS	Bundesamt für Statistik (Schweiz)
BGBL.	Bundesgesetzblatt (Deutschland/Österreich)
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BGÖ	Bundesgesetz vom 17. Dezember 2004 über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz; SR 152.3)
BGS	Bundesgesetz vom 29. September 2017 über Geldspiele (Geldspielgesetz; SR 935.51)
BiG/ZH	Bildungsgesetz des Kantons Zürich vom 1. Juli 2002 (LS/ZH 410.1)
BilanzRL	Richtlinie 2013/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen und zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates, ABl L 182, 29.6.2013, 19–76
BIM	Building Information Modeling
BIS	Bank for International Settlements (= Bank für Internationalen Zahlungsausgleich)

BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BöB	Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 172.056.1)
BPS	Bundesgesetz vom 27. September 2013 über die im Ausland erbrachten privaten Sicherheitsdienstleistungen (SR 935.41)
BR	Baurecht – Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen
BR/GR	Bündner Rechtsbuch
BSG/BE	Systematische Sammlung (Bern)
BSK	Basler Kommentar
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesverwaltungsgerichts
BVGer	Bundesverwaltungsgericht (Schweiz)
bzw.	beziehungsweise
ca.	zirka
Cas9	CRISPR-associated protein 9
CB	Compliance Berater
CBDC	Central Bank Digital Currency
CERRE	Centre on Regulation in Europe
CFO aktuell	Zeitschrift für Finance & Controlling
ChemG	Bundesgesetz vom 15. Dezember 2000 über den Schutz vor gefährlichen Stoffen und Zubereitungen (Chemikaliengesetz; SR 813.1)
CHF	Schweizer Franken
CIGI	Centre for International Governance Innovation
CJIL	Chicago Journal of International Law
CML Rev.	Common Market Law Review
CMLJ	Capital Markets Law Journal
CO <sub>2</sub>	Kohlenstoffdioxid
CO <sub>2</sub> -Gesetz	Bundesgesetz vom 23. Dezember 2011 über die Reduktion der CO <sub>2</sub> -Emissionen (SR 641.71)
CO <sub>2</sub> -Verordnung	Verordnung vom 30. November 2012 über die Reduktion der CO <sub>2</sub> -Emissionen (SR 641.711)
COM	Commission Document (EU)
CPMI	Committee on Payments and Market Infrastructures
CR	Computer und Recht
CRISPR	Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeats
CS3D	Corporate Sustainability Due Diligence Directive (Richtlinie (EU) 2024/1760 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juni 2024 über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2019/1937 und der Verordnung (EU) 2023/2859 ABl L 1760, 5.7.2024)

## Abkürzungsverzeichnis

---

CSRД	Corporate Sustainability Reporting Directive (Richtlinie (EU) 2022/2464 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 2022 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 537/2014 und der Richtlinien 2004/109/EG, 2006/43/EG und 2013/34/EU hinsichtlich der Nachhaltigkeitsberichterstattung von Unternehmen, ABl L 322, 16.12.2022, 15–80)
CyRV	Verordnung vom 27. Mai 2020 über den Schutz vor Cyberrisiken in der Bundesverwaltung (Cyberrisikenverordnung; AS 2020 2107)
d.h.	das heisst
DA	Data Act (Verordnung (EU) 2023/2854 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2023 über harmonisierte Vorschriften für einen fairen Datenzugang und eine faire Datennutzung sowie zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie (EU) 2020/1828 (Datenverordnung), ABl L, 2023/2854, 22.12.2023)
DatKomm	Praxiskommentar zum Datenschutzrecht
DB	Der Betrieb
DBG	Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer (SR 642.11)
DeVО (EU)	Delegierte Verordnung (EU) 2023/2772 der Kommission vom 31. Juli 2023 zur Ergänzung der Richtlinie 2013/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates durch Standards für die Nachhaltigkeitsberichterstattung, C/2023/5303, ABl L 2772, 22.12.2023
dGA	digitale Gesundheitsanwendungen
DGA	Data Governance Act (Verordnung (EU) 2022/868 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2022 über europäische Daten-Governance und zur Änderung der Verordnung (EU) 2018/1724 (Daten-Governance-Rechtsakt), ABl L 152, 3.6.2022, 1–44)
DiGA	digitale Gesundheitsanwendungen (im deutschen Kontext erstaltungsfähige Anwendungen)
DiGAV	Digitale Gesundheitsanwendungen-Verordnung vom 8. April 2020 (BGBl. I S. 768)
Diss.	Disseration
DLT	Distributed Ledger Technology
DMA	Digital Market Act (Verordnung (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. September 2022 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 (Gesetz über digitale Märkte), ABl L 265, 12.10.2022, 1–66)
DNA	Desoxyribonukleinsäure
DSA	Digital Service Act (Verordnung (EU) 2022/2065 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Oktober 2022 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG (Gesetz über digitale Dienste), ABl L 277, 27.10.2022, 1–102)
DSB	Datenschutz-Berater

DSG	Bundesgesetz vom 25. September 2020 über den Datenschutz (Datenschutzgesetz; SR 235.1)
DSGVO	Datenschutz-Grundverordnung (Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG, ABl L 119, 4.5.2016, 1–88)
DVG	Gesetz vom 9. Dezember 2019 für eine bessere Versorgung durch Digitalisierung und Innovation (Digitale-Versorgung-Gesetz; BGBl. I S. 2562)
DZV	Verordnung vom 23. Oktober 2013 über die Direktzahlungen an die Landwirtschaft (Direktzahlungsverordnung; SR 910.13)
E.	Erwähnung(en)
E-Art.	Artikel ... in der Fassung des Entwurfs
ebd.	ebenda
EBG	Eisenbahngesetz vom 20. Dezember 1957 (SR 742.101)
EBI	European Banking Institute
EBOR	European Business Organization Law Review
ECB	European Central Bank (= Europäische Zentralbank)
ECFR	European Company and Financial Law Review
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EDI	Eidgenössisches Departement des Innern (Schweiz)
EDÖB	Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter (Schweiz)
EDSA	Europäische Datenschutzausschuss
EFTA	European Free Trade Association (= Europäische Freihandels- assoziation)
EFV	Eidgenössische Finanzverwaltung (Schweiz)
EG	Europäische Gemeinschaft
EK	Eignungskriterium
ElCom	Eidgenössischen Elektrizitätskommission
EmbG	Bundesgesetz vom 22. März 2002 über die Durchsetzung von internationalen Sanktionen (Embargogesetz; SR 946.231)
EMEK	Eidgenössische Medienkommission (Schweiz)
EMRK	Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101)
EN ISO	Europäische Norm der Internationalen Organisation für Normung
EnEV	Verordnung vom 1. November 2017 über die Anforderungen an die Energieeffizienz serienmäßig hergestellter Anlagen, Fahrzeuge und Geräte (Energieeffizienzverordnung; SR 730.02)
EnG	Energiegesetz vom 30. September 2016 (SR 730.0)
ENSI	Eidgenössisches Nuklearsicherheitsinspektorat (Schweiz)
ENSIG	Bundesgesetz vom 22. Juni 2007 über das Eidgenössische Nuklearsicherheitsinspektorat (SR 732.2)

## Abkürzungsverzeichnis

---

EntsG	Bundesgesetz vom 8. Oktober 1999 über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (Entsendegesetz; SR 823.20)
EpG	Bundesgesetz vom 28. September 2012 über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz; SR 818.101)
EPRS	European Parliamentary Research Service
EPÜ	Europäisches Patentübereinkommen, revidiert in München am 29. November 2000 (SR 0.232.142.2)
EQK	Eidgenössische Qualitätskommission (Schweiz)
ErwG	Erwägungsgrund, Erwägungsgründe
ESBK	Eidgenössische Spielbankenkommission
ESG	Environmental, Social and Corporate Governance
ESMA	European Securities Market Authority
ESRS	European Sustainability Reporting Standards
et al.	et alii (= und andere)
etc.	et cetera (= und so weiter)
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuR	Europarecht
EUR	Euro
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZ	Zeitschrift für Europarecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EZB	Europäische Zentralbank
f., ff.	folgende(r), fortfolgende(r)
FATF	Financial Action Task Force
FDA	US Food and Drug Administration (=US-Behörde für Lebens- und Arzneimittel)
Fed. Cir.	United States Court of Appeals for the Federal Circuit
FIDLEG	Bundesgesetz vom 15. Juni 2018 über die Finanzdienstleistungen (Finanzdienstleistungsgesetz; SR 950.1)
FIFG	Bundesgesetz vom 14. Dezember 2012 über die Förderung der Forschung und der Innovation (SR 420.1)
FINIG	Bundesgesetz vom 15. Juni 2018 über die Finanzinstitute (Finanzinstitutsgesetz; SR 954.1)
FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Schweiz)
FINMAG	Bundesgesetz vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz; SR 956.1)
FMedG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1998 über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizingesetz; SR 810.11)
FMG	Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (SR 784.10)

FN	Fussnote
GebVG/ZH	Gesetz vom 2. März 9175 über die Gebäudeversicherung des Kantons Zürich (LS/ZH 862.1)
GesBG	Bundesgesetz vom 30. September 2016 über die Gesundheitsberufe (Gesundheitsberufegesetz; SR 811.21)
GesG/ZH	Gesundheitsgesetz vom 2. April 2007 des Kantons Zürich (LS/ZH 810.1)
GesRZ	Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht
gl.M.	gleiche Meinung
GlG	Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz; SR 151.1)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GNB/AG	Gesetz vom 19. Juni 2012 über die Nutzung des tiefen Untergrunds und die Gewinnung von Bodenschätzen des Kantons Aargau (SAR 671.200)
GNU/AI	Gesetz vom 29. April 2018 über die Nutzung des Untergrundes des Kantons Appenzell Innerrhoden (GS/AI 685.000)
GNU/ZH	Gesetz vom 25. Mai 2020 über die Nutzung des Untergrundes des Kantons Zürich (LS/ZH 725.1)
GRUR Int.	Journal of European and International IP Law
GS/AI	Gesetzesammlung (Appenzell Innerrhoden)
GSchG	Bundesgesetz vom 24. Januar 1991 über den Schutz der Gewässer (Gewässerschutzgesetz; SR 814.20)
GSchV	Gewässerschutzverordnung vom 28. Oktober 1998 (SR 814.201)
GVO	Gruppenfreistellungsverordnung
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245)
GwG	Bundesgesetz vom 10. Oktober 1997 über die Bekämpfung der Geldwäscherie und der Terrorismusfinanzierung (Geldwäscheriegesetz; SR 955.0)
GWh	Gigawattstunde(n)
H2R Working Paper	Human Reproduction Reloaded Working Paper Series
Habil.	Habilitation
HFKG	Bundesgesetz vom 30. September 2011 über die Förderung der Hochschulen und die Koordination im schweizerischen Hochschulbereich (Hochschulförderungs- und -koordinationsgesetz; SR 414.20)
HK	Handkommentar
HMG	Bundesgesetz vom 15. Dezember 2000 über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz; SR 812.21)
Hrsg.	Herausgeber, Herausgeberin
HTA	Health Technology Assessment
Hundegesetz	Gesetz über das Halten von Hunden vom 22. Juni 1995 (SGS/BL 342)
i.d.F.	in der Fassung

## Abkürzungsverzeichnis

---

i.g.F.	in geltender Fassung
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
ICMA	International Capital Market Association
ICO	Information Commissioner's Office (UK)
IEC	International Electrotechnical Commission (= Internationale Elektrotechnische Kommission)
Ip.	Interpellation
IPA	Integrierte Projektabwicklung
IPD	Integrated Project Delivery
ISO	International Organization for Standardization (= Internationale Organisation für Normung)
IT	Informationstechnologie
IVDR	In-vitro Diagnostic Regulation (Verordnung (EU) 2017/746 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2017 über In-vitro-Diagnostika und zur Aufhebung der Richtlinie 98/79/EG und des Beschlusses 2010/227/EU der Kommission, ABl L 117, 5.5.2017, 176–332)
IVöB	Interkantonale Vereinbarung vom 15. November 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (u.a. SGS/BL 420.121)
JBDM	Journal of Behavioral Decision Making
JBl	Juristische Blätter
JFE	Journal of Financial Economics
JLB	Journal of Law and the Biosciences
JLEO	Journal of Law, Economics, and Organization
JORF	Journal officiel de la République Française
JPE	Journal of Political Economy
JZ	JuristenZeitung
KAG	Bundesgesetz vom 23. Juni 2006 über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagengesetz; SR 951.31)
Kap.	Kapitel
KEG	Kernenergiegesetz vom 21. März 2003 (SR 732.1)
KG	Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz; SR 251)
KI	künstliche Intelligenz
KIG	Bundesgesetz vom 5. Oktober 1990 über die Information der Konsumentinnen und Konsumenten (Konsumenteninformationsgesetz; SR 944.0)
KI-Konvention	Rahmenübereinkommen des Europarats über künstliche Intelligenz und Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit (SEV Nr. 225)
KKG	Bundesgesetz vom 23. März 2001 über den Konsumkredit (SR 221.214.1)

KIG	Bundesgesetz vom 30. September 2022 über die Ziele im Klimaschutz, die Innovation und die Stärkung der Energiesicherheit (SR 814.310)
KLV	Verordnung des EDI vom 29. September 1995 über Leistungen in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (Krankenpflege-Leistungsverordnung; 832.112.31)
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung
KV/AG	Verfassung des Kantons Aargau vom 25. Juni 1980 (SAR 110.000)
KV/BE	Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (BSG/BE 101.1)
KV/BL	Verfassung des Kantons Basel-Landschaft vom 17. Mai 1984 (SGS/BL 100)
KV/GR	Verfassung des Kantons Graubünden vom 14. September 2003 (BR/GR 110.100)
KVG	Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (SR 832.10)
KVV	Verordnung vom 27. Juni 1995 über die Krankenversicherung (Krankenversicherungsverordnung; SR 832.102)
KYC	Know Your Customer
leg cit	legis citate (= zitierte Gesetzesstelle)
LeGes	Mitteilungsblatt der Schweizerischen Gesellschaft für Gesetzgebung und der Schweizerischen Evaluationsgesellschaft
LFG	Bundesgesetz vom 21. Dezember 1948 über die Luftfahrt (Luftfahrtgesetz; SR 748.0)
lit.	litera (= Buchstabe)
LkSG	Gesetz vom 16. Juli 2021 über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten zur Vermeidung von Menschenrechtsverletzungen in Lieferketten (Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz; BGBI. I S. 2959)
LMG	Bundesgesetz vom 20. Juni 2014 über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände (Lebensmittelgesetz; SR 817.0)
LPG	Bundesgesetz vom 4. Oktober 1985 über die landwirtschaftliche Pacht (SR 221.213.2)
LProst/GE	Loi sur la prostitution du 17 décembre 2009 (rs/GE I 2 49)
LRV	Luftreinhalte-Verordnung vom 16. Dezember 1985 (SR 814.318.142.1)
LS/ZH	Loseblattsammlung (Zürich)
LSR	Life Science Recht
LVG	Bundesgesetz vom 17. Juni 2016 über die wirtschaftliche Landesversorgung (Landesversorgungsgesetz; SR 531)
LwG	Bundesgesetz vom 29. April 1998 über die Landwirtschaft (Landwirtschaftsgesetz; SR 910.1)
m.E.	meines Erachtens
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
m.w.Verw.	mit weiteren Verweisen
m <sup>3</sup>	Kubikmeter

## Abkürzungsverzeichnis

---

MDCG	Medical Device Coordination Group
MDR	Medical Device Regulation (Verordnung (EU) 2017/745 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2017 über Medizinprodukte, zur Änderung der Richtlinie 2001/83/EG, der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 und der Verordnung (EG) Nr. 1223/2009 und zur Aufhebung der Richtlinien 90/385/EWG und 93/42/EWG des Rates, ABl L 117, 5.5.2017, 1–175)
MDSW	Medical Device Software
MedBG	Bundesgesetz vom 23. Juni 2006 über die universitären Medizinalberufe (Medizinalberufegesetz; SR 811.11)
MedR	Medizinrecht
medstra	Zeitschrift für Medizinstrafrecht
MepV	Medizinprodukteverordnung vom 1. Juli 2020 (SR 812.213)
MinöStG	Mineralölsteuergesetz vom 21. Juni 1996 (SR 641.64)
Mio.	Million(en)
MIT	Massachusetts Institute of Technology
MIT CEEPR	Massachusetts Institute of Technology Center for Energy and Environmental Policy
MMR	Zeitschrift für das Recht der Digitalisierung, Datenwirtschaft und IT
Mrd.	Milliarde(n)
N	Randnote(n)
NBER	National Bureau of Economic Research (USA)
NCSC	National Cyber Security Centre (Schweiz)
NFA	Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen
NFRD	Non-Financial Reporting Directive (Richtlinie 2014/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2014 zur Änderung der Richtlinie 2013/34/EU im Hinblick auf die Angabe nichtfinanzialer und die Diversität betreffender Informationen durch bestimmte große Unternehmen und Gruppen Text von Bedeutung für den EWR, ABl L 330, 15.11.2014, 1–9)
NGO	non-governmental organization (= Nichtregierungsorganisation)
NICE	National Institute for Health and Care Excellence (England)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NR	Nachhaltigkeitsrecht
Nr.	Nummer
NZ	Österreichische Notariatszeitung
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
ÖBA	Bank-Archiv – Zeitschrift für das gesamte Bank- und Börsenwesen
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development (= Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung)
OFK	Orell Füssli Kommentar

OGer ZG	Obergericht des Kantons Zug
OIES	Oxford Institute for Energy Studies
ÖJZ	Österreichische Jurist:innenzeitung
OKP	obligatorische Krankenpflegeversicherung
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220)
Ordo	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
ÖZW	Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
P2B-VO	Verordnung (EU) 2019/1150 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten, ABI L 186, 11.7.2019, 57–79
ParlG	Bundesgesetz über die Bundesversammlung vom 13. Dezember 2002 (Parlamentsgesetz, SR 171.10)
PatG	Bundesgesetz vom 25. Juni 1954 über die Erfindungspatente (Patentgesetz; SR 232.14)
PG	Postgesetz vom 17. Dezember 2010 (SR 783.0)
PostCom	Eidgenössische Postkommission (Schweiz)
Pra	Die Praxis
PrSG	Bundesgesetz vom 12. Juni 2009 über die Produktesicherheit (SR 930.11)
PüG	Preisüberwachungsgesetz vom 20. Dezember 1985 (SR 942.20)
PVG	Praxis des Verwaltungsgerichtes des Kantons Graubünden
PVÜ	Pariser Übereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums, revidiert in Stockholm am 14. Juli 1967 (SR 0.232.04)
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RB/TG	Rechtsbuch (Thurgau)
r-CBDC	retail-Central Bank Digital Currency
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
RdF	Recht der Finanzinstrumente
RdU	Recht der Umwelt
recht	recht – Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis
RFA	Regulierungsfolgenabschätzung
RIS	Rechtsinformationssystem des Bundes (Österreich)
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
RPG	Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz; SR 700)
rs/GE	Recueil systématique (Genf)
RTVG	Bundesgesetz vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (SR 784.40)
RW	Rechtswissenschaft – Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung

## Abkürzungsverzeichnis

---

RWZ	Zeitschrift für Recht und Rechnungswesen
Rz.	Randziffer(n)
SAR	Systematische Sammlung (Aargau)
SBB	Schweizerische Bundesbahnen
SDPI	Sustainable Development Policy Institute
SECO	Staatssekretariat für Wirtschaft (Schweiz)
SEI	Stockholm Environment Institute
SEV	Sammlung der Europaratsverträge
SFDR	Sustainable Finance Disclosure Regulation (Verordnung (EU) 2019/2088 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. November 2019 über nachhaltigkeitsbezogene Offenlegungspflichten im Finanzdienstleistungssektor, ABl L 317, 9.12.2019, 1–16)
SGB V	Sozialgesetzbuch, füfthes Buch: Gesetzliche Krankenversicherung (Artikel 1 des Gesetzes vom 20. Dezember 1988, BGBI. I S. 2477, 2482)
SGK	St. Galler Kommentar
SGS/BL	Systematische Gesetzesammlung (Basel-Landschaft)
SHR	Schaffhauser Rechtsbuch
SIA	Schweizerischer Ingenieur- und Architektenverein
sic!	Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht
SIMAP	Système d'information sur les marchés publics en Suisse (= Beschaffungsplattform von Bund und bundesnahen Organisationen, Kantonen und Gemeinden der Schweiz)
SNB	Schweizerische Nationalbank
SOB	Schweizerische Südostbahn AG
sog.	sogenannte(r)
SprstG	Bundesgesetz vom 25. März 1977 über Sprengstoffe (Sprengstoffgesetz; SR 941.41)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (Schweiz)
sRSL/Stadt Luzern	Systematische Rechtssammlung der Stadt Luzern
Sten.Bull.	Amtliches stenographisches Bulletin der Bundesversammlung
StFG	Bundesgesetz vom 19. Dezember 2003 über die Forschung an embryonalen Stammzellen (Stammzellenforschungsgesetz; SR 810.31)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StHG	Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (Steuerharmonisierungsgesetz; SR 642.14)
StrG/GR	Strassengesetz vom 1. September 2005 des Kantons Graubünden (BR/GR 807.100)
StromVG	Bundesgesetz vom 23. März 2007 über die Stromversorgung (Stromversorgungsgesetz; SR 734.7)
StromVV	Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 (SR 734.71)

SuG	Bundesgesetzes vom 5. Oktober 1990 über Finanzhilfen und Abgeltungen (Subventionsgesetz; SR 616.1)
SVAG	Bundesgesetz vom 19. Dezember 1997 über eine leistungsabhängige Schwerverkehrsabgabe (Schwerverkehrsabgabegesetz; SR 641.81)
SVG	Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958 (SR 741.01)
SWD	Staff Working Document (EU)
SZS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
TabV	Verordnung über Tabakerzeugnisse und Raucherwaren mit Tabakersatzstoffen vom 27. Oktober 2004 (Tabakverordnung, SR 817.06)
Taxonomic-VO	Verordnung (EU) 2020/852 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Juni 2020 über die Einrichtung eines Rahmens zur Erleichterung nachhaltiger Investitionen und zur Änderung der Verordnung (EU) 2019/2088 ABI L 198, 22. Juni 2020, 13
THG	Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über die technischen Handelshemmnisse (SR 946.51)
TransparenzRL	Richtlinie (EU) 2019/1152 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 über transparente und vorhersehbare Arbeitsbedingungen in der Europäischen Union, ABI L 186, 11.7.2019, 105–121
TRIPS-Abkommen	Abkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte an geistigem Eigentum, Anhang 1C des Abkommens zur Errichtung der Welthandelsorganisation vom 15. April 1994 (SR 0.632.20)
TU	Totalunternehmer
u.a.	unter anderem
UAbs.	Unterabsatz
UK	United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (= Vereinigtes Königreich Grossbritannien und Nordirland)
UN	United Nations (= Vereinte Nationen)
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (= Organisation der Vereinten Nationen für Erziehung, Wissenschaft und Kultur)
UNG/TG	Gesetz vom 18. November 2015 über die Nutzung des Untergrundes des Kantons Thurgau (RB/TG 723.1)
UNO-Pakt II	Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (SR 0.103.2)
URP	Umweltrecht in der Praxis
USA	United States of America (= Vereinigte Staaten von Amerika)
USD	US-Dollar
USG	Bundesgesetz vom 7. Oktober 1983 über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz; SR 814.01)
usw.	und so weiter
UVEK	Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (Schweiz)

## Abkürzungsverzeichnis

---

UWG	Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (SR 241)
VAG	Bundesgesetz vom 17. Dezember 2004 betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz; SR 961.01)
VB	Verwaltungsbeschwerde
VergabeR	Zeitschrift für das gesamte Vergaberecht
VFAV	Verordnung des BAKOM vom 26. Mai 2016 über Fernmeldeanlagen (SR 784.101.21)
VGer ZH	Verwaltungsgericht des Kantons Zürich
vgl.	vergleiche
VLOP	Very Large Online Platform (= sehr grosse Online-Plattform)
VLOSE	Very Large Online Search Engine (= sehr grosse Online-Suchmaschine)
VO	Verordnung
VöB	Verordnung vom 12. Februar 2020 über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 172.056.11)
VOC	volatile organic compounds (= flüchtige organische Verbindungen)
VOCV	Verordnung vom 12. November 1997 über die Lenkungsabgabe auf flüchtigen organischen Verbindungen (SR 814.018)
Vorw.	Vorwort
VSoTr	Verordnung vom 3. Dezember 2021 über Sorgfaltspflichten und Transparenz bezüglich Mineralien und Metallen aus Konfliktgebieten und Kinderarbeit (SR 221.433)
VVD-StRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwVG	Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz; SR 172.021)
VZVM	Verordnung des EDI vom 16. Dezember 2016 über den Zusatz von Vitaminen, Mineralstoffen und sonstigen Stoffen in Lebensmitteln (SR 817.022.32)
w-CBDC	wholesale-Central Bank Digital Currency
WEKO	Wettbewerbskommission
WHO	World Health Organization (= Weltgesundheitsorganisation)
WIPO	World Intellectual Property Organization (= Weltorganisation für geistiges Eigentum)
Wirtschaftsdienst	Zeitschrift für Wirtschaftspolitik
WM	Wertpapiermitteilungen – Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WTO	World Trade Organization (= Welthandelsorganisation)
WZG	Bundesgesetz vom 22. Dezember 1999 über die Währung und die Zahlungsmittel (SR 941.10)
WZW	Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit
z.B.	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins

ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZEuP	Zeitschrift für europäisches Privatrecht
ZEW	Leibniz-Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
ZFR	Zeitschrift für Finanzmarktrecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZGE	Zeitschrift für geistiges Eigentum
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer(n)
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert als
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung; SR 272)
ZSR NF	Zeitschrift für Schweizerisches Recht



---

# Die Vielfalt der Regulierungsinstrumente in der Schweiz

Hansjörg Seiler\*

## Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	2
II.	Ziele der Regulierung	3
III.	Instrumente der Regulierung	5
A.	Ge- und Verbote	5
1.	Materielle Regeln	5
2.	Vollzug präventiv	6
3.	Vollzug repressiv	9
4.	Unabhängige Regulierungsbehörden	10
B.	Informationen, Empfehlungen, Nudging	11
C.	Zielvorgaben, Globalsteuerung	12
1.	Programmatische Ziele	13
2.	Sanktionierbare Ziele	14
3.	Zwischen Programmatik und Verbindlichkeit	15
4.	Quantitative Vorgaben	15
D.	Finanzielle Anreize	16
1.	Negative finanzielle Anreize	17
2.	Positive finanzielle Anreize	18
E.	Zuteilung öffentlicher Güter	20
F.	Eigene staatliche Aktivitäten	21
G.	Privatrechtliche Instrumente	21
IV.	Fragestellung	22

---

□ Prof. Dr. iur, Fürsprecher, alt Bundesrichter, Münsingen.

## I. Einleitung

Als Regulierung wird hier verstanden die «Staatliche Steuerung der Gesellschaft (Einzelpersonen und Unternehmen) in den Formen des Rechts».<sup>1</sup> Der Begriff ist weit gefasst: Er umgreift im Grunde die gesamte Rechtsordnung, die ja ihrem Wesen nach beansprucht, das Verhalten der Gesellschaft und ihrer Mitglieder zu regeln. Nach einer liberalen rechtsphilosophischen Auffassung hat das «traditionelle» oder «echte» Recht die Hauptfunktion, ein möglichst friedliches und gerechtes Zusammenleben in einer Gesellschaft zu ermöglichen, wobei in erster Linie an das Privatrecht und das (Kern-)Strafrecht gedacht wird. Hinzu kommen Rechtsgebiete, die den Staat organisieren (Staats- und Verwaltungsorganisationsrecht) und ihm die notwendigen finanziellen Mittel verschaffen (Steuerrecht). Abgesehen von ihren Kernfunktionen gelten diese Rechtsgebiete als relativ zweckfrei: Die Individuen sind frei, ihr Leben zu gestalten und ihr Glück anzustreben, solange sie dabei nicht andere Individuen behelligen. Der Staat schreibt ihnen nicht vor, was sie mit ihrem Leben anzustellen haben.

Dem stehen Rechtsgebiete gegenüber, welche zum Ziel haben, die Gesellschaft und ihre Mitglieder auf ein bestimmtes Ziel hin zu steuern, d.h. sie zu einem Verhalten hin zu führen, welches sie sonst nicht ohne weiteres anstreben würden.

Diese Regulierungen unterscheiden sich wesentlich im Hinblick auf ihre Ziele, aber auch im Hinblick auf die rechtlichen Regelungsinstrumente, mit denen sie diese Ziele anstreben. Die Rechtswissenschaft hat vielfach versucht, diese Instrumente rechtsdogmatisch zu kategorisieren und zu systematisieren. So können die Instrumente gegliedert werden nach ihren Funktionen (z.B. Ermöglichung, Stimulierung, Durchsetzung, Nebenfolgenbegrenzung, Blockierung, Konfliktbewältigung),<sup>2</sup> nach ihrer Wirkungsweise (direkt oder indirekt),<sup>3</sup> nach ihrem Wirkungsmechanismus (Regulation, Anreize, Leistungserbringung, Verfahrensregelung, Information/Überzeugung),<sup>4</sup> der Intensität ihrer

---

<sup>1</sup> NICOLAS DIEBOLD/BERNHARD RÜTSCHE, Wettbewerbsrecht und Marktregulierung, Bd. 1: Grundlagen, Zürich/Genf 2023, 71.

<sup>2</sup> SCHREIBER, in diesem Band.

<sup>3</sup> FRINGS, in diesem Band.

<sup>4</sup> MARTI, in diesem Band.

Wirkung («soft law», eingerichteter Markt, Ge- und Verbote)<sup>5</sup> oder nach ihren Adressaten (Staat, Unternehmen, Individuen).

Solche Klassierungen haben teilweise didaktische Funktionen, teilweise auch juristisch-dogmatische, indem bestimmte Handlungsweisen in Kategorien rechtlicher Handlungsformen eingeordnet werden, denen bestimmte rechtliche Charakteristika gemein sind.

Im Folgenden soll ohne Anspruch auf vertiefte dogmatische Durchdringung ein kurSORISCHER Überblick über die verschiedenen Regulierungsinstrumente des schweizerischen Rechts gegeben werden. Dabei werden zwei Fragen behandelt:

- Welche Ziele verfolgt eine Regulierung?
- Mit welchen Instrumenten werden diese Ziele angestrebt?

## II. Ziele der Regulierung

Die Ziele der Regulierung sind äusserst vielfältig:

Ein grosser Teil der Regulierungsbereiche bezweckt den Schutz klassischer *Polizeigüter*, wie namentlich Leben und Gesundheit. Dazu gehören etwa das Strassenverkehrsrecht, das Lebensmittelrecht, das Heilmittelrecht, das Recht der Produktesicherheit und der Unfallverhütung, das Kernenergie- und Strahlenschutzrecht, Stauanlagenrecht, Chemikalienrecht oder Epidemienrecht.

In einem weiteren Sinne als polizeiliches Ziel kann auch der *Schutz ökologischer Güter und der Lebensgrundlagen* betrachtet werden. Dazu gehören das Umweltschutzrecht, Gewässerschutzrecht, Naturschutzrecht, in neuerer Zeit das Klimaschutz- und Nachhaltigkeitsrecht.

Ebenfalls als schutzwürdige Polizeigüter gelten traditionell *Treu und Glauben im Geschäftsverkehr*. Dazu gehören z.B. die Regulierung des Messwesens oder der Edelmetallkontrolle und – in einem etwas weiteren Sinne – die Sicherstellung korrekter Berufsausübung, namentlich dort, wo Kunden oder die Allgemeinheit einen erhöhten Schutz erwarten (Anwälte, Medizinalpersonen, Revisionsaufsicht, Risikoaktivitäten).

Eine weitere Zielsetzung besteht in der *Marktsteuerung*. Das umfasst den Schutz eines fairen, wirksamen Wettbewerbs (Art. 96 BV), wozu namentlich das Kartellrecht und das Lauterkeitsrecht (UWG) gehören, oder die Gewähr-

---

<sup>5</sup> SCHREIBER, in diesem Band.

leistung der Funktionsfähigkeit von Märkten (FINIG, KAG). Andere Rechtsgebiete bezeichnen eine Korrektur von Marktversagen, so z.B. die Preisüberwachung (Art. 96 Abs. 2 lit. a BV; PÜG) oder sonst eine Marktkorrektur, wo das Marktergebnis aus bestimmten Gründen als unerwünscht betrachtet wird, so z.B. die Konjunkturpolitik (Art. 100 BV) oder die Strukturpolitik (Art. 103 BV)<sup>6</sup>.

Ebenfalls als eine Art der Marktsteuerung kann die *Verwaltung öffentlicher Sachen* betrachtet werden, wo natürliche Monopole bestehen, aber dennoch eine Art Markt geschaffen werden soll.<sup>7</sup>

Ein Regulierungsziel kann im *Solvenzschutz* liegen (so bei der Bankenaufsicht oder Versicherungsaufsicht), im *Reputationsschutz*<sup>8</sup> oder in der *Verbrechensbekämpfung* (GwG).

Ein grosser Teil der Regulierungen bezieht sich auf die Sicherstellung eines «*service public*», so etwa das Recht über Post- und Fernmeldewesen (Art. 92 BV), Radio und Fernsehen (Art. 93 BV), wirtschaftliche Landesversorgung (Art. 102 BV), die Sicherung der medizinischen Grundversorgung (Art. 117a BV), oder die Schaffung wichtiger Infrastrukturanlagen, in der Regel verbunden mit einer Sicherheitsaufsicht, so das Eisenbahnwesen und die Luftfahrt (Art. 87 und 87a BV), der Elektrizitätsmarkt (StromVG), die Rohrleitungen (Art. 91 Abs. 2 BV) oder die Wasserversorgung (Art. 76 BV).

Manche Regulierungen verfolgen *aussenpolitische Ziele*, wie den Schutz der schweizerischen Interessen<sup>9</sup>, die Befolgung von internationalen Sanktionen und den Schutz der Reputation der Schweiz (EmbG).

Oft besteht das Ziel darin, *bestimmte Aktivitäten oder Wirtschaftszweige zu fördern*, so die Wohnbau- und Wohneigentumsförderung (Art. 108 BV), die Tourismusförderung<sup>10</sup>, die Förderung der Beherbergungsbetriebe<sup>11</sup>, die Förde-

---

<sup>6</sup> Vgl. Bundesgesetz vom 6. Oktober 2006 über Regionalpolitik (SR 901.0).

<sup>7</sup> Vgl. z.B. Art. 5 ff. StromVG.

<sup>8</sup> Vgl. z.B. z.B. Art. 1 Abs. 1 FIDLEG: «Dieses Gesetz bezieht sich auf den Schutz der Kundinnen und Kunden von Finanzdienstleistern sowie die Schaffung vergleichbarer Bedingungen für das Erbringen von Finanzdienstleistungen durch die Finanzdienstleister und trägt damit zur Stärkung des Ansehens und der Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz bei.»

<sup>9</sup> Vgl. etwa Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über aussenwirtschaftliche Massnahmen (SR 946.201).

<sup>10</sup> Bundesgesetz vom 21. Dezember 1955 über Schweiz Tourismus (SR 935.21).

<sup>11</sup> Bundesgesetz vom 20. Juni 2003 über die Förderung der Beherbergungswirtschaft (SR 935.12).

nung der Forschung und Innovation (Art. 64 BV), die Filmförderung (Art. 71 BV), Kulturförderung (Art. 69 BV) oder Sportförderung (Art. 68 BV).

Manche Rechtsgebiete bezeichnen primär den *Sozialschutz*, so etwa der Konsumentenschutz (Art. 97 BV; KIG; KKG), die Geldspielgesetzgebung (Art. 106 BV), der Mieterschutz (Art. 109 BV), der Arbeitnehmerschutz (Art. 110 BV) oder die Sozialversicherungen (Art. 111–117 BV).

Schliesslich geht es häufig um den Schutz *ethischer Anliegen*, so etwa im Tierschutz (Art. 80 BV), im Recht der Forschung am Menschen (Art. 118b BV) oder der Fortpflanzungsmedizin (Art. 119 BV).

Häufig sind mehrere dieser *Ziele kombiniert*. So ist das Landwirtschaftsrecht schon von Verfassungen wegen (Art. 104 BV) auf eine Vielfalt von Zielen ausgerichtet. Dementsprechend lautet Art. 1 LwG:

«Der Bund sorgt dafür, dass die Landwirtschaft durch eine nachhaltige und auf den Markt ausgerichtete Produktion einen wesentlichen Beitrag leistet zur:

- a. sicheren Versorgung der Bevölkerung;
- b. Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen;
- c. Pflege der Kulturlandschaft;
- d. dezentralen Besiedelung des Landes;
- e. Gewährleistung des Tierwohls.»

Eine ähnliche Zielvielfalt zeigt sich in Art. 1 BPS:

«Dieses Gesetz soll dazu beitragen:

- a. die innere und äussere Sicherheit der Schweiz zu gewährleisten;
- b. die aussenpolitischen Ziele der Schweiz zu verwirklichen;
- c. die schweizerische Neutralität zu wahren;
- d. die Einhaltung des Völkerrechts, insbesondere der Menschenrechte und des humanitären Völkerrechts, zu garantieren.»

### **III. Instrumente der Regulierung**

#### **A. Ge- und Verbote**

##### **1. Materielle Regeln**

Das klassische verwaltungsrechtliche Regulierungsinstrument sind *imperative Vorschriften*, das heisst mehr oder weniger detaillierte Ge- und Verbote. Es handelt sich bei diesen Regulierungen in der Regel um Grundrechtseingriffe (Eingriffsverwaltung). Auf solche Instrumente ist die staats- und verwaltungs-

rechtliche Dogmatik hauptsächlich zugeschnitten: Es gilt das Legalitätsprinzip sowohl in seiner rechtsstaatlichen (Vorhersehbarkeit, Rechtsgleichheit) als auch in seiner demokratisch-gewaltenteiligen (formeller Gesetzesvorbehalt) Funktion, und auch das Verhältnismässigkeitsprinzip wurde historisch hauptsächlich im Zusammenhang mit der Eingriffsverwaltung entwickelt.

Solche Vorschriften können sich beziehen auf:

- Verbote bestimmter Tätigkeiten oder Produkte,
- Anforderungen an persönliche Fähigkeiten (Ausbildung, Kenntnisse, Vertrauenswürdigkeit usw.), als Voraussetzung, um bestimmte Tätigkeiten ausüben zu dürfen, z.B. Anforderungen an Kenntnisse und Fahrtauglichkeit als Voraussetzung, um Motorfahrzeuge führen zu dürfen; fachliche Fähigkeiten als Voraussetzungen, um bestimmte Berufe ausüben zu dürfen (Anwälte, Medizinalpersonen, Revisoren),
- Verhaltensvorschriften, Sorgfaltspflichten. Z.B. Verkehrsregeln,
- Preis-/Tarifvorschriften (z.B. PüG, StromVG, EnG),
- Produktevorschriften zur Gewährleistung der Sicherheit oder Gebrauchstauglichkeit von Produkten, z.B. Lebensmittelrecht (LMG), Heilmittelrecht (HMG), Produktesicherheits- (PrSG) und Bauproduktegesetzgebung (BaupG),
- Anforderungen an den Energieverbrauch (Art. 44 f. EnG) oder die Umweltbelastung (Art. 26 ff. USG),
- Deklarations-, Kennzeichnungsvorschriften (z.B. Art. 12 f. LMG, Art. 14 LwG, Art. 2 KIG) oder Herkunftsachweise für Elektrizität (Art. 9 EnG).

Die Ge- und Verbote können auch in Regelungswerken enthalten sein, die der Gesetzgeber nicht selber erlassen hat, auf die er aber verweist. So verpflichtet Art. 7 BPS die unter das Gesetz fallenden Unternehmen, dem internationalen Verhaltenskodex für private Sicherheitsdienstleister (Verhaltenskodex) beizutreten.

## **2. Vollzug präventiv**

Die Vorschriften sind für sich allein nicht zielführend, wenn sie von den Adressaten nicht eingehalten werden. Die Wege, mit welchen die Einhaltung der Vorschriften angestrebt wird, sind ebenso vielfältig wie der materielle Gehalt:

In manchen Bereichen gibt es keine besonderen präventiven Instrumente. Paradebeispiel sind etwa die Verkehrsregeln im Straßenverkehr. Soweit sie sich an Personen richten, die keiner Zulassung bedürfen (Fahrradfahrer, Fuss-

gänger), fehlt jegliche präventive Kontrolle. Eine Kontrolle der Einhaltung erfolgt nicht systematisch und flächendeckend, sondern eher punktuell durch die Polizei. Bei Missachtung der Vorschriften treten die repressiven Instrumente in Aktion (hinten 3.).

In den meisten Regulierungsbereichen gibt es aber eine Vielzahl von präventiven Instrumenten, mit denen die Einhaltung der Vorschriften im Voraus beeinflusst wird:

In manchen Bereichen sind die Normadressaten verpflichtet, *Konformitätsbewertungen, Zertifizierungen oder Qualitätsmanagementmassnahmen* durchzuführen (z.B. Art. 46 HMG, Art. 7 PrSG, Art. 17 ff. THG, Art. 5 ff. BauPG) oder Selbstkontrollen vorzunehmen (z.B. Art. 26 LMG 26, Art. 5 ChemG, Art. 26 USG).

In manchen Bereichen überlässt das Gesetz den Vollzug den Vollzug den *Normadressaten* selber bzw. ihren Verbänden (z.B. Art. 7 EntsG) oder anderen privaten Organisationen (z.B. Art. 51 LwG) oder es verpflichtet die Akteure, zusammenzuarbeiten, um den Vollzug sicherzustellen (Art. 43 ff., Art. 56 Abs. 6, Art. 58a<sup>12</sup> KVG; Art. 3 KIG).

Die Normadressaten können auch verpflichtet sein, sich an *Selbstregulierungsorganisationen* anzuschliessen, die ihrerseits wieder einer behördlichen Kontrolle und Aufsicht unterliegen (z.B. Art. 14, 24 ff. GwG).

In einigen Bereichen bestehen spezifische *Kontrollmechanismen* und *Marktüberwachungsbehörden*, die systematisch oder mit Stichproben die Einhaltung der Vorschriften überprüfen (z.B. Art. 58 ff. HMG, Art. 9 PrSG, Art. 20 BauPG, Art. 19 THG).

Das klassische verwaltungsrechtliche Instrument zur präventiven Kontrolle sind *Zulassungs-, Bewilligungs- oder Akkreditierungspflichten*: Bevor eine bestimmte Aktivität ausgeübt werden darf, muss eine behördliche Bewilligung oder Zulassung eingeholt werden, deren Erteilung an bestimmte Voraussetzungen geknüpft ist. Im Bewilligungsverfahren wird von der Bewilligungsbehörde geprüft, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind. In der verwaltungsrechtlichen Dogmatik werden solche Bewilligungen oft als *Polizeibewilligungen* bezeichnet, weil sie traditionell vor allem den Zweck hatten, Polizeigüter zu schützen. Der Begriff hat sich gehalten, auch wenn heute viele Regulierungen über den Schutz der traditionellen Polizeigüter hinaus gehen. Als Charak-

---

<sup>12</sup> Siehe dazu PICECCHI, in diesem Band.

teristikum solcher Polizeibewilligungen wird in der Regel genannt, dass ein *Rechtsanspruch* auf ihre Erteilung besteht, wenn bestimmte, gesetzlich festgelegte Voraussetzungen erfüllt sind.

In der Realität ist dieser Rechtsanspruch vielfach praktisch stark relativiert, weil die Bewilligungsbehörden einen sehr grossen Spielraum haben in der Beurteilung, ob die Bewilligungsvoraussetzungen erfüllt sind. Das ist z.B. der Fall bei manchen Vorschriften im Baurecht, wo höchst unbestimmte und konkretisierungsbedürftige Bewilligungsvoraussetzungen vorkommen, wie z.B. diejenige, dass sich eine Baute in das Orts- und Landschaftsbild einordnen muss oder dass sie hohen ästhetischen Anforderungen genügen muss.

Bei manchen Bewilligungen besteht von vornherein *kein Rechtsanspruch*: Der Bewilligungsbehörde wird ein Ermessen eingeräumt, ob überhaupt eine Bewilligung erteilt wird («Kann-Bewilligung»), so z.B. bei ausländerrechtlichen Bewilligungen, soweit kein Gesetz oder Staatsvertrag einen Bewilligungsanspruch enthält (vgl. Art. 18 f. AIG).

Bisweilen erklärt das Gesetz eine Tätigkeit als bewilligungspflichtig, ohne überhaupt Voraussetzungen für diese Bewilligung zu nennen, so z.B. für Herstellung oder Einfuhr von Sprengstoffen (Art. 9 SprStG).

Kennzeichnend für Bewilligungspflichten ist, dass die betreffende Tätigkeit nicht ausgeübt werden darf, bevor die Bewilligung vorliegt. Je nachdem wie lange die Bewilligungsverfahren dauern, kann dies während einer längeren Zeit die Aufnahme der entsprechenden Tätigkeit verzögern.

Ähnlich verhält es sich mit *Registrierungspflichten*, wie sie z.B. nach Art. 28 ff. FIDLEG für bestimmte Kategorien von Kundenberatern von Finanzdienstleistern gilt: Die Kundenberater sind verpflichtet, sich in ein Register eintragen zu lassen, wobei für die Eintragung bestimmte Voraussetzungen erfüllt sein müssen, deren Vorliegen eine Behörde vor der Eintragung prüft. Solange der Eintrag nicht erfolgt ist, darf die Tätigkeit nicht ausgeübt werden (Art. 28 Abs. 1 FIDLEG).

Als milderes Mittel kommen deshalb *Meldepflichten* vor: Die Tätigkeit muss nicht bewilligt, sondern nur den Behörden gemeldet werden. Diese können bei Bedarf intervenieren (z.B. Art. 9 ChemG, Art. 10 BPS).

Schliesslich kommt die staatliche *Monopolisierung* einer Tätigkeit in Frage. Das ist theoretisch ein sehr einschneidendes Instrument, weil die Wirtschaftsfreiheit im monopolisierten Bereich grundsätzlich ausser Kraft gesetzt wird. Praktisch wird dann allerdings oft durch Konzessionierung eine private

Ausübung der entsprechenden Tätigkeit ermöglicht (Alkohol, Personenbeförderung). Je nach Ausgestaltung kann sich die Monopolisierung/Konzessionierung im Ergebnis ähnlich auswirken wie eine herkömmliche Polizeibewilligung: Es werden Voraussetzungen für die Konzessionserteilung aufgestellt, deren Einhaltung im Konzessionsverfahren überprüft wird.

### 3. Vollzug repressiv

Werden Vorschriften nicht eingehalten, greifen verschiedene Instrumente:

Das traditionelle repressive Vollzugsmittel ist das *Strafrecht*. Alltägliches Paradebeispiel ist die Bestrafung bei Verletzung der Verkehrsregeln im Strassenverkehr (Art. 90 ff. SVG). Auch die meisten anderen verwaltungsrechtlichen Erlasse sehen Strafen vor bei Zuwiderhandlung gegen die in den Erlassen enthaltenen Verbote und Gebote.

Ein weiteres Mittel sind die sogenannten *restitutiven Verwaltungssanktionen*: Eine Behörde kann die Herstellung des gesetzmässigen Zustands anordnen (sog. exekutorische Verwaltungssanktionen). Nach der Rechtsprechung sind solche Anordnungen unter Umständen sogar ohne besondere gesetzliche Grundlage zulässig.<sup>13</sup> Meistens sehen aber die einschlägigen Gesetze ausdrücklich vor, dass die zuständigen Behörden solche Anordnungen treffen können.

So können z.B. Produkte, die den massgebenden Vorschriften nicht entsprechen, beseitigt oder vernichtet werden (Art. 34 Abs. 2 LMG; Art. 66 Abs. 2 Bst. d HMG).

Bei Aktivitäten, die einer Bewilligungs- oder Konzessionspflicht unterliegen, können die repressiven Sanktionen bis hin zum *Widerruf* der Bewilligung oder Konzession gehen. Auch hier ist als alltägliches Paradebeispiel der Entzug des Führerausweises im Strassenverkehr zu nennen (Art. 16 ff. SVG). Die meisten anderen Gesetze, welche eine Bewilligungspflicht vorsehen, sehen ebenfalls den Widerruf dieser Bewilligungen vor.

Möglich sind auch *Ersatzabgaben* (z.B. Art. 47 LwG bei Überschreitung des Viehhöchstbestands), *Gewinneinziehungen* (z.B. Art. 35 FINMAG) oder *Berufsausübungs- und Tätigkeitsverbote* (z.B. Art. 33, 33a FINMAG).

Manche Gesetze sehen ausführlich spezifische behördliche Massnahmen vor, z.B. *Schutz- und Sanierungsmassnahmen* (z.B. Art. 25 ff. BankG,

---

<sup>13</sup> Vgl. BGE 108 Ib 162 E. 5a; BGer, 2A.705/2006, 24.4.2007, E. 3.6/3.7.

Art. 51 ff. VAG), die Anordnung einer Liquidation oder Betriebsschliessung (z.B. Art. 33 ff. BankG; Art. 53 ff. VAG).

In den letzten Jahrzehnten wurden in mehreren Gesetzen sog. *pekuniäre Verwaltungssanktionen* eingeführt, vorab im Kartellrecht: Nach Art. 49a KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede beteiligt ist oder marktbeherrschend ist und sich unzulässig verhält, mit einem Betrag bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Eine solche Sanktion, die bis zu Hunderten von Millionen Franken betragen kann, ist weit einschneidender als strafrechtliche Geldstrafen oder Bussen. Landesrechtlich gelten sie dennoch als verwaltungsrechtlich, jedoch sind sie strafrechtlich oder zumindest strafrechtsähnlich im Sinne der EMRK.<sup>14</sup>

Nach dem Vorbild des Kartellrechts wurden in den letzten Jahren auch in zahlreichen anderen Gesetzen solche Sanktionen vorgesehen, so im Bereich der Spielbanken (Art. 100 BGS), im Fernmelde-, Post- und Eisenbahnrecht sowie Telekommunikationsrecht (Art. 60 FMG, Art. 25 PG, Art. 40a<sup>sexies</sup> EBG, Art. 90 RTVG).

Ebenfalls auf der Schnittstelle zwischen repressiven und restitutiven Sanktionen ist das sog. *Naming and shaming*, d.h. die Veröffentlichung von Sanktionsverfügungen unter Angabe von Personendaten (z.B. Art. 34 FINMAG), was einerseits dazu dient, allfällige künftige Kunden oder Geschäftspartner vor den entsprechenden Personen zu warnen, andererseits aber auch die Funktion eines modernen Prangers hat.<sup>15</sup>

#### 4. Unabhängige Regulierungsbehörden

Verwaltungsrechtliche Vorschriften werden idealtypisch durch Verwaltungsbehörden vollzogen, die Teil der staatlichen Zentralverwaltung sind und nicht nur dem Legalitätsprinzip, sondern auch der Verwaltungshierarchie samt Weisungsbefugnissen der Regierung unterstellt sind.

In zahlreichen Bereichen wurden aber in den letzten Jahren *unabhängige Behörden* für die Aufsicht über bestimmte Bereiche errichtet. Zu denken ist etwa an die FINMA, das ENSI, das schweizerische Heilmittelinstitut Swissmedic (Art. 68 ff. HMG), die ElCom (Art. 21 f. StromVG), die PostCom (Art. 20 ff. PG), oder die ESBK (Art. 94 ff. BGS).

---

<sup>14</sup> BGE 143 II 297 E. 9.1; 139 I 72 E. 2.2.2.

<sup>15</sup> Vgl. BGE 148 I 226 E. 5.3.3; 147 I 57 E. 2–4.

Es handelt sich dabei eigentlich nicht um ein Regulierungsinstrument, sondern blos um eine organisationsrechtliche Regelung, welche die betreffenden Behörden aus der staatlichen Verwaltungshierarchie und damit auch von der Weisungsbefugnis loslässt. Praktisch ist damit meist aber auch eine mehr oder weniger weit gehende Loslösung von einem strengen Legalitätsprinzip verbunden, indem solche Organisationen in ihrem Zuständigkeitsbereich weitgehende Regulierungs- und Aufsichtsbefugnisse haben. Die Pflichten der Rechtsunterworfenen sind oft nur in sehr allgemeiner Weise auf der Stufe des formellen Gesetzes oder von Regierungsverordnungen enthalten und werden erst durch allgemeine Weisungen oder Verfügungen im Einzelfall durch die Behörde konkretisiert. Oft haben solche Behörden auch eigene Verordnungskompetenzen (z.B. Art. 7 Abs. 1 Bst. a FINMAG; Art. 6 Abs. 6 Bst. f ENSIG; Art. 9a, 11 Abs. 4, 14 Abs. 1, 15 Abs. 2 oder 17 HMG).

## **B. Informationen, Empfehlungen, Nudging**

Ein zumindest auf den ersten Blick wenig einschneidendes Regulierungsinstrument sind behördliche *Informationen*, z.B. über den Umweltschutz und den Stand der Umweltbelastung (Art. 10e USG), über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände, bei denen ein hinreichender Verdacht besteht, dass sie ein Risiko für die Gesundheit mit sich bringen können (Art. 24 Abs. 1 Bst. b LMG), oder über die Sicherstellung einer wirtschaftlichen und umweltverträglichen Energieversorgung, über die Möglichkeiten einer sparsamen und effizienten Energienutzung sowie über die Nutzung erneuerbarer Energien (Art. 47 Abs. 1 EnG), über die Gefahren übertragbarer Krankheiten und über die Möglichkeiten zu deren Verhütung und Bekämpfung (Art. 9 Abs. 1 EpG).

Solche Instrumente erscheinen grundsätzlich als weniger einschneidend als hoheitliche Verbote oder Gebote. Allerdings können sie in ihren faktischen Auswirkungen auf bestimmte Akteure durchaus sehr gravierend sein, so wenn die Behörden vor dem Verzehr bestimmter Lebensmittel *warnen*, was zur Folge hat, dass diese kaum mehr gekauft werden, mit den entsprechenden wirtschaftlichen Konsequenzen für die Hersteller dieser Produkte.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> Vgl. die Staatshaftungsprozesse gegen den Bund im Nachgang zu Warnungen vor dem Verzehr von Käse mit Listerien (BGer, 2A.236/1989, 11.11.1992) oder dem Verzehr von Gemüse nach dem Reaktorunfall von Tschernobyl (BGer, 5C.240/1989, 21.6.1990).

Etwas weitergehend als blosse Informationen sind *Empfehlungen*: Nach Art. 3d Abs. 5 BetmG erlässt der Bundesrat Empfehlungen über die Grundsätze zur Finanzierung von Suchttherapien und Wiedereingliederungsmassnahmen. Das Bundesamt für Gesundheit veröffentlicht nach Art. 9 Abs. 3 EpG Empfehlungen zu Massnahmen gegen übertragbare Krankheiten und zum Umgang mit Krankheitserregern. Zahlreiche internationale Abkommen enthalten Empfehlungen oder ermächtigen internationale Organisationen, Empfehlungen in bestimmten Bereichen zu erlassen.

Solche Empfehlungen sind per definitionem nicht rechtsverbindlich, können allerdings über das nationale Recht dennoch mehr oder weniger verbindlich werden: Nach Art. 2a BetmG führt das Eidgenössische Departement des Innern ein Verzeichnis der Betäubungsmittel, der psychotropen Stoffe sowie der Vorläuferstoffe und der Hilfschemikalien. Es stützt sich hierbei in der Regel auf die Empfehlungen der zuständigen internationalen Organisationen. Nach Art. 51 GSchV ist das UVEK ermächtigt, Beschlüsse und Empfehlungen, die gestützt auf bestimmte völkerrechtliche Vereinbarungen erfolgen, zu genehmigen. Gestützt darauf hat das UVEK seine Verordnung vom 10. Januar 2000 über die Genehmigung internationaler Beschlüsse und Empfehlungen<sup>17</sup> erlassen, wodurch bestimmte Beschlüsse und Empfehlungen genehmigt werden. Nach Art. 2 dieser Verordnung sind die genehmigten Beschlüsse für die ganze Schweiz verbindlich. Die genehmigten Empfehlungen sind zwar nicht verbindlich. Den zuständigen Behörden wird aber empfohlen, sie beim Vollzug von Umweltschutzvorschriften zu berücksichtigen.

### **C. Zielvorgaben, Globalsteuerung**

Imperative Vorschriften sind häufig sehr detailliert. Sie streben zwar ein bestimmtes Ziel an, aber die verpflichtende Wirkung gilt unabhängig von der Zielerreichung. Das heisst einerseits, dass die Vorschriften auch dann einzuhalten sind, wenn die Nichteinhaltung die Zielerreichung gar nicht in Frage stellen würde. Zum Beispiel müssen Geschwindigkeitslimiten im Strassenverkehr auch dann eingehalten werden, wenn niemand auf der Strasse ist, der durch überhöhte Geschwindigkeiten gefährdet werden könnte.

---

<sup>17</sup> SR 814.201.81.

Andererseits ist nicht garantiert, dass das angestrebte Ziel erreicht wird. Das kann darauf zurückzuführen sein, dass die rechtlichen Verbote und Gebote nicht zielführend ausgestaltet sind, aber auch darauf, dass sie nicht eingehalten werden, weil die Vollzugsinstrumente nicht hinreichend sind. So ist es praktisch ausgeschlossen, die Einhaltung von Strassenverkehrsregeln flächen-deckend zu kontrollieren, so dass sie vielfach verletzt werden.

Eine alternative Regelungsstrategie besteht darin, das Ziel als solches vorzugeben und den Regelungssadressaten freizustellen, auf welche Weise sie dieses erreichen wollen. Im Einzelnen gibt es unterschiedliche Ziele.

## 1. Programmatische Ziele

Manche Gesetze legen Ziele fest, an deren Nichteinhaltung aber keine direkten Rechtsfolgen geknüpft sind. Sie sind eher programmatischer Natur, solange es keine Massnahmen gibt, welche das Ziel effektiv erreichen.

Gemäss Art. 3 Abs. 1 KIG sorgt der Bund dafür, dass die Wirkung der in der Schweiz anfallenden von Menschen verursachten Treibhausgasemissionen bis zum Jahr 2050 Null beträgt, indem die Treibhausgasemissionen so weit möglich vermindert werden und die Wirkung der verbleibenden Treibhausgasemissionen durch die Anwendung von Negativemissionstechnologien in der Schweiz und im Ausland ausgeglichen wird. Art. 4 KIG legt Richtwerte für einzelne Sektoren fest. Das Gesetz enthält aber keine Instrumente, mit denen diese Ziele erreicht werden sollen, abgesehen von Finanzhilfen zur Förderung von neuartigen Technologien und Prozessen und zur Absicherung von Risiken (Art. 6 und 7 KIG). Es beauftragt bloss den Bundesrat, der Bundesversammlung rechtzeitig Anträge zur Umsetzung der Ziele dieses Gesetzes zu unterbreiten (Art. 11 KIG).

Gemäss Art. 5 Abs. 1 KIG müssen alle Unternehmen spätestens im Jahr 2050 Netto-Null-Emissionen aufweisen, wobei mindestens die direkten und die indirekten Emissionen zu berücksichtigen sind. Das Gesetz enthält aber keine Rechtsfolgen für den Fall, dass diese Ziele nicht eingehalten werden.

Programmatische Ziele enthält auch das EnG: Nach seinem Art. 2 hat die Produktion von Elektrizität aus erneuerbaren Energien, ausgenommen aus Wasserkraft, im Jahr 2035 mindestens 35'000 GWh und im Jahr 2050 mindestens 45'000 GWh zu betragen (Abs. 1). Die Nettoproduktion von Elektrizität aus Wasserkraft hat im Jahr 2035 mindestens 37'900 GWh und im Jahr 2050 mindestens 39'200 GWh zu betragen. Bei Pumpspeicherkraftwerken wird nur die Produktion aufgrund von natürlichen Zuflüssen angerechnet (Abs. 2).

Gemäss Art. 3 EnG ist der durchschnittliche Energieverbrauch pro Person und Jahr gegenüber dem Stand im Jahr 2000 bis zum Jahr 2035 um 43 % und bis zum Jahr 2050 um 53 % zu senken (Abs. 1). Der durchschnittliche Elektrizitätsverbrauch pro Person und Jahr ist gegenüber dem Stand im Jahr 2000 bis zum Jahr 2035 um 13 % und bis zum Jahr 2050 um 5 % zu senken (Abs. 2).

Das Gesetz enthält zwar einzelne Massnahmen, die zur Zielerreichung beitragen sollen, aber es gibt keinen Mechanismus, welcher die Einhaltung der Ziele sicherstellt bzw. die Nichteinhaltung sanktioniert.

## 2. Sanktionierbare Ziele

Zur Umsetzung der Ziele des KIG enthält das CO<sub>2</sub>-Gesetz einige Massnahmen. Darunter befinden sich seinerseits auch wieder Ziele, die aber sanktionierbar sind: Importeure und Hersteller von Fahrzeugen müssen die durchschnittlichen CO<sub>2</sub>-Emissionen ihrer Fahrzeuge, die im jeweiligen Jahr erstmals in Verkehr gesetzt werden (Neuwagenflotte), gemäss einer individuellen Zielvorgabe begrenzen (Art. 11 Abs. 1 CO<sub>2</sub>-Gesetz), wobei das Gesetz bzw. die Verordnung die Methoden zur Festlegung der Zielvorgaben festlegt (Art. 11 Abs. 2 CO<sub>2</sub>-Gesetz bzw. Art. 28 und Anhang 4a CO<sub>2</sub>-Verordnung). Überschreiten die durchschnittlichen CO<sub>2</sub>-Emissionen der Neuwagenflotte eines Importeurs oder Herstellers die individuelle Zielvorgabe, so muss der Hersteller oder Importeur dem Bund pro im jeweiligen Kalenderjahr erstmals in Verkehr gesetztes Fahrzeug einen finanziellen Betrag entrichten (Art. 13 CO<sub>2</sub>-Gesetz).

Solche Zielvorgaben belassen den Unternehmen die Wahl, mit welchen Mitteln sie die Ziele erreichen sollen.

Eine Art Zielvorgabe sind auch die umweltrechtlichen *Immissionsgrenzwerte* für Luftverunreinigungen (Art. 13 und 14 USG). Die Immissionen ergeben sich aus der Gesamtheit der Emissionen, die aus sehr vielen unterschiedlichen Quellen stammen und daher in der Regel nicht einem einzelnen Verursacher zugerechnet werden können. Werden die Immissionsgrenzwerte überschritten, so können daher nicht einfach einzelne Emittenten sanktioniert werden, sondern die Behörden haben einen Massnahmenplan auszuarbeiten, aus welchem sich erst konkrete Massnahmen ergeben (Art. 31 ff. LRV).

### 3. Zwischen Programmatik und Verbindlichkeit

Eine besondere Art der Zielfestlegung sind die *Richt- und Sachpläne* im Raumplanungsrecht (Art. 6-13 RPG). Darin legen die Behörden Grundlagen für die raumwirksamen Aktivitäten fest, darunter sehr wesentliche, z.B. wie gross die Siedlungsfläche insgesamt sein soll, wie sie im Kanton verteilt sein soll und wie ihre Erweiterung regional abgestimmt wird (Art. 8a Abs. 1 Bst. a RPG). Die Richtpläne sind nicht bürgerverbindlich, wohl aber behördenverbindlich (Art. 9 Abs. 1 RPG). Aufgrund dieser geringen Verbindlichkeit werden sie oft nicht durch die Legislative, sondern durch die Exekutive erlassen. Bürgerverbindlich sind nur die Nutzungspläne (Art. 14 ff. RPG.), die von den Gemeinden erlassen werden, in der Regel in einem demokratisch legitimierten Verfahren (Gemeindepalament, Volksabstimmung oder Gemeindeversammlung). Theoretisch ist die Nutzungsplanung damit ein Instrument, um der lokal betroffenen Bevölkerung auf demokratische Weise die Gestaltung ihrer Umgebung zu ermöglichen. Indessen unterliegen die kommunalen Pläne der Genehmigung durch eine kantonale Behörde, welche sie auf Übereinstimmung mit den Richtplänen überprüft (Art. 26 RPG). Auf diese Weise werden die demokratisch wenig abgestützten Richt- und Sachpläne indirekt auch bürgerverbindlich und überlagern die demokratisch an sich höherrangigen Nutzungsplanungsinstrumente.

### 4. Quantitative Vorgaben

Eine verbindliche Zielvorgabe sind auch Kontingente oder Zertifikate. Es wird ein bestimmtes quantitatives Ziel festgelegt, das nicht überschritten werden soll. Beispiele solcher Vorgaben sind:

- Das *Emissionshandelssystem* gemäss Art. 15 ff. CO<sub>2</sub>-Gesetz: Der Bundesrat legt im Voraus die Menge der Emissionsrechte fest, die jährlich zur Verfügung stehen; er berücksichtigt dabei das Reduktionsziel nach Artikel 3 sowie vergleichbare internationale Regelungen (Art. 18 CO<sub>2</sub>-Gesetz). Die Emissionsrechte werden kostenlos zugeteilt oder versteigert (Art. 19 und 19a CO<sub>2</sub>-Gesetz). Die Teilnehmer am System müssen dem Bund jährlich über ihre Emissionen Bericht erstatten und im Umfang der von ihnen verursachten Treibhausgasemissionen Emissionsrechte abgeben (Art. 15 Abs. 2, Art. 20 CO<sub>2</sub>-Gesetz). Für Emissionen, die nicht durch Emissionsrechte gedeckt sind, müssen die Teilnehmer einen finanziellen Betrag entrichten (Art. 21 CO<sub>2</sub>-Gesetz).

- *Kontingente* für die zollbegünstigte Einfuhr landwirtschaftlicher Produkte (Art. 21 ff. LwG): Der Bundesrat legt für bestimmte landwirtschaftliche Produkte (z.B. Fleisch) Zollkontingente fest. Die Einfuhr von Waren innerhalb des Kontingents wird mit einem tiefen Einfuhrzoll belegt. Die Einfuhr von Waren ausserhalb eines Kontingents ist zwar nicht verboten, wird aber mit einem prohibitiv hohen Einfuhrzoll belastet, so dass sie praktisch/wirtschaftlich nicht erfolgt (Art. 10 ff. AEV).
- Kontingente für ausländerrechtliche Bewilligungen (Art. 121a BV; Art. 20 AIG).
- Kontingente für den Verkauf von Ferienwohnungen an Personen im Ausland (Art. 9 Abs. 2 und Art. 11 BewG).

Mit der Festlegung von Kontingenten ist nur die globale Zielvorgabe definiert. Eine wichtige Regulierungsaufgabe besteht darin, diese Kontingente unter die Interessierten aufzuteilen. Diese Aufteilung kann z.B. durch fixe Verteilung an einen bestimmten Adressatenkreis oder durch Versteigerung erfolgen (Art. 19 Abs. 2 und Art. 19a Abs. 2 CO<sub>2</sub>-Gesetz; Kontingente für die zollbegünstigte Einfuhr von Fleisch, Art. 22 Abs. 2 LwG), aber auch durch behördliche Zuteilung, wie die Kontingente im Ausländerrecht oder bei den Ferienwohnungen im BewG.

Die Aufteilung kann aber auch den Normadressaten überlassen werden. So müssen gemäss Art. 31e StromVV innert zehn Jahren 80 % aller Messeinrichtungen in einem Netzgebiet bestimmten Anforderungen entsprechen. Innerhalb dieser Übergangsfrist bestimmt der Netzbetreiber, wann er Endverbraucher und Erzeuger mit solchen Messsystemen ausstatten will.

## D. Finanzielle Anreize

Mit finanziellen Anreizen werden bestimmte Aktivitäten zwar nicht verbindlich verboten oder vorgeschrieben, aber entweder unattraktiv gemacht (negative finanzielle Anreize) oder gefördert (positive finanzielle Anreize). Die Anreize sollen eine effizientere Regulierung erreichen, indem sie dem Adressaten der Massnahme die Wahl lassen, ob sie ihr Verhalten ändern wollen oder nicht, je nachdem welche Handlungsalternative für sie wirtschaftlich günstiger ist.

## 1. Negative finanzielle Anreize

Negative finanzielle Anreize sind z.B. *Gebühren*: Mit Gebühren für die Entsorgung von Abfällen (Art. 32a ff. USG) oder Abwasser (Art. 60 GSchG) soll einerseits der Finanzbedarf des Gemeinwesens für die betreffenden Tätigkeiten gedeckt werden, andererseits sollen durch verursachergerechte Ausgestaltung der Gebühren auch Anreize geschaffen werden, möglichst wenig Abfälle oder Abwasser zu verursachen.

*Lenkungsabgaben* haben im Unterschied zu Gebühren ausschliesslich den Zweck, das Verhalten der Abgabepflichtigen in eine bestimmte Richtung zu lenken. Sie dienen nicht dem Finanzbedarf des Gemeinwesens.

Beispiele für solche Abgaben sind etwa die Lenkungsabgaben für VOC/Schwefelgehalt (Art. 35a ff. USG): Die Lenkungsabgabe muss nur bezahlt werden, wer VOC oder schwefelhaltiges Heizöl importiert, herstellt oder verwendet. Wer dies nicht tut, bezahlt keine Abgabe. Das belässt den Normadressaten die Wahl, ob sie lieber die betreffenden Produkte verwenden und dafür die Abgabe bezahlen oder ob sie auf die Produkte verzichten. Würden sich alle so verhalten wie gewünscht, wäre der Ertrag der Abgabe null.

Ergibt sich ein Ertrag, weil nicht alle auf die Produkte verzichten, wird dieser idealtypisch an die Bevölkerung zurückverteilt.

Daneben gibt es Mischformen, bei denen ein Teil des Ertrags an die Bevölkerung zurückerstattet, der Rest aber für bestimmte Zwecke verwendet wird.

Beispiel dafür ist die CO<sub>2</sub>-Abgabe (Art. 29 ff. CO<sub>2</sub>-Gesetz), deren Ertrag zu einem Teil für die Förderung von erneuerbarer Energie und die Förderung von Technologien zur Verminderung der Treibhausgase verwendet wird (Art. 33a ff. CO<sub>2</sub>-Gesetz).

Steuern haben traditionell den Hauptzweck, dem Staat Geld zu verschaffen. Sie können aber daneben auch einen Lenkungszweck haben. So dient der Ertrag der Schwerverkehrsabgabe dem Bund und den Kantonen für bestimmte Zwecke (Art. 19 SVAG). Die Abgabe bezweckt aber auch eine Verlagerung des Güterverkehrs von der Strasse auf die Bahn (Art. 1 Abs. 2 SVAG). Auch Zölle, die historisch hauptsächlich ein Fiskalinstrument waren, dienen heute dazu, Importe zu steuern, indem entweder zum Schutz der einheimischen Produktion hohe Einfuhrzölle erhoben werden (Art. 17 LwG), oder umgekehrt, indem für bestimmte Einfuhren besonders tiefe Präferenzzölle erhoben werden.

## 2. Positive finanzielle Anreize

Positive finanzielle Anreize sind das Gegenstück zu den negativen finanziellen Anreizen: Sie sanktionieren nicht ein bestimmtes unerwünschtes Verhalten mit finanziellen Belastungen, sondern fördern im Gegenteil erwünschtes Verhalten mit finanziellen Leistungen.

Das verbreitete Mittel sind *Subventionen*, die an Personen oder Unternehmen ausgerichtet werden. Die Subventionen können als Darlehen oder als nicht rückzahlbare Beiträge geleistet werden. Als Voraussetzung für die Ausrichtung der Subventionen werden bestimmte Anforderungen aufgestellt. Im Verfahren zur Ausrichtung der Subventionen wird präventiv überprüft, ob diese Anforderungen erfüllt sind. Erweist sich im Nachhinein, dass die Anforderungen nicht erfüllt sind, wird die Subvention verweigert, gekürzt der zurückgefordert.<sup>18</sup>

Subventionen gelten im allgemeinen als mildere Mittel als Vorschriften: Niemand ist verpflichtet, Subventionen zu beantragen. Wer auf die Subvention verzichtet, braucht auch die Subventionsanforderungen nicht einzuhalten. Diese sind also rechtlich gesehen freiwillig.

Ja nachdem kann allerdings ein faktischer wirtschaftlicher Zwang bestehen, so bei den landwirtschaftlichen Direktzahlungen (Art. 70 ff. LwG): Die meisten Landwirte wären wirtschaftlich nicht überlebensfähig ohne Direktzahlungen. Sie sind daher faktisch verpflichtet, diese zu beantragen und die sehr detaillierten Direktzahlungsvoraussetzungen<sup>19</sup> zu erfüllen.

Subventionen können direkt vom Staat an Individuen oder Unternehmen ausgerichtet werden. Ein grosser Teil des Bundeshaushalts wird aber auch für Subventionen ausgegeben, mit denen der Bund Tätigkeiten der Kantone fördert. Mit solchen Beiträgen und den damit verbundenen Anforderungen nimmt der Bund in erheblichem Ausmass Einfluss auf das Verhalten der Kantone, auch in Bereichen, in denen er nicht zum Erlass hoheitlicher, verbindlicher Vorschriften befugt wäre, so z.B. in der Hochschulförderung (Art. 45 ff. HFKG).

Dasselbe gilt für die Beiträge an Private und Unternehmen z.B. für die Innovationsförderung (Art. 18 ff. FIFG), die Unterstützung von Programmen zur Förderung der Gleichstellung von Frau und Mann im Erwerbsleben (Art. 14

---

<sup>18</sup> Siehe Art. 25 und 28–31 SuG.

<sup>19</sup> Art. 70a LwG; Art. 3 ff. DZV.

Abs. 1 GlG), die Förderung von Projekten zur Sensibilisierung für die Menschenrechte sowie zur Prävention von Antisemitismus, Rassismus und Fremdenfeindlichkeit.<sup>20</sup>

In der traditionellen staats- und verwaltungsrechtlichen Doktrin gelten Subventionen nicht als Grundrechtseingriffe, weil die als Abwehrrechte konzipierten Grundrechte im Prinzip keinen Anspruch auf staatliche Leistungen gewähren. Deshalb müssen auch die entsprechenden Voraussetzungen (Art. 36 BV) nicht eingehalten werden. Zwar gilt das Legalitätsprinzip auch für die Leistungsverwaltung<sup>21</sup>, aber die Anforderungen sind weniger streng als bei der Eingriffsverwaltung<sup>22</sup>, obwohl die gesamtgesellschaftlichen Auswirkungen vergleichbar wichtig sein können.

Ein positiver finanzieller Anreiz, der rechtlich nicht als Subvention gilt, aber wirtschaftlich wie eine solche wirkt, sind *Steuererleichterungen* für bestimmte Zwecke: Auch die klassischen Fiskalsteuern, deren Hauptzweck in der Geldbeschaffung für den Staat liegt, können für ausserfiskalische Zwecke herangezogen werden, indem z.B. bestimmte erwünschte Verhaltensweisen steuerlich begünstigt werden. So können z.B. die Eigentümer von Liegenschaften im Privatvermögen die Aufwände für Umweltschutz, Energiesparen und Denkmalpflege vom steuerbaren Einkommen abziehen (Art. 9 Abs. 3 Bst. a StHG; Art. 32 Abs. 2 DBG), womit eine Förderung solcher Investitionen beabsichtigt ist. Ebenso gibt es Steuererleichterungen für neu gegründete Unternehmen, die im wirtschaftlichen Interesse des Staates sind (Art. 23 Abs. 3 StHG).

Wirtschaftliche Anreize schafft auch das System der obligatorischen Krankenpflegeversicherung für die Anbieter von Gesundheitsdienstleistungen. Medizinalpersonen müssen gesundheitspolizeilich motivierte Anforderungen erfüllen (MedBG, GesBG). Um als Leistungserbringer am System der obligatorischen Krankenpflegeversicherung teilnehmen zu können, müssen die Medizinalpersonen aber auch bestimmte, im Krankenversicherungsgesetz enthaltene Anforderungen erfüllen (Art. 35 ff. KVG). Rechtlich sind diese Anforderungen nicht vorgeschrieben, um die Tätigkeit ausüben zu können, aber weil die meisten Patienten nur Behandlungen wünschen, welche von der

---

<sup>20</sup> Siehe Verordnung vom 14. Oktober 2009 über Menschenrechts- und Antirassismusprojekte (SR 151.21).

<sup>21</sup> BGE 103 Ia 369 E. 5 und 6; 108 Ib 162 E. 5a; 130 I 1 E. 3.1; 150 I 1 E. 4.4.2.

<sup>22</sup> BGE 138 I 378 E. 7.2; 141 V 688 E. 4.2.2; 150 I 1 E. 4.4.2.

Krankenpflegeversicherung vergütet werden, besteht praktisch/wirtschaftlich ein Zwang, auch diese Anforderungen zu erfüllen.

## **E. Zuteilung öffentlicher Güter**

Der Staat ist auch Eigentümer von Verwaltungsvermögen und Sachen im Gemeingebräuch. Er kann erwünschtes Verhalten fördern, indem er diese Güter für bestimmte Nutzungen zulässt oder eben nicht. So kann er auf öffentlichen Plätzen z.B. Märkte, sportliche oder kulturelle Veranstaltung zulassen oder auch nicht. Wenn er sie zulässt, kann er auch die Bedingungen festlegen, unter denen dies erfolgen kann.

Schranken ergeben sich aus der Rechtsprechung zum sog. bedingten Anspruch auf gesteigerten Gemeingebräuch: Der Staat darf nicht willkürlich die einen Aktivitäten zulassen und die anderen verbieten.<sup>23</sup> So darf er als Ausfluss der Meinungsfreiheit z.B. nicht die Bewilligung für Demonstrationen auf öffentlichen Plätzen davon abhängig machen, was der Inhalt der Demonstrationen ist.<sup>24</sup> Will er öffentliche Plätze für private Veranstaltungen zulassen, darf er nicht willkürlich unter den Interessenten auswählen.<sup>25</sup> In diesem Rahmen kann der Staat aber immerhin z.B. bestimmte Nutzungen zulassen und damit fördern oder eben auch nicht.

Ebenso muss der Staat für die Ausübung seiner Tätigkeiten Güter und Dienstleistungen von Privaten beschaffen. Das öffentliche Beschaffungsrecht verfolgt im Grundsatz das Ziel, die öffentlichen Aufträge möglichst wirtschaftlich und transparent vergeben zu können. Damit können aber auch beschaffungsexterne Ziele verfolgt werden. Generell dürfen Aufträge nur an Unternehmen erteilt werden, welche nachweisen, dass sie Arbeitsbestimmungen, Lohngleichheit und Umweltschutzvorschriften einhalten und die fälligen Steuern und Sozialversicherungsbeträge bezahlt haben (Art. 12 und 26 BöB). Das Beschaffungsrecht dient damit auch als Vollzugs- und Kontrollinstrument für die Einhaltung dieser Vorschriften. Darüber hinaus können aber auch weitere Eignungs- oder Zuschlagskriterien festgelegt werden, die sich nicht aus zwingend einzuhaltenden Vorschriften ergeben (Art. 27 und 29 BöB). So kann z.B. berücksichtigt werden, inwieweit die Anbieterin Ausbildungsplätze für

---

<sup>23</sup> BGE 143 I 37 E. 7 und 8.

<sup>24</sup> BGE 143 I 147 E. 3.

<sup>25</sup> BGE 121 I 279 E. 4–6.

Lernende in der beruflichen Grundbildung, Arbeitsplätze für ältere Arbeitnehmende oder eine Wiedereingliederung für Langzeitarbeitslose anbietet (Art. 29 Abs. 2 BöB). Damit werden solche Aktivitäten gefördert, auch wenn sie nicht hoheitlich vorgeschrieben werden können. Angesichts des grossen Umfangs der staatlichen Beschaffungen an der gesamten Wirtschaft kann der Staat so Einfluss nehmen, ohne verbindlich zu regulieren.

## F. Eigene staatliche Aktivitäten

Ein wesentliche Steuerungsmöglichkeit hat der Staat auch, indem er selber bestimmte Aktivitäten ausübt. Er kann damit Einfluss nehmen auf Entwicklungen, die mit regulatorischen Mitteln nur schwer gesteuert werden könnten, so etwa durch eigene staatliche Forschungstätigkeit (Art. 14–17 FIFG). Ebenso nimmt er Einfluss auf das gesamtwirtschaftliche Geschehen durch staatliche oder staatlich beherrschte Unternehmen oder durch die eigene Ausübung staatlicher Monopole.<sup>26</sup>

## G. Privatrechtliche Instrumente

In der verwaltungsrechtlichen Optik werden oft die privatrechtlichen Regulierungsinstrumente vernachlässigt. In Wirklichkeit haben aber auch diese eine grosse regulatorische Bedeutung.

Ein klassisches privatrechtliches Regulierungsinstrument ist das *Haftpflichtrecht*: Ausser bei den strengen Kausalhaftungstatbeständen setzt die Haftpflicht ein rechtswidriges Verhalten voraus, d.h. eine Verletzung bestimmter Sorgfaltspflichten. In vielen Bereichen waren oder sind diese Sorgfaltspflichten nicht oder nur in sehr allgemeiner Form gesetzlich vorgeschrieben. Sie werden vielmehr im Rahmen von Haftpflichtprozessen von den Gerichten konkretisiert. Auch wenn Massnahmen nicht gesetzlich vorgeschrieben sind, werden sich deshalb die potenziell Haftpflichtigen an diese richterrechtlich entwickelten Sorgfaltspflichten halten, um nicht eine Haftung zu riskieren. So sind z.B. die Sorgfaltspflichten der Betreiber von Skiliften oder Skipisten weitestgehend nicht durch Gesetz, sondern durch die Haftpflichtpraxis entwickelt worden.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> Siehe ECKSTEIN, in diesem Band.

<sup>27</sup> BGE 113 II 246; 126 III 113; 130 III 193.

Das Privatrecht kann aber auch als Instrument eingesetzt werden, um den *Vollzug* verwaltungsrechtlicher Normen zu unterstützen: Verwaltungsrechtliche Erlasse knüpfen manchmal ausdrücklich eine zivilrechtliche Haftpflicht an die Missachtung bestimmter Vorschriften (z.B. Art. 69 FIDLEG) oder sie sehen bei Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten die zivilrechtliche Ungültigkeit eines Geschäfts oder den Verlust privatrechtlicher Positionen vor (z.B. Art. 15, 32 KKG; Art. 42 ff. LPG).

Es gibt auch Gesetze, welche bestimmte unzulässige Verhaltensweisen vorsehen und bei Verstoss gegen solche Vorschriften neben oder anstelle von verwaltungsrechtlichen Sanktionen auch zivilrechtliche Klagemöglichkeiten vorsehen (z.B. Art. 12 ff. KG; Art. 2–8a und Art. 9–13a UWG).

In neuerer Zeit werden auch die privatrechtlichen *Rechnungslegungsvorschriften*, welche traditionell zum Zweck haben, die wirtschaftliche Situation der Unternehmen korrekt darzustellen, für weitere Regulierungszwecke verwendet: Unternehmen müssen unter bestimmten Voraussetzungen einen Bericht über nichtfinanzielle Belange erstatten, der Rechenschaft gibt über Umweltbelange, insbesondere die CO<sub>2</sub>-Ziele, über Sozialbelange, Arbeitnehmerbelange, die Achtung der Menschenrechte sowie die Bekämpfung der Korruption (Art. 964a ff. OR). Die Berichte müssen gesellschaftsrechtlich genehmigt werden (Art. 964c OR). Die Verletzung dieser Berichtspflichten wird darüber hinaus strafrechtlich geahndet (Art. 325<sup>ter</sup> StGB).

Schliesslich hat das *Immaterialgüterrecht* eine wesentliche regulatorische Funktion: So dient z.B. das Patentrecht dazu, Innovationen zu fördern, indem sich diese wirtschaftlich lohnen. Ein übermäßig starker Patentschutz kann umgekehrt auch innovationshemmend wirken, indem der Patentinhaber anderen Unternehmen die Nutzung der Erfindungen übermäßig erschweren kann.

## IV. Fragestellung

Auf der Grundlage dieses bestehenden Instrumentariums lautet die Fragestellung dieses Buches: Was gibt es für neue Regulierungsinstrumente? Wie lassen sich diese in die bestehende juristische Dogmatik einbetten? Oder führen neue Instrumente dazu, dass traditionelle rechtsdogmatische Konzepte neu gedacht werden müssen? Und nicht zuletzt: Wie wirken solche Instrumente? Wirken sie besser oder schlechter als die herkömmlichen Instrumente?

---

# Rechtliche, staatspolitische und ökonomische Aspekte bei der Auswahl von Regulierungsinstrumenten

## Eine Veranschaulichung ausgewählter Themenfelder am Beispiel der staatlichen Nudges

Léonie C. Marti\*

### Inhaltsübersicht

I.	Einleitende Bemerkungen	24
II.	Vielfalt staatlicher Regulierungsinstrumente	25
	A. Regulative Instrumente	26
	1. Verhaltensvorschriften	26
	2. Anzeige- und Meldepflichten sowie Zulassungsregelungen	27
	B. Finanzielle Anreize	28
	1. Negative finanzielle Anreize	28
	2. Positive finanzielle Anreize	29
	C. Persuasive Interventionen	29
	1. Verhaltenslenkendes staatliches Informationshandeln	29
	2. Staatliche Nudges	31
III.	Identifikation und Systematisierung der Bewertungskriterien	33
	A. Rechtliche Anforderungen	34
	1. Kompetenzgrundlage	34
	2. Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns	34
	3. Grundrechte	35
	B. Staatspolitische Maximen	36
	1. Grundsatz der Subsidiarität	36
	2. Grundsatz der individuellen und gesellschaftlichen Verantwortung	37
	3. Sozialziele	38
	4. Grundsatz der Nachhaltigkeit	38
	5. Grundsatz der Wirksamkeit	38

---

□ MLaw, wissenschaftliche Assistentin und Doktorandin, Juristische Fakultät, Universität Basel.

C.	Ökonomische Grundsätze	39
1.	Grundsatz der Effizienz	39
2.	Grundsatz der Praktikabilität	40
3.	Grundsatz der Akzeptanz	40
4.	Grundsatz der Zukunftsoffenheit	41
IV.	Eine Veranschaulichung ausgewählter Themenfelder am Beispiel der staatlichen Nudges	42
A.	Rechtliche Anforderungen: Staatliche Nudges im Kontext des Legalitätsprinzips	43
B.	Staatspolitische Maximen: Staatliche Nudges im Kontext der Effektivität	45
C.	Ökonomische Grundsätze: Staatliche Nudges im Kontext der Akzeptanz	47
V.	Zusammenfassende Schlussbemerkungen	49

## I. Einleitende Bemerkungen

Die staatlicherseits verfolgten Ziele (z.B. Umweltschutz, Gesundheitsförderung, Verbraucherschutz) sind ebenso vielfältig wie die Regulierungsinstrumente, die der Staat zur Bewältigung besagter gesamtgesellschaftlicher Probleme einsetzen kann.<sup>1</sup> Diese Vielfalt an staatlichen Regulierungsinstrumenten wirft die in einer globalisierten und digitalisierten Wirtschaft grundlegende Frage nach der *Wahl angemessener Regulierungsinstrumente* auf.

Die nachfolgenden Ausführungen knüpfen hier an: In einem ersten Schritt richtet der Beitrag den Blick auf die Vielfalt staatlicher Regulierungsinstrumente (II.). In einem zweiten Schritt widmen sich die Ausführungen der Identifikation und Systematisierung der Bewertungskriterien (III.). In einem dritten Schritt folgt schliesslich eine Veranschaulichung ausgewählter Themenfelder am Beispiel der staatlichen Nudges (IV.).

Die Überlegungen beziehen sich jeweils auf die Regulierungstätigkeit des Bundes; sie gelten jedoch – wo passend – *mutatis mutandis* auch für die Ebene der Kantone und der Gemeinden.

---

<sup>1</sup> PETER HETTICH, Kapitel 20, Handlungsformen, in: Giovanni Biaggini/Isabelle Häner/Urs Säker/Markus Schott (Hrsg.), *Fachhandbuch Verwaltungsrecht. Expertenwissen für die Praxis*, Zürich 2015, N 20.2; PETER KARLEN, *Schweizerisches Verwaltungsrecht. Gesamtdarstellung unter Einbezug des europäischen Kontextes*, Zürich/Basel/Genf 2018, 437.

## II. Vielfalt staatlicher Regulierungsinstrumente

Der umfassende Begriff der staatlichen Steuerung unterscheidet zwischen staatlicher Regulierung, Deregulierung und Selbstregulierung.<sup>2</sup> Der vorliegende Beitrag legt den Fokus der Betrachtung auf die *staatliche Regulierung*. Der Begriff umfasst dabei jede staatliche Steuerung, «die in mittelbarer oder unmittelbarer Weise rechtlich normiert ist».<sup>3</sup> Die staatliche Regulierung erfolgt damit erstens zur Steuerung der Gesellschaft, zweitens durch den Staat als Regulator und drittens in Rechtsform.<sup>4</sup>

In diesem Kontext steht dem Staat eine *Vielfalt von Regulierungsinstrumenten*<sup>5</sup> zur Verfügung, die er zur Bewältigung gesamtgesellschaftlicher Probleme einsetzen kann.<sup>6</sup> Mit anderen Worten: «Die öffentliche Politik kann bei Interventionen auf einen Werkzeugkasten mit vielen Instrumenten zurückgreifen.»<sup>7</sup>

In Anlehnung an MAYNTZ lassen sich diese Werkzeuge zu fünf Kategorien gliedern: Regulative Instrumente, finanzielle Anreize und Transfers, das Erbringen öffentlicher Leistungen, Verfahrensregeln sowie Informations- und Überzeugungsinstrumente.<sup>8</sup> Der vorliegende Beitrag beleuchtet folgende *Tri-*

---

<sup>2</sup> LUZIUS MADER, Regulierung, Deregulierung, Selbstregulierung: Anmerkungen aus legitimischer Sicht, ZSR NF 123 (2004) II, 3 ff., 36.

<sup>3</sup> MADER (FN 2), ZSR NF 123 (2004) II, 37.

<sup>4</sup> Ausführlich zu den drei Elementen: MADER (FN 2), ZSR NF 123 (2004) II, 37 ff.

<sup>5</sup> In der Literatur finden sich diesbezüglich unterschiedliche Begrifflichkeiten: So ist etwa auch die Rede von «Handlungsinstrumenten» oder «Steuerungsmitteln» (sog. *moyens de gestions*). Statt vieler: Bundesamt für Justiz (Hrsg.), Gesetzgebungsleitfaden, Leitfaden für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes, 3. A., Bern 2007, N 314 ff.; Bundesamt für Justiz (Hrsg.), Gesetzgebungsleitfaden. Leitfaden für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes. Mit Änderungen von 2023, 4. A., Bern 2019 (zit. Bundesamt für Justiz, Leitfaden 2019), N 839 ff.; KARLEN (FN 1), 437; MADER (FN 2), ZSR NF 123 (2004) II, 51.

<sup>6</sup> HETTICH (FN 1), N 20.2; KARLEN (FN 1), 437; GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN/STEFAN HÖFLER, Elemente einer Rechtssetzungsllehre, 4. A., Zürich 2024, N 141 ff.

<sup>7</sup> STEFAN RIEDER, Instrumentenwahl in der öffentlichen Politik, LeGes 33 (2022), N 1; ähnlich auch MADER (FN 2), ZSR NF 123 (2004) II, 51.

<sup>8</sup> Bei der vorgeschlagenen Typologie handelt es sich im Wesentlichen um eine deskriptive Klassifizierung. RENATE MAYNTZ, Die Entwicklung des analytischen Paradigmas der Implementationsforschung, in: Renate Mayntz (Hrsg.), Implementation politischer Programme. Empirische Forschungsberichte, Königstein 1980, 1 ff., 5 f. Diese Typologie übernimmt auch MADER (FN 2), ZSR NF 123 (2004) II, 52 ff. Die Kategorisierung ist jedoch nicht zwingend. Andere Vorschläge finden sich etwa bei MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER (FN 6), N 141, m.w.Verw.; RIEDER (FN 7), LeGes 33 (2022), N 1.

*logie staatlicher Regulierungsinstrumente* näher: die regulativen Instrumente (A.), die finanziellen Anreize (B.) sowie die persuasiven Instrumente (C.).

## A. Regulative Instrumente

Die Steuerung des individuellen Verhaltens erfolgt klassischerweise durch *regulative Instrumente*. Entsprechende Rechtsvorschriften schreiben verpflichtend vor, was zu tun oder zu unterlassen ist.<sup>9</sup> Mit anderen Worten: Sie bringen «autoritative, verbindliche Verhaltenserwartungen des Staates an die Normadressaten zum Ausdruck».<sup>10</sup>

In Anlehnung an KARLEN wird nachfolgend unterschieden zwischen Verhaltensvorschriften (1.) einerseits und zusätzlichen Anzeige- und Meldepflichten sowie Zulassungsregelungen (2.) andererseits.<sup>11</sup>

### 1. Verhaltensvorschriften

Ausgangspunkt bilden *Verhaltensvorschriften*. Die Rechtsvorschriften können in der Form von Geboten ausgestaltet sein (z.B. Preisanschriftspflicht bei zum Kauf angebotenen Waren); typischerweise sind sie aber als Verbote formuliert (z.B. Fahrverbot, Verbot des unlauteren Verkaufs von Waren oder Verbot der Tabakwerbung).<sup>12</sup>

Die regulativen Instrumente sind meistens «selbstvollziehend»<sup>13</sup>: Im Grundsatz entfalten sie ihre Wirkungen, indem die Adressaten und Adressatinnen sich den Vorschriften entsprechend verhalten. Die Verwaltungsbehörden müssen dabei nicht zwingend tätig werden; um die Befolgung der Rechtsvorschriften sicherzustellen, können die Behörden diese aber bei Bedarf mit Sanktionen durchsetzen.<sup>14</sup> Hierzu stehen ihnen diverse nachträgliche – also reaktive – *Kontroll- und Durchsetzungsmechanismen* zur Verfügung: Zu den-

---

<sup>9</sup> KARLEN (FN 1), 447; MADER (FN 2), ZSR NF 123 (2004) II, 36, 52; ähnlich auch MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER (FN 6), N 142.

<sup>10</sup> MADER (FN 2), ZSR NF 123 (2004) II, 36.

<sup>11</sup> KARLEN (FN 1), 447 ff.; ähnlich auch HETTICH (FN 1), N. 20.9; MADER (FN 2), ZSR NF 123 (2004) II, 52; MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER (FN 6), N 142.

<sup>12</sup> KARLEN (FN 1), 448.

<sup>13</sup> Zu den nachträglichen Kontrollen: KARLEN (FN 1), 448; MADER (FN 2), ZSR NF 123 (2004) II, 53.

<sup>14</sup> MADER (FN 2), ZSR NF 123 (2004) II, 52; MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER (FN 6), N 142.

ken ist etwa an individuell-konkrete Anordnungen (z.B. Befehl zur Entfernung eines widerrechtlichen Werbeschildes), an die Durchsetzung von Verfügungen auf dem Wege der Verwaltungsvollstreckung (z.B. Entfernung des widerrechtlichen Schildes mit Zwang) sowie an das Verhängen von Sanktionen bei Verletzung von Verwaltungsvorschriften (z.B. Schliessung eines Betriebs, der Umweltvorschriften verletzt).<sup>15</sup>

## 2. Anzeige- und Meldepflichten sowie Zulassungsregelungen

Die skizzierten nachträglichen Kontrollmöglichkeiten stossen jedoch an ihre Grenzen: So sind etwa Kontrollen – zumindest in gewissen Bereichen – mit hohem Aufwand verbunden, und eine flächendeckende Überwachung ist kaum je möglich (z.B. im Strassenverkehr).<sup>16</sup> Eine wirksame Verhaltenssteuerung bedarf deshalb der *Ergänzung durch präventive Mittel*:<sup>17</sup>

- *Anzeige- und Meldepflichten*: Die Steuerungswirkung lässt sich zunächst durch Anzeige- und Meldepflichten verstärken. Die staatliche Überwachung und Rechtsdurchsetzung kann etwa dadurch erleichtert werden, dass schwer zu kontrollierende (z.B. Prostitution) oder mit einer Gefahr einhergehende (z.B. Hundehaltung) Tätigkeiten den zuständigen Behörden bekannt zu geben sind.<sup>18</sup>
- *Zulassungsregelungen*: Eine noch weitergehende Verstärkung der Steuerungswirkung ermöglichen schliesslich Zulassungsregelungen – sei dies in Form von Bewilligungen<sup>19</sup> oder Konzessionen<sup>20</sup>.

---

<sup>15</sup> Die genannten Beispiele beschränken sich auf das Verwaltungsrecht. Selbstverständlich finden sich auch Beispiele von Verhaltensvorschriften im Strafrecht (z.B. strafrechtliche Sanktionen) und im Privatrecht (z.B. Haftpflichtrecht).

<sup>16</sup> KARLEN (FN 1), 448.

<sup>17</sup> KARLEN (FN 1), 448; MADER (FN 2), ZSR NF 123 (2004) II, 53, 76 ff.

<sup>18</sup> ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. A., Zürich/St. Gallen 2020, N 895 ff.; KARLEN (FN 1), 448 f.; MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER (FN 6), N 142. Für die Prostitution: Art. 4 Abs. 1 LProst. Für die Hundehaltung: § 3 Hundegesetz. Weitere Anzeige- und Meldepflichten finden sich bei der Aufnahme von Post- und Fernmelddiensten, beim Verbreiten von Radio und Fernsehprogrammen und beim Anbringen von Solaranlagen auf Dächern: Art. 4 PG, Art. 4 FMG, Art. 3 RTVG sowie Art. 18a Abs. 1 RPG.

<sup>19</sup> Ausführlich statt vieler: KARLEN (FN 1), 449 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 18), N 2650 ff.

<sup>20</sup> Ausführlich statt vieler: KARLEN (FN 1), 453 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 18), N 2718 ff.

## B. Finanzielle Anreize

Der Staat sieht sich zunehmend mit der Herausforderung konfrontiert, dass gewisse seiner (stetig wachsenden) staatlichen Aufgaben und Ziele mit den regulativen Instrumenten<sup>21</sup> nicht oder nicht hinreichend effektiv erreicht werden können.<sup>22</sup> Die Steuerung des individuellen Verhaltens erfolgt deshalb mittlerweile nicht mehr ausschliesslich über verbindliche Rechtsvorschriften, vielmehr setzt der Staat zunehmend weichere Instrumente ein.<sup>23</sup>

Hierzu zählen die marktisierten Instrumente, d.h. die *finanziellen Anreize*.<sup>24</sup> Diese streben durch – für die einzelnen Individuen deutlich spürbare – Belastungen oder Vergünstigungen eine Verhaltensänderung an. Dem einzelnen Individuum steht es dabei zwar grundsätzlich offen, sich entgegen der staatlicherseits erwünschten Weise zu verhalten; sie schreiben keine Pflicht zu einem bestimmten Verhalten vor.<sup>25</sup> Nichtsdestotrotz bewirken die teils erheblichen finanziellen Einbussen regelmässig einen faktischen Handlungszwang.<sup>26</sup>

Die finanziellen Anreize lassen sich unterteilen in negative finanzielle Anreize (1.) und positive finanzielle Anreize (2.).

### 1. Negative finanzielle Anreize

Finanzielle Anreize können zunächst in *negativer* Weise gesetzt werden: All jenen Individuen, die ein staatlicherseits unerwünschtes Verhalten zeigen bzw. umgekehrt ein erwünschtes Verhalten nicht an den Tag legen, werden geldwerte Nachteile in Aussicht gestellt.<sup>27</sup> Zu denken ist etwa an Lenkungssteuern (z.B. Alkohol- und Tabaksteuer) und Lenkungskausalabgaben (z.B. Abfall- und Abwassergebühren).<sup>28</sup>

---

<sup>21</sup> Oben II.A.

<sup>22</sup> MICHAEL KLOEPFER, Staatliche Information als Lenkungsmittel, Berlin 1998, 8.

<sup>23</sup> KARLEN (FN 1), 458.

<sup>24</sup> HETTICH (FN 1), N. 20.9, Abbildung N. 20.1; KARLEN (FN 1), 459.

<sup>25</sup> KARLEN (FN 1), 458; MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER (FN 6), N 143.

<sup>26</sup> Der faktische Zwang kann zu einem «sanften Verlust der Freiheit» führen: PAUL KIRCHHOF, Der sanfte Verlust der Freiheit, München 2004, 15.

<sup>27</sup> KARLEN (FN 1), 459; MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER (FN 6), N 143.

<sup>28</sup> KARLEN (FN 1), 460; MADER (FN 2), ZSR NF 123 (2004) II, 54 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 18), N 2841 f., 2878 ff.

## 2. Positive finanzielle Anreize

Finanzielle Anreize können aber auch in *positiver* Weise gesetzt werden: All jenen Individuen, die sich in einer staatlicherseits erwünschten Weise verhalten bzw. das unerwünschte Verhalten unterlassen, werden geldwerte Vorteile gewährt.<sup>29</sup> Zu denken ist hierbei an Finanzhilfen jeglicher Art (z.B. Subventionen, zinsgünstige Darlehen oder Defizitdeckungsgarantien), aber auch an Steuererleichterungen oder Abnahmegarantien.<sup>30</sup>

## C. Persuasive Interventionen

Die Steuerung des individuellen Verhaltens kann schliesslich auch über *persuasive Interventionen* erfolgen. Der vorliegende Beitrag unterscheidet hierbei zwischen verhaltenslenkendem staatlichen Informationshandeln (1.) sowie staatlichen Nudges (2.).

### 1. Verhaltenslenkendes staatliches Informationshandeln

Das *verhaltenslenkende staatliche Informationshandeln* kennzeichnet sich durch seine internalisierende, influenzierende Wirkung: Durch faktisches Einwirken auf die Meinungsbildung und Entscheidfindung zielen die staatlichen Behörden mit dem verhaltenslenkenden Informationshandeln auf Verhaltensänderungen in der Bevölkerung:<sup>31</sup>

- *Aufklärungskampagnen*: Staatliche Aufklärungskampagnen legen den Fokus auf eine allgemeine Bewusstseinsbeeinflussung.<sup>32</sup> Ziel der Aufklärung ist es, durch die Vermittlung von Wissen und durch das Aufzeigen von Zusammenhängen allfällig bestehende Wissenslücken in der Bevölkerung zu

---

<sup>29</sup> KARLEN (FN 1), 459; MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER (FN 6), N 143.

<sup>30</sup> KARLEN (FN 1), 459; MADER (FN 2), ZSR NF 123 (2004) II, 55.

<sup>31</sup> KLOEPFER (FN 22), 8; RUDOLF FEIK, Öffentliche Verwaltungskommunikation, Habil. Salzburg, Wien/New York 2007, 16; MARKUS MÜLLER/THOMAS MÜLLER-GRAF, Staatliche Empfehlungen. Gedanken zur Rechtsnatur und Grundrechtsrelevanz, ZSR NF 114 (1995) I, 357 ff., 363 f.

<sup>32</sup> Statt vieler: KLOEPFER (FN 22), 15; FEIK (FN 31), 23.

- schliessen.<sup>33</sup> Aufklärungskampagnen finden sich insbesondere im Umwelt- und Gesundheitsbereich (z.B. «Love Life»-Kampagne).<sup>34</sup>
- *Staatliche Warnungen und Empfehlungen:* Staatlichen Warnungen und Empfehlungen kommt eine stärkere Lenkungsintention zu. Warnungen erfolgen typischerweise zum Schutz polizeilicher Rechtsgüter (z.B. «Vacherin-Mont-d'Or-Fall»<sup>35</sup>).<sup>36</sup> Auch wenn der Handlungsspielraum nicht rechtlich eingeschränkt wird, besteht faktisch – zumindest für diejenigen, welche die Gefahr vermeiden möchten – kaum eine andere Wahl, als sich in der gewünschten Weise zu verhalten.<sup>37</sup> Staatliche Empfehlungen hingegen lassen sich als Ratschläge für eine bestimmte Verhaltensweise umschreiben (z.B. Impfempfehlungen<sup>38</sup>).<sup>39</sup> Diese belassen den Individuen nicht nur einen rechtlichen, sondern auch einen faktischen Handlungsspielraum. Wird die Empfehlung nicht beachtet, so droht den Individuen allenfalls ein abstraktes Risiko.<sup>40</sup>

---

<sup>33</sup> FEIK (FN 31), 23. Inwieweit Aufklärungskampagnen auch Wertungen oder Verhaltensaufforderungen enthalten dürfen, ist nicht restlos geklärt. Für eine Übersicht: FEIK (FN 31), 24 f.

<sup>34</sup> FEIK (FN 31), 24 f.; KLOEPFER (FN 22), 15. Bundesamt für Gesundheit, Die Kampagne. Internet: <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/strategie-und-politik/kampagnen/lovelife/diehipvraeventionskampagne.html> (Abruf 18.10.2024); Bundesamt für Gesundheit, Safer-Sex-Check neu im Zentrum der Kampagne LOVE LIFE. Internet: <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/strategie-und-politik/kampagnen/lovelife.html> (Abruf 18.10.2024).

<sup>35</sup> Zum Ganzen BGE 118 Ib 473.

<sup>36</sup> Statt vieler: PIERRE TSCHANNEN/MARKUS MÜLLER/MARKUS KERN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. A., Bern 2022, N 1091.

<sup>37</sup> STEPHANIE BURCH, Staatliche Gesundheitsförderung und Prävention. Rechtliche und staats-theoretische Aspekte verhaltenslenkender Informationsverbreitung am Beispiel des Übergewichts, Diss. Zürich, Basel 2014, N 392; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (FN 36), N 1093 f.; HETTICH (FN 1), N 20.101; KLOEPFER (FN 22), 17.

<sup>38</sup> Bundesamt für Gesundheit, Schweizer Impfplan. Internet: <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/gesund-leben/gesundheitsförderung-und-prävention/impfungen-prophylaxe/schweizerischer-impfplan.html> (Abruf 18.10.2024); Bundesamt für Gesundheit, Empfehlung für die Covid-19-Impfung, BAG-Bulletin 38 vom 16. September 2024, 8 ff.; MÜLLER/MÜLLER-GRAF (FN 31), ZSR NF 114 (1995) I, 368 f.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (FN 36), N 1092.

<sup>39</sup> KLOEPFER (FN 22), 16 f.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (FN 36), N 1092; HETTICH (FN 1), N 20.101.

<sup>40</sup> KLOEPFER (FN 22), 17; BURCH (FN 37), N 392.

## 2. Staatliche Nudges

*Staatliche Nudges*<sup>41</sup> zielen darauf ab, das Verhalten der Bevölkerung in einer vorhersehbaren Weise in eine bestimmte Richtung zu lenken. Sie kennzeichnen sich dadurch, dass sie keine Entscheidungsalternativen vorschreiben bzw. ausschliessen, d.h. weder Gebots- noch Verbotsnormen beinhalten; den staatlichen Nudges fehlt folglich der imperative Charakter. Die Verhaltenslenkung erfolgt bei staatlichen Nudges zudem nicht über finanzielle Anreize oder eine rationale Informationsvermittlung.<sup>42</sup> Für die gezielte Gestaltung der Entscheidungsarchitektur knüpft der staatliche Entscheidungsarchitekt vielmehr an die Erkenntnisse der Verhaltensökonomik, d.h. an die empirisch festgestellten Heuristiken und Biases der Individuen, an – die staatlichen Nudges legen damit das Augenmerk auf die tatsächliche menschliche Verhaltensweise und gehen von einem «realitätsnäheren» Menschenbild als die klassische Ökonomie aus.<sup>43</sup>

Die bedeutendsten Nudges lassen sich in folgende drei Gruppen zusammenfassen:<sup>44</sup>

- *Entscheidungsstruktur*: Entscheidungsarchitekten können Änderungen bei der Anordnung der Entscheidungsalternativen vornehmen. Zu denken sei etwa an die gezielte Ausgestaltung einer Standardvorgabe (sog. *default rule*).<sup>45</sup> Als Beispiel zur Veranschaulichung dient die Organspende: Die Schweiz hat sich in der Volksabstimmung vom 15. Mai 2022 für die (erweiterte) Widerspruchslösung bei der Organspende ausgesprochen. Bei dieser neuen Regelung, die frühestens Anfangs 2027 in Kraft treten wird, gilt ein Individuum, solange es nicht aktiv seinen entgegenstehenden Willen, den Widerspruch, äussert, als Organspender bzw. Organspenderin. Mit

---

<sup>41</sup> Neben Nudges werden weitere verhaltensorientierte Ansätze diskutiert. Eine Erscheinungsform ist das sog. *Boosting*. Entsprechende Boosts zielen auf die Verbesserung der Entscheidungskompetenz der Individuen ab. Für eine vergleichende Gegenüberstellung: RALPH HERTWIG/TILL GRÜNE-YANOFF, Nudging and Boosting: Steering or Empowering Good Decisions, *Perspectives on Psychological Science* 12 (2017), 973 ff.

<sup>42</sup> RICHARD H. THALER/CASS R. SUNSTEIN, *Nudge*, The Final Edition, London 2021, 8.

<sup>43</sup> Als Startschuss für die Entwicklung der Verhaltensökonomik gelten die wegweisenden Arbeiten der beiden Psychologen KAHNEMAN und TVERSKY ab den 1970er-Jahren. Statt vieler: AMOS TVERSKY/DANIEL KAHNEMAN, Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases, *Science* 185 (1974), 1124 ff.

<sup>44</sup> ROBERT MÜNSCHER/MAX VETTER/THOMAS SCHEUERLE, A Review and Taxonomy of Choice Architecture Techniques, *JBDM* 29 (2016), 513 ff.

<sup>45</sup> MÜNSCHER/VETTER/SCHEUERLE (FN 44), *JBDM* 2016, 514, 516 ff.

dem Wechsel zur neuen Standardvorgabe wird die Erhöhung der Anzahl Organspenden bezweckt. Der Staat nutzt hierbei die verhaltensökonomische Erkenntnis, dass Individuen dazu neigen, ihren «Ist-Zustand» – vorliegend den Status als Organspender bzw. Organspenderin – beizubehalten; nur wenige Menschen werden mithin von der gesetzten Standardvorgabe abweichen und einen Widerspruch äussern.<sup>46</sup>

- *Entscheidungsassistenz*: Entscheidungsarchitekten können aber auch «Hilfen» setzen, um die Kluft zwischen Absicht und tatsächlichem Verhalten zu überbrücken. Genannt seien etwa Erinnerungen, welche die relevanten Informationen zum entscheidenden Zeitpunkt in den Aufmerksamkeitsfokus rücken.<sup>47</sup> Beispielhaft seien hier ein Sonnenschutz-Reminder für Eltern oder ein Sicherheitsgurtalarm im Auto genannt.<sup>48</sup>
- *Entscheidungsinformation*: Entscheidungsarchitekten können schliesslich auf die Präsentation – d.h. die Aufbereitung und Darstellung – von entscheidungsrelevanten Informationen abzielen und diese gezielt nutzen. Zu denken sei etwa an das Übersetzen i.S.v. Erläutern und an das Sichtbarmachen von Informationen.<sup>49</sup> Schriftliche Warnhinweise und Abbildungen von Folgeerkrankungen auf Zigarettenverpackungen können beispielsweise den Individuen ständig die negativen Konsequenzen des Rauchens vor Augen führen (z.B. Art. 12 Abs. 3 lit. b TabV: «Rauchen führt zu Verstopfungen der Blutgefässer und verursacht Herzinfarkte und Hirnschläge»); die Information wird damit als Verlust formuliert. Eine entsprechende Darstellung von Informationen wirkt nach der verhaltensökonomischen Erkenntnis der Verlustaversion sowie des Framing von Informationen effektiver als die Formulierung als Gewinn.<sup>50</sup> Weiter ist auch auf das Setzen sozialer Referenzpunkte hinzuweisen. So wird eine verhaltenssteuernde Wirkung durch einen Hinweis auf das Mehrheitsverhalten entfaltet. Entsprechend passen Individuen, die beispielsweise über den (vorbildlichen) Energieverbrauch

---

<sup>46</sup> Bundesamt für Gesundheit, Das Volk sagt Ja zur Widerspruchslösung. Internet: <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/medizin-und-forschung/transplantationsmedizin/rechtssetzungsprojekte-in-der-transplantationsmedizin/revision-des-transplantationsgesetzes/indirekter-gegenvorschlag-organspende-initiative.html> (Abruf 18.10.2024); THALER/SUNSTEIN (FN 42), 253 ff.

<sup>47</sup> MÜNSCHER/VETTER/SCHEUERLE (FN 44), JBDM 2016, 519.

<sup>48</sup> MÜNSCHER/VETTER/SCHEUERLE (FN 44), JBDM 2016, 514, 519 ff.

<sup>49</sup> MÜNSCHER/VETTER/SCHEUERLE (FN 44), JBDM 2016, 514 ff.

<sup>50</sup> XIAOLI NAN/XIAOQUAN ZHAO/BO YANG/IRINA ILES, Effectiveness of cigarette warning labels: examining the impact of graphics, message framing, and temporal framing, Health Communication 30 (2015), 81 ff.

oder das (vorbildliche) Recyclingverhalten ihrer Nachbarschaft informiert werden, regelmässig ihr eigenes Verhalten an.<sup>51</sup>

Im Vergleich zum klassischen verhaltenslenkenden staatlichen Informationshandeln handelt es sich bei den staatlichen Nudges durch Information nach vorliegender Auffassung in zweierlei Hinsicht *nicht* um «*old wine in new casks*»<sup>52</sup>: Erstens liegt den staatlichen Nudges durch Information ein anderes Menschenbild als dem klassischen verhaltenslenkenden staatlichen Informationshandeln zugrunde; Nudges gehen von einem begrenzt rational handelnden Individuum aus, wohingegen das klassische Informationshandeln einen vollständig informierten und rational handelnden Akteur unterstellt. Zweitens kennzeichnen sich staatliche Nudges durch Information dadurch, dass sie versuchen, eine vorhersehbare Verhaltenslenkung durch eine gezielte Gestaltung der Entscheidungsarchitektur im Bewusstsein der verhaltensökonomischen Erkenntnisse zu bewirken. Demgegenüber bedient sich das klassische verhaltenslenkende Informationshandeln keiner verhaltensökonomischen Erkenntnisse.

### **III. Identifikation und Systematisierung der Bewertungskriterien**

Die skizzierte Vielfalt der staatlichen Regulierungsinstrumente<sup>53</sup> wirft die Frage nach der *Wahl angemessener Regulierungsinstrumente* auf. Damit die positiven und negativen Nebenwirkungen der zur Verfügung stehenden staatlichen Regulierungsinstrumente ermittelt und diese optimal ausgewählt und eingesetzt werden können, bedarf es deshalb geeigneter Bewertungskriterien.

Ausgangspunkt für die Identifikation der Bewertungskriterien bildet der Gesetzgebungsleitfaden des Bundesamts für Justiz: «Es ist darauf zu achten, dass in die Bewertung möglichst alle relevanten Faktoren, darunter auch allgemein relevante Ziele (wie z.B. Wirksamkeit, Wirtschaftlichkeit, Umsetzungseignung, politische Akzeptanz usw.) und Rahmenbedingungen (wie z.B. Notwendigkeit, Verhältnismässigkeit, Auswirkungen auf die Grundrechte (Art. 35 BV), Regulierungsfolgen [...], Kosten, Personalbedarf, administrativer Auf-

---

<sup>51</sup> MÜNSCHER/VETTER/SCHEUERLE (FN 44), JBDM 2016, 516, m.w.Verw.

<sup>52</sup> TILL GRÜNE-YANOFF, Old wine in new casks: libertarian paternalism still violates liberal principles, Social Choice and Welfare 38 (2012), 635 ff.

<sup>53</sup> Oben II.A., II.B. und II.C.

wand, Subsidiarität, Miliztauglichkeit usw.) einbezogen werden. Wandelt sich der Gegenstand der Regelung relativ rasch (etwa bei Beziügen zur IT), hat die Zukunftsoffenheit der Regelung besonderes Gewicht; sie kann in den Grenzen des Legalitätsprinzips (Bestimmtheitsgebot) als wichtiges Bewertungskriterium aufgenommen werden [...].»<sup>54</sup>

Die identifizierten Bewertungskriterien gilt es nachfolgend zu systematisieren. In Anlehnung an MADER unterscheidet der vorliegende Beitrag zwischen rechtlichen Anforderungen (A.), staatspolitischen Maximen (B.) sowie ökonomischen Grundsätzen (C.).<sup>55</sup>

## A. Rechtliche Anforderungen

Staatliche Regulierung muss zunächst *rechtlichen Anforderungen* genügen. Ein Blick in die Schweizerische Bundesverfassung zeigt folgendes Bild: Als (normative) Auswahlkriterien sind die Kompetenzgrundlage (1.), die Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns (2.) sowie die Grundrechte (3.) zu nennen.

### 1. Kompetenzgrundlage

Wird – wie im vorliegenden Beitrag von Interesse – der Bund regulierend tätig, so bedürfen staatliche Regulierungen zum einen einer *Kompetenzgrundlage* in der Bundesverfassung.<sup>56</sup>

### 2. Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns

Zum anderen sind die in der Bundesverfassung verankerten *Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns* (Art. 5 BV) zu beachten.<sup>57</sup> Neben dem Legalitätsprinzip nennt Art. 5 BV das Erfordernis des öffentlichen Interesses, das Verhältnismässigkeitsprinzip sowie Treu und Glauben. Überdies ist auch das Völkerrecht zu beachten.

---

<sup>54</sup> Bundesamt für Justiz (FN 5), Leitfaden 2019, N 155.

<sup>55</sup> MADER (FN 2), ZSR NF 123 (2004) II, 134 ff. Ebd., 137 ff., spricht anstatt von ökonomischen von legitistischen Grundsätzen.

<sup>56</sup> MADER (FN 2), ZSR NF 123 (2004) II, 134.

<sup>57</sup> MADER (FN 2), ZSR NF 123 (2004) II, 134 f. Besagte Grundsätze werden in Art. 36 BV mit Blick auf die Einschränkungen von Grundrechten präzisiert.

Für den vorliegenden Beitrag von Interesse ist insbesondere das Legalitätsprinzip nach Art. 5 Abs. 1 BV.<sup>58</sup> Ziel des Grundsatzes ist es, «*alle Verwaltungstätigkeit an das Gesetz zu binden*»<sup>59</sup>. So bildet das Gesetz einerseits «Massstab und Schranke der Verwaltungstätigkeiten»<sup>60</sup>; diese dürfen mithin nicht gegen das Gesetz verstossen. Andererseits bedarf jedes staatliche Handeln einer genügenden gesetzlichen Grundlage.<sup>61</sup>

Der Inhalt des Legalitätsprinzips setzt sich nach allgemeiner Auffassung aus nachfolgenden zwei Elementen zusammen:

- *Erfordernis des Rechtssatzes*: Hierbei geht es um die Frage nach der Struktur und Dichte der Norm. Die Verwaltungstätigkeit darf demnach «nur aufgrund und nach Massgabe von generell-abstrakten Rechtsnormen ausgeübt werden [...], die genügend bestimmt sind.»<sup>62</sup>
- *Erfordernis der Gesetzesform*: Dies betrifft die Frage nach den Anforderungen an die Normstufe. Die wichtigen Rechtsnormen müssen dabei in einem Gesetz im formellen Sinn enthalten sein. Ausgangspunkt für das Kriterium der «Wichtigkeit» bildet Art. 164 Abs. 1 BV. Diese Bestimmung zählt Bereiche auf, deren Regelung von Verfassungs wegen als wichtig gilt. Für die Umschreibung der Wichtigkeit können folgende Kriterien herangezogen werden: die Intensität des Eingriffs, die Zahl der von einer Regelung Betroffenen, die finanzielle Bedeutung sowie die Akzeptanz. Als weitere Gesichtspunkte für die Bestimmung der Rechtssetzungsstufe sind die Technizität der zu regelnden Verhältnisse, das Flexibilitätsbedürfnis sowie die Eignung der entscheidenden Behörden zu nennen.<sup>63</sup>

### 3. Grundrechte

Staatliche Regulierungen müssen schliesslich in Einklang mit den in der Bundesverfassung statuierten Grundrechten stehen. Hingewiesen sei insbesondere auf das Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 BV), das Willkürverbot (Art. 9 BV)

---

<sup>58</sup> Unten IV.A.

<sup>59</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 18), N 325.

<sup>60</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 18), N 325.

<sup>61</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 18), N 325.

<sup>62</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 18), N 338; ähnlich auch TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (FN 36), N 399, 403 ff.

<sup>63</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 18), N 350, 353 ff.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (FN 36), N 400 ff.; JACQUES DUBEY/JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, *Droit administratif général*, 2. A., Basel 2024, N 527 ff.

sowie die Freiheitsrechte wie beispielsweise die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV).<sup>64</sup>

## B. Staatspolitische Maximen

Neben den rechtlichen Anforderungen sind zudem diverse *staatspolitische Maximen* der schweizerischen Rechtsordnung zu berücksichtigen. Im Gegensatz zu den skizzierten Grundsätzen rechtsstaatlichen Handelns und Grundrechten<sup>65</sup> handelt es sich bei den staatspolitischen Maximen nicht um justizierbare, d.h. gerichtlich durchsetzbare, verfassungsrechtliche Grundsätze. Dennoch stellen besagte Maximen wirkungsvolle Leitidee staatlicher Tätigkeit dar.<sup>66</sup>

Mit den staatspolitischen Maximen werden Anliegen aus der Gesellschaft und der Umwelt berücksichtigt. Dies macht ein Blick in die Bundesverfassung deutlich: Zu nennen sind der Grundsatz der Subsidiarität (1.), der Grundsatz der individuellen und gesellschaftlichen Verantwortung (2.), die Sozialziele (3.), der Grundsatz der Nachhaltigkeit (4.) sowie der Grundsatz der Wirksamkeit (5.).<sup>67</sup>

### 1. Grundsatz der Subsidiarität

Zunächst ist der *Grundsatz der Subsidiarität* (Art. 5a BV) zu nennen. Art. 5a BV behandelt die Zuweisung staatlicher Aufgaben auf die drei Staatsebenen (Bund, Kantone, Gemeinden).<sup>68</sup> Dieses sog. *föderalistische Subsidiaritätsprinzip* findet sich auch in anderen Verfassungsbestimmungen, insbesondere in Art. 3, 43a, 46, 47, 62, 63a, 67a und 50 BV.<sup>69</sup>

Nicht unumstritten ist in Lehre und Rechtsprechung hingegen, ob Art. 5a BV auch das – vorliegend insbesondere interessierende – Verhältnis zwischen

---

<sup>64</sup> MADER (FN 2), ZSR NF 123 (2004) II, 134 f.

<sup>65</sup> Oben III.A.2. und III.A.3.

<sup>66</sup> MADER (FN 2), ZSR NF 123 (2004) II, 136.

<sup>67</sup> Auch MADER (FN 2), ZSR NF 123 (2004) II, 136 f., zählt diese Grundsätze zu den staatspolitischen Maximen.

<sup>68</sup> SGK BV-MÜLLER/SCHWEIZER, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. A., Zürich/St. Gallen 2023 (zit. SGK BV-VERFASSER), Art. 5a N 7; BSK BV-BIAGGINI, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015 (zit. BSK BV-VERFASSER), Art. 5a BV N 16.

<sup>69</sup> SGK BV-MÜLLER/SCHWEIZER (FN 68), Art. 5a N 8.

Staat und Gesellschaft bzw. Staat und Individuum umfasst. So wird Art. 5a BV verschiedentlich erwähnt, wenn es um die Frage geht, ob der Staat tätig werden soll oder ob eine Aufgabe besser der Gesellschaft bzw. den einzelnen Individuen überlassen werden soll.<sup>70</sup> Nach vorliegender Auffassung erscheint jedoch die Ansicht überzeugender, wonach dieses sog. *gesellschaftspolitische Subsidiaritätsprinzip*<sup>71</sup> nicht Gegenstand von Art. 5a BV ist:<sup>72</sup>

- Zum einen scheint der Begriff der «Zuweisung von Aufgaben» auf die organisatorischen Ebenen des Bundesstaates und nicht auf das Verhältnis zu Privaten zu zielen.<sup>73</sup>
- Zum anderen ergibt sich aber vor allem aus der Entstehungsgeschichte klar, dass in Art. 5a BV ausschliesslich das föderalistische Subsidiaritätsprinzip – d.h. das Verhältnis zwischen den drei staatlichen Ebenen – verankert werden sollte.<sup>74</sup>

## 2. Grundsatz der individuellen und gesellschaftlichen Verantwortung

Auch wenn Art. 5a BV thematisch auf die föderalistische Dimension beschränkt ist, bleibt das gesellschaftspolitische Subsidiaritätsprinzip in der Bundesverfassung nicht unbeachtet.<sup>75</sup> Erwähnt sei in diesem Zusammenhang

---

<sup>70</sup> So z.B. MADER (FN 2), ZSR NF 123 (2004) II, 137. Missverständliche bzw. unzutreffende Aussagen finden sich etwa auch in folgenden amtlichen Texten bzw. der Rechtsprechung: Botschaft vom 16. September 2011 zur Volksinitiative «Ja zur Hausarztmedizin», BBI 2011 7553 ff., 7578; Botschaft vom 8. Mai 2013 zu einer allgemeinen Verfassungsbestimmung über die Grundversorgung, BBI 2011 3407 ff., 3421; BGE 138 I 378 E. 8.4, wonach sich in Art. 5a BV «nach seiner Entstehungsgeschichte und Konzeption in erster Linie [*e contrario*: nicht ausschliesslich] auf das Verhältnis zwischen den verschiedenen Staatsebenen, nicht auf das Verhältnis zwischen Staat und Privatwirtschaft» beziehe. Für eine Übersicht: BSK BV-BIAGGINI (FN 68), Art. 5a BV N 18.

<sup>71</sup> SGK BV-MÜLLER/SCHWEIZER (FN 68), Art. 5a N 8.

<sup>72</sup> So z.B. auch BSK BV-BIAGGINI (FN 68), Art. 5a BV N 16; SGK BV-MÜLLER/SCHWEIZER (FN 68), Art. 5a N 7.

<sup>73</sup> SGK BV-MÜLLER/SCHWEIZER (FN 68), Art. 5a N 7.

<sup>74</sup> «Im Rahmen der vorliegenden Föderalismusreform beschränkt sich das Subsidiaritätsprinzip auf das Verhältnis zwischen den Staatsebenen. Eine Ausdehnung auf das Verhältnis Staat-Private müsste zwangsläufig eine Vielzahl von grundsätzlichen gesellschaftspolitischen Fragen aufwerfen und damit den Rahmen der Finanzausgleichsreform sprengen.» Botschaft vom 14. November 2001 zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen (NFA), BBI 2001 2291 ff., 2457. Darauf weisen auch BSK BV-BIAGGINI (FN 68), Art. 5a BV N 16, sowie SGK BV-MÜLLER/SCHWEIZER (FN 68), Art. 5a N 7, hin.

<sup>75</sup> BSK BV-BIAGGINI (FN 68), Art. 5a BV N 19.

der *Grundsatz der individuellen und gesellschaftlichen Verantwortung* (Art. 6 BV), wonach jede Person für sich selbst Verantwortung wahrnimmt und «nach ihren Kräften zur Bewältigung der Aufgaben in Staat und Gesellschaft» beiträgt.<sup>76</sup>

### **3. Sozialziele**

Zu den staatspolitischen Maximen zählen auch die *Sozialziele* (Art. 41 BV). Demnach setzen sich Bund und Kantone «in Ergänzung zu persönlicher Verantwortung und privater Initiative» für diverse soziale Angelegenheiten ein, namentlich für die Teilhabe an der sozialen Sicherheit (Abs. 1 lit. a), für den Schutz und die Förderung von «Familien als Gemeinschaften von Erwachsenen und Kindern» (Abs. 1 lit. c) oder für die Aus- und Weiterbildung von Kindern und Jugendlichen sowie Personen im erwerbsfähigen Alter (Abs. 1 lit. f).

### **4. Grundsatz der Nachhaltigkeit**

Des Weiteren ist der *Grundsatz der Nachhaltigkeit* (Art. 73 BV) zu erwähnen. So streben Bund und Kantone «ein auf Dauer ausgewogenes Verhältnis zwischen der Natur und ihrer Erneuerungsfähigkeit einerseits und ihrer Beanspruchung durch den Menschen andererseits» an.

### **5. Grundsatz der Wirksamkeit**

Schliesslich ist auf den *Grundsatz der Wirksamkeit* hinzuweisen. Dieser betrifft die Frage, ob eine staatliche Regulierung geeignet ist, das gesetzte Ziel zu erreichen und ob bzw. in welchem Ausmass die staatliche Regulierung dies auch tatsächlich tut.<sup>77</sup>

Diese staatspolitische Maxime lässt sich aus diversen Bestimmungen der Verfassung ableiten: So sorgt die Bundesversammlung dafür, «dass die Massnahmen des Bundes auf ihre Wirksamkeit überprüft werden» (Art. 170 BV). Auch für den Bundesrat findet sich eine entsprechende Verpflichtung zur wir-

---

<sup>76</sup> Das gesellschaftspolitische Subsidiaritätsprinzip findet sich in weiteren Bestimmungen der Bundesverfassung – so insbesondere in Art. 12, 27, 41 Abs. 1, Art. 94 28, 102 Abs. 1 oder Art. 104 Abs. 2 BV. BSK BV-BIAGGINI (FN 68), Art. 5a BV N 19; SGK BV-MÜLLER/SCHWEIZER (FN 68), Art. 5a N 8.

<sup>77</sup> MATTHIAS MEIER, Verhaltenswissenschaftlich inspiriertes Verhaltungshandeln, Diss. Regensburg 2020, Baden-Baden 2021, 229; MADER (FN 2), ZSR NF 123 (2004) II, 141; BSK BV-LIENHARD/MARTI LOCHER (FN 68), Art. 170 BV N 19.

kungsorientierten Verwaltungsführung (Art. 178 Abs. 1 BV). Diese Aufträge sind eng verbunden mit der Verpflichtung zu einer wirtschaftlichen Aufgabenerfüllung (Art. 43a Abs. 5 BV). Der Grundsatz der Wirksamkeit lässt sich zudem aus weiteren Verfassungsbestimmungen ableiten, namentlich aus den Kompetenznormen, den Grundrechten, den Verfassungsgrundsätzen der Verhältnismässigkeit und des öffentlichen Interesses (Art. 5 Abs. 2 BV) sowie dem Subsidiaritätsprinzip (Art. 5a BV).<sup>78</sup>

## C. Ökonomische Grundsätze

Angesichts der vielfältigen Herausforderungen unserer Zeit und der knappen Ressourcen<sup>79</sup> ist auch der Staat gefordert; bei der Wahl angemessener Regulierungsinstrumente sind folglich neben rechtlichen und staatspolitischen Anforderungen auch verschiedene *ökonomische Grundsätze* heranzuziehen. Massgebend ist hierbei nicht ihre Justizierbarkeit sowie ihre rechtliche Verankerung, sondern vielmehr ihr praktischer Beitrag zur Qualität staatlicher Regulierung.<sup>80</sup> Inwiefern diese ökonomischen Grundsätze auch als Rechtsprinzipien anzusehen sind, bildet Gegenstand des rechtswissenschaftlichen Diskurses, ist aber noch nicht abschliessend geklärt.<sup>81</sup>

Im vorliegenden Beitrag werden der Grundsatz der Effizienz (1.), der Grundsatz der Praktikabilität (2.), der Grundsatz der Akzeptanz (3.) sowie der Grundsatz der Zukunftsoffenheit (4.) beleuchtet.<sup>82</sup>

### 1. Grundsatz der Effizienz

Zunächst ist der *Grundsatz der Effizienz* zu nennen.<sup>83</sup> Dieser bringt zum Ausdruck, dass bei der Auswahl zwischen den zur Verfügung stehenden staatlichen Regulierungsinstrumenten Kostenüberlegungen einfließen sollen. Dabei

---

<sup>78</sup> BSK BV-LIENHARD/MARTI LOCHER (FN 72), Art. 170 BV N 6.

<sup>79</sup> Statt vieler: GEBHARD KIRCHGÄSSNER, *Homo Oeconomicus*, 4. A., Tübingen 2012, 12.

<sup>80</sup> MADER (FN 2), ZSR NF 123 (2004) II, 138.

<sup>81</sup> Eine Untersuchung dieser Frage würde den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen. Für das Kriterium der Effizienz: MEIER (FN 77), 278, m.w.Verw. Statt vieler: HORST EIDENMÜLLER, Effizienz als Rechtsprinzip, 4. A., Tübingen 2015.

<sup>82</sup> Als weiterer ökonomischer Grundsatz ist die Effektivität bzw. Wirksamkeit aufzuführen, die aber gleichermassen als staatspolitische Maxime gesehen werden kann. Oben III.B.5.

<sup>83</sup> Teilweise ist auch vom Grundsatz der Kostengünstigkeit die Rede. MADER (FN 2), ZSR NF 123 (2004) II, 149.

sind die mittels staatlicher Regulierung verfolgten Ziele in Relation zu setzen zu den voraussichtlich damit einhergehenden Kosten; soweit möglich, sollte die Wahl auf dasjenige staatliche Regulierungsinstrument fallen, das die geringsten Kosten verursacht.<sup>84</sup>

Der Begriff der Kosten ist hierbei umfassend zu verstehen: «finanzieller und personeller Aufwand; Sach-, Dienstleistungs- und Zeitaufwand, Kosten der Vorbereitung, Entscheidfindung und Umsetzung; Kosten des Vollzugs und der Durchsetzung, die bei den involvierten Stellen auf allen staatlichen Ebenen sowie bei den Regulierungsadressaten anfallen; monetäre und nicht monetäre Kosten.»<sup>85</sup>

## 2. Grundsatz der Praktikabilität

Überdies ist der *Grundsatz der Praktikabilität* zu erwähnen. Dieser legt den Fokus auf die Umsetzung oder den Vollzug einer staatlichen Regulierung. Für eine praktikable – und damit auch wirksame – staatliche Regulierung sind namentlich folgende Aspekte zu berücksichtigen: Zum einen sollte die praktische Umsetzung der staatlichen Regulierung für ihre Adressaten und Adressatinnen nicht mit zu grossem Aufwand verbunden sein. Zum anderen ist abzuklären, ob den Umsetzungsinstanzen die notwendigen fachlichen Kompetenzen und Ressourcen zur Verfügung stehen.<sup>86</sup>

In der Schweiz besteht diesbezüglich eine Besonderheit: Durch den Vollzugsföderalismus kann eine Trennung zwischen Konzeption und Umsetzung staatlicher Regulierung erfolgen. Es ist deshalb besonders darauf zu achten, dass – etwa über das Vernehmlassungsverfahren – Informationen für eine Beurteilung der Praktikabilität beschafft werden.<sup>87</sup>

## 3. Grundsatz der Akzeptanz

Zu den ökonomischen Grundsätzen zählt auch der *Grundsatz der Akzeptanz*. In diesem Zusammenhang von Bedeutung ist zunächst das *interinstitutionel-*

---

<sup>84</sup> MADER (FN 2), ZSR NF 123 (2004) II, 149.

<sup>85</sup> MADER (FN 2), ZSR NF 123 (2004) II, 149.

<sup>86</sup> MADER (FN 2), ZSR NF 123 (2004) II, 141.

<sup>87</sup> MADER (FN 2), ZSR NF 123 (2004) II, 141 f. Nach Art. 141 Abs. 2 lit. d ParlG muss der Bundesrat in seinen Botschaften «die geplante Umsetzung des Erlasses, die geplante Auswirkung dieser Umsetzung und die Prüfung der Vollzugstauglichkeit» erörtern.

*le Vertrauen* zwischen dem Gesetzgeber, den Gerichten sowie der Regierung und Verwaltung. Ein entsprechendes Vertrauen erlaubt eine geringere Regulierungsintensität; so können staatliche Regulierungen «Gestaltungsspielraum für die Umsetzung und den Vollzug belassen» und offen für Anpassungen an neue Entwicklungen sein.<sup>88</sup>

Überdies ist die *politische und gesellschaftliche Akzeptanz* zu nennen. Staatliche Regulierungen, denen ein hohes Mass an politischer und gesellschaftlicher Akzeptanz zukommt, erleichtern die Umsetzung der Regulierungen und erhöhen deren Wirksamkeit. Die Akzeptanz hängt dabei von diversen Aspekten ab: Neben dem Eigeninteresse der Betroffenen und den Möglichkeiten der demokratischen Mitwirkung ist an weitere Formen der Beteiligung durch Betroffene zu denken – etwa das Vernehmlassungsverfahren oder die Einladung zu Expertisen.<sup>89</sup>

In diesem Kontext ist auch auf das Kriterium der *Kommunikation* hinzuweisen. Dieses zielt einerseits auf die Verständlichkeit staatlicher Regulierung ab; der Inhalt einer staatlichen Regulierung ist so zu formulieren, dass er für die Adressaten und Adressatinnen, andere Betroffene sowie Interessierte «ohne übermässigen Aufwand möglichst unverzerrt wahrgenommen werden kann»<sup>90</sup>. Andererseits muss die staatliche Regulierung Teil eines permanenten Kommunikationsprozesses sein; für eine ausreichende Bekanntheit bedarf es einer Kommunikation im Vorfeld der staatlichen Regulierung, im Zeitpunkt ihrer formellen Gültigkeit sowie anlässlich der Umsetzung und des Vollzugs.<sup>91</sup> Die Kommunikation leistet damit einen Beitrag zu einer zielorientierten staatlichen Regulierung.<sup>92</sup>

#### 4. Grundsatz der Zukunftsoffenheit

Schliesslich ist der *Grundsatz der Zukunftsoffenheit* zu nennen. In diesem Kontext sind diverse Aspekte zu berücksichtigen: So bringt etwa der Grundsatz der *Responsivität* zum Ausdruck, dass die staatlichen Regulierungen «Elemente enthalten [müssen], die Flexibilität und Lernfähigkeit ermöglichen»<sup>93</sup>.

---

<sup>88</sup> MADER (FN 2), ZSR NF 123 (2004) II, 147 f.

<sup>89</sup> MADER (FN 2), ZSR NF 123 (2004) II, 142 f.

<sup>90</sup> MADER (FN 2), ZSR NF 123 (2004) II, 148.

<sup>91</sup> MADER (FN 2), ZSR NF 123 (2004) II, 148 f. Zum allgemeinen Informationsauftrag des Bundes siehe Art. 180 Abs. 2 BV.

<sup>92</sup> MADER (FN 2), ZSR NF 123 (2004) II, 148.

chen oder sogar garantieren.»<sup>93</sup> Hinzuweisen ist insbesondere auch auf eine innovationsfreundliche Ausgestaltung der Regulierung – namentlich eine ergebnisorientierte Regulierung im Sinne von «Zielerreichung statt Mittelverwendung» sowie Technologieneutralität.<sup>94</sup> Anpassungen an neue gesellschaftliche sowie technologische Entwicklungen und Gegebenheiten müssen mithin praktisch gewährleistet sein – sei dies durch offen und flexibel formulierte Bestimmungen, durch ein Evaluationsdispositiv oder durch eine Befristung.<sup>95</sup>

Gleichzeitig gilt es, auch dem Grundsatz der *Kontinuität* Rechnung zu tragen. Dieses Kriterium bezieht sich auf abrupte Veränderungen zu vermeiden; dies ist eine Voraussetzung, damit staatliche Regulierungen eine möglichst grosse Wirksamkeit entfalten (aus der Perspektive des Staates als Regulator). Darüber hinaus zielt das Kriterium der Kontinuität und der Dauerhaftigkeit auf Voraussehbarkeit und Planbarkeit – und damit Rechtssicherheit – ab; dies erhöht die gesellschaftliche und politische Akzeptanz einer staatlichen Regulierung (aus der Perspektive des Adressaten bzw. der Adressatin). Der Grundsatz der Kontinuität strebt schliesslich die Sicherung der Nachhaltigkeit an; so ist es Ziel einer staatlichen Regulierung, Erwartungshaltungen und Verhaltensweisen zu stabilisieren (aus der Perspektive eines gesellschaftlichen Umfelds, das einem raschen Wandel unterworfen ist).<sup>96</sup>

#### **IV. Eine Veranschaulichung ausgewählter Themenfelder am Beispiel der staatlichen Nudges**

Nach der Identifikation und Systematisierung der Bewertungskriterien, die bei der Auswahl von staatlichen Regulierungsinstrumenten zu berücksichtigen sind<sup>97</sup>, werden nachfolgend ausgewählte *Themenfelder am Beispiel der staatlichen Nudges* veranschaulicht.

Dabei wird auf ausgewählte Fragen im Bereich der rechtlichen Anforderungen (A.), der staatspolitischen Maximen (B.) sowie der ökonomischen

---

<sup>93</sup> MADER (FN 2), ZSR NF 123 (2004) II, 143.

<sup>94</sup> Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung, Forschung (Hrsg.), Checkliste Regulierungsfolgenabschätzung (RFA-Checkliste), Bern 2024, 3.

<sup>95</sup> MADER (FN 2), ZSR NF 123 (2004) II, 143 f.

<sup>96</sup> MADER (FN 2), ZSR NF 123 (2004) II, 144.

<sup>97</sup> Oben III.

Grundsätze (C.), die sich durch den Einsatz staatlicher Nudges stellen, eingegangen. Insbesondere sollen allfällige Spannungsfelder offengelegt werden.

## **A. Rechtliche Anforderungen: Staatliche Nudges im Kontext des Legalitätsprinzips**

Wie aufgezeigt, müssen staatliche Regulierungen – so auch staatliche Nudges – rechtlichen Anforderungen genügen.<sup>98</sup> Bevor auf die staatlichen Nudges im Kontext des Legalitätsprinzips eingegangen wird, widmen sich die Ausführungen jedoch in aller Kürze den *staatlichen Nudges im Kontext der Grundrechte*.

Ausgangspunkt bildet hierbei folgende Überlegung: Nach Ansicht der beiden Gründungsväter des Nudge-Konzepts THALER und SUNSTEIN wird durch den Einsatz von staatlichen Nudges die «Freiheit des Einzelnen gewahrt»; so hindern staatliche Nudges «niemanden daran (...), von seinen Freiheitsrechten Gebrauch zu machen».<sup>99</sup> Nach WOLFF «wollen sie [d.h. THALER und SUNSTEIN] mit dem Nudge ein Steuerungsinstrument konzipiert haben, das, da es die Freiheit des Einzelnen wahrt, in Grundrechte schon nicht eingreift».<sup>100</sup>

Aber gibt es nicht auch staatliche Nudges, die einen freiheitsbeschränkenden Charakter haben? Wie sieht in diesen Fällen der gerichtliche Rechtsschutz aus? Und wie sind allfällige alternative Kontrollmöglichkeiten auszustalten?<sup>101</sup>

Die nachfolgenden Ausführungen richten den Blick auf die *staatlichen Nudges im Kontext des Legalitätsprinzips*. Konkret ist folgender Frage nachzugehen: Wie sind die staatlichen Nudges mit Blick auf das Erfordernis der Gesetzesform zu beurteilen?

«Den» Nudge gibt es nicht, sondern es existieren vielfältige Erscheinungsformen von staatlichen Nudges.<sup>102</sup> Eine verallgemeinerte Einschätzung betreffend Erfordernis der Gesetzesform für alle Erscheinungsformen staatlicher

---

<sup>98</sup> Oben III.A.

<sup>99</sup> RICHARD H. THALER/CASS R. SUNSTEIN, Nudge, Wie man kluge Entscheidungen anstösst, München 2008, 14; ähnlich auch THALER/SUNSTEIN (FN 42), 6.

<sup>100</sup> JOHANNA WOLFF, Eine Annäherung an das Nudge-Konzept nach Richard H. Thaler und Cass R. Sunstein aus rechtswissenschaftlicher Sicht, RW 2015, 194 ff., 213.

<sup>101</sup> Diese drei Fragen bilden Gegenstand des Dissertationsprojekts der Verfasserin des vorliegenden Beitrags.

<sup>102</sup> Oben II.C.2.

Nudges ist daher nicht möglich; erforderlich scheint vielmehr eine nuanciertere Betrachtung im Einzelfall. Es soll deshalb beispielhaft aufgezeigt werden, welche Konstellationen für eine Verankerung in einem Gesetz im formellen Sinn sprechen.

- *Intensität des Eingriffs*: Wenn mit der staatlichen Massnahme ein schwerer Eingriff in die Rechte und Freiheiten der Privaten, insbesondere in deren Freiheitsrechte, einhergeht, so erfordert dies ein Gesetz im formellen Sinn.<sup>103</sup> Nach vorliegender Ansicht ist etwa die Ausgestaltung der Standardvorgabe bei der Organspende (d.h. der gezielte Wechsel von der Zustimmungs- zur Widerspruchslösung) aus grundrechtlicher Sicht anders zu beurteilen als die gesundheitsfördernde Anordnung von Speisen in der Mensa einer Schule (z.B. die gezielte Verbannung des Schokoladenpuddings an weniger prominente Positionen<sup>104</sup>).
- *Zahl der von einer Regelung Betroffenen*: Wenn die staatliche Massnahme auf einen grösseren Adressatenkreis gerichtet ist, so spricht dies für eine Verankerung in einem Gesetz im formellen Sinn.<sup>105</sup> Nicht jeder einmalige Einsatz von staatlichen Nudges verlangt eine Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinn. Kommen staatliche Nudges allerdings flächendeckend zum Einsatz, erscheint eine formell-gesetzliche Normierung angezeigt. Als Beispiel seien ernährungspolitische Programme oder die Rauchprävention genannt:<sup>106</sup> Werden hierbei staatliche Nudges eingesetzt, sind diese regelmässig an einen grösseren Adressatenkreis gerichtet und ausserdem auf eine längere Zeit angelegt – zwei Faktoren, die für das Erfordernis eines Gesetzes im formellen Sinn sprechen.
- *Akzeptanz*: Muss bei staatlichen Massnahmen mit Widerstand aus der Bevölkerung gerechnet werden, so ist eine Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinn angezeigt.<sup>107</sup> Im Kontext von staatlichen Nudges sei zum einen an politisch kontroverse Ziele gedacht: Soll die Bevölkerung mittels staatlicher Nudges etwa zu einem fleischlosen Ernährungsverhalten gelenkt werden, so sollten diese Massnahmen ihre Grundlagen in einem demokratisch legitimierten Gesetz haben. Zum anderen schwingt mit dem Einsatz

---

<sup>103</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 18), N 354; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (FN 36), N 390.

<sup>104</sup> BIJAN FATEH-MOGHADAM, Grenzen des weichen Paternalismus. Blinde Flecken der liberalen Paternalismuskritik, in: Bijan Fateh-Moghadam/Stephan Sellmaier/Wilhelm Vossenkuhl (Hrsg.), Grenzen des Paternalismus, Stuttgart 2010, 21 ff., 22.

<sup>105</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 18), N 354; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (FN 36), N 390.

<sup>106</sup> MEIER (FN 77), 223 f.

<sup>107</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 18), N 354; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (FN 36), N 390.

staatlicher Nudges bei der Bevölkerung oftmals ein Beigeschmack der Manipulation mit.<sup>108</sup>

## **B. Staatspolitische Maximen: Staatliche Nudges im Kontext der Effektivität**

Wie aufgezeigt, müssen staatliche Regulierungen überdies staatspolitische Maximen berücksichtigen.<sup>109</sup> Die nachfolgenden Ausführungen richten den Blick auf die *staatlichen Nudges im Kontext der Effektivität*.

Ausgangspunkt bildet folgende Überlegung: Der Einsatz von staatlichen Nudges verspricht eine höhere Effektivität. Insbesondere in jenen Bereichen, in denen Verbots- und Gebotsnormen, finanzielle Anreize sowie «klassische» verhaltenslenkende staatliche Informationsmassnahmen an ihre Grenzen stossen, scheinen staatliche Nudges – da sie das Augenmerk auf die tatsächliche menschliche Verhaltensweise legen und damit von einem «realitätsnäheren» Menschenbild ausgehen – eine vielversprechende, wirkungsvolle Ergänzung zu bestehenden Regulierungsinstrumenten zu sein.<sup>110</sup>

Aber wirken staatliche Nudges so, wie intendiert, und fördern sie das angestrebte Ziel? Oder laufen sie diesem allenfalls diametral entgegen? Bewirken staatliche Nudges tatsächlich eine nachhaltige Veränderung des Verhaltens? Oder führen Gewöhnungseffekte dazu, dass staatliche Nudges an Effektivität verlieren? Sind staatliche Nudges tatsächlich am effektivsten, wenn sie von der «genudgten» Bevölkerung nicht bemerkt werden? Oder sollen Strukturen geschaffen werden, um Transparenz herzustellen? Kann die Effektivität der staatlichen Nudges durch deren Personalisierung weiter erhöht werden? Oder bestehen mit der informationellen Selbstbestimmung nach Art. 13 Abs. 2 BV und den datenschutzrechtlichen Bestimmungen gewichtige Gegeninteressen?<sup>111</sup>

Eine umfassende Analyse der skizzierten Spannungsfelder würde den Rahmen des vorliegenden Beitrags sprengen. Die nachfolgenden Ausführungen legen deshalb den Fokus auf folgende Frage: Welche (unerwünschten) Nebeneffekte können mit dem Einsatz von staatlichen Nudges einhergehen?

---

<sup>108</sup> MEIER (FN 77), 223 f.

<sup>109</sup> Oben III.B.

<sup>110</sup> KAI P. PURNHAGEN/LUCIA A. REISCH, ‘Nudging Germany’? Herausforderungen für eine verhaltensbasierte Regulierung in Deutschland, ZEuP 2016, 629 ff., 639.

<sup>111</sup> Mit entsprechenden Fragen beschäftigt sich auch MEIER (FN 77), 233 ff., für Deutschland.

Denkbar ist, dass staatliche Nudges zwar so, wie intendiert, wirken und damit das staatlicherseits angestrebte Ziel fördern, diesem gleichzeitig aber auch diametral entgegenlaufen.<sup>112</sup> Dieses paradox erscheinende Phänomen lässt sich am Beispiel des Umweltschutzes veranschaulichen.

- Zur Erreichung des Umweltschutzes können diverse Nudges eingesetzt werden: Ein intelligenter Stromzähler oder eine Verbrauchsanzeige kann während des Duschens den Wasser- und Energieverbrauch sowie die Wassertemperatur aufzeichnen und die Informationen in Form eines unmittelbaren Feedbacks zugänglich und salient machen.<sup>113</sup> Diese Informationen können zusätzlich bildlich auf der Duschbrause mittels eines kleinen Eisbären auf der Scholle dargestellt werden; duscht eine Person zu lange, so schmilzt die Scholle und der kleine Eisbär versinkt im Meer. Damit bleibt das Feedback leichter erinnerlich.<sup>114</sup> Im Bereich des Energieverbrauchs und des Recyclingverhaltens können überdies soziale Referenzpunkte gesetzt werden (z.B. Nachbarschaft als relevante Bezugsgruppe).<sup>115</sup> Mittels dieser Nudges passen Individuen regelmäßig ihren Wasser-, Strom- und Energieverbrauch sowie ihr Recyclingverhalten an; die staatlichen Nudges sind damit geeignet, das zugrundeliegende Ziel des Umweltschutzes zu erreichen.<sup>116</sup>
- Gleichzeitig können entsprechende Nudges dem Ziel des Umweltschutzes auch diametral entgegenlaufen. Begründen lässt sich dies mittels der sog. moralischen Lizensierung, wonach Individuen ihr als «moralisch gut» empfundenes Verhalten – vorliegend ihren reduzierten Wasser-, Strom- und Energieverbrauch – als Rechtfertigung für ein «moralisch schlechtes» Verhalten verwenden. So hat sich beispielsweise gezeigt, dass intelligente Zähler zwar den Wasserverbrauch reduzieren, diese Reduktion jedoch durch eine Zunahme des Stromverbrauchs zunichte gemacht wird.<sup>117</sup>

---

<sup>112</sup> MEIER (FN 77), 257.

<sup>113</sup> Statt vieler: KATRINA JESSOE/DAVID RAPSON, Knowledge Is (Less) Power: Experimental Evidence from Residential Energy Use, *American Economic Review* 104 (2014), 1417 ff.

<sup>114</sup> Green Nudging, Dusch-Tool. Internet: <https://green-nudging.de/nudge/dusch-tool> (Abruf 18.10.2024).

<sup>115</sup> MÜNSCHER/VETTER/SCHEUERLE (FN 44), JBDM 2016, 516, m.w.Verw.

<sup>116</sup> MEIER (FN 77), 258.

<sup>117</sup> VERENA TIEFENBECK/THORSTEN STAAKE/KURT ROTH/OLGA SACHS, For better or for worse? Empirical evidence of moral licensing in a behavioral energy conservation campaign, *Energy Policy* 57 (2013), 160 ff.

## C. Ökonomische Grundsätze: Staatliche Nudges im Kontext der Akzeptanz

Wie aufgezeigt, sind bei der Wahl angemessener Regulierungsinstrumente schliesslich ökonomische Grundsätze heranzuziehen.<sup>118</sup> Bei den staatlichen Nudges im Kontext der ökonomischen Grundsätze stellen sich in verschiedener Hinsicht Fragen. Zunächst verspricht der Einsatz von staatlichen Nudges eine höhere *Effizienz*. So betonen THALER und SUNSTEIN, dass «Nudges meist wenig oder gar nichts kosten; sie belasten den Steuerzahler in keiner Weise».<sup>119</sup> Nudges versprechen damit, weniger kostenintensiv als andere Regulierungsinstrumente, z.B. Gebote und Verbote, zu sein.

Aber sind staatliche Nudges tatsächlich kostengünstiger als andere Regulierungsinstrumente? Welche – womöglich verdeckten – Kosten bestehen bei der Konzeption sowie Implementierung von staatlichen Nudges?<sup>120</sup>

Überdies wirft auch der Grundsatz der *Akzeptanz* Fragen auf: Wie sieht es mit dem interinstitutionellen Vertrauen aus? Wie ist insbesondere mit der Machtverschiebung in Richtung Verwaltung umzugehen? Wie steht es um die politische und gesellschaftliche Akzeptanz? Auf welchen Ebenen bedarf es der Schaffung von Akzeptanz?

Eine abschliessende Analyse der aufgeworfenen Fragen würde den Rahmen des vorliegenden Beitrags sprengen. Die nachfolgenden Ausführungen befassen sich deshalb mit der folgenden Frage: Welche Gründe sprechen – über das Erfordernis einer formell-gesetzlichen Grundlage hinaus – für eine gesetzliche Normierung des Einsatzes von staatlichen Nudges? Die diesbezüglichen ersten Überlegungen erlauben, auf einige der skizzierten Fragen zurückzukommen:

- *Sichtbarkeit von staatlichen Nudges*: Eine formell-gesetzliche Normierung der staatlichen Nudges könnte deren Sichtbarkeit erhöhen. Folgendes Beispiel soll zur Veranschaulichung dienen: Einem Individuum ist eine (traditionelle) Massnahme – z.B. ein Rauchverbot – spätestens bei der zwangsweisen Durchsetzung des Verbots bekannt; die Person kann sich dann bei Bedarf eine gesellschaftliche Debatte lostreten. Wird die Person hingegen mittels staatlicher Nudges vom Rauchen abgehalten (z.B. durch schriftliche

---

<sup>118</sup> Oben III.C.

<sup>119</sup> THALER/SUNSTEIN (FN 94), 26.

<sup>120</sup> Mit entsprechenden Fragen beschäftigt sich auch MEIER (FN 77), 277 ff., für Deutschland.

Warnhinweise und Farbfotografien auf Zigarettenverpackungen oder durch eine Stigmatisierung des Rauchens), so bemerkt diese womöglich – zumindest je nach Ausgestaltung der Nudges – deren hoheitliche Steuerungswirkung und die staatlicherseits angestrebten Ziele nicht; die Möglichkeit einer Auseinandersetzung mit der Thematik – vorliegend mit der Reduzierung des Zigarettenkonsums – und einer anschliessenden öffentlichen Debatte fehlt der betroffenen Person damit.<sup>121</sup> Durch eine Normierung in einem Gesetz im formellen Sinn und der damit einhergehenden Publizität hätte die Bevölkerung einen besseren Zugang zum Einsatz staatlicher Nudges; eine Auseinandersetzung und öffentliche Debatte würde wahrscheinlicher.

- *Akzeptanz in der Bevölkerung:* Ob und inwiefern die einzelnen Erscheinungsformen staatlicher Nudges in der Bevölkerung Akzeptanz finden, kann erhebliche Auswirkungen auf deren Wirksamkeit haben. Diese Frage bildet Gegenstand zahlreicher Studien.<sup>122</sup> Die Erkenntnis lässt sich folgendermassen zusammenfassen: «Die Akzeptabilität von Nudges hängt ab von der Wirkungsweise der Nudges, vom Adressaten und der Art und Weise, wie und in welchem Kontext er präsentiert wird.»<sup>123</sup> Eine formell-gesetzliche Normierung der staatlichen Nudges könnte dazu beitragen, das (allfällige) bestehende Misstrauen der Bevölkerung gegenüber entsprechenden staatlichen Massnahmen zu verringern.<sup>124</sup> Wird in einem Gesetz im formellen Sinn festgehalten, dass sich die Verwaltungsbehörde bestimmter Arten von staatlichen Nudges bedienen kann und werden die Wirkungsweisen der staatlichen Nudges erläutert, so wird deren Einsatz für die Bevölkerung womöglich nachvollziehbarer.<sup>125</sup>
- *Interinstitutionelles Vertrauen:* Auch auf staatlicher Seite spielt die Akzeptanz eine erhebliche Rolle. Eine formell-gesetzliche Normierung der staatlichen Nudges könnte positive Auswirkungen auf die Stellung des Gesetzgebers haben, indem dieser den Verwaltungsbehörden Grenzen setzt. So könnte der Gesetzgeber den Einsatz staatlicher Nudges in einem Gesetz

---

<sup>121</sup> MEIER (FN 77), 225.

<sup>122</sup> Einen Überblick über diverse (teils internationale, teils länderspezifische) Studien gibt MEIER (FN 77), 291 ff.

<sup>123</sup> MEIER (FN 77), 294.

<sup>124</sup> CASS R. SUNSTEIN, People Prefer System 2 Nudges (Kind Of), Duke Law Journal 66 (2016), 121 ff., 166.

<sup>125</sup> MEIER (FN 77), 226.

spezifizieren – etwa durch das Verbot gewisser Erscheinungsformen staatlicher Nudges in bestimmten Bereichen.<sup>126</sup>

## V. Zusammenfassende Schlussbemerkungen

Heute steht dem Staat eine *Vielfalt von Regulierungsinstrumenten* zur Verfügung, die er zur Bewältigung gesamtgesellschaftlicher Probleme einsetzen kann (z.B. Umweltschutz, Gesundheitsförderung, Verbraucherschutz). Der vorliegende Beitrag widmet sich folgender Trilogie staatlicher Regulierungsinstrumente: den regulativen Instrumenten, den (negativen und positiven) finanziellen Anreizen sowie den persuasiven Instrumenten des «klassischen» verhaltenslenkenden staatlichen Informationshandelns sowie der staatlichen Nudges.

Diese Vielfalt wirft die Frage nach der *Wahl angemessener Regulierungsinstrumente* auf. Damit die positiven und negativen Nebenwirkungen der zur Verfügung stehenden staatlichen Regulierungsinstrumente ermittelt und diese optimal ausgewählt und eingesetzt werden können, bedarf es deshalb der Identifikation geeigneter Bewertungskriterien und deren Systematisierung. Der vorliegende Beitrag schlägt hierzu die Unterscheidung zwischen rechtlichen Anforderungen, staatspolitischen Maximen sowie ökonomischen Grundsätzen vor. Es zeigt sich, dass eine entsprechende *systematische Identifikation der rechtlichen, staatspolitischen und ökonomischen Bewertungskriterien* unter Berücksichtigung des Spannungsfelds der Ansprüche und Interessen verschiedener Akteure im Rahmen des lösungs- und zielorientierten staatlichen Handelns nicht nur von theoretischem Interesse, sondern auch von entscheidender praktischer Relevanz ist.

Der vorliegende Beitrag veranschaulicht schliesslich *ausgewählte Themenfelder am Beispiel der staatlichen Nudges*. Es wird auf ausgewählte Themenfelder im Bereich der rechtlichen Anforderungen, der staatspolitischen Maximen sowie der ökonomischen Grundsätze eingegangen und Spannungsfelder skizziert; beleuchtet werden die staatlichen Nudges im Kontext des Legalitätsprinzips, der Effektivität sowie der Akzeptanz.

---

<sup>126</sup> MEIER (FN 77), 226.



---

# Lenkungsabgaben zwischen Skylla und Charybdis

## Dargestellt am Beispiel des Umweltrechts

Johannes Frings\*

### Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	51
II.	Überblick Regulierungsinstrumente	53
III.	Lenkungsabgaben	55
	A. Allgemeines	55
	B. Reine Lenkungsabgaben	57
	C. Lenkungssteuern	58
	D. Lenkungskausalabgaben	59
IV.	Praxis	62
	A. VOC-Abgabe	62
	B. Mineralölsteuer	63
	C. Gestufte Trinkwassergebühr	64
V.	Bemessungsgrundsätze	66
VI.	Leitsätze	69
VII.	Fazit	70

## I. Einleitung

An der Klimakonferenz in Paris im Jahr 2015 haben sich 197 Staaten zur Reduktion ihrer Treibhausgasemissionen verpflichtet.<sup>1</sup> Auch die Schweiz hat das Übereinkommen von Paris ratifiziert und sich Reduktionsziele gesetzt.<sup>2</sup> Mit

---

\* MLaw, Rechtsanwalt, SNF-Doktorand an der Universität Luzern, wissenschaftlicher Mitarbeiter an der ZHAW School of Management and Law, Winterthur.

<sup>1</sup> Vgl. Übereinkommen von Paris vom 12. Dezember 2015 (Klimaübereinkommen; SR 0.814.012), in Kraft getreten für die Schweiz am 5. November 2017.

<sup>2</sup> Vgl. Bundesbeschluss vom 16. Juni 2017 über die Genehmigung des Klimaübereinkommens von Paris (AS 2017 5733).

der Annahme des Klima- und Innovationsgesetzes<sup>3</sup> hat die Schweizer Stimmbevölkerung entschieden, die Treibhausgasemissionen bis 2040 um mindestens 75 % zu reduzieren und bis 2050 auf netto null zu senken.<sup>4</sup> Dies bedeutet, dass in der Schweiz ab 2050 nicht mehr Treibhausgase in die Atmosphäre ausgestossen werden dürfen, als durch natürliche und technische Speicher absorbiert werden.

Die Gesellschaft steht angesichts der beschlossenen Klimaziele vor grossen Herausforderungen. Um die definierten Ziele zum vorgesehenen Zeitpunkt erreichen zu können, sind erhebliche Verhaltensanpassungen erforderlich. Namentlich müssen die Emissionen im Verkehr, im Gebäudebereich und in der Industrie umfassend vermindert werden. Zu diesem Zweck stehen verschiedene rechtliche Regulierungsinstrumente zur Verfügung. Besonders wirksam, um die vorgegebenen Ziele zu erreichen, wären an und für sich Ge- und Verbote. Diese sind in einem freiheitlichen Staat aber zurückhaltend einzusetzen und lösen bei den Betroffenen regelmässig Widerstand aus. In den Fokus rücken damit mildere Massnahmen zur Verhaltenssteuerung. Ein weniger einschneidendes Regulierungsinstrument, welches gleichzeitig hohe Wirksamkeit verspricht, sind Lenkungsabgaben. Mit diesen kann das Verhalten der Abgabepflichtigen mit Blick auf ein bestimmtes Lenkungsziel beeinflusst werden.

Mit der CO<sub>2</sub>-Abgabe auf fossile Brennstoffe besteht bereits seit 2008 eine Lenkungsabgabe, welche Anreize zum sparsamen Einsatz nicht erneuerbarer Energien setzt und zum vermehrten Umstieg auf CO<sub>2</sub>-arme und CO<sub>2</sub>-freie Energieträger anregen soll.<sup>5</sup> Gemäss einer Wirkungsabschätzung im Auftrag des Bundesamtes für Umwelt (BAFU), hat die CO<sub>2</sub>-Abgabe seit ihrer Einführung bereits zu spürbaren Emissionsreduktionen geführt.<sup>6</sup> Deutlich weniger wirksam waren Subventionen («Gebäudeprogramm») und konsensuale Instrumente («Zielvereinbarungen»).<sup>7</sup> Auch im Luftverkehr besteht mit den schad-

---

<sup>3</sup> Bundesgesetz vom 30. September 2022 über die Ziele im Klimaschutz, die Innovation und die Stärkung der Energiesicherheit (KIG; SR 814.310). Das KIG ist am 1. Januar 2025 in Kraft treten.

<sup>4</sup> Art. 3 Abs. 1 und 3 KIG.

<sup>5</sup> Vgl. Art. 29 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 23. Dezember 2011 über die Reduktion der CO<sub>2</sub>-Emissionen (CO<sub>2</sub>-Gesetz; SR 641.71).

<sup>6</sup> ECOPLAN, Wirkungsabschätzung zur CO<sub>2</sub>-Abgabe, Aktualisierung bis 2015, Im Auftrag des Bundesamtes für Umwelt, Bern/Altdorf 2017, 1.

<sup>7</sup> ECOPLAN (FN 6), 1 f.

stoffabhängigen Landegebühren eine umweltpolitisch motivierte Lenkungsabgabe.<sup>8</sup> Neue Abgaben zur Beeinflussung des individuellen Flugverhaltens wurden bereits diskutiert. Vor diesem Hintergrund ist mit der Einführung weiterer Lenkungsabgaben im Umweltrecht in den nächsten Jahren zu rechnen.

In der vorliegenden Untersuchung sollen ausgehend von diesem Befund Lenkungsabgaben als rechtliche Regulierungsinstrumente dargestellt und kritisch beleuchtet werden. Dabei wird zunächst kurz auf Regulierungsinstrumente im Allgemeinen eingegangen (II.) und anschliessend die Kategorie der Lenkungsabgaben skizziert (III.). Sodann werden die einzelnen Arten der Lenkungsabgaben anhand von ausgewählten Beispielen aus dem Umweltrecht illustriert (IV.). Auf dieser Grundlage wird dann die Problematik der Bemessung von Lenkungsabgaben umrissen und die zentrale Bedeutung des Verhältnismässigkeitsprinzips für die Bemessung von Lenkungsabgaben aufgezeigt (V.). Abgeschlossen wird die Darstellung mit zusammenfassenden Leitsätzen (VI.) und einem Fazit (VII.).

## II. Überblick Regulierungsinstrumente

Der moderne Staat setzt sich auch für die Wohlfahrt seiner Bevölkerung ein. Mittels Regulierung strebt er danach, gesellschaftliche Prozesse zur Erreichung seiner Ordnungsziele zu beeinflussen. Dabei stehen ihm eine Vielzahl unterschiedlicher Regulierungsinstrumente zur Verfügung. Stets geht es darum, das individuelle Verhalten der Bürgerinnen und Bürger mit Blick auf übergeordnete Ziele zu steuern. Die einzelnen Steuerungsinstrumente weisen jedoch eine unterschiedliche Eingriffstiefe auf und versprechen nicht alle die gleiche Wirksamkeit. Insbesondere begründen nicht alle Regulierungsinstrumente eine Pflicht zu einem bestimmten Verhalten.

Aus den verwaltungsrechtlichen Erlassen können Typen von Regelungsinstrumenten abgeleitet werden, welche in unterschiedlicher Ausgestaltung zur Verhaltenslenkung eingesetzt werden. Eine eigenständige Dogmatik für diese Rechtsinstitute fehlt bislang weitgehend. Der Gesetzgeber hat sich bei der Regelung der Regulierungsinstrumente jedoch insbesondere an den Grundsätzen rechtsstaatlichen Verwaltungshandelns zu orientieren. Grosse Bedeutung kommt dabei dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu (Art. 5 Abs. 2

---

<sup>8</sup> Vgl. Art. 39 Abs. 3 lit. e LFG.

BV). Es schreibt mit Blick auf die Regulierung vor, dass individuelles Verhalten nicht stärker gesteuert werden darf, als dies zur Wahrung der öffentlichen Interessen unbedingt erforderlich ist. Der Staat hat daher aus den ihm zur Verfügung stehenden Steuerungsinstrumenten dasjenige auszuwählen, welches erforderlich und zur Zielerreichung geeignet ist und dabei die geringsten Beeinträchtigungen mit sich bringt.<sup>9</sup>

Es können vor diesem Hintergrund Mittel der direkten und der indirekten Verhaltenssteuerung unterschieden werden.<sup>10</sup> Die direkten Regulierungsinstrumente steuern das Verhalten der Rechtsunterworfenen unmittelbar, indem sie diesen vorschreiben, was zu tun und was zu unterlassen ist. Zu den direkten Regulierungsinstrumenten können Ge- und Verbote, aber auch Bewilligungen, Monopole und Konzessionen gezählt werden. Die indirekten Regulierungsinstrumente wirken auf das Verhalten der Individuen hingegen lediglich mit Anreizen ein und appellieren an deren Eigeninteresse. Der Einzelne bleibt in seiner Entscheidung grundsätzlich frei. Zu den indirekten Steuerungsmitteln zählen neben besonders niederschwelligen Massnahmen wie Informationskampagnen und Selbstverpflichtungen insbesondere Subventionen und Lenkungsabgaben.<sup>11</sup>

Die beiden Kategorien von Steuerungsmitteln unterscheiden sich namentlich hinsichtlich ihrer Effektivität und der mit ihnen verbundenen Beeinträchtigungen. Verbindliche Verhaltensvorschriften versprechen besondere Wirksamkeit, führen jedoch zugleich zu einer empfindlichen Freiheitsbeschränkung. Auch die Einführung von Bewilligungspflichten, Monopolen oder Konzessionen kann unter Umständen einen erheblichen Grundrechtseingriff bewirken.<sup>12</sup> Die milderer Regulierungsinstrumente tangieren die Grundrechte der Bürgerinnen und Bürger hingegen nicht oder weniger stark als die direkten

---

<sup>9</sup> Zum Ganzen MARKUS MÜLLER, Verhältnismässigkeit, Gedanken zu einem Zauberwürfel, 2. A., Bern 2023.

<sup>10</sup> Siehe zu dieser Unterscheidung insb. PETER KARLEN, Schweizerisches Verwaltungsrecht. Gesamtdarstellung unter Einbezug des europäischen Kontextes, Zürich/Basel/Genf 2018, § 37 f, m.w.Verw.; PETER HETTICH, in: Giovanni Biaggini/Isabelle Häner/Urs Sixer/Marcus Schott (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht. Expertenwissen für die Praxis, Zürich/Basel/Genf 2015, N 20.9.

<sup>11</sup> Vgl. zu den verschiedenen Regulierungsinstrumenten KARLEN (FN 10), § 36 ff.; BERNHARD WALDMANN/RENÉ WIEDERKEHR, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2019, 2. Kap. N 12 ff.; LUZIUS MADER, Regulierung, Deregulierung, Selbstregulierung: Anmerkungen aus logistischer Sicht, ZSR NF 123 (2004) II, 51 ff.

<sup>12</sup> Vgl. BEATRICE WEBER-DÜRLER, Der Grundrechtseingriff, VVD-StRL 57 (1998), 57 ff., 72 f.

Steuerungsmassnahmen. Entsprechend geniessen diese in der Regel höhere Akzeptanz in der Bevölkerung. Die milden Regulierungsinstrumente sind daher auch aus praktischen Überlegungen vorzuziehen. Für Lenkungsabgaben spricht dabei im Speziellen, dass diese im Unterschied zu den Subventionen keinen aufwendigen Vollzugsapparat voraussetzen und im Idealfall keine Kosten verursachen. Gleichzeitig versprechen Lenkungsabgaben – je nach Abgabenhöhe – eine deutlich höhere Wirksamkeit als die anderen indirekten Regulierungsinstrumente. Auch die mildereren Steuerungsmittel führen indes zu Freiheitsverkürzungen. Erreichen diese die Schwelle eines Grundrechteingriffs, sind auch bei ihnen die verfassungsrechtlichen Anforderungen an Grundrechtsbeschränkungen zu beachten (Art. 36 BV).<sup>13</sup>

### **III. Lenkungsabgaben**

#### **A. Allgemeines**

Öffentliche Abgaben dienen verschiedenen Zwecken. Sie erfüllen in erster Linie eine Fiskalfunktion, können aber auch zur Verhaltenslenkung eingesetzt werden. Abgaben, die eine Lenkungskomponente aufweisen, um das Verhalten der Abgabepflichtigen mit Blick auf einen bestimmten Zweck zu beeinflussen, werden als Lenkungsabgaben bezeichnet.<sup>14</sup> Lenkungsabgaben schaffen negative finanzielle Anreize, indem ein bestimmtes Handeln finanziell belastet und damit unattraktiver gemacht wird. Das unerwünschte Verhalten soll von den Abgabeschuldnern dadurch unterlassen oder zumindest gemieden werden. Sämtliche Abgaben entfalten eine gewisse Lenkungswirkung. Nur wenn diese mit der Abgabe unmittelbar bezweckt wird, handelt es sich um

---

<sup>13</sup> KARLEN (FN 10), 458 f.

<sup>14</sup> Vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. A., Zürich/St. Gallen 2020, N 2876 ff.; WALDMANN/WIEDERKEHR (FN 11), 8. Kap. N 48; ALAIN GRIFFEL, Allgemeines Verwaltungsrecht im Spiegel der Rechtsprechung, 2. A., Zürich/Genf 2022, N 508.

eine Lenkungsabgabe.<sup>15</sup> Lenkungsabgaben sind Regulierungsinstrumente. Sie bilden als Steuerungsmittel einen mildernden Ersatz für Ver- oder Gebote.<sup>16</sup>

Es lassen sich mehrere Arten von Lenkungsabgaben unterscheiden. Neben der Verhaltenslenkung können Lenkungsabgaben auch der staatlichen Mittelbeschaffung dienen. Sowohl Steuern als auch Kausalabgaben können dabei mit einer Lenkungskomponente versehen und als Lenkungsabgaben ausgestaltet werden. Ferner gibt es Abgaben, welche allein Verhaltenslenkung beziehen und keinerlei Ertragszweck verfolgen. In Lehre und Praxis werden daher drei Kategorien von Lenkungsabgaben unterschieden: reine Lenkungsabgaben, Lenkungssteuern und Lenkungskausalabgaben.<sup>17</sup>

Für die Qualifikation einer Lenkungsabgabe als Steuer oder Kausalabgabe ist dabei nicht auf ihren Lenkungszweck, sondern auf ihre Rechtsnatur abzustellen.<sup>18</sup> Es gelten mithin die üblichen Einteilungskriterien. Je nach Zuordnung unterscheiden sich die Zulässigkeitsvoraussetzungen und die anwendbaren Prinzipien. Die verfassungsmässigen Grundsätze des Abgaberechts hinsichtlich Bemessung, Zuständigkeit und Gesetzmässigkeit sind für Lenkungsabgaben differenziert anzuwenden: Für Lenkungssteuern gelten grundsätzlich die steuerrechtlichen und für Lenkungskausalabgaben die kausalabgaberechtlichen Grundsätze.<sup>19</sup> Welche Grundsätze für die Erhebung reiner Lenkungsabgaben gelten, ist weitgehend unklar.

---

<sup>15</sup> Ausführlich zur Qualifikation XAVIER OBERSON, *Les taxes d'orientation. Nature juridique et constitutionnalité*, Diss. Basel, Basel/Frankfurt am Main 1991, 25 ff.

<sup>16</sup> Vgl. zum Ganzen PIERRE TSCHANNEN/MARKUS MÜLLER/ALEXANDER KERN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5. A., Bern 2022, N 1595 und 1610; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 14), N 2876 ff.; WALDMANN/WIEDERKEHR (FN 11), 8. Kap. N 48; RENÉ WIEDERKEHR/PAUL RICHLI, *Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts. Eine systematische Analyse der Rechtsprechung*, Bd. II, Bern 2014, N 1038 ff.; KLAUS A. VALLENDER/RETO JACOBS, *Ökologische Steuerreform. Rechtliche Grundlagen*, Bern/Stuttgart/Wien 2000, 61 ff.; ADRIAN HUNGERBÜHLER, *Grundsätze des Kausalabgaberechts. Eine Übersicht über die neuere Rechtsprechung und Doktrin*, ZBl 2003, 514; DANIELA WYSS, *Kausalabgaben. Begriff, Bemessung, Gesetzmässigkeit*, Diss. Bern, Basel 2009, 15 ff.; MICHAEL BEUSCH, *Lenkungsabgaben im Strassenverkehr. Eine rechtliche Beurteilung der Möglichkeiten zur Internalisierung externer Umweltkosten*, Diss., Zürich 1999, 99 ff.

<sup>17</sup> TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (FN 16), N 1610; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 14), N 2876 ff.; WALDMANN/WIEDERKEHR (FN 11), 8. Kap. N 48; RENÉ WIEDERKEHR, *Kausalabgaben*, 2. A., Bern 2024, 28; GRIFFEL (FN 14), N 508.

<sup>18</sup> BGE 143 I 220 E. 4.3, in: Pra 2018, Nr. 39; 140 I 176 E. 5.4; 125 I 182 E. 4c.

<sup>19</sup> BGE 125 I 182 E. 4d.

Die Verhaltenslenkung erfolgt bei den Lenkungsabgaben durch die Abgabenhöhe. Deren Ausgestaltung kommt für die Wirksamkeit der Abgaben entscheidende Bedeutung zu. Die etablierten Bemessungsgrundsätze im Abgaberecht erweisen sich für die Lenkungsabgaben jedoch überwiegend als unpassend. Eigenständige Grundsätze für die Bemessung von Lenkungsabgaben fehlen. Vor diesem Hintergrund wird im Folgenden insbesondere die Problematik der Bemessung von Lenkungsabgaben genauer betrachtet.

## B. Reine Lenkungsabgaben

Als Steuerungsinstrumente stehen die reinen Lenkungsabgaben im Vordergrund. Sie dienen ausschliesslich der Verhaltenslenkung. Die reinen Lenkungsabgaben verfolgen keine fiskalische Zielsetzung, und es steht ihnen auch keine staatliche Leistung gegenüber. Sie können daher weder den Steuern noch den Kausalabgaben zugerechnet werden. Sie bilden eine eigene Kategorie der öffentlichen Abgaben.<sup>20</sup> Entsprechend unterliegen sie besonderen Anforderungen betreffend Erhebungskompetenz, Bemessung und Gesetzmässigkeit.

Die reinen Lenkungsabgaben sind grundsätzlich staatsquotenneutral auszugestalten und der Abgabeertrag ist vollständig an die Bevölkerung zurückzuerstatten. Daher bedürfen reine Lenkungsabgaben auf Bundesebene keiner ausdrücklichen Verfassungsgrundlage. Es genügt zu deren Erhebung eine Sachkompetenz im entsprechenden Bereich (z.B. Art. 74 BV [Umweltschutz]). Teilweise werden in der Lehre auch Abgaben den reinen Lenkungsabgaben zugerechnet, welche ein fiskalisches Ziel als Nebenzweck verfolgen, sofern diese Erträge zur Verstärkung der Lenkungsziele eingesetzt werden.<sup>21</sup> Dieses Verständnis ist mit Blick auf die verfassungsrechtliche Kompetenzordnung nicht unproblematisch. Zudem führt es zu verschiedenen Auslegungsschwierigkeiten.<sup>22</sup>

Welche Bemessungsgrundsätze bei den reinen Lenkungsabgaben gelten, ist weitgehend unklar. Die Steuerbemessungsgrundsätze (Art. 127 Abs. 2 BV)

---

<sup>20</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 14), N 2876; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (FN 16), N 1610; WALDMANN/WIEDERKEHR (FN 11), 8. Kap. N 51; GRIFFEL (FN 14), N 508.

<sup>21</sup> Vgl. HELEN KELLER/MATTHIAS HAUSER, Verfassungskonforme Ertragsverwendung einer Klimalenkungsabgabe: Funktion und Tragweite des Verfassungsvorbehalts im Abgaberecht, AJP 2009, 809 ff., m.w.Verw.

<sup>22</sup> Kritisch etwa WIEDERKEHR (FN 17), 16 f.; MARKUS REICH, Steuerrecht, 3. A., Zürich/Basel/Geneva 2020, § 2 N 26 f.

sind für Abgaben mit Fiskalzweck konzipiert und erweisen sich als wenig passend. Doch auch die Bemessungsgrundsätze des Kausalabgaberechts sind nicht auf die reinen Lenkungsabgaben zugeschnitten. Da es an einer Gegenleistung fehlt, kann das Äquivalenzprinzip nicht angewendet werden. Die reinen Lenkungsabgaben sind zudem kostenunabhängig. Auch das Kostendeckungsprinzip kommt daher rechtsprechungsgemäß nicht zur Anwendung.<sup>23</sup> Insgesamt sind keine spezifischen Grundsätze ersichtlich, welche die Abgabenhöhe zu steuern und insbesondere zu begrenzen vermögen. Der Gesetzgeber ist bei der Ausgestaltung von reinen Lenkungsabgaben daher weitgehend frei. Gewisse Schranken setzt ihm das Verhältnismäßigkeitsgebot.

Im Vorhinein lässt sich nicht mit Sicherheit sagen, mit welcher Abgabenhöhe eine bestimmte Lenkungswirkung erzielt werden kann. Es muss daher eine flexible Anpassung möglich sein, wenn sich die Wirksamkeit des vorgesehenen Abgabesatzes abzeichnet.<sup>24</sup> Die starren Anforderungen des Legalitätsprinzips bei den Steuern erweisen sich bei den reinen Lenkungsabgaben als unpraktikabel. Die Ansprüche an die gesetzliche Grundlage der Abgabebemessung sind daher herabgesetzt. Es genügt für reine Lenkungsabgaben praxisgemäß, wenn auf Gesetzesstufe Abgabekriterien oder Höchstsätze festgelegt sind.<sup>25</sup> Das Äquivalenz- und das Kostendeckungsprinzip können ihre Surrogatsfunktion indes nicht wahrnehmen. Eine vollständige Delegation der Abgabebemessung an den Verordnungsgeber muss daher unzulässig bleiben.<sup>26</sup>

## C. Lenkungssteuern

Ein Lenkungsziel kann auch mit Steuern verfolgt werden. Steuern sind öffentliche Abgaben, die ohne eine zurechenbare Gegenleistung erhoben werden. Sie dienen der Deckung des allgemeinen staatlichen Finanzbedarfs. Die Bemessung von Steuern richtet sich nach den Grundsätzen von Art. 127 Abs. 2 BV.

---

<sup>23</sup> Vgl. BGE 125 I 182 E. 4d; 121 I 230 E. 3e.

<sup>24</sup> Vgl. WIEDERKEHR (FN 17), 29.

<sup>25</sup> Vgl. WALDMANN/WIEDERKEHR (FN 11), 8. Kap. N 51 f.; WIEDERKEHR/RICHLI (FN 16), N 1043; WYSS (FN 16), 17; a.M. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 14), N 2880; siehe auch THOMAS KAPPELER, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen umweltpolitisch motivierter Lenkungsabgaben, Diss., Zürich 2000, 76, wonach es ausreichend sein soll, wenn der Gesetzgeber die sachzielbezogenen Grundsätze festlegt und die Bemessungsgrundlage und den Abgabesatz an den Verordnungsgeber delegiert.

<sup>26</sup> Vgl. WIEDERKEHR (FN 17), 29 f.

Dies sind die Allgemeinheit und die Gleichmässigkeit der Besteuerung sowie die Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit. Diesen Grundsätzen lassen sich allerdings kaum Kriterien für die Festlegung des Steuersatzes und des Steuertarifs entnehmen.<sup>27</sup> Die konkrete Steuerbemessung ist daher weitgehend Gegenstand politischer Übereinkunft. Auch bei der Steuererhebung muss jedoch das Verhältnismässigkeitsprinzip beachtet werden.

Lenkungssteuern sind Steuern, die eine Lenkungskomponente aufweisen. Sie werden so bemessen, dass sie die gewünschte Lenkungswirkung erzielen. Auch die allgemeinen Steuern, die zu rein fiskalischen Zwecken erhoben werden, können das Verhalten der Steuerzahlerinnen und Steuerzahler in gewissem Umfang beeinflussen. Im Unterschied zu den gewöhnlichen Steuern wird die Verhaltenssteuerung mit den Lenkungssteuern jedoch beabsichtigt. Lenkungssteuern sind häufig als Zwecksteuern ausgestaltet und für eine bestimmte Aufgabe gebunden.<sup>28</sup>

Die Lenkungssteuern befinden sich in einem Spannungsverhältnis: Einerseits sollen mit ihnen als Steuern Fiskaleinnahmen generiert werden; gleichzeitig wird mit ihnen ein Lenkungsziel verfolgt.<sup>29</sup> Dessen Erreichung steht dem Fiskalzweck entgegen: Tritt die Lenkungswirkung ein, gehen die Einnahmen aus der Lenkungssteuer zurück. Eine Lenkungssteuer, die eine maximale Lenkungswirkung erzielt, würde keinen Steuerertrag generieren.

## D. Lenkungskausalabgaben

Auch Kausalabgaben können mit einer Lenkungskomponente versehen werden. Sie werden durch einen allfälligen Lenkungscharakter grundsätzlich nicht zur Steuer. Kausalabgaben sind Abgaben, welche als Entgelt für staatliche Leistungen oder Vorteile zu entrichten sind. Zwischen der staatlichen Leistung und der Abgabe besteht ein Austauschverhältnis. Die beiden Leistungen sol-

---

<sup>27</sup> Vgl. REICH (FN 22), § 4 N 122 ff.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (FN 16), N 1624; WALDMANN/WIEDERKEHR (FN 11), 8. Kap. N 13.

<sup>28</sup> Vgl. TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (FN 16), N 1595, mit Beispielen.

<sup>29</sup> Vgl. ERNST BLUMENSTEIN/PETER LOCHER, System des schweizerischen Steuerrechts, 8. A., Zürich/Genf 2023, 10.

len sich daher grundsätzlich entsprechen. Die Bemessung von Kausalabgaben richtet sich nach dem Äquivalenz- und dem Kostendeckungsprinzip.<sup>30</sup>

Das *Äquivalenzprinzip* schreibt vor, dass eine Abgabe nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der staatlichen Leistung stehen darf.<sup>31</sup> Es ergibt sich aus dem Wesen der Kausalabgabe und kann bei diesen grundsätzlich nicht ausgeschlossen werden.<sup>32</sup> Das *Kostendeckungsprinzip* verlangt, dass die Gesamteinnahmen aus Abgaben den Gesamtaufwand des betreffenden Verwaltungszweigs nicht oder nur geringfügig übersteigen.<sup>33</sup> Es gilt nur für kostenabhängige Kausalabgaben und kann damit durch den Gesetzgeber ausser Kraft gesetzt werden.<sup>34</sup>

Lenkungskausalabgaben stellen das Entgelt für eine staatliche Leistung dar und sind damit als Kausalabgaben zu qualifizieren. Sie weisen aber nicht das typische Merkmal der Leistungsäquivalenz von Kausalabgaben auf. Zu der am objektiven Wert der empfangenen Leistung ausgerichteten Kausalabgabe tritt eine Lenkungskomponente hinzu, sodass die Abgabehöhe (im Regelfall) den Wert der staatlichen Gegenleistung übersteigt. Erst mit diesem Ungleichgewicht von Abgabe und staatlicher Gegenleistung entsteht eine relevante Lenkungswirkung. Das Äquivalenzprinzip kann die ihm zugesetzte Schutzfunktion nicht erfüllen, da praktisch alle Lenkungskausalabgaben gegen das Äquivalenzprinzip verstossen.

Die Rechtsprechung zur Geltung der kausalabgaberechtlichen Bemessungsgrundsätze für Lenkungskausalabgaben ist uneinheitlich. Das Bundesgericht führte in einem älteren Entscheid grundlegend aus, dass für Lenkungskausalabgaben die kausalabgaberechtlichen Grundsätze gelten.<sup>35</sup> Auch eine

---

<sup>30</sup> Zu Kausalabgaben im Allgemeinen WIEDERKEHR (FN 17), 6 ff.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (FN 16), N 1601 ff.; WALDMANN/WIEDERKEHR (FN 11), 8. Kap. N 17 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 14), N 2758 ff.

<sup>31</sup> BGE 146 IV 196 E. 2.2.1; 145 I 52 E. 5.2.3; 143 I 147 E. 6.3.1.

<sup>32</sup> Vgl. WIEDERKEHR (FN 17), 63; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (FN 16), N 1641; WALDMANN/WIEDERKEHR (FN 11), 8. Kap. N 31 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 14), N 2785 ff.; GRIFFEL (FN 14), N 488 ff.

<sup>33</sup> BGE 149 I 305 E. 3.2; 146 IV 196 E. 2.2.1; 145 I 52 E. 5.2.2; 143 II 283 E. 3.7.1.

<sup>34</sup> Vgl. BGE 149 I 305 E. 3.6; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (FN 16), N 1635 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 14), N 2778; WALDMANN/WIEDERKEHR (FN 11), 8. Kap. N 36 ff.; GRIFFEL (FN 14), N 483 ff.

<sup>35</sup> BGE 125 I 182 E. 4d; siehe auch BVGer, A-5553/2008, 28.10.2009, E. 2.2.4.

Lenkungskausalabgabe könne das Äquivalenzprinzip einhalten.<sup>36</sup> Mit Blick auf das Legalitätsprinzip hielt es in einem neueren Urteil jedoch fest, dass Lenkungsabgaben nicht den Grundsätzen der Kostendeckung und der Äquivalenz unterliegen.<sup>37</sup> Es scheint nun generell davon auszugehen, dass das Äquivalenzprinzip bei Lenkungskausalabgaben keine Anwendung findet.<sup>38</sup>

Auch in der Lehre ist umstritten, ob das Äquivalenzprinzip bei Lenkungskausalabgaben anwendbar ist. Während einige Autoren der Auffassung sind, dass das Äquivalenzprinzip aufgrund der den Wert der staatlichen Leistung überschreitenden Lenkungskomponente von vornherein keine Anwendung finden kann<sup>39</sup>, sind andere der Meinung, dass ein genereller Ausschluss des Äquivalenzprinzips bei Lenkungskausalabgaben aufgrund des Äquivalenzmoments von Kausalabgaben zu weit geht.<sup>40</sup>

Das Äquivalenzprinzip kann in gewissen Ausnahmefällen seine Begrenzungswirkung auch bei Lenkungskausalabgaben entfalten. Wurde etwa eine Benutzungsgebühr bislang deutlich unter dem staatlichen Gegenwert erhoben, kann mit einer Erhöhung der Abgabe unter Umständen eine Lenkungswirkung erzielt werden, ohne dass das Äquivalenzprinzip verletzt würde.<sup>41</sup> In einem solchen Fall ist es nicht notwendig, die Geltung des Äquivalenzprinzips in Frage zu stellen. In der Mehrheit der Fälle greift das Äquivalenzprinzip jedoch nicht.

Auch das Kostendeckungsprinzip kann die ihm zugedachte Schutzfunktion nicht erfüllen. Es kann anerkanntermassen durch den Gesetzgeber ausgeschlossen werden. Soll mit einer Kausalabgabe eine Lenkungswirkung erzielt werden, gilt das Kostendeckungsprinzip daher grundsätzlich nicht.<sup>42</sup>

---

<sup>36</sup> Vgl. BGE 125 I 182 E. 4d. In diesem Entscheid befasste sich das Bundesgericht mit einer Benutzungsgebühr mit Lenkungszweck. Siehe auch BGer, 2C\_804/2010, 17.5.2011, E. 5.3.2.

<sup>37</sup> BGer, 2C\_609/2010, 18.6.2011, E. 3.3.

<sup>38</sup> BGE 143 I 220 E. 5.3, in: Pra 2018, Nr. 39; BGer, 2C\_701/2016, 1.12.2017, E. 2.2.

<sup>39</sup> Vgl. WALDMANN/WIEDERKEHR (FN 11), 8. Kap. N 49; BEUSCH (FN 16), 139, XAVIER OBERSON, *Le principe de la légalité en droit des contributions publiques*, RDAF 1996, 275.

<sup>40</sup> Vgl. KARLEN (FN 10), 460; GRIFFEL (FN 14), N 490, und Wyss (FN 16), 47; MARTIN KOCHER, *Die bundesgerichtliche Kontrolle von Steuernormen. Grundlagen, Anfechtungsobjekt, Streitgegenstand, Verfahren, Fallstudien*, Habil. Basel, Bern 2018, N 1270.

<sup>41</sup> Vgl. RENÉ WIEDERKEHR, *Kausalabgaben – Arten, Bemessung und Gesetzmässigkeit: eine Übersicht über die neuere Rechtsprechung und Doktrin*, recht 2023, 141.

<sup>42</sup> WIEDERKEHR (FN 17), 79 f.; WALDMANN/WIEDERKEHR (FN 11), 8. Kap. N 49; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 14), N 2781 f.

Zusammenfassend kann damit festgehalten werden, dass die Bemessungsgrundsätze des Kausalabgaberechts für die Lenkungskausalabgaben im Normalfall nicht angewendet werden können. Es fehlt damit an klaren Vorgaben für eine Obergrenze der Abgabenhöhe. Dies ist besonders stossend, da es sich bei den Lenkungskausalabgaben um Leistungen mit Entgeltcharakter handelt. Ein Rückgriff auf das Verhältnismässigkeitsprinzip vermag die fehlenden Bemessungsgrundsätze nur bedingt zu kompensieren.

## IV. Praxis

### A. VOC-Abgabe

Das Umweltschutzgesetz<sup>43</sup> bezweckt, die Menschen vor schädlichen Einwirkungen zu schützen sowie ihre natürlichen Lebensgrundlagen dauerhaft zu erhalten (vgl. Art. 1 USG). Eine schädigende Wirkung auf Mensch und Umwelt haben unter anderem flüchtige organische Verbindungen (sog. volatile organic compounds; VOC), welche als Lösungsmittel in vielen Farben, Lacken und Reinigungsmitteln vorkommen. Art. 35a Abs. 1 USG belegt die genannten Stoffe vor diesem Hintergrund mit einer Lenkungsabgabe (VOC-Abgabe).

Die VOC-Abgabe verfolgt ein klares Lenkungsziel. Der Einsatz der als schädlich eingestuften Stoffe soll so weit wie möglich verringert werden. Durch die VOC-Abgabe werden die flüchtigen organischen Verbindungen verteuert. Es besteht damit ein negativer finanzieller Anreiz, VOC sparsamer zu verwenden oder Alternativen einzusetzen. Betroffene Unternehmen werden angeregt, ihre Produktionsprozesse mit Blick auf die Verwendung von VOC zu optimieren. Die VOC-Abgabe hat sich als äusserst wirksam erwiesen. Seit Einführung der Abgabe am 1. Januar 2000 konnten die VOC-Emissionen insgesamt um etwa 50 % gesenkt werden.<sup>44</sup>

Im Umweltschutzgesetz sind das Abgabeobjekt und das Abgabesubjekt der VOC-Abgabe im Grundsatz bestimmt (Art. 35a Abs. 1 USG). Der Gesetzgeber hat auf Gesetzesstufe auch einen maximalen Abgabesatz für die VOC-Abgabe festgelegt. Gemäss Art. 35a Abs. 6 USG darf dieser teuerungsbereinigt höchstens fünf Franken je Kilogramm flüchtiger organischer Verbindungen betragen. Die Einzelheiten der VOC-Lenkungsabgabe werden auf Verord-

---

<sup>43</sup> Bundesgesetz vom 7. Oktober 1983 über den Umweltschutz (USG; SR 814.01).

<sup>44</sup> Vgl. BAFU, Emissionsübersicht VOC 2022, 1.

nungsebene geregelt. Der aktuell gültige Abgabesatz ist in Art. 7 VOCV auf drei Franken je Kilogramm VOC festgesetzt.

Die Einnahmen von reinen Lenkungsabgaben dürfen nicht zu fiskalischen Zwecken verwendet werden. Art. 35a Abs. 9 USG sieht für die VOC-Abgabe entsprechend vor, dass der Ertrag der Abgabe (nach Abzug der Vollzugskosten) gleichmässig an die Bevölkerung zu verteilen ist. Gemäss Art. 23 Abs. 1 und Abs. 4 VOCV erfolgt die Verteilung des Abgabeertrages durch die obligatorische Krankenversicherung bzw. die Militärversicherung. Die VOC-Abgabe erfüllt damit die Kriterien einer reinen Lenkungsabgabe: Sie dient allein der Verhaltenslenkung und ihr Abgabeertrag wird vollständig an die Bevölkerung zurückerstattet. Sie ist damit als reine Lenkungsabgabe zu qualifizieren.<sup>45</sup> Unter dem Gesichtswinkel der Bemessung erweist sich die VOC-Abgabe als weitgehend unproblematisch. Der Abgabesatz ist nicht vernachlässigbar, erscheint jedoch insgesamt als moderat.

## B. Mineralölsteuer

Der Bund erhebt eine Mineralölsteuer auf Erdöl, anderen Mineralölen, Erdgas und den bei ihrer Verarbeitung gewonnenen Produkten sowie auf Treibstoffen (Art. 1 lit. a MinöStG). Die Kompetenz zur Erhebung einer solchen besonderen Verbrauchssteuer wurde ihm mit Art. 131 Abs. 1 lit. e BV verliehen. Die Mineralölsteuer hat eine erhebliche finanzielle Bedeutung. Im Jahr 2023 entfielen 5,5 % der gesamten Bundeseinnahmen (ca. 4,3 Mrd. CHF) auf die Mineralölsteuer.<sup>46</sup>

Der Zweck der Mineralölsteuer ergibt sich zunächst aus Art. 86 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 lit. e und f sowie Abs. 3 i.V.m. Abs. 4 MinöStG. Sie dient der Mittelbeschaffung für Aufgaben und Aufwendungen im Zusammenhang mit dem Strassenverkehr und erfüllt einen Fiskalzweck. Es handelt sich bei der Mineralölsteuer folglich um eine Steuer. Entsprechend gelten für ihre Erhebung die steuerrechtlichen Grundsätze.

Die Mineralölsteuer entfaltet jedoch zudem einen nicht unerheblichen Lenkungseffekt. Der Verbrauch der betroffenen nicht erneuerbaren Energieträger wird durch die Mineralölsteuer stark verteuert und damit unattraktiver ge-

---

<sup>45</sup> TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (FN 16), N 1610; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 14), N 2877; WALDMANN/WIEDERKEHR (FN 11), 8. Kap. N 51; GRIFFEL (FN 14), N 508.

<sup>46</sup> Vgl. EFV (Hrsg.), Taschenstatistik. Öffentliche Finanzen 2023, Bern 2024, 3.

macht. Die Mineralölsteuer wirkt sich auf den Preis der besteuerten Stoffe teils erheblich aus. So beträgt sie aktuell beispielsweise pro Liter Dieselöl knapp 80 Rappen. Als *ratio legis* der Mineralölsteuer erscheint damit auch die Ver- minderung des Verbrauchs von fossilen Brennstoffen und des damit verbun- denen CO<sub>2</sub>-Ausstosses.<sup>47</sup> Die Mineralölsteuer dient im Nebenzweck auch der Verhaltenslenkung und kann mithin als Lenkungssteuer qualifiziert werden.

Das Mineralölsteuergesetz regelt das Steuerobjekt (Art. 3 Abs. 1 MinöStG) und das Steuersubjekt (Art. 9 MinöStG) der Mineralölsteuer. Betreffend die Bemessung verweist Art. 12 Abs. 1 MinöStG auf den Steuertarif in Anhang 1 MinöStG. Die einzelnen Steuersätze sind in diesem Anhang und damit auf Gesetzesstufe detailliert für die unterschiedlichen Stoffe geregelt. Die hohen Anforderungen des Legalitätsprinzips im Steuerrecht sind damit gewahrt. An- gesichts der sowohl relativ als auch absolut namhaften Steuerbeträge könnte mit Blick auf die Steuersätze jedoch durchaus deren Verhältnismässigkeit in Frage gestellt werden.

### C. Gestufte Trinkwassergebühr

Das Bundesgericht befasste sich wiederholt mit der Berechnung von Trink- wassergebühren. In BGE 143 I 220 hatte es ein System gestufter Trinkwasser- gebühren zu beurteilen. Angefochten worden war eine Jahresrechnung für die Bereitstellung von Trinkwasser in Höhe von CHF 3'682.60. Der Betrag setzte sich zusammen aus einem fixen Teil von CHF 145 und einem variablen Teil von CHF 3'537.60. Der variable Teil berechnete sich auf Basis von drei ver- schiedenen Tarifstufen: die ersten 60 m<sup>3</sup> Frischwasser pro Jahr – entsprechend dem schweizerischen Durchschnittsverbrauch – zu je CHF 1.80 (CHF 108.–), die nächsten 10 m<sup>3</sup> zu je CHF 3.40 (CHF 34) und die über 70 m<sup>3</sup> hinausgehen- de Menge Trinkwasser (653 m<sup>3</sup>) zu je CHF 5.20 (CHF 3'395.60).<sup>48</sup>

Gebühren für den Trinkwasserverbrauch stellen ein Entgelt für eine staat- liche Leistung dar. Es handelt sich damit um Kausalabgaben. Mit ihnen sol- len in erster Linie die Kosten gedeckt werden, welche dem Gemeinwesen mit der Wasserlieferung über das Versorgungsnetz entstehen. Die Wassergebühren

---

<sup>47</sup> Vgl. Votum Simmen, AB 1995 S 1271.

<sup>48</sup> BGer, 2C\_768/2015, 17.3.2017, E. 3.1 (in BGE 143 I 220 nicht publ. E.).

gelten die Nutzung der Infrastruktur ab und sind daher als Benützungsgebühren zu qualifizieren.<sup>49</sup>

Im zu beurteilenden Fall setzte sich die Trinkwassergebühr aus einer Grundgebühr und einer Verbrauchsgebühr zusammen. Der variable Teil machte den weit überwiegenden Anteil der Gebühr (ca. 96 %) aus. Der zugrundeliegende Tarif ist abgestuft und steigt mit der Menge an verbrauchtem Wasser progressiv an. Die betroffene Gemeinde erklärte die unterschiedlichen Tarifstufen mit der Absicht, die Bürger durch den differenzierten Tarif zu massvollem Trinkwasserkonsum motivieren zu wollen. Sie verfolgte mit der Wassergebühr damit auch einen Lenkungszweck. Es handelt sich bei dieser in der gewählten Ausgestaltung folglich um eine Lenkungskausalabgabe.<sup>50</sup>

Die Lenkungskomponente der beschriebenen Wassergebühr ist beträchtlich. Wäre dem Beschwerdeführer sein gesamter Verbrauch zum Grundtarif für einen Durchschnittsverbraucher (CHF 1.80 pro m<sup>3</sup>) verrechnet worden, hätte er als Verbrauchsgebühr insgesamt lediglich CHF 1'301.40 statt CHF 3'537.60, also rund einen Drittelpreis, bezahlen müssen. Es war vor diesem Hintergrund zu prüfen, ob die Höhe der Trinkwassergebühr durch das Äquivalenz- und Kostendeckungsprinzip begrenzt wird.

Das Bundesgericht hielt zunächst fest, dass Lenkungsabgaben generell nicht dem Kostendeckungs- und dem Äquivalenzprinzip unterstellt sind.<sup>51</sup> Insbesondere bei Gebühren für die Trinkwasserversorgung kann deren Gesetzmässigkeit weder mit dem Kostendeckungs- noch mit dem Äquivalenzprinzip überprüft werden.<sup>52</sup> Der Unterhalt und die Erweiterung der Versorgungsanlagen erfordern die Bildung von finanziellen Reserven. Erst wenn diese den vorsichtig geschätzten zukünftigen Finanzbedarf klar übersteigen, könnte eine Verletzung des Kostendeckungsprinzips angenommen werden.<sup>53</sup> Im Bereich der Trinkwasserversorgung verfügt die jeweilige Gemeinde sodann faktisch über ein Monopol. Es fehlt damit an einem Marktpreis, mit dem sich die er-

---

<sup>49</sup> BGE 143 I 220 E. 4.4, in: Pra 2018, Nr. 39; 118 Ia 320 E. 4, in: Pra 1993, Nr. 139; siehe auch BGE 112 Ia 260 E. 5, in: Pra 1987, Nr. 114.

<sup>50</sup> Zum Ganzen BGE 143 I 220 E. 4.4, in: Pra 2018, Nr. 39.

<sup>51</sup> BGE 143 I 220 E. 5.3, in: Pra 2018, Nr. 39; BGer, 2C\_609/2010, 18.6.2011, E. 3.3.

<sup>52</sup> BGE 143 I 220 E. 6.2, in: Pra 2018, Nr. 39; 118 Ia 320 E. 4d, in: Pra 1993, Nr. 139; BGer, 2C\_150/2007, 9.8.2007, E. 4; siehe auch BGer 2C\_86/2009, 19.11.2009, E. 7.2; anders bezüglich Kanalisationsgebühren BGE 112 Ia 260 E. 5.

<sup>53</sup> BGE 118 Ia 320 E. 4b, in: Pra 1993, Nr. 139.

hobene Gebühr vergleichen liesse. Der Preis von im Detailhandel verkauftem Mineralwasser und die Wassergebühren in anderen Gemeinden bilden keinen tauglichen Vergleichsmassstab.<sup>54</sup> Auch – und gerade – bei Lenkungskausalabgaben müssen die Kriterien für deren Bemessung daher in einem Gesetz im formellen Sinn verankert sein.<sup>55</sup> Da im zu beurteilenden Fall keine genügende formell-gesetzliche Grundlage für die Bemessung der Gebühren vorhanden war, hiess das Bundesgericht die Beschwerde gut.<sup>56</sup>

Unabhängig von den Anforderungen des Legalitätsprinzips stellt sich mit Blick auf den geschilderten Fall die Frage, welches Ausmass die Lenkungskomponente bei Lenkungskausalabgaben annehmen darf. Eine Lenkungskomponente, welche den am Wert der staatlichen Leistung orientierten Abgabebetrag um ein Mehrfaches übersteigt, wirft mit Blick auf die Verhältnismässigkeit zumindest Fragen auf.

## V. Bemessungsgrundsätze

Im Steuerrecht bestehen mit der Allgemeinheit und Gleichmässigkeit der Besteuerung sowie der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (Art. 127 Abs. 2 BV) anerkannte Bemessungsgrundsätze. Auch das Kausalabgaberecht kennt mit dem Äquivalenz- und dem Kostendeckungsprinzip etablierte Grundsätze, welche die Abgabenhöhe begrenzen. Bei den Lenkungsabgaben können die herkömmlichen Prinzipien ihre Begrenzungswirkung jedoch regelmässig nicht erfüllen. Es bedarf daher anderer Grundsätze, welche die Bemessung der Lenkungsabgaben zu steuern vermögen.

Hinzu kommt, dass mit zunehmender Abgabenhöhe auch die Lenkungswirkung einer Abgabe ansteigt. Das mit der Lenkungsabgabe verfolgte Ordnungsziel kann effektiver durchgesetzt werden. Aus Sicht des Regulators ist daher eine möglichst hohe Lenkungsabgabe erstrebenswert. Der Gesetzgeber kann vor diesem Hintergrund versucht sein, sehr hohe Lenkungskomponenten vorzusehen, die sich an der Grenze des noch Zumutbaren bewegen. Dies ist nicht unproblematisch, da es bei Lenkungsabgaben an einer klaren Obergrenze für die Abgabenhöhe fehlt. Die Abgabeschuldner sind daher in besonderem Masse auf rechtlichen Schutz angewiesen.

---

<sup>54</sup> BGE 118 Ia 320 E. 4c, in: Pra 1993, Nr. 139.

<sup>55</sup> BGE 143 I 220 E. 6.2, in: Pra 2018, Nr. 39.

<sup>56</sup> BGE 143 I 220 E. 6.3. in: Pra 2018, Nr. 39.

Beim Einsatz von rechtlichen Regulierungsinstrumenten kommt dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit besondere Bedeutung zu. Gemäss Art. 5 Abs. 2 BV muss sämtliches staatliches Handeln verhältnismässig sein. Das Verhältnismässigkeitsprinzip gilt für die rechtsanwendenden und rechtsetzenden Organe auf allen Ebenen des Gemeinwesens.<sup>57</sup> Auch alle Arten der Lenkungsabgaben müssen daher in Übereinstimmung mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip ausgestaltet werden. Praxis und Lehre haben drei Kriterien zur Beurteilung der Verhältnismässigkeit einer staatlichen Massnahme entwickelt.<sup>58</sup> An diesen sind auch die Lenkungsabgaben zu messen. Die Erhebung der Abgabe hat im Einzelnen zur Zielerreichung geeignet, erforderlich und zumutbar zu sein.

Das Kriterium der Erforderlichkeit verlangt, dass die Massnahme im Hinblick auf die beeinträchtigten Rechte das mildeste Mittel darstellt, um das angestrebte Ziel zu erreichen.<sup>59</sup> Lenkungsabgaben zählen zu den milden Steuerungsmitteln und verfügen über hohe Wirksamkeit. Bei den direkten Regulierungsmassnahmen handelt es sich um weniger milde Mittel. Andere indirekte Regulierungsinstrumente versprechen oft keine vergleichbare Wirksamkeit und erweisen sich damit als weniger tauglich das angestrebte Ziel zu erreichen. Die Erforderlichkeit einer Lenkungsabgabe ist daher regelmässig gegeben, wenn ein entsprechendes öffentliches Interesse vorliegt.

Für die Beurteilung der Verhältnismässigkeit der Abgabenhöhe sind damit primär die Kriterien der Eignung und der Zumutbarkeit relevant. Die Lenkungsabgabe muss tauglich sein, eine Verhaltensänderung zu bewirken. Die Abgabe darf daher nicht derart tief angesetzt sein, dass sie dauerhaft keine Lenkungswirkung erzielt. Andernfalls ist sie nicht geeignet, das Lenkungsziel zu erreichen und damit unverhältnismässig.<sup>60</sup> Eine zu tief bemessene Lenkungsabgabe würde daneben auch den Grundsatz des öffentlichen Interesses verletzen (Art. 5 Abs. 2 bzw. Art. 36 Abs. 2 BV). Denn eine zur Zielerreichung

---

<sup>57</sup> SGK BV-SCHINDLER, in: Bernhard Ehrenzeller/Patricia Egli/Peter Hettich/Peter Hongler/Benjamin Schindler/Stefan G. Schmid/Rainer J. Schweizer (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung*, St. Galler Kommentar, 4. A., Zürich 2023, Art. 5 N 57.

<sup>58</sup> Vgl. BGE 133 I 77 E. 4.1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 14), N 521; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (FN 16), N 453; WALDMANN/WIEDERKEHR (FN 11), 5. Kap. N 68.

<sup>59</sup> BSK BV-EPINEY, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), *Bundesverfassung*, Basler Kommentar, Basel 2015, Art. 5 N 70.

<sup>60</sup> Vgl. BGer, 2C\_804/2010, 17.5.2011, E. 5.3.6.

nicht geeignete Massnahme ist sinnlos und kann mithin nicht im öffentlichen Interesse liegen. Die Anforderungen an die Eignung sind praxisgemäß allerdings niedrig.<sup>61</sup> Insbesondere das Bundesgericht gibt sich teilweise mit einer geringen Lenkungswirkung zufrieden und lässt es genügen, wenn die Abgabe nicht als «geradezu vernachlässigbar» erscheint.<sup>62</sup> Die Lenkungswirkung muss aber nennenswert sein, damit die Eignung der Abgabe bejaht werden kann. Es ist daher zu fordern, dass aufgrund der gewählten Abgabenhöhe realistischerweise eine Verhaltensänderung erwartet werden darf. Diese muss sich nach Einführung der Abgabe auch verwirklichen und damit messbar sein.

Die Lenkungsabgabe muss ausserdem für die Abgabeschuldner zumutbar sein. Für die Beurteilung der Zumutbarkeit ist die Zweck-Mittel-Relation zu prüfen. Die staatliche Massnahme muss in einem vernünftigen Verhältnis zu dem mit ihr verfolgten Ziel stehen. Es darf mit anderen Worten kein Missverhältnis zwischen der erwarteten Wirkung der Massnahme und den durch sie beeinträchtigten Rechten bestehen.<sup>63</sup> Der Zweck von Lenkungsabgaben ist klar: Diese sollen durch einen negativen finanziellen Anreiz eine Verhaltensanpassung bewirken, welche einem politischen Ordnungsziel dient. Mittel dazu ist die jeweilige Lenkungsabgabe und im Besonderen ihre Lenkungskomponente. Es sind also das politische Lenkungsziel und die Höhe der Lenkungsabgabe gegenüberzustellen. Dem Gesetzgeber ist dabei fraglos ein gewisser Ermessensspielraum zuzugestehen. Dies darf aber nicht dazu führen, dass er Lenkungsabgaben in potenziell beliebiger Höhe festlegen kann. Zumindest bei den Lenkungskausalabgaben ist die Beachtung des zusätzlichen Kriteriums der Mässigkeit zu fordern: Bei der Festsetzung der Abgabenhöhe ist der Wert der staatlichen Leistung zu berücksichtigen, auch wenn das Äquivalenzprinzip nicht zur Anwendung gelangen kann. Ein offensichtliches Missverhältnis zum Gegenwert der staatlichen Leistung darf auch mit Lenkungskausalabgaben nicht herbeigeführt werden. Andernfalls würden diese ihren Austauschcharakter verlieren.

---

<sup>61</sup> Vgl. TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (FN 16), N 456; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 14), N 522; WALDMANN/WIEDERKEHR (FN 11), N 72.

<sup>62</sup> BGE 140 I 176 E. 6.2; kritisch zu diesem Entscheid BERNHARD RÜTSCHE, Jährliche Zweitwohnungssteuer in Silvaplana. Besprechung des Bundesgerichtsurteils 2C\_1076/2012, 2C\_1088/2012 vom 27. März 2014, ZBl 2014, 439 f.; siehe allerdings auch BGer, 2C\_467/2008, 10.7.2009, E. 5.6.

<sup>63</sup> BSK BV-EPINEY (FN 59), Art. 5 N 70.

Auf die Bemessung von Lenkungsabgaben wirken damit zwei entgegengesetzte Kräfte ein: Einerseits dürfen Lenkungsabgaben nicht derart tief angesetzt werden, dass sie keine Lenkungswirkung erzielen. Andernfalls sind sie als Steuerungsinstrument von vornherein ungeeignet und daher unzulässig. Andererseits darf die Lenkungskomponente nicht so hoch bemessen werden, dass die Lenkungsabgabe im Ergebnis unangemessen und unzumutbar würde. Lenkungsabgaben bewegen sich damit bildlich gesprochen zwischen Skylla (Eignung) und Charybdis (Zumutbarkeit).

## VI. Leitsätze

- (1) Alle Lenkungsabgaben müssen das Verhältnismässigkeitsprinzip beachten. Dieses gebietet insbesondere, dass eine Lenkungsabgabe zur Verhaltensbeeinflussung geeignet sein muss. Die Abgabe hat so hoch bemessen zu sein, dass eine Verhaltensänderung erwartet werden kann. Das Verhältnismässigkeitsprinzip schreibt damit eine Minimalhöhe für die Lenkungskomponente vor. Je höher der Abgabesatz angesetzt ist, desto eher kann davon ausgegangen werden, dass das Lenkungsziel erreicht wird.
- (2) Abgaben, welche zu tief angesetzt sind, um das Verhalten der Abgabepflichtigen zu beeinflussen, dürfen nicht als Lenkungsabgaben qualifiziert werden. Bei solchen Abgaben liegt die Vermutung nahe, dass sie in Wirklichkeit fiskalischen Zwecken dienen. Die vom Bundesgericht vorgenommene Prüfung erfolgt mit zu grosser Zurückhaltung und toleriert faktisch die Erhebung von rechtswidrigen Lenkungsabgaben ohne Lenkungseffekt. Die Schwelle für die Annahme eines Lenkungseffekts wird unrealistisch tief angesetzt und muss erhöht werden.
- (3) Der Lenkungseffekt nach Einführung einer Lenkungsabgabe muss messbar sein, ansonsten sie sich als ungeeignet erweist, das mit der Abgaberhebung verbundene Ziel zu erreichen. Kann keine Lenkungswirkung festgestellt werden, muss die Abgabenhöhe angepasst oder die Lenkungsabgabe aufgehoben werden.
- (4) Das Verhältnismässigkeitsprinzip gebietet neben der Eignung zur Verhaltenssteuerung, dass Lenkungsabgaben nicht derart hoch angesetzt werden, dass sie das Gebot der Zumutbarkeit verletzen. Aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip ergibt sich damit auch eine Maximalhöhe für die Lenkungskomponente.
- (5) Fiskalische Überlegungen dürfen auf die Ausgestaltung von Lenkungskausalabgaben keinen Einfluss nehmen. Da diese im Normalfall nicht

- dem Äquivalenz- und Kostendeckungsprinzip unterstehen, bedarf die Festlegung von deren Höhe weiterer Vorgaben. Bei der Bemessung von Lenkungskausalabgaben ist deren Zumutbarkeit gesondert zu prüfen. Dabei ist der Wert der staatlichen Leistung zwingend zu berücksichtigen, soll der Austauschcharakter der Abgabe nicht verloren gehen.
- (6) Eignung und Zumutbarkeit stehen sich bei den Lenkungskausalabgaben als antinomische Kriterien gegenüber. Sie sind auf dem Wege einer Interessenabwägung in Einklang zu bringen.

## **VII. Fazit**

Lenkungsabgaben sind als milde Regulierungsinstrumente zur Verhaltensbeeinflussung besonders geeignet und können einen wichtigen Beitrag zur Erreichung der definierten Klimaziele leisten. Sie stehen jedoch in einem Spannungsfeld von Eignung und Zumutbarkeit. Mit der Verfolgung legitimer Gemeinwohlinteressen drohen unverhältnismässige Eingriffe in das Privateigentum und die Wirtschaftsfreiheit. Die Erhebung von Lenkungsabgaben hat daher unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips zu erfolgen. Aus diesem ergibt sich sowohl eine Unter- als auch eine Obergrenze für die Abgabebemessung. Dieses Spannungsverhältnis ist mit einer Interessenabwägung aufzulösen. Bei Lenkungskausalabgaben ist dabei der Wert der staatlichen Leistung besonders zu berücksichtigen.

---

# Das Salzregal – ein Auslaufmodell?

## Kantonale Monopole im Wandel der Zeit

Franca Eckstein\*

### Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	72
II.	Kantonale Monopole	74
	A. Historische Regale	75
	B. Neue kantonale Monopole	77
III.	Das Salzregal im Besonderen	78
	A. Gesetzliche Grundlage	78
	B. Politische Vorstösse	81
	1. Bundesebene	81
	2. Kantonale Ebene	82
	C. Rechtmässigkeit im Lichte der (Wirtschafts-)Verfassung	83
	1. Die Qualifikation als Grund- und Bodenmonopol	83
	2. Öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit	85
IV.	Regulierungsvorschläge	88
	A. Gewinnung von Salz	88
	B. Handel mit Salz	89
	1. Versorgungssicherheit	89
	2. Preisgestaltung	90
	3. Ökologische Aspekte	91
	4. Gesundheitsprävention	92
	C. Zwischenfazit	92
V.	Herausforderungen für das kantonale Monopolwesen heute	93
VI.	Abschliessende Bemerkungen	95

---

\* MLaw, LL.M., Rechtsanwältin, Doktorandin an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Rechtsetzungslehre von Prof. Dr. Felix Uhlmann, Zürich.

## I. Einleitung

Von rechtlichen Monopolen des Staates spricht man, wenn das Gemeinwesen das Recht hat, bestimmte wirtschaftliche Tätigkeiten ausschliesslich auszuüben oder ausüben zu lassen.<sup>1</sup> Damit werden, durch den Akt der Monopolisierung, die entsprechenden Tätigkeiten dem sachlichen Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit entzogen.<sup>2</sup> Der Markt wird rechtlich geschlossen.<sup>3</sup> Kurz: Die private Wirtschaftstätigkeit wird verboten. Staatliche Monopole sind in der Schweiz auf jeder föderalen Ebene verbreitet und haben eine lange Tradition.<sup>4</sup> Man denke dabei an das Eisenbahnmonopol<sup>5</sup>, die obligatorische Versicherung bei einer kantonalen Gebäudeversicherungsanstalt<sup>6</sup> oder die Monopolisierung des Bestattungswesens<sup>7</sup>. Das Bundesgericht schützt staatliche Monopole grosszügig.<sup>8</sup> Staatliche Monopole stellen aber die Ausnahme der Regel dar, da unsere Wirtschaftsordnung staatsfrei konzipiert ist. Sie ist organisiert nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen und geprägt vom Grundsatz der Privatautonomie.<sup>9</sup> Art. 27 BV garantiert die Wirtschaftsfreiheit als Individualrecht, indem sie die privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit und die freie Wahl, den

---

<sup>1</sup> Statt vieler ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. A., Zürich/St. Gallen 2020, N 2686; THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2. A., Genf/Zürich/Basel 2018, N 1030.

<sup>2</sup> BGE 143 I 388 E. 2.2.2; 142 I 99 E. 2.4; vgl. auch GIOVANNI BIAGGINI, BV Kommentar, 2. A., Zürich 2017, Art. 27 N 12; BSK BV-UHLMANN, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. BSK BV-VERFASSER), Art. 27 N 56.

<sup>3</sup> Vgl. NICOLAS DIEBOLD/BERNHARD RÜTSCHE, Wettbewerbsrecht und Marktregulierung, Bd. 1: Grundlagen, Zürich/Genf 2023, § 2 N 86.

<sup>4</sup> PETER KARLEN, Schweizerisches Verwaltungsrecht. Gesamtdarstellung unter Einbezug des europäischen Kontextes, Zürich/Basel/Genf 2018, 393; BERNHARD WALDMANN, Staatliche Monopole in der Schweiz – Eine Standortbestimmung aus verfassungsrechtlicher Perspektive, in: Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht. Jahrbuch 2007, Bern 2008, 98.

<sup>5</sup> Art. 87 BV.

<sup>6</sup> Vgl. z.B. § 10 GebVG/ZH; ferner BGE 138 I 378; 124 I 25.

<sup>7</sup> Vgl. z.B. § 55 GesG/ZH; siehe hierzu BGE 143 I 388.

<sup>8</sup> Siehe BIAGGINI (FN 2), Art. 27 N 12 und 31, m.w.H.; BGE 132 I 282 E. 3; 125 I 209 E. 10; 101 Ia 124 E. 8.

<sup>9</sup> BSK BV-UHLMANN (FN 2), Art. 94 N 11; SGK BV-VALLENDER/HETTICH, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 4. A., Zürich 2023 (zit. SGK BV-VERFASSER) Art. 94 N 4.

freien Zugang sowie die freie Ausübung des Berufes schützt. In institutioneller Hinsicht findet die Wirtschaftsfreiheit ihre Grundlage in Art. 94 BV. Dieser Verfassungsgrundsatz<sup>10</sup> statuiert den ordnungspolitischen Grundsatzentscheid für unsere «freiheitlich-marktwirtschaftliche Wirtschaftsordnung»<sup>11</sup>. Entsprechend ist es dem Gemeinwesen grundsätzlich untersagt, lenkend in unsere Wirtschaftsordnung einzugreifen.<sup>12</sup> Es bestehen dennoch verschiedene Regulierungsinstrumente, mit denen der Staat lenkend in die Marktwirtschaft eingreift, um bestimmten öffentlichen Interessen zum Durchbruch zu verhelfen.<sup>13</sup> Will der Staat ein Wirtschaftszweig der Privatwirtschaft komplett entziehen, so errichtet er ein staatliches Monopol. Durch Marktregulierung wird damit der Zugang zum Markt beschränkt und der Wettbewerb ausgeschaltet.<sup>14</sup> Die Errichtung staatlicher Monopole ist aber an strenge Voraussetzungen geknüpft. Der Wirtschaftsfreiheit kommt dabei grundlegende Bedeutung zu.

Im vorliegenden Beitrag interessieren die kantonalen Monopole. Hat ein Kanton die betreffende Zuständigkeit den Gemeinden übertragen, so werden diese kommunalen Monopole auch vom Begriff der kantonalen Monopole erfasst.<sup>15</sup> Die kantonalen Monopole lassen sich in historische und neue kantone Monopole unterteilen. Die historischen Monopole der Kantone nennt man Regale. Namentlich werden das Jagdregal, das Fischereiregal, das Bergregal und – hier von besonderem Interesse – das Salzregal davon erfasst.<sup>16</sup> Zunächst setzt sich der Beitrag daher mit diesen historischen Regalrechten auseinander. Dabei sind sie insbesondere von den anderen kantonalen Monopolen abzugrenzen (II.). Obschon sie bereits über ein Jahrhundert bestehen, stellt sich die Frage, ob sie heute noch rechtmässig sind. Anhand des Salzregals sollen daher die kantonalen Regalrechte auf ihre Rechtmässigkeit untersucht (III.) und alternative Regulierungsvorschläge ausgearbeitet (IV.) werden. Insbeson-

---

<sup>10</sup> RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI/FELIX UHLMANN, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 2. A., Basel 2011, § 4 N 48; BIAGGINI (FN 2), Art. 94 N 3; SGK BV-VALLENDER/HETTICH (FN 9), Art. 94 N 4.

<sup>11</sup> Botschaft vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 1 (zit. Botschaft BV), 294.

<sup>12</sup> Statt vieler BSK BV-UHLMANN (FN 2), Art. 94 N 8.

<sup>13</sup> DIEBOLD/RÜTSCHE (FN 3), § 1 N 211 ff.

<sup>14</sup> DIEBOLD/RÜTSCHE (FN 3), § 1 N 252 ff.

<sup>15</sup> Vgl. z.B. Art. 85 Abs. 2 KV/GR, wonach das Bergregal ein Regalrecht der Gemeinden ist.

<sup>16</sup> Vgl. BGE 128 I 3 E. 3; 124 I 11 E. 3b.

dere ist dabei die Rechtsprechung des Bundesgerichts kritisch zu hinterfragen. Gestützt darauf ist der Untersuchungsgegenstand in einem zweiten Schritt auf die neuen Monopole der Kantone auszuweiten und es ist zu prüfen, was die Erwägungen zu den historischen Regalrechten für sie bedeuten (V.). Den Abschluss bildet eine Würdigung der gewonnenen Erkenntnisse (VI.).

## II. Kantonale Monopole

Staatliche Massnahmen, welche vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abweichen, bedürfen gemäss Art. 94 Abs. 4 BV einer Grundlage in der Bundesverfassung oder müssen durch ein kantonales Regalrecht begründet sein. Hingegen gelten wirtschaftspolizeiliche und sozialpolitische Massnahmen sowie solche, die nicht primär wirtschaftliche Ziele und Zwecke verfolgen, nicht als Abweichung und sind ohne verfassungsrechtliche Grundlage zulässig, soweit die Voraussetzungen von Art. 27 i.V.m. Art. 36 BV in individuell-rechtlicher Hinsicht gegeben sind.<sup>17</sup> Dieses Zusammenspiel wird als «Schrankenordnung» bezeichnet.<sup>18</sup> Nach herrschender Lehre und Praxis kann auch ein kantonales Monopol sozialpolitisch oder wirtschaftspolizeilich motiviert sein.<sup>19</sup> Monopole sind demnach nicht *per se* als Abweichung vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit zu qualifizieren<sup>20</sup>, obschon sie als schweren Eingriff – bisweilen gar als schwerster Eingriff<sup>21</sup> – in die Wirtschaftsfreiheit verstanden werden können.<sup>22</sup> Entsprechend sind nebst den Regalrechten im Sinne von Art. 94 Abs. 4 BV noch weitere – neue – kantonale Monopole zulässig. Die Besonderheit der historischen Regale besteht jedoch darin, dass sie auch rein fiskalisch moti-

---

<sup>17</sup> BGE 143 I 388 E. 2.1; 132 I 282 E. 3.2; 124 I 11 E. 4.

<sup>18</sup> BIAGGINI (FN 2), Art. 27 N 5, 28.

<sup>19</sup> BGE 143 I 388 E. 2.1 m.w.H.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 1), N 2710 ff.; TANQUEREL (FN 1), N 1033a; PIERRE MOOR/FRANÇOIS BELLANGER/THIERRY TANQUEREL, Droit administratif. Volume III: L'organisation des activités administratives. Les biens de l'Etat, 2. A., Bern 2018, 164 f.; JOHANNES REICH, Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, Diss. Basel, Zürich/St. Gallen 2011, N 897; WALDMANN (FN 4), 84.

<sup>20</sup> REICH (FN 19), N 897.

<sup>21</sup> SGK BV-VALLENDER/HETTICH (FN 9), Art. 27 N 72.

<sup>22</sup> BSK BV-UHLMANN (FN 2), Art. 27 N 58; TANQUEREL (FN 1), N 1033; bereits RICHLI PAUL, Kantonale Monopole – Die offene Flanke der Handels- und Gewerbebefreiheit – Besprechung der Dissertation von Claude Ruey, ZBl 1989, 476.

viert sein dürfen.<sup>23</sup> Insofern ist hier die Tragweite des allgemeinen kantonalen Regalvorbehalts in Art. 94 Abs. 4 BV zu prüfen. Wie sich zeigen wird, ist diese Frage nicht einfach zu beantworten, hält doch bereits die Botschaft zur Bundesverfassung fest, dass «der Umfang dieses Regalvorbehalts [...] nicht restlos geklärt» sei.<sup>24</sup>

## A. Historische Regale

Das Bundesgericht argumentiert, dass es sich bei den von Art. 94 Abs. 4 BV erfassten Regalrechten um kantonale Monopole handle, die vorbestehende, nur in beschränktem Mass vorhandene, wirtschaftlich nutzbare Naturgüter betreffen, die gestützt auf Art. 664 ZGB als herrenlos gelten und daher dem Kanton zu stehen.<sup>25</sup> Der Kanton kann deshalb daraus einen eigenen Nutzen ziehen – wie das auch ein Privater könnte, wenn diese Güter in Privateigentum stünden.<sup>26</sup> Die Regalrechte leiten sich mithin aus der staatlichen Gebietshoheit ab.<sup>27</sup>

Der bundesgerichtlichen Rechtsprechung folgend wäre es demnach unzutreffend, Regale als Synonym von Monopolen aufzufassen.<sup>28</sup> Regale werden vielmehr als enger gefasste Kategorie von kantonalen Monopolen verstanden, beschränkt auf Grund- und Bodenmonopole.<sup>29</sup> Als Grund- und Bodenmonopol kann das Recht, Boden- und Wasserschätze zu gewinnen, bezeichnet werden.<sup>30</sup> Von der Praxis erfasst werden exemplarisch das Jagd-, Fischerei-, Berg- und Salzregal, welche bereits vor Einführung der Handels- und Gewerbefreiheit

---

<sup>23</sup> BGE 124 I 11 E. 3b m.w.H.; siehe TSCHANNEN PIERRE/MÜLLER MARKUS/KERN MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. A., Bern 2022, N 1245; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN (FN 10), § 3 N 8.

<sup>24</sup> Botschaft BV (FN 11), 297; vgl. ferner RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN (FN 10), § 5 N 49 m.w.H.

<sup>25</sup> BGE 124 I 11 E. 3d.

<sup>26</sup> BGE 124 I 11 E. 3d. Zum Ganzen kritisch SGK BV-VALLENDER/HETTICH (FN 9), Art. 27 N 79.

<sup>27</sup> PVG 2003 7 E. 3.

<sup>28</sup> A.A. TANQUEREL (FN 1), N 1034 *infine*.

<sup>29</sup> Zustimmend BIAGGINI (FN 2), Art. 94 N 15. Vgl. dazu aber die ältere bundesgerichtliche Rechtsprechung: BGE 105 Ib 389 («Fernmelderegal»); 94 I 165 («Personenbeförderungsregal»); sowie insb. CLAUDE RUEY, Monopoles cantonaux et liberté économique, Diss. Lausanne 1988, 69, welcher terminologisch nicht zwischen «Regal» und «Monopol» unterscheidet.

<sup>30</sup> Vgl. KARIN SUTTER-SOMM, Das Monopol im schweizerischen Verwaltungs- und Verfassungsrecht, Diss., Basel 1989, 106.

mit der Bundesverfassung im Jahre 1874 Bestand hatten.<sup>31</sup> Handels- bzw. Gewerbemonopole dürften daher vom allgemeinen Regalvorbehalt in Art. 94 Abs. 4 BV nicht erfasst sein, auch wenn sie bereits vor 1874 verbreitet waren.<sup>32</sup> Entsprechend verneinte das Bundesgericht, dass ein kantonales Gebäudeversicherungsmonopol, welches bereits vor 1874 errichtet worden ist, ein historisches Regalrecht sei.<sup>33</sup> Zur Begründung führte das Bundesgericht aus, dass sich die Gebäudeversicherungsmonopole im Gegensatz zu den Regalien nicht auf ein Naturgut, sondern auf eine wirtschaftliche Tätigkeit beziehen würden. Das habe zur Folge, dass sie sich eher mit den Gewerbemonopolen, welche aus wirtschaftspolizeilichen oder sozialpolitischen Gründen gestattet seien, vergleichen lassen, als mit den vom Vorbehalt in Art. 94 Abs. 4 BV erfassten Regalrechten. Das Argument des Alters der Gebäudeversicherungsmonopole – auch diese haben bereits vor Einführung der Handels- und Gewerbefreiheit im Jahre 1874 bestanden – liess das Bundesgericht nicht gelten.<sup>34</sup>

Lehre und Rechtsprechung sind sich einig, dass die historischen Regalrechte rein fiskalisch motiviert sein können.<sup>35</sup> Sie dürfen mithin als reine Fiskalmonopole ausgestaltet sein und damit zur Erzielung von Gewinn genutzt werden.<sup>36</sup> Es muss kein wirtschaftspolizeiliches oder sozialpolitisches Motiv vorliegen, um das Monopol zu rechtfertigen.<sup>37</sup> Weiter können Regalrechte, welche vor 1874 in bestimmten Kantonen noch nicht bestanden haben, auch

---

<sup>31</sup> Vgl. BGE 142 I 99 E. 2.4.1; 128 I 3 E. 3.

<sup>32</sup> Vgl. zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung WALDMANN (FN 4), 78.

<sup>33</sup> BGE 124 I 11 E. 3d; siehe aber § 55 Abs. 1 lit. f KV/AG, welche die Gebäudefeuerversicherung als Regalrecht feststellt. Die Bundesversammlung hat die Kantonsverfassung gemäss Art. 51 Abs. 2 BV gewährleistet, obschon sie nach bundesgerichtlicher Praxis wohl nicht bundesrechtskonform ist.. Eine abstrakte Normenkontrolle von Kantonsverfassungen hat das Bundesgericht bereits in BGE 118 Ia 124 E. 3b allerdings nicht zugelassen. Vgl. zum Gebäudeversicherungsmonopol JOHANNES REICH, Gebäudeversicherung und «negativ nachgeführte» Bundesverfassung, AJP 2013, 1409.

<sup>34</sup> Zum Ganzen BGE 124 I 11 E. 3d; zustimmend insbesondere BIAGGINI (FN 2), Art. 94 N 16; ablehnend RUEY (FN 29), 221 f.; PAUL RICHLI, Grundriss des schweizerischen Wirtschaftsverfassungsrechts, Bern 2007, N 235.

<sup>35</sup> Statt vieler BGE 124 I 11 E. 3b; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (FN 23), N 1251; MARC M. WINIŠTORFER, Die Wirtschaftsfreiheit als Grundlage der Wirtschaftsverfassung, Diss. Luzern, Zürich 2021, 429, m.w.H.

<sup>36</sup> BGE 128 I 3 E. 3a; 124 I 11 E. 3b; 119 Ia 123 E. 2b; ferner RUEY (FN 29), 101 f.; SUTTER-SOMM (FN 30), 48, 112, 116 f.

<sup>37</sup> Vgl. MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (FN 19), 178.

noch später eingeführt werden<sup>38</sup>; die Grundlage in der Bundesverfassung ist dafür ausreichend.<sup>39</sup> Eine Grundlage in der Kantonsverfassung ist nicht erforderlich<sup>40</sup>, das Regalrecht muss aber in einem Gesetz im formellen Sinn normiert sein, um dem Legalitätsprinzip zu genügen.<sup>41</sup> Eine Pflicht, von den Regalrechten Gebrauch zu machen, kann der Bundesverfassung nicht entnommen werden.<sup>42</sup> Den Kantonen steht es mithin frei, auf die Anwendung der historischen Regalrechte zu verzichten oder sie gar aufzuheben.<sup>43</sup>

## B. Neue kantonale Monopole

Nebst den historischen Regalrechten, welche bereits seit dem 19. Jahrhundert in der Bundesverfassung verankert sind, gibt es auf kantonaler Ebene auch noch weitere – vorliegend genannt «neue» – Monopole.

Das Bundesgericht und die herrschende Lehre erachten die Schaffung weiterer kantonaler Monopole als zulässig.<sup>44</sup> Da diese allerdings über keinen Verfassungsvorbehalt verfügen, sind sie an strengeren Voraussetzungen zu messen. Zunächst ist zu prüfen, ob sie «durch hinreichende Gründe des öffentlichen Wohls, namentlich polizeiliche oder sozialpolitische Gründe gerechtfertigt»<sup>45</sup> werden können. Sind es rein fiskalische Gründe, so ist ein kantonales Monopol nicht zulässig<sup>46</sup>; ein «gewisser, unbedeutender Reinertrag» darf das Monopol aber abwerfen.<sup>47</sup> Die Monopolisierung stellt eine schwere Einschränkung der

<sup>38</sup> Vgl. SUTTER-SOMM (FN 30), 112.

<sup>39</sup> Vgl. RUEY (FN 29), 236 f.; vgl. ferner WALDMANN (FN 4), 78, der von durch die Bundesverfassung gewährleisteten «vorbestehenden Ausschliesslichkeitsrechten» spricht. Dazu ausführlich WINISTÖRFER (FN 35), 434 f.

<sup>40</sup> Trotzdem verfügen mehrere Kantone über eine Grundlage in der Kantonsverfassung; vgl. z.B. § 55 KV/AG.

<sup>41</sup> Vgl. SUTTER-SOMM (FN 30) 118 m.w.H.; RUEY (FN 29), 236 f.

<sup>42</sup> WINISTÖRFER (FN 35), 435; vgl. z.B. den Kanton Schaffhausen, welcher im Gesetz vom 9. September 1974 über das Salzregal des Kantons Schaffhausen (SHR 680.100) lediglich das Salzregal normiert hat.

<sup>43</sup> WINISTÖRFER (FN 35), 435.

<sup>44</sup> BGE 124 I 11 E. 3a; 125 I 209 E. 10; statt vieler REICH (FN 19), N 897; a.M. RICHLI (FN 34), N 240; MARKUS SCHOTT, Staat und Wettbewerb, Habil. Zürich, Zürich/St. Gallen 2010, N 686.

<sup>45</sup> BGE 124 I 25 E. 2; 124 I 11 E. 3b, je m.w.H.

<sup>46</sup> Im Einzelnen BGE 124 I 11 5a.

<sup>47</sup> BGE 124 I 11 E. 4b; kritisch PETER HÄNNI/ANDREAS STÖCKLI, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. A., Bern 2024 N 94 ff.

Wirtschaftsfreiheit im Sinne von Art. 27 BV dar.<sup>48</sup> Entsprechend ist sie zusätzlich an den Voraussetzungen von Art. 36 BV zu messen. Dabei ist namentlich zu prüfen, ob ein öffentliches Interesse gegeben und das Monopol verhältnismässig ist.<sup>49</sup> Die Voraussetzungen müssen schliesslich nicht nur im Zeitpunkt der Errichtung des kantonalen Monopols, sondern stets gegeben sein.<sup>50</sup> Eine periodische Überprüfung wird daher befürwortet.<sup>51</sup>

### **III. Das Salzregal im Besonderen**

Das Salzregal als historisches Regalrecht interessiert vorliegend, da es im Gegensatz zu den anderen Grund- und Bodenmonopolen, wie beispielsweise das Jagdregal oder das Bergregal, auch die Einfuhr und den Verkauf von Salz umfasst. Trotz dieser eigentlich gewerblichen Tätigkeit wird das Salzregal vom Bundesgericht zu den historischen Regalen gezählt. Damit können, nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung, auch rein fiskalische Interessen das Salzmonopol rechtfertigen, was für die Errichtung eines reinen Gewerbe-monopols eben nicht ausreicht.<sup>52</sup> Gerade das Salzmonopol war in den letzten Jahren politisch verschiedentlich unter Druck geraten und es wurde vermehrt die Forderung erhoben, das Salzmonopol abzuschaffen – sowohl auf Bundes- als auch auf kantonaler Ebene.<sup>53</sup> Früher noch als «weisses Gold» bezeichnet, gilt Salz heute als billiges Produkt, welches überall in genügendem Masse verfügbar ist.<sup>54</sup>

#### **A. Gesetzliche Grundlage**

In der Bundesverfassung von 1874 war lediglich ein Vorbehalt betreffend das Salzregal festgeschrieben. Art. 31 BV 1874 bestimmte: «Die Freiheit des Handels und der Gewerbe ist im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft gewährleistet. Vorbehalten sind: Das Salz[regal] (...).» Lehre und Praxis anerkannten

---

<sup>48</sup> SGK BV-VALLENDER/HETTICH (FN 9), Art. 27 N 89.

<sup>49</sup> Statt vieler BSK BV-UHLMANN (FN 2), Art. 94 N 26.

<sup>50</sup> WALDMANN (FN 4), 84; auch REICH (FN 19), N 894.

<sup>51</sup> Vgl. HÄNNI/STÖCKLI (FN 47), N 97.

<sup>52</sup> BGE 128 I 3 E. 3a m.w.H.

<sup>53</sup> Vgl. nachstehend III.C.

<sup>54</sup> JEAN-FRANÇOIS BERGIER, Salz, in: Historisches Lexikon der Schweiz. Internet: <https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/014041/2020-03-12> (Abruf 19.12.2024).

aber auch bereits damals andere Regale, darunter das Fischerei-, das Jagd-, und das Bergregal.<sup>55</sup> Im Zuge der Revision der Wirtschaftsartikel im Jahre 1947 wurde in Art. 31 Abs. 2 letzter Satz BV ein allgemeiner Vorbehalt zu gunsten kantonaler Regalrechte eingeführt. Als «Regale» wurden kantonale Monopole anerkannt, welche bereits vor der Einführung der Wirtschaftsfreiheit mit der Bundesverfassung von 1874 Bestand hatten.<sup>56</sup> Heute findet sich der allgemeine Regalvorbehalt in Art. 94 Abs. 4 BV, wovon nach unbestrittener Meinung das Salzregal weiterhin erfasst ist.<sup>57</sup> Es hat ausschliesslich fiskalischen Charakter.<sup>58</sup>

Einige Kantone haben das Salzregal ausdrücklich in der Verfassung normiert<sup>59</sup>, die übrigen in einem Gesetz im formellen Sinn.<sup>60</sup> Es stellt damit ein unmittelbar rechtliches Monopol dar.<sup>61</sup> Das Salzregal im Sinne eines Handelsmonopols umfasst das Ausschliesslichkeitsrecht der Einfuhr sowie des Kau- fes und Verkaufes von Salz auf dem Gebiet des jeweiligen Kantons.<sup>62</sup> Einige wenige Kantone erfassen auch die Gewinnung von Salz mit dem Salzregal<sup>63</sup>, wohingegen die Mehrheit der Kantone den Abbau von Salz unter das Bergregal subsumiert. So haben in den letzten Jahren einige Kantone ihr Gesetz über das Salzregal aufgehoben und ein Gesetz über die Gewinnung von Bodenschätzen, darunter auch Salz, erlassen.<sup>64</sup> Letztere Ansicht wird auch teilweise

---

<sup>55</sup> So RUEY (FN 29), 221.

<sup>56</sup> Vgl. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 20. September 1947 über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 6. Juli 1947 betreffend die Revision der Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung, BBI 1947 III 170.

<sup>57</sup> Statt vieler SUTTER-SOMM (FN 30), 105 ff.

<sup>58</sup> SUTTER-SOMM (FN 30), 123; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (FN 19), 178.

<sup>59</sup> Z.B. § 126 Abs. 1 KV/BL; Art. 52 Abs. 1 lit. a KV/BE.

<sup>60</sup> Z.B. Gesetz vom 22. September 1974 über das Salzregal und über den Beitritt des Kantons Zürich zur Interkantonalen Vereinbarung über den Salzverkauf in der Schweiz (Salzgesetz; LS 691).

<sup>61</sup> vgl. BGE 128 I 3 E. 3b; vgl. ferner RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN (FN 10), § 16 N 32.

<sup>62</sup> Siehe z.B. Art. 1 Abs. 1 Gesetz vom 5. März 1961 über das Salzregal des Kantons Graubünden (BR 780.100); ausführlich dazu SUTTER-SOMM (29) 123 ff.

<sup>63</sup> Vgl. z.B. § 1 Abs. 1 Gesetz vom 7. Juni 1971 über das Salzregal des Kantons Basel-Landschaft (SGS 382); Art. 1 Abs. 1 Gesetz vom 18. Februar 1968 über das Salzregal des Kantons Bern (BSG 682.1). Art. 1 Abs. 1 Gesetz vom 5. März 1961 über das Salzregal des Kantons Graubünden (BR 780.100).

<sup>64</sup> Vgl. FN 137.

in der Lehre vertreten.<sup>65</sup> Insofern stellt das Salzregal in den meisten Kantonen ein reines Gewerbemonopol dar; diejenigen Kantone, welche auch die Gewinnung von Salz unter das Salzregal fassen, verstehen es auch als Grund- und Bodenmonopol.<sup>66</sup> Insofern dürfte das Salzregal – zumindest was die Gewinnung von Salz betrifft – in diesen Kantonen eine *lex specialis* zum Bergregal darstellen, da sich das Bergregal auch auf den Abbau weiterer Rohstoffe erstreckt. Das Bundesgericht erkennt das Salzregal als Grund- und Bodenmonopol und hat den gewerblichen Charakter des Salzhandelsmonopols in seiner Rechtsprechung bislang nicht diskutiert.<sup>67</sup>

Das Monopol steht ausschliesslich dem betreffenden Kanton zu.<sup>68</sup> Alle 26 Kantone sind mittlerweile einem Konkordat, der interkantonalen Vereinbarung über den Salzverkauf in der Schweiz vom 22. November 1973, beigetreten. Dieses Konkordat regelt die Salzverkaufsordnung auf dem Gebiet der Schweiz.<sup>69</sup> Alle Konkordatskantone haben der Schweizer Salinen AG, deren Aktionärinnen unter anderem die Kantone sind, das Recht auf Einfuhr und Verkauf von Salz übertragen.<sup>70</sup> Die Schweizer Salinen AG erhebt einheitliche, nach Salzarten abgestufte Regalgebühren<sup>71</sup>, welche regelmässig nach einem bestimmten Verteilungsschlüssel den Kantonen ausgerichtet werden.<sup>72</sup> Damit werden alle kantonalen Salzregale in einem Monopolraum zusammengefasst. Die Gewinnung von Salz ist hingegen nicht Gegenstand der interkantonalen Vereinbarungen.<sup>73</sup> Der Abbau von Salz erfolgt in drei Salinen in den Kantonen Waadt, Aargau und Basel-Landschaft, wobei diese Kantone der Schweizer

---

<sup>65</sup> Vgl. TOBIAS JAAG/MARKUS RÜSSLI, Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Zürich, Zürich 2019, N 3409a; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (FN 19), 178.

<sup>66</sup> Vgl. dazu BIAGGINI (FN 2), Art. 94 N 15, welcher zwischen Grund- und Bodenregalen sowie dem Salzregal differenziert.

<sup>67</sup> Vgl. zuletzt BGE 143 I 388 E. 2.1.

<sup>68</sup> Vgl. SUTTER-SOMM (FN 30), 124; allgemein auch WINISTÖRFER (FN 35), 427.

<sup>69</sup> Art. 1 Interkantonale Vereinbarung vom 22. November 1973 über den Salzverkauf in der Schweiz (z.B. BR 780.200; hiernach: Salzkonkordat).

<sup>70</sup> Art. 2 Salzkonkordat.

<sup>71</sup> Art. 3 Salzkonkordat.

<sup>72</sup> Art. 5 Salzkonkordat.

<sup>73</sup> Vgl. Art. 1 Salzkonkordat *e contrario*.

Salinen AG für den Abbau je eine Konzession erteilt haben.<sup>74</sup> Die Schweizer Salinen AG hat daher die Funktion und Rechtsstellung eines interkantonalen Organs.<sup>75</sup>

## B. Politische Vorstösse

Das historische Salzregal hat auch heute noch viele Befürworterinnen und Befürworter. Sie bringen insbesondere vor, dass eine einheimische Salzproduktion durch die Schweizer Salinen AG, den staatlichen Monopolbetrieb, eine unabhängige und solidarische Versorgung der Schweiz mit Salz gewährleiste.<sup>76</sup> Nach und nach verfestigte sich aber die Kritik an dem kantonalen Salzregal. Von politischer Seite wurde im Zuge von Liberalisierungsbestrebungen gefordert, dass das Salzregal aufgehoben und sowohl der Salzabbau als auch der Handel mit Salz dem freien Markt überlassen werden müsse. Grund dafür sahen die Kritikerinnen und Kritiker namentlich in überhöhten Preisen und der Verhinderung von Marktdynamik.<sup>77</sup> Zunächst gab es Vorstösse auf Bundesebene, nachfolgend auch in diversen Kantonen, welche die Abschaffung des Salzregals forderten. Keinem davon war Erfolg beschieden.

### 1. Bundesebene

Als Erster reichte Nationalrat Otto Ineichen eine Interpellation zwecks Aufhebung des Salzmonopols ein. Er stellte insbesondere in Frage, ob das kantonale Salzmonopol heute noch gerechtfertigt sei und auf welchem Weg der Salzhandel dem Markt überlassen werden könnte. In seiner Stellungnahme hat der Bundesrat ausdrücklich auf die fehlende Erforderlichkeit des Salzmonopols hingewiesen. Er bemerkte: «Der Bundesrat befürwortet eine Aufhebung des Salzregals, zieht es aber aus staatspolitischer Sicht vor, wenn die Kantone die Initiative dazu ergreifen. Er wird mit den Kantonen den Zeitpunkt für die Auf-

---

<sup>74</sup> Für den Kanton Basel-Landschaft vgl. Vertrag vom 29. März 1963 zwischen dem Kanton Basel-Landschaft und den Vereinigten Schweizerischen Rheinsalinen über die Rechte an den Salzlagern und Solen im Kanton Basel-Landschaft (Konzessionsvertrag; SGS 381.2).

<sup>75</sup> Vgl. Interpellation Lumengo (10.3842) «Salzmonopol» vom 1. Oktober 2010 (hiernach: Ip. Lumengo).

<sup>76</sup> So die kantonalen Regierungen, vgl. nachstehend FN 81 und 82.

<sup>77</sup> Vgl. nachstehend Ziff. III.C.

hebung des Salzmonopols erörtern.»<sup>78</sup> Die Interpellation Ineichen wurde in der Folge zurückgezogen.

Mehrere Jahre später folgte eine weitere Interpellation von Nationalrat Ricardo Lumengo. Dieser stellte namentlich die Rechtmässigkeit des Salzregals in Frage. In seiner Stellungnahme verwies der Bundesrat auf die Interpellation Ineichen. Er hielt nochmals ausdrücklich fest, dass er das Salzregal für überholt erachte, und sprach sich für dessen Abschaffung aus. Heute sei es nicht mehr erforderlich, dass der Salzhandel durch ein Unternehmen, sei dies privat oder staatlich, kontrolliert werde. Auch die Bewilligungen für den Salzimport seien entbehrlich.<sup>79</sup>

## 2. Kantonale Ebene

Der erste Vorstoss auf kantonaler Ebene zur Abschaffung des Salzregals wurde bereits im Jahre 2004 im Kanton St. Gallen eingereicht. Die Interpellanten stellen in Frage, ob das Salzregal zulässig sei und ersuchten die Regierung zu prüfen, ob das Salzregal abgeschafft und aus dem Konkordat ausgetreten werden könnte. Mit Verweis auf den Regalvorbehalt in Art. 94 Abs. 4 BV erachtete die Regierung das Salzregal, verstanden als Handelsmonopol, als zulässig. Sie bemerkte aber, dass es absehbar sei, bis das Salzregal in der Schweiz abgeschafft werden würde.<sup>80</sup> Entsprechend sei sie nicht grundsätzlich gegen einen Ausstieg aus dem Konkordat, jedoch müsse dies koordiniert mit allen anderen Konkordatskantonen erfolgen. Ein Alleingang komme nicht infrage.<sup>81</sup>

Die weiteren Vorstösse auf kantonaler Ebene (Zürich, Bern, Glarus, Luzern und Thurgau) sind vergleichbar. Alle Regierungen lehnten einen Austritt aus der interkantonalen Vereinbarung ab und forderten ein gemeinsames Vorgehen aller Kantone, gegebenenfalls auf nationaler Ebene. Sie betonten hingegen auch die Gründe, weswegen das Salzregal weiterhin gerechtfertigt sei. Namentlich führten sie die Versorgungssicherheit mit Auftausalz, die fairen

---

<sup>78</sup> Zum Ganzen Interpellation Ineichen (05.3033) «Salzregal. Abweichung vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit?» vom 2. März 2005.

<sup>79</sup> Zum Ganzen Ip. Lumengo (FN 75).

<sup>80</sup> Anders dagegen das BVGer im Jahr 2017 (!) in B-6082/2015, 3.1.2018, wonach es in E. 5.5 davon ausgeht, «dass es hochgradig unwahrscheinlich ist, dass sich an ihrer Monopolstellung mittel- oder langfristig etwas ändern könnte.»

<sup>81</sup> Zum Ganzen Interpellation Lusti/Lüdi (St. Gallen; 51.04.35) «Ist das Salzregal noch zeitgemäß?» vom 7. Juni 2004.

und konstanten Preise sowie die sinnvolle Gesundheitsprävention an. Deswegen hielten alle Regierungen am Salzregal fest und lehnten die Vorstösse ab.<sup>82</sup>

## C. Rechtmässigkeit im Lichte der (Wirtschafts-)Verfassung

### 1. Die Qualifikation als Grund- und Bodenmonopol

Der kantonale Regalvorbehalt in Art. 94 Abs. 4 BV gab viel Anlass zu Diskussionen. Grund dafür ist der auslegungsbedürftige Begriff der «kantonalen Regalrechte». Man könnte «Regal» als antiquiertes Synonym von «Monopol» auffassen und alle kantonalen Monopole vom Vorbehalt in Art. 94 Abs. 4 BV erfasst wissen wollen; eine wörtliche Auslegung würde diese Interpretation stützen.<sup>83</sup> Allerdings gibt es gute Gründe, dass sich diese Ansicht sowohl in der Lehre als auch in der Praxis nicht durchsetzen konnte. Damit könnten die Kantone die gesamte Privatwirtschaft aus rein fiskalischen Motiven verstaatlichen.<sup>84</sup> Das kann mit dem Regalvorbehalt nicht gewollt sein. Das Bundesgericht hat daher in seiner Rechtsprechung die Tragweite des allgemeinen Regalvorbehalts in Art. 94 Abs. 4 BV festgelegt. Wie bereits einleitend ausgeführt, versteht das Bundesgericht unter den kantonalen Regalrechten die «historischen Grundmonopole wie das Jagd- und Fischereiregal, das Bergregal und das Salzmonopol».<sup>85</sup> Das Bundesgericht argumentiert, wie folgt: «Die sachliche Besonderheit der historischen Bodenregale ergibt sich daraus, dass sie vorbestehende, nur beschränkt vorhandene, wirtschaftlich nutzbare Naturgüter betreffen, die herrenlos sind und daher dem Kanton zustehen (Art. 664 ZGB [...]). Das Gemeinwesen, dem die Herrschaft über diese Güter zusteht, kann daraus gleichermaßen einen wirtschaftlichen Nutzen ziehen, wie das

---

<sup>82</sup> In chronologisch aufsteigender Reihenfolge: Parlamentarische Initiative Raths et al. (Zürich; 13a/2006) «Abschaffung des kantonalen Salzmonopols» vom 23. Januar 2006; Motion Köpfli et al. (Bern; 2016.RRGR.569) «Salzhandel ist keine Staatsaufgabe: Salzregal abschaffen» vom 1. Juni 2016; Interpellation Schwitter/Landolt (Glarus; 2016-22) «Salzregal: Ein Relikt aus dem Mittelalter» vom 15. Juni 2016; Motion Graber et al. (Luzern; M 180) «Abschaffung des Salzregals» vom 21. Juni 2016, Kanton Luzern; Interpellation Orellano/Fisch (Thurgau; 31/319) «Ist das Salzregal noch zeitgemäß und zweckmäßig?» vom 2. Oktober 2017; Parlamentarische Initiative von Planta et al. (Zürich; 67/2019) «Aufhebung des Gesetzes über das Salzregal und über den Beitritt des Kantons Zürich zur Interkantonalen Vereinbarung über den Salzverkauf in der Schweiz» vom 25. Februar 2019.

<sup>83</sup> Vgl. SUTTER-SOMM (FN 30), 106.

<sup>84</sup> BGE 124 I 11 E. 5a; vgl. SGK BV-VALLENDER/HETTICH (FN 9), Art. 27 N 81.

<sup>85</sup> BGE 124 I 11 E. 3b m.w.H.

ein privater Nutzungsberechtigter könnte, wenn die entsprechenden Güter im Privateigentum stünden.»<sup>86</sup>

Im Urteil BGE 124 I 11 hat das Bundesgericht verneint, dass die kantonalen Gebäudeversicherungsmonopole vom allgemeinen Regalvorbehalt in Art. 94 Abs. 4 BV erfasst seien.<sup>87</sup> Zur Begründung hat es ausgeführt: «Das Versicherungsmonopol bezieht sich demgegenüber nicht auf ein Naturgut, sondern auf eine gewerbliche Tätigkeit. Es ist eher mit den polizeilichen oder sozialpolitischen Gewerbemonopolen vergleichbar als mit den historischen Grundmonopolen. Der blosse Umstand, dass das Versicherungsmonopol in vielen Kantonen [...] bereits vor 1874 bestand, kann deshalb für seine Zulässigkeit nicht entscheidend sein.»<sup>88</sup> Folglich hat das Bundesgericht entschieden, dass das Alter – die kantonalen Gebäudeversicherungsmonopole bestanden bereits vor 1874 – allein nicht ausreicht, um als kantonales Regalrecht qualifiziert zu werden. Entscheidende Bedeutung kommt dem Merkmal des Grund- und Bodenmonopols, welche «untrennbar mit der Herrschaft über Grund und Boden verbunden sind»<sup>89</sup>, zu. Nur Monopole, welche als Grund- und Bodenmonopol gelten, können vom Regalvorbehalt erfasst sein und demnach zu fiskalischen Zwecken genutzt werden.

Die Frage stellt sich dann aber, was diese Praxis für das Salzregal bedeutet. Es irritiert, dass das Bundesgericht gerade im Entscheid BGE 124 I 11 das Salzmonopol explizit als «historisches Grundmonopol» bezeichnet<sup>90</sup>, dann aber Gewerbemonopole vom Regalvorbehalt ausschliesst.<sup>91</sup> Das Salzhandelsmonopol umfasst den Vertrieb des in der Schweiz abgebauten Salzes sowie die Einfuhr ausländischen Salzes.<sup>92</sup> Wenn man den Begriff des Grund- und Bodenmonopols sehr weit auslegt, könnte man den Vertrieb des hiesigen Salzes, welches in den meisten Kantonen durch das Bergregal monopolisiert ist, allenfalls noch darunter fassen; aber auch das scheint nach der hier vertretenen Ansicht nicht wirklich plausibel. Die Einfuhr eines im Ausland gewonnenen Rohstoffs kann aber nicht mehr als Grund- und Bodenmonopol aufgefasst werden. Dabei

---

<sup>86</sup> BGE 124 I 11 E. 3d m.w.H.

<sup>87</sup> Vorstehend FN 33.

<sup>88</sup> BGE 124 I 11 E. 3d.

<sup>89</sup> REICH (FN 33), AJP 2013, 1408.

<sup>90</sup> BGE 124 I 11 E. 3b.

<sup>91</sup> BGE 124 I 11 E. 3d.

<sup>92</sup> Art. 2 Salzkonkordat.

handelt es sich ohne Weiteres um ein reines Gewerbemonopol, welches – nach höchstrichterlicher Rechtsprechung – nicht als Regalrecht qualifiziert und damit nicht fiskalisch motiviert sein darf.

Gerichtlich wurde bislang das Salzregal nicht auf seine Rechtmässigkeit hin überprüft. Fraglich ist nun, wie das Bundesgericht eine Beschwerde beurteilen würde, mit welcher gerügt würde, dass das Salzregal gegen den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit verstosse. Das Bundesgericht wäre in diesem Fall gehalten, seine Rechtsprechung zu ändern. Entweder könnte es – und damit in Widerspruch zu BGE 124 I 11 – einer historischen Auslegung folgen und alle kantonalen Monopole, welche bereits vor 1874 existiert haben, unter den Regalvorbehalt von Art. 94 Abs. 4 BV subsumieren. Damit müsste es konsequenterweise aber auch das Gebäudeversicherungsmonopol als kantonales Regalrecht qualifizieren und damit von seiner Praxis in BGE 124 I 11 abweichen. Dies wäre insofern konsequent, da das Salzregal das einzige kantonale Monopol darstellt, welches bereits in der Bundesverfassung von 1874 ausdrücklich erwähnt war. Würde hingegen das Bundesgericht an seiner Rechtsprechung, dass lediglich Grund- und Bodenmonopole als kantonale Regalrechte gelten können, festhalten, dann müsste es das Salzregal, welches primär fiskalisch motiviert ist<sup>93</sup>, aufgrund der derogatorischen Kraft des Bundesrechts gemäss Art. 49 Abs. 1 BV für unrechtmässig erklären.<sup>94</sup> Gemäss Art. 48 Abs. 3 BV dürfen Verträge zwischen Kantonen dem Recht des Bundes nicht zuwiderlaufen. Die interkantonale Vereinbarung über das Salzregal wäre demnach nebst den jeweiligen kantonalen Salzregalen rechtswidrig.<sup>95</sup> Wie auch immer sich das Bundesgericht entscheiden würde – an der bisherigen Rechtsprechung könnte es nicht festhalten.

## 2. Öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit

Eine weitere – von Lehre und Rechtsprechung kaum beachtete Problematik – betrifft die Frage nach dem öffentlichen Interesse und der Verhältnismässigkeit der kantonalen Regalrechte. Einzig VALLENDER und HETTICH haben sich zumindest andeutungsweise dazu geäussert: «[F]raglich ist, ob diese Rechts-

---

<sup>93</sup> Vgl. statt vieler MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (FN 19), 178; SUTTER-SOMM (FN 30), 123.

<sup>94</sup> Vgl. BGE 138 I 435 E. 3.

<sup>95</sup> Vgl. SGK BV-SCHWEIZER (FN 9), Art. 48 N 55.

meinung den Vorbehalt des öffentlichen Interesses als Legitimationsgrundlage allen staatlichen Handelns gebührend gewichtet [...].»<sup>96</sup>

Verschiedene Lehrstimmen haben sich namentlich zu Fragen der Verhältnismässigkeit bei der Errichtung und auch Beibehaltung staatlicher Monopole geäussert – dies allerdings lediglich in Bezug auf neue kantonale Monopole.<sup>97</sup> Es wird dabei angeregt, die staatlichen Monopole einer periodischen Überprüfung in Bezug auf ihre Verfassungsmässigkeit zu unterziehen.<sup>98</sup> Art. 27 und 94 BV dürften nicht bedeutungslos sein, wird vorgebracht, denn Monopole seien rechtfertigungsbedürftig.<sup>99</sup> Zu prüfen wäre nebst den übrigen Voraussetzungen, ob staatliche Monopole tatsächlich erforderlich seien. Privatwirtschaftsfreundlichere Lösungen dürften häufig ein ebenso geeignetes Mittel darstellen, um den erwünschten Zweck zu erreichen.<sup>100</sup>

Gemäss Art. 5 Abs. 2 BV muss staatliches Handeln im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein. Diese beiden allgemeinen Verfassungsgrundsätze gilt es zu beachten, auch wenn sie keine verfassungsmässigen Rechte darstellen und daher gerichtlich grundsätzlich nicht selbstständig geltend gemacht werden können.<sup>101</sup> Nach der hier vertretenen Ansicht sollte der Schwerpunkt auf der Frage nach der Verhältnismässigkeit kantonaler Regalrechte liegen. Grund dafür bildet die etablierte Praxis, dass kantonale Regalrechte rein fiskalisch motiviert sein dürfen.<sup>102</sup> Heute werden auch fiskalische Interessen zu den öffentlichen Interessen nach Art. 5 Abs. 2 BV gezählt.<sup>103</sup> Zudem scheint das Bundesgericht bei der Prüfung der Verfassungsmässigkeit neuer kantonaler Monopole diese primär an dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu messen, sei dies um das staatliche Monopol für unzulässig zu erklä-

---

<sup>96</sup> SGK BV-VALLENDER/HETTICH (FN 9), Art. 27 N 79.

<sup>97</sup> Statt vieler SGK BV-VALLENDER/HETTICH (FN 9), Art. 27 N 88; HÄNNI/STÖCKLI (FN 47), N 97; WALDMANN (FN 4), 88 f.

<sup>98</sup> WALDMANN (FN 4), 83 f., 98; REICH (FN 19), N 894.

<sup>99</sup> HÄNNI/STÖCKLI (FN 47), N 85; WALDMANN (FN 4), 83 f.

<sup>100</sup> WALDMANN (FN 4), 98.

<sup>101</sup> Vgl. BGE 134 I 153 E. 4; aber auch BGer, 1C\_463/2020, 3.3.2022, E. 5.2

<sup>102</sup> Im Gegensatz zu den neuen kantonalen Monopolen, bei welchen ein rein fiskalisches Interesse kein hinreichendes öffentliches Interesse darstelle, vgl. dazu BGE 124 I 11 E. 5a, ferner HÄNNI/STÖCKLI (FN 47), N 94 ff.

<sup>103</sup> BGE 138 I 378 E. 8.6.1; SGK BV-SCHINDLER/TSCHUMI (FN 9), Art. 5 N 49, m.w.H.

ren<sup>104</sup> oder aber die Zulässigkeit gerade zu bejahen<sup>105</sup>. Daran sind auch die kantonalen Regalrechte zu messen. Im Übrigen hat das Bundesgericht noch nie staatliche Monopole aufgrund fehlenden öffentlichen Interesses für unzulässig erklärt.

Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz wird primär bei der Prüfung der Einschränkung von Grundrechten nach Art. 36 Abs. 3 BV angewendet. Nichtsdestotrotz hat er mit der Bestimmung in Art. 5 Abs. 2 BV eine Ausweitung seines Anwendungsbereichs auf jegliches staatliche Handeln erfahren und ist auch dann von Bedeutung, wenn kein Grundrechtseingriff im Raum steht.<sup>106</sup> Lehre und Rechtsprechung haben drei Kriterien entwickelt, anhand derer eine staatliche Massnahme auf ihre Verhältnismässigkeit hin überprüft werden soll. Die Massnahme muss geeignet sein, um das angestrebte Ziel zu erreichen. Weiter muss sie erforderlich sein; es darf mithin kein milderes Mittel geben, mit welchem das angestrebte Ziel ebenso erreicht werden könnte. Schliesslich stellt sich die Frage der Zumutbarkeit der Massnahme. Das Bundesgericht spricht dabei von einer «vernünftigen Zweck-Mittel-Relation» und verlangt, dass das angestrebte Ziel und die Massnahme nicht in einem Missverhältnis zueinanderstehen dürfen.<sup>107</sup>

In Bezug auf die neuen kantonalen Monopole stand beim Bundesgericht die Frage nach deren Erforderlichkeit im Zentrum der Argumentation.<sup>108</sup> Trotz seiner relativ grosszügigen Praxis bei der Prüfung der Verfassungsmässigkeit kantonaler Monopole spielte die Frage der Erforderlichkeit eine entscheidende Rolle, um die Zulässigkeit neuer kantonaler Monopole in Einzelfällen zu beur-

---

<sup>104</sup> Vgl. zuletzt BGE 128 I 3 E. 3.

<sup>105</sup> Vgl. BGE 132 I 282 E. 3.6; auch bereits BGE 101 Ia 124 E. 8b, welches in Bezug auf das öffentliche Interesse lediglich bemerkte, dass das «öffentliche Interesse [...] sicherlich eine solche Entscheidung [rechtfertige]», ohne es näher zu prüfen. Anders hingegen BGE 143 I 388 E. 2.2.1, wonach die «Monopolisierung [...] aus überwiegenden sozialpolitischen und polizeilichen Gründen gerechtfertigt» sei, sich aber zur Verhältnismässigkeit nicht äussert, was bedauerlich ist, da das staatliche Monopol in diesem Fall wohl unverhältnismässig wäre.

<sup>106</sup> BGE 138 I 378 E. 8.2.

<sup>107</sup> Zum Ganzen vgl. BGE 140 I 353 E. 8.7; SGK BV-SCHINDLER/TSCHUMI (FN 9), Art. 5 N 56, m.w.H.

<sup>108</sup> BGE 128 I 3 E. 3; so auch WALDMANN (FN 4), 88, und VALLENDER KLAUS/LEHNE JENS/HEITICH PETER, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung, 4. A., Bern 2007, N 72.

teilen.<sup>109</sup> Das Bundesgericht führte aus, dass ein staatliches Monopol dann nicht zulässig sei, wenn es als unverhältnismässiges Mittel erscheine, um das vom Gesetzgeber angestrebte Ziel zu erreichen, wobei es sich aber einer gewissen Zurückhaltung bei der Überprüfung auferlegte.<sup>110</sup> Ein staatliches Monopol sei unverhältnismässig, wenn sich das angestrebte Ziel auch auf andere Weise – mithin mit einem milderem Mittel – hinreichend wahren lasse.<sup>111</sup>

Stellt man nun die Verhältnismässigkeit des Salzregals bzw. der historischen Regalrechte generell in Frage, so dürften auch dabei namentlich die Diskussion um das Vorliegen eines mildereren Mittels im Vordergrund stehen.<sup>112</sup> Zu prüfen ist, ob es Regulierungsmöglichkeiten gibt, welche das angestrebte Ziel ebenfalls erreichen, aber in Bezug auf den Grundsatz einer staatsfreien Wirtschaft eine privatwirtschaftsfreundlichere Massnahme darstellen. Darauf ist im nachfolgenden Abschnitt am Beispiel des Salzregals näher einzugehen.

## IV. Regulierungsvorschläge

Bei der Prüfung alternativer Regulierungsvorschläge anstelle des staatlichen Monopols ist zwischen der Gewinnung von und dem Handel mit Salz zu differenzieren.

### A. Gewinnung von Salz

Aufgrund des beschränkten Salzvorkommens in der Schweiz mag ein Monopol zum Abbau von Salz gerechtfertigt sein. Dennoch wäre auch hier eine materielle Privatisierung denkbar, da zumindest drei Salinen in Betrieb sind und das Kartellrecht genügen sollte, um einen funktionierenden Markt sicherzustellen. Die aktuell bestehenden Salinen stehen in den Kantonen Aargau, Basel-Landschaft und Waadt. Um den kartellrechtlichen Vorschriften zu entsprechen, könnte jede Saline wirtschaftlich verselbständigt und an Dritte veräussert werden. Diese drei privaten Anbieter würden als Konkurrenten auf einem freien Markt, welcher sich wohl auch auf das angrenzende Ausland

---

<sup>109</sup> Vgl. z.B. BGE 132 I 282 E. 3; 125 I 209 E. 10.

<sup>110</sup> Vgl. BGE 101 Ia 124 E. 8b.

<sup>111</sup> BGE 128 I 3 E. 3e.cc *in fine*.

<sup>112</sup> Siehe WALDMANN (FN 4), 88; REICH (FN 19), N 895, spricht in diesem Zusammenhang von einer «Alternativlösung».

erstrecken dürfte, auftreten. Die Gewinnung von Salz stellt eine Sondernutzung des öffentlichen Grundes dar und ist daher konzessionspflichtig.<sup>113</sup> Zudem könnte gegebenenfalls eine staatliche Aufsicht installiert werden, welche einen kontrollierten Abbau von Salz sicherstellt. Der Gefahr der Übernutzung liesse sich allenfalls auch mit entsprechenden Vorschriften (Ge- und Verboten) begegnen<sup>114</sup>, zumal bereits vielen entsprechende Vorschriften, insbesondere die Umweltschutzgesetzgebung, bestehen.

## B. Handel mit Salz

In Bezug auf den Handel mit Salz stehen vielmehr Fragen der Preisgestaltung und der Marktdynamik im Vordergrund. Dabei ist zwischen den verschiedenen Salzen zu unterscheiden, welche produziert werden. Die Befürworterinnen nennen als Vorteile die Versorgungssicherheit beim Auftausalz, die vorteilhafte Gesamtkostenbilanz für Kantone und Gemeinden, ökologische Vorteile, faire und kalkulierbare Preise sowie die Gesundheitsprävention.<sup>115</sup>

### 1. Versorgungssicherheit

Aus Gründen der Strassensicherheit im Winter wird das Monopol verteidigt. Die Lagerhallen der Salinen stellten eine lückenlose Versorgung mit Auftausalz, gerade im Winter, sicher.<sup>116</sup> Dabei lohnt sich ein Vergleich mit der Produktion von Zucker in der Schweiz: Die Schweizer Zucker AG ist das einzige Unternehmen in der Schweiz, welches Zuckerrüben zu Zucker verarbeitet.<sup>117</sup> Die Zuckerproduktion in der Schweiz stellt aber kein staatliches Monopol dar. Im Übrigen ist sie kaum reglementiert: Die einzige relevante Regulierung betrifft die Pflichtlagerhaltung zur Sicherstellung der Versorgung des Landes.<sup>118</sup> Um die Versorgung mit Salz, namentlich im Winter mit Auftausalz, sicherstellen zu können, wäre ein staatliches Monopol nicht notwendig. In regula-

---

<sup>113</sup> Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 1), N 2733 ff.

<sup>114</sup> Vgl. WALDMANN (FN 4), 89.

<sup>115</sup> Vgl. z.B. erläuternder Bericht zur parlamentarischen Initiative Raths et al. (FN 82), 2 ff., insb. 8 ff.

<sup>116</sup> Bericht zur parlamentarischen Initiative Raths et al. (FN 82), 9 f.

<sup>117</sup> Siehe BFS, Von der Rübe zum Zucker. Die Zuckerproduktion in der Schweiz, Januar 2020, Neuenburg, *passim*.

<sup>118</sup> Art. 1 lit. a Verordnung vom 10. Mai 2017 über die Pflichtlagerhaltung von Nahrungs- und Futtermitteln (SR 531.215.11).

torischer Hinsicht könnte die Schweizer Salinen AG zu einer Vorratshaltung an Auftausalz gestützt auf das Landesversorgungsgesetz verpflichtet werden, sofern die Wirtschaft mit freiwilligen Massnahmen die Versorgung mit Auftausalz nicht sicherstellen könnte.<sup>119</sup> Damit liessen sich die bestehenden Lagerhallen unter dem Regime der Pflichtlagerhaltung ohne Weiteres fortführen. Diese Massnahme hätte zudem den Vorteil, dass sie die bestehende Infrastruktur der Lagerhallen nutzen würde und mit dem Landesversorgungsgesetz einem bewährten Regelwerk unterstellt werden könnte.

## 2. Preisgestaltung

Die Schweizer Salinen AG erhebt einheitliche, nach Salzarten abgestufte Regalgebühren.<sup>120</sup> Die Lieferpreise für die verschiedenen Salzarten werden einheitlich gestaltet.<sup>121</sup> Dieser Fixpreis garantiert auch in sogenannten Extremwintern mit hohem Auftausalzbedarf denselben Preis für Auftausalz; ein Preistroib werde dadurch verhindert. Es wird argumentiert, dass das Monopol aus Gründen der Solidarität erforderlich sei. Ungeachtet der Transportdistanz koste das Auftausalz für alle Abnehmer gleich viel. Die Kantone bzw. die Gemeinden sind verpflichtet, das Auftausalz zum festgesetzten Preis von der Schweizer Salinen AG zu beziehen.<sup>122</sup>

Der Unterhalt der öffentlichen Strassen, wozu auch der Winterdienst zählt, stellt eine öffentliche Aufgabe der Kantone dar. Beispielhaft kann auf die gesetzliche Grundlage im Kanton Graubünden verwiesen werden: Art. 31 StrG normiert, dass zum Unterhalt alle Massnahmen zur Erhaltung der Substanz sowie zur Gewährleistung der Betriebs- und Verkehrssicherheit der Kantonsstrassen gehören (Abs. 1). Der betriebliche Unterhalt umfasst insbesondere den Winterdienst (Abs. 3). Der Winterdienst wird detailliert in Art. 35 StrG geregelt. Danach besorgt der Kanton die Schneeräumung auf Kantonsstrassen inner- und ausserorts (Abs. 1). Der Streudienst auf Innerortsstrecken obliegt den Gemeinden (Abs. 2), wobei der Kanton für die Gemeinden den Streudienst auf Innerortsstrecken gegen Entschädigung übernehmen kann (Abs. 3). Die Kantone bzw. Gemeinden könnten das für den Winterdienst erforderliche

---

<sup>119</sup> Vgl. Art. 3 Abs. 3 LVG.

<sup>120</sup> Art. 3 Salzkonkordat.

<sup>121</sup> Art. 4 Abs. 1 Salzkonkordat.

<sup>122</sup> Zum Ganzen vgl. vorstehend FN 82.

Auftausalz im Rahmen eines öffentlichen Beschaffungsverfahrens bei privaten Anbieterinnen und Anbietern besorgen. Die Beschaffung von Auftausalz kann als mittelbare Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe qualifiziert werden. Das vorteilhafteste Angebot erhält den Zuschlag<sup>123</sup>, wobei abhängig von der Ausschreibung der Preis ein wichtiges Zuschlagskriterium bilden dürfte.<sup>124</sup> Als Folge dürfte das Auftausalz aufgrund der unterschiedlichen Transportdistanz im Kanton Zürich wohl um einiges günstiger erworben werden können als in abgelegenen Gebirgskantonen wie etwa Wallis oder Graubünden – der Wettbewerb würde es zeigen. Denn heute garantiert die staatliche Preisfestsetzung, dass das Auftausalz überall genau gleich viel kostet. Das bedeutet allerdings auch, dass Kantone wie Zürich, welche schneearmer sind und über eine kürzere Transportdistanz verfügen, heute in Relation zu Gebirgskantonen zu viel für ihr Auftausalz bezahlen. Sollten schneereiche Gebirgskantone mit sehr hohen Kosten für das Auftausalz konfrontiert sein, so könnte man nötigenfalls immer noch über die Ausrichtung von Subventionen nachdenken.

### 3. Ökologische Aspekte

In der Schweiz erfolgt ein grosser Teil der Salzlieferungen mit der Bahn, im Gegenteil zum europäischen Ausland, wo Salz fast ausschliesslich auf der Strasse transportiert wird. Die Lieferungen, welche auch in der Schweiz auf der Strasse erfolgen, verfügen über im europäischen Vergleich kurze Transportwege. Diesen ökologischen Vorteil wird der staatlichen Monopolisierung zugeschrieben.<sup>125</sup> Dass die Transportwege in der Schweiz kurz sind, hat allerdings nichts mit dem staatlichen Monopol zu tun, sondern mit der Kleinräumigkeit der Schweiz. Auch ohne staatliches Monopol ist es im Übrigen nicht ausgeschlossen, dass ein Unternehmen in Bezug auf den Transport seiner Ware ökologische Überlegungen miteinbezieht und die Bahn einem Transport auf der Strasse bevorzugt, auch wenn dafür keine wirtschaftlichen Gründe sprechen. Um gewisse ökologische Ziele zu erreichen, bestünde auch die Möglichkeit, den Transport auf der Schiene für einen bestimmten Prozentsatz verpflichtend vorzusehen oder den Bahntransport zu subventionieren, was An-

---

<sup>123</sup> Art. 41 IVöB.

<sup>124</sup> Vgl. CLAUDIA SCHNEIDER HEUSI, Neues Vergaberecht in den Kantonen: Überblick und erste Bilanz, ZBl 2023, 531.

<sup>125</sup> Vgl. z.B. erläuternder Bericht zur parlamentarischen Initiative Raths et al. (FN 82), 11 f.

reize setzt, dass das Salz mit der Bahn transportiert wird. Weitere Möglichkeiten wären der Emissionshandel oder die Förderung von Elektroantrieben.

#### **4. Gesundheitsprävention**

Zugunsten des staatlichen Monopols wird vorgebracht, dass das Monopol der Gesundheitsprävention der Bevölkerung diene, indem dem Speisesalz Jod und Fluor hinzugefügt werden. Würde das staatliche Monopol aufgehoben, so könnte die Versorgung der Bevölkerung mit Jod und Fluor durch deren Zugabe im Speisesalz nicht mehr garantiert werden. Die Volksgesundheit stelle ein öffentliches Interesse dar; entsprechend rechtfertige dies auch ein staatliches Monopol.<sup>126</sup>

Nach hier vertretener Ansicht verfängt das Argument der Gesundheitsprävention nicht. Die Zugabe von Jod und Fluor ist in Art. 5 VZVM geregelt. Gemäss Abs. 1 dürfen Jod und Fluor dem Speisesalz zugesetzt werden, so weit dies aus Gründen der Volksgesundheit angezeigt ist. Abs. 2 und 3 legen die Menge an Jod und Fluor fest, welche dem Speisesalz hinzugefügt werden dürfen. Diese dispositive Verordnungsbestimmung könnte im Rahmen einer Revision verpflichtend ausgestaltet werden, sodass weiterhin sichergestellt würde, dass im Speisesalz diese aus gesundheitspräventiver Sicht erwünschten Spurenelemente enthalten wären. Eine weitere Möglichkeit wäre, Jod dem Trinkwasser zuzugeben.

#### **C. Zwischenfazit**

Wie anhand der vorstehenden Beispiele dargelegt werden konnte, bestehen durchaus alternative Regulierungsmöglichkeiten anstelle eines staatlichen Monopols. Meistens steht gar eine Fülle an Alternativlösungen zur Verfügung, um den Salzmarkt in der Schweiz zu regulieren. Sie stellen ein mildereres Mittel dar und wären daher im Rahmen einer Verhältnismässigkeitsprüfung dem Salzregal vorzuziehen. Ein staatliches Monopol ist unverhältnismässig.

---

<sup>126</sup> Zum Ganzen vgl. z.B. erläuternder Bericht zur parlamentarischen Initiative Raths et al. (FN 82), 13 f.

## V. Herausforderungen für das kantonale Monopolwesen heute

Das einzige kantonale (bzw. in diesem Fall kommunale) Monopol, welches das Bundesgericht in den letzten Jahrzehnten für unzulässig erklärte, war ein kommunales Plakatanschlagsmonopol auf privatem Grund, welches wohl nebst der Wirtschaftsfreiheit auch die Eigentumsfreiheit verletzte.<sup>127</sup> Alle anderen Beschwerden, welche sich gegen die Errichtung bzw. Beibehaltung staatlicher Monopole richteten, hat das Bundesgericht abgewiesen.<sup>128</sup> Das Bundesgericht zeigt sich aber nicht nur gegenüber kantonalen Monopolen grosszügig. Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit generell erklärt es selten als unrechtmässig.<sup>129</sup> Die Hürde, dass eine Beschwerde durchdringt, ist hoch. Angesichts der Vielzahl an kantonalen Monopolen betrifft die grosszügige höchstrichterliche Praxis nicht lediglich eine Randerscheinung. Will ein Kanton bzw. eine Gemeinde in ihrem Autonomiebereich ein staatliches Monopol errichten, so ist folglich die Wahrscheinlichkeit gross, dass das Bundesgericht das Vorgehen schützt. Aus wirtschaftsverfassungsrechtlicher Sicht ist dies problematisch.

Der Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit, welcher mit der Errichtung eines staatlichen Monopols verbunden ist, wiegt nach weit verbreiteter Ansicht schwer.<sup>130</sup> Heute lässt sich ein solcher Eingriff kaum mehr rechtfertigen, denn die Verhältnismässigkeit muss bei sorgfältiger Prüfung jeweils verneint werden.<sup>131</sup> Es sind kaum Fälle denkbar, bei welchen keine mildere Massnahme das angestrebte Ziel ebenso erreichen würde; das Kriterium der Erforderlichkeit ist mithin nicht erfüllt. Entsprechend wird denn auch die grosszügige bundesgerichtliche Rechtsprechung in der Lehre – zu Recht – kritisiert.<sup>132</sup> Die Kantone und Gemeinden sind gehalten, Alternativlösungen zu prüfen, welche das betreffende Rechtsgut ebenso hinreichend schützen. Die Vielfalt an Regulie-

---

<sup>127</sup> Vgl. BGE 128 I 3 E. 3.

<sup>128</sup> Statt vieler BGE 143 I 388 E. 2.2.1; 125 I 209 E. 10.

<sup>129</sup> Vgl. zuletzt BGer, 2C\_36/2023, 2C\_38/2023, 5.6.2024.

<sup>130</sup> Siehe REICH (FN 19), N 895; so auch bereits RICHLI (FN 22), 476, welcher von einer «offenen Flanke» der Wirtschaftsfreiheit spricht.

<sup>131</sup> Vgl. HÄNNI/STÖCKLI (FN 47), N 97; UHLMANN (FN 3), Art. 94 N 25; VALLENDER/LEHNE/HETTICH (FN 108), N 72.

<sup>132</sup> REICH (FN 19), N 895; WALDMANN (FN 4), 88 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 1), N 2713.

rungsinstrumenten – wie vorstehend am Beispiel des Salzregals dargelegt<sup>133</sup> – bietet ihnen dabei ohne Weiteres die Möglichkeit, vom staatlichen Monopol abzusehen, ohne dabei auf jegliche staatliche Massnahme verzichten zu müssen, sofern es das öffentliche Interesse erfordert. Regulierungsinstrumente als «mildere Mittel» bieten in dieser Hinsicht die Chance, privatwirtschaftliche Tätigkeit wieder zu ermöglichen.

Dennoch sind die Beibehaltung und auch Errichtung neuer kantonaler Monopole keine Seltenheit.<sup>134</sup> So haben in den letzten Jahren verschiedene Kantone Gesetze über die Nutzung des Untergrunds erlassen, um ein staatliches Monopol in diesem Bereich zu errichten bzw. fortzuführen.<sup>135</sup> Darin werden exklusive Nutzungsrechte der öffentlichen Hand begründet, welche recht umfangreich sind. Unter «Bergregal» wird die Verfügungsgewalt über Bodenschätze verstanden.<sup>136</sup> Als Bodenschätze gelten danach nicht nur Metalle, Erze und Mineralien, Asphalt und Bitumen, sondern auch fossile Brennstoffe wie Erdöl, Erdgas, Kohle bzw. Energierohstoffe generell.<sup>137</sup> Das Verständnis dieses staatlichen Monopols als Regalrecht erlaubt ein Fiskalmonopol, welches ansonsten unrechtmässig wäre. Ob das Bergregal nach diesem Verständnis die Tragweite des Regalvorbehalts in Art. 94 Abs. 4 BV sprengt oder zumindest arg strapaziert, ist höchststrichterlich ungeklärt, aber nach der hier vertretenen Meinung naheliegend. Der Verfassungsgeber des Kantons Aargau ging im Jahr 2012 gar so weit, ein weiteres Regalrecht betreffend die Nutzung des tiefen Untergrunds in der Verfassung festzuschreiben, um es wohl fiskalisch nutzen zu können.<sup>138</sup> Darin noch ein *historisches* Regalrecht zu erkennen, überzeugt wenig; es wäre als neues rechtliches Monopol zu qualifizieren und an den üblichen Kriterien – das Monopol müsste grundsatzkonform und der Eingriff in

---

<sup>133</sup> Vgl. vorstehend IV.

<sup>134</sup> Anders auf Bundesebene, wo fortschreitende Marktöffnungstendenzen im Bereich der Telekommunikation zu einer Abschaffung des Staatsmonopols geführt haben. Zumindest eine Teilliberalisierung konnte man in den Bereichen Post, Eisenbahnverkehr und Elektrizitätsversorgung verzeichnen. Vgl. dazu KARLEN (FN 4), 393.

<sup>135</sup> Vgl. z.B. GNB/AG, UNG/TG, GNU/ZH und GNU/AI.

<sup>136</sup> Vgl. z.B. Art. 3 Abs. 1 GNU/AI; aber wohl begrifflich enger BGE 119 Ia 390 E. 11b; dazu kritisch ANDREAS ABEGG/LEONIE DÖRIG, System der privaten und öffentlichen Nutzungsrechte am Untergrund, URP 2019, 406.

<sup>137</sup> § 5 Abs. 2 GNU/ZH; Art. 5 Abs. 2 GNU/AI; § 2 Abs. 1 GNB/AG; § 3 UNG/TG.

<sup>138</sup> Vgl. § 55 Abs. 1 lit. g KV/AG.

Art. 27 BV müsste nach Art. 36 BV gerechtfertigt sein – zu messen. Trotzdem wurden die Kantone in ihrem Vorhaben nicht aufgehalten.

Die Regulierungsfolgenabschätzung des Kantons Zürich vor Erlass des Gesetzes über die Nutzung des Untergrundes und der dazugehörigen Verordnung hat ergeben, dass es «nicht zu einer administrativen Mehrbelastung von Unternehmen» führe.<sup>139</sup> Bei dieser Abschätzung lag der Regierungsrat nicht falsch, wird doch mit der staatlichen Monopolisierung die privatwirtschaftliche Tätigkeit ausgeschaltet und in der Folge jegliche Regulierung derselben obsolet. Die Regulierung einer gewerblichen Tätigkeit hingegen, welche ohne Weiteres eine Mehrbelastung von Unternehmen darstellt, würde – zumindest in diesem Fall – unserer marktwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung erst zum Durchbruch verhelfen.

## VI. Abschliessende Bemerkungen

Zum Abschluss sollen die im vorliegenden Beitrag vorgetragenen Überlegungen zu Thesen zusammengefasst, aber auch im Hinblick auf künftige Herausforderungen weiterentwickelt werden:

(1) *Viele kantonale Monopole, einschliesslich der historischen Regalrechte, sind heute nicht (mehr) rechtmässig.* Sie scheitern am Verhältnismässigkeitsgrundsatz. Es gibt regelmässig mildere Massnahmen, welche das angestrebte Ziel ebenso verfolgen und erreichen würden. Entsprechend sind kantonale Monopole fast nie erforderlich. Die Regulierung spielt dabei eine zentrale Rolle. Das Bundesgericht wäre gehalten, auch aufgrund des schweren Eingriffs in die Wirtschaftsfreiheit, die Verhältnismässigkeit staatlicher Monopole strenger zu beurteilen. Es gibt aber keine Anhaltspunkte, dass das Bundesgericht zeitnah seine in dieser Hinsicht etatistische Rechtsprechung aufgeben würde.

(2) *Anstelle regulatorischer Alternativen setzen die Kantone dennoch wieder vermehrt auf staatliche Monopolisierung.* Die erst in den letzten Jahren erlassenen Gesetze über die Nutzung des Untergrunds weiten die Tragweite kantonaler Monopole nochmals aus. Unter dem Deckmantel des Bergregals wollen sie sogar die Nutzung des Untergrunds als Fiskalmonopol ausgestaltet wissen. Auch die zuletzt vermehrte geforderte Abschaffung des Salzregals wur-

---

<sup>139</sup> Regierungsratsbeschluss des Kantons Zürich Nr. 446/2023, 11.

de von den kantonalen Regierungen verworfen. Das Salzregal und auch die anderen historischen Regalrechte stellen daher kein Auslaufmodell dar, sondern werden inhaltlich sogar ausgeweitet. Die auf Bundesebene eingesetzte Markttöffnung konnte sich auf Kantonsebene bislang noch nicht durchsetzen. Aus wirtschaftsverfassungsrechtlicher Sicht ist diese Entwicklung kritisch weiterzuverfolgen.

(3) *Die Vielfalt der rechtlichen Regulierungsinstrumente würde, sofern anstelle staatlicher Monopole eingesetzt, unsere marktwirtschaftliche Wirtschaftsordnung stärken.* Der Gebrauch von Regulierungsinstrumenten anstelle staatlicher Monopole stellt ein mildereres Mittel dar und sollte deswegen vermehrt von den kantonalen Behörden als Alternative berücksichtigt werden. Die rechtlichen Regulierungsinstrumente, welche sich über viele Jahrzehnte entwickelt haben, stellen daher auch eine Chance dar, von der staatlichen Monopolisierung, welche in der Schweiz weit verbreitet ist, abzurücken. Die Regulierung privatwirtschaftlicher Tätigkeiten ist für Akteure am freien Markt attraktiver als ein staatliches Monopol, trotz unerwünschter Konsequenzen, welche gegebenenfalls durch Regulierung verursacht werden können. Der Wandel der kantonalen Monopole, insbesondere des Salzregals, ist ein komplexer Prozess, der eine sorgfältige Abwägung zwischen öffentlichem Interesse, Verhältnismässigkeit und Wirtschaftsfreiheit erfordert. Die vorgeschlagenen Reformen bieten eine Grundlage für eine moderne und effiziente Monopolregulierung, die den heutigen Anforderungen gerecht wird.

---

# **Regulierung durch Subventionierung: Das Verhältnis zwischen Subventionen und anderen Regulierungsinstrumenten**

## **Auslegeordnung am Beispiel der finanziellen Unterstützung durch die Eidgenössische Qualitätskommission in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung**

Dario Picecchi\*

### **Inhaltsübersicht**

I.	Einleitung	98
II.	Subventionen als Regulierungsinstrument	99
III.	Regulierungsinstrumente zur Gewährleistung der Qualität in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung	100
A.	Zulassung der Leistungserbringer	101
B.	Einschränkungen der Vergütungspflicht	102
1.	Konkretisierung des OKP-Leistungskatalogs im Allgemeinen	102
2.	Einschränkungen der Vergütungspflicht zur Qualitätsverbesserung oder -sicherung	103
C.	Massnahmen zur Qualitätsentwicklung	104
1.	Ziele und Verträge zur Qualitätsentwicklung	105
2.	Eidgenössische Qualitätskommission	108
a.	Aufgabe der Qualitätsentwicklung	108
b.	Aufgabe der Qualitätsprüfung	110
c.	Aufgabe der Qualitätsfinanzierung	112
D.	Verwaltungsmassnahmen, -sanktionen und Strafen	113
IV.	Aspekte zur Wahl der Regulierung mittels Subventionen	115
A.	Unterschiedliche Regulierungszwecke	115
B.	Verhältnismässigkeit	117
C.	Rechtsgleichheit	118
D.	Wettbewerbsneutralität	119
V.	Schlussfolgerungen	121

---

\* Dr. iur., Rechtsanwalt in Zürich, Lehrbeauftragter an den Universitäten Luzern und Fribourg.

## I. Einleitung

Subventionen sind ein weit verbreitetes Instrument staatlicher Regulierung, das in unterschiedlichsten Bereichen der Wirtschaft und des öffentlichen Lebens eingesetzt wird. Von der Landwirtschaft über die Energieversorgung bis hin zum Gesundheitswesen werden *Subventionen* gesprochen, d.h., es werden geldwerte Vorteile für bestimmte Tätigkeiten im öffentlichen Interesse gewährt.<sup>1</sup> Der Einsatz dieses Regulierungsinstruments ist flexibel, da die Übernahme öffentlicher Aufgaben entschädigt (Abgeltungen) oder Aufgaben im öffentlichen Interesse finanziell gefördert werden können (Finanzhilfen).<sup>2</sup> Die Häufigkeit, mit der Subventionen vorgesehen werden, wirft Fragen nach ihrem Verhältnis zu anderen Regulierungsinstrumenten auf. Dieser Beitrag untersucht deshalb die Regulierung mittels Subventionen und ihr Verhältnis zu anderen Regulierungsinstrumenten.

Das Verhältnis zwischen Subventionen und anderen Regulierungsinstrumenten wird vorliegend nicht abstrakt abgehandelt, sondern am *Beispiel der finanziellen Unterstützung durch die Eidgenössische Qualitätskommission* in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung erläutert. Die Kommission hat die Aufgabe, die bundesrätlichen Ziele der Qualitätsentwicklung in der OKP zu realisieren (Art. 58b Abs. 1 KVG). Zu diesem Zweck darf die Kommission Finanzhilfen und Abgeltungen sprechen. Im ersten Jahr, in dem sie dies tat, betrug die Höhe der durch die Kommission gesprochenen Subventionen 3,51 Mio. CHF, im Jahr 2023 6,67 Mio. CHF und im Jahr 2024 13,31 Mio. CHF.<sup>3</sup> Gleichzeitig gibt es im Krankenversicherungsgesetz verschiedene Vorgaben zur Qualität medizinischer Leistungen und entsprechende Regulierungsinstrumente, um die Qualität der Leistungen sicherzustellen.

Im Folgenden wird vorab allgemein auf das Regulierungsinstrument der Subventionen eingegangen (II.). Danach werden die verschiedenen Regulie-

---

<sup>1</sup> Siehe beispielsweise Eidgenössische Finanzkontrolle, Subventionen: Synthesebericht vergangener Prüfungen, Bern 2024, 13 ff. Internet: <https://perma.cc/BF4N-YVAM> (Abruf 03.06.2025); SAMUEL RUTZ/LAURENZ GRABHER, Die Schweiz – Das Land der Subventionen, Braucht die Schweiz eine Subventionsbremse?, Zürich 2022, 41 ff. Internet: <https://perma.cc/6QSB-H599> (Abruf 03.06.2025).

<sup>2</sup> Allgemein zu den Subventionsarten, siehe statt vieler ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. A., Zürich/St. Gallen 2020, Rz. 2516 ff.

<sup>3</sup> Eidgenössische Finanzverwaltung, Subventionen betreffend Qualitätsmaßnahmen KVG, Kreditnummer A.231.0395, Bern 2025. Internet: <https://perma.cc/PKC7-Q8XR> (Abruf 03.06.2025).

rungsinstrumente zur Qualitätsgewährleistung in der OKP dargelegt (III.). Aufgrund des Nebeneinanders verschiedener Regulierungsinstrumente kann die Gewährung von Subventionen durch die EQK mit den übrigen Regulierungsinstrumenten zur Qualitätsgewährleistung verglichen werden. Aus diesem Vergleich lassen sich verschiedene Aspekte umschreiben, die es bei der *Wahl von Subventionen als Regulierungsinstrument* zu berücksichtigen gilt (IV.). Gestützt auf diese Ausführungen werden abschliessend Schlussfolgerungen zum Verhältnis zwischen Subventionen und anderen Regulierungsinstrumenten gezogen (V.).

## II. Subventionen als Regulierungsinstrument

Bei einer *Subvention* handelt es sich um einen geldwerten Vorteil, welcher der Staat einem ausserhalb der Verwaltung stehenden Akteur gewährt.<sup>4</sup> Subventionen werden nach ihrer Funktion wie folgt unterschieden:

- *Abgeltungen*: Mit Abgeltungen werden Personen und Organisationen für die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe entschädigt (vgl. Art. 3 Abs. 2 SuG). Das Gesetz sieht also eine bestimmte Aufgabe vor, zu deren Erfüllung eine Verpflichtung besteht.<sup>5</sup> Diese Aufgabe erfüllt aber nicht die Verwaltung selbst, sondern ein ausserhalb stehender Akteur, wofür er abgegolten wird.<sup>6</sup>
- *Finanzhilfen*: Bei Finanzhilfen gewährt der Staat einer Person oder Organisation einen geldwerten Vorteil, um ein bestimmtes, im öffentlichen Interesse liegendes Verhalten zu fördern (Art. 3 Abs. 1 SuG).<sup>7</sup>

Der *Ermessens- oder Gestaltungsspielraum* ist bei der Gewährung von Abgeltungen üblicherweise geringer, da die zu erfüllende öffentliche Aufgabe gesetzlich vorgegeben ist. Es handelt sich typischerweise um Anspruchssubventionen.<sup>8</sup> Meist lässt sich der zur Erfüllung der Aufgabe nötige Aufwand klar

<sup>4</sup> BGE 149 II 43 E. 3.4; in Bezug auf die damalige Lehre so bereits RENÉ RHINOW, Wesen und Begriff der Subvention in der schweizerischen Rechtsordnung, Diss. Basel 1970, Basel/Stuttgart 1971, Rz. 112 ff.

<sup>5</sup> Zum Begriff der öffentlichen Aufgabe, siehe BERNHARD RÜTSCHE, Was sind öffentliche Aufgaben?, recht 4/2013, 153 ff., 157 ff.

<sup>6</sup> PIERRE TSCHANNEN/MARKUS MÜLLER/MARKUS KERN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. A., Bern 2022, Rz. 1293; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 2), Rz. 2515.

<sup>7</sup> TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (FN 8), Rz. 1292.

<sup>8</sup> Zum Begriff der Anspruchssubvention, siehe statt vieler HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 2), Rz. 2518 f.

umschreiben und oftmals gar berechnen. Durch die gesetzliche Erfüllungspflicht und die dadurch anfallenden Aufwände kann konkret bestimmt werden, wer für welche Aufgabe welche Entschädigung erhalten sollte. Anders verhält es sich bei Finanzhilfen. Bei dieser Subventionsart besteht aufgrund der beabsichtigten Förderung eines im öffentlichen Interesse liegenden Verhaltens ein grösserer Spielraum, an wen, wann und in welcher Höhe der Staat solche Subventionen gewähren soll. Finanzhilfen sind daher üblicherweise als Ermessenssubventionen ausgestaltet.<sup>9</sup>

### **III. Regulierungsinstrumente zur Gewährleistung der Qualität in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung**

Im Krankenversicherungsgesetz ist der Qualitätsanspruch für die gesamte Leistungserbringung in der OKP mehrfach als *Ziel, Grundsatz und Kriterium* verankert. Von besonderer Bedeutung ist Art. 43 Abs. 6 KVG, wonach Versicherer, Leistungserbringer und Behörden für «eine qualitativ hochstehende und zweckmässige gesundheitliche Versorgung zu möglichst günstigen Kosten» zu sorgen haben (vgl. auch Art. 117a Abs. 1 BV). Mit den seit 1. April 2021 in Kraft getreten Bestimmungen zur Qualitätsentwicklung (Art. 58 ff. KVG) hat der Gesetzgeber die Bedeutung der Qualität und die damit verbundenen Bestrebungen in der OKP weiter gestärkt.

Im Folgenden werden die verschiedenen *Regulierungsinstrumente*, mit denen die Qualität der Leistungserbringung und der Leistungen sichergestellt und weiterentwickelt wird, überblickartig dargestellt. Konkret geht es zunächst um das Instrument der Zulassung von Leistungserbringern zulasten der OKP (A.) und danach um Einschränkungen der Vergütungspflicht (B). Darüber hinaus wird auf die teilweise neuen Regulierungsinstrumente eingegangen, welche die Bestimmungen zur Qualitätsentwicklungen seit dem 1. April 2021 vorsehen (C.). Schliesslich wird die Möglichkeit der Verhängung von Verwaltungsmassnahmen, -sanktionen und Strafen bei Verstössen gegen die Qualitätsanforderungen erläutert (D.).

---

<sup>9</sup> Zum Begriff der Ermessenssubvention, siehe statt vieler TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (FN 8), Rz. 1298 f.

## A. Zulassung der Leistungserbringer

Personen und Einrichtungen, die zulasten der OKP medizinische Leistungen erbringen dürfen, sind abschliessend in Art. 35 KVG aufgezählt. Grundvoraussetzung für die Leistungserbringung durch diese Personen und Einrichtungen ist eine kantonale Zulassung zur Tätigkeit zulasten der OKP (vgl. Art. 36–40 KVG i.V.m. Art. 38–58f KVV). Die *Zulassung der Leistungserbringer* soll die Qualifikation und Kompetenz der Leistungserbringer sicherstellen und damit zur Qualität der Leistungserbringung beitragen.<sup>10</sup> Für eine Zulassung haben die medizinischen Fachpersonen bzw. Einrichtungen nach Art. 58g KVV immer auch grundlegende Qualitätsanforderungen zu erfüllen. Konkret müssen Leistungserbringer über das erforderliche qualifizierte Personal, ein Qualitätsmanagement-, Berichts- und Lernsystem verfügen sowie die Möglichkeit zur Teilnahme an nationalen Qualitätsmessungen haben.

Von dieser krankenversicherungsrechtlichen Zulassung zur Leistungserbringung zulasten der OKP ist die *gesundheitspolizeiliche Zulassung* der medizinischen Fachpersonen und Einrichtungen zu unterscheiden. Die gesundheitspolizeiliche Zulassung ist ebenfalls Aufgabe der Kantone und hat zum Ziel, die öffentliche Gesundheit zu schützen.<sup>11</sup> Die gesundheitspolizeiliche Zulassung richtet sich jeweils nach den Vorgaben in Bundesgesetzen zu den medizinischen Berufen – konkret dem Medizinal-, dem Psychologie- und dem Gesundheitsberufegesetz – sowie nach den Vorgaben in kantonalen Gesundheitsgesetzen. Bei der krankenversicherungsrechtlichen Zulassung wird häufig auf die gesundheitspolizeiliche Zulassung abgestellt.<sup>12</sup> Mit Blick auf die Qualitätsbestrebungen in der OKP hat die gesundheitspolizeiliche Zulassung nur eine beschränkte Aussagekraft, da diese Bewilligung lediglich einen Qualitätsmindeststandard sicherstellt, indem sie bestätigt, dass die Person oder

<sup>10</sup> Botschaft vom 6. November 1991 über die Revision der Krankenversicherung, BBl 1992 I 93 ff., 163 f.; THOMAS GÄCHTER/BERNHARD RÜTSCHE, Gesundheitsrecht, Ein Grundriss für Studium und Praxis, 5. A., Basel 2023, Rz. 1113; vgl. BGE 125 V 448 E. 3a.

<sup>11</sup> BGer, 2C\_910/2022, 8.1.2024, E. 7.3; BSK KVG/KVAG-RÜTSCHE/PICECCHI, in: Gabor P. Blechta/Philomena Colatrella/Hubert Rüedi/Daniel Staffelbach (Hrsg.), Krankenversicherungsgesetz, Krankenversicherungsaufsichtsgesetz, Basel 2020, Art. 39 KVG N 4.

<sup>12</sup> Vgl. GÄCHTER/RÜTSCHE (FN 10), Rz. 278; BSK KVG/KVAG-RÜTSCHE/PICECCHI (FN 11), Art. 39 KVG N 21.

Einrichtung bei ihrer Tätigkeit sämtliche Voraussetzungen zum Schutz der öffentlichen Gesundheit erfüllt.<sup>13</sup>

Bei der Zulassung von Leistungserbringern können die Kantone darüber hinaus *Qualitätsdaten* berücksichtigen. So sieht zum Beispiel Art. 49 Abs. 8 Satz 1 KVG vor, dass Daten für Betriebsvergleiche hinsichtlich der Ergebnisqualität bei Spitätern erhoben werden. Diese Betriebsvergleiche sind bei der Auswahl der stationären Leistungserbringer im Rahmen der Spitalplanung zu beachten (Art. 58d Abs. 3 KVV). Sind für andere Leistungserbringer ebenfalls Qualitätsdaten oder für Spitäler andere als die erwähnten Daten zur Ergebnisqualität verfügbar, so dürfen die Kantone diese bei der Zulassung von Leistungserbringern ebenfalls berücksichtigen, um die Anforderung einer qualitativ hochstehenden in der OKP sicherzustellen.<sup>14</sup>

## B. Einschränkungen der Vergütungspflicht

Um die Qualität der OKP-Leistungen zu gewährleisten und zu fördern, kann die *Vergütungspflicht der OKP* eingeschränkt werden. Dies kann erstens im Rahmen der allgemeinen Konkretisierung des OKP-Leistungskatalogs geschehen (1.). Des Weiteren haben der Gesetz- und Verordnungsgeber besondere Instrumente zur Einschränkung der Vergütungspflicht geschaffen, die spezifisch auf die Qualitätsverbesserung oder -sicherung gerichtet sind (2.)

### 1. Konkretisierung des OKP-Leistungskatalogs im Allgemeinen

Der allgemeine *OKP-Leistungskatalog* in den Art. 25–31 KVG ist unspezifisch gehalten. Der Verordnungsgeber konkretisiert daher gestützt auf Art. 33 und 52 KVG die zu vergütenden Leistungen weiter.<sup>15</sup> Um die Erfüllung der WZW-Kriterien nach Art. 32 KVG sicherzustellen, kann der Verordnungsgeber unter anderem in Anhang 1 KLV medizinische Leistungen aufführen, die die OKP nur unter gewissen Voraussetzungen vergütet (Art. 1 lit. b KLV).

Im Zusammenhang mit der Qualität einer Leistung ist zu beachten, dass die Qualität nicht nur als Vergütungskriterium für sich allein von Bedeutung ist, sondern auch für die *Erfüllung der Zweckmässigkeit oder der Wirtschaftlichkeit*.

---

<sup>13</sup> DARIO PICECCHI, Das Wirtschaftlichkeitsgebot im Krankenversicherungsrecht, Diss. Luzern 2021, Zürich/St. Gallen 2022, Rz. 298.

<sup>14</sup> Siehe hierzu auch Unterkapitel III. B.

<sup>15</sup> BGer, 9C\_12/2022, 26.10.2022, E. 3.2.4; BVGer, C-6243/2014, 2.5.2017, E. 4.2.

keit nach Art. 32 Abs. 1 KVG ausschlaggebend sein kann. So vergütet die OKP beispielsweise operative Adipositasbehandlungen nur, wenn die Leistungen an Zentren erbracht werden, die die Richtlinien der zuständigen Fachgesellschaft zur operativen Behandlung von Übergewicht einhalten können und sie die Indikationsstellung, Durchführung, Qualitätssicherung und Nachkontrollen gemäss diesen Richtlinien durchführen (siehe Ziff. 1.1, Massnahme «Operative Adipositasbehandlung», Anhang 1 KLV). Die Einhaltung der Behandlungsrichtlinien der Fachgesellschaft soll die Qualität der Leistung fördern und verbessert gleichzeitig das Risiko-Nutzen-Verhältnis und – bei weniger Komplikationen und damit weniger Zusatzkosten – das Kosten-Nutzen-Verhältnis der Leistung. Folglich kann die Qualität der Leistung oder Leistungserbringung entscheidend sein, um die WZW-Kriterien zu erfüllen.

## 2. Einschränkungen der Vergütungspflicht zur Qualitätsverbesserung oder -sicherung

Neben der allgemeinen Möglichkeit der Konkretisierung des OKP-Leistungskatalogs ist in Art. 58h Abs. 1 KVG ausdrücklich vorgesehen, dass die Vergütung bestimmter Leistungen mittels Vorgabe spezifischer Voraussetzungen zur Qualitätsverbesserung oder -sicherung eingeschränkt werden kann. Gemäss Art. 58h Abs. 1 lit. b KVG darf der Bundesrat zum Beispiel die Vergütung kostspieliger oder anspruchsvoller Leistungen von besonderen Anforderungen an die Qualifikation der Leistungserbringer abhängig machen. Diese Möglichkeit der *Einschränkung der OKP-Vergütungspflicht* bestand schon vor der Einführung der neuen Bestimmungen zur Qualitätsentwicklung und war bis anhin in Art. 58 Abs. 3 aKVG verankert.<sup>16</sup> Es wäre allerdings nicht notwendig gewesen, dass der Gesetzgeber eine zusätzliche spezifische Grundlage für die Einschränkung der OKP-Vergütungspflicht zur Qualitätsverbesserung oder -sicherung schafft. Wie zuvor ausgeführt, kann der Bundesrat nämlich die Vergütung von Leistungen bereits gestützt auf Art. 33 und 52 KVG einschränken, um die Erfüllung der Vergütungskriterien des KVG – wozu eine qualitativ hochstehende Leistungserbringung gehört – zu gewährleisten. Mit

<sup>16</sup> Botschaft vom 4. Dezember 2015 zur Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (Stärkung von Qualität und Wirtschaftlichkeit), BBl 2016 257 ff. (zit. Botschaft zur Stärkung von Qualität und Wirtschaftlichkeit), 295; siehe auch GEBHARD EUGSTER, Die obligatorische Krankenpflegeversicherung nach KVG, Grundriss für Praxis und Studium, Basel 2025, Rz. 2488.

der Wiederholung der bundesrätlichen Kompetenz zur Einschränkung der Vergütungspflicht betont der Gesetzgeber aber zumindest die grosse Bedeutung der Sicherstellung eines hohen Qualitätsmassstabs.

Um eine qualitativ hochstehende Versorgung in der OKP zu gewährleisten, gibt es schliesslich verschiedene *weitere Möglichkeiten*, die Vergütungspflicht der OKP einzuschränken. Insbesondere im Rahmen der Zulassung der Leistungserbringer dürfen die Kantone bestimmte Auflagen oder Bedingungen hinsichtlich der Qualitätsanforderungen aufstellen. So werden zum Beispiel in der Spitalplanung häufig Mindestfallzahlen festgelegt, die unter anderem die Qualität der medizinischen Leistungen steigern und als Indikator für eine bestimmte Qualität der Leistungserbringung dienen.<sup>17</sup> Bei zu tiefen Mindestfallzahlen entfällt somit die Vergütungspflicht durch die OKP. Weiter können nach Art. 43 Abs. 2 lit. d KVG zusätzliche Anforderungen an die Infrastruktur oder die Aus- und Weiterbildung eines Leistungserbringers gestellt werden. Die Vergütung bestimmter tarifierter Leistungen und die damit verbundene Leistungserbringung hängt in diesen Fällen von allgemeinen Qualitätsanforderungen ab. Insbesondere verlangen einzelne Leistungspositionen im ambulanten Tarif «TARMED» bzw. «TARDOC» gewisse Fort- bzw. Weiterbildungen der Ärztin (sog. qualitative Dignität), damit die OKP diese Leistungen vergütet.<sup>18</sup>

## C. Massnahmen zur Qualitätsentwicklung

Mit den Art. 58 ff. KVG hat der Bundesgesetzgeber verschiedene *neue Regulierungsinstrumente* eingeführt, um die Qualität der in der OKP erbrachten Leistungen zu sichern und verbessern.<sup>19</sup> Während der Ratsdiskussionen über diese Bestimmungen hat der Gesetzgeber betont, dass Qualitätsvorgaben in der OKP nichts Neues sind, jedoch wurden sie oft nicht beachtet und nicht immer eingehalten, und ihre Erfüllung wurde meistens nicht systematisch gemessen.<sup>20</sup> Daher verfolgte der Gesetzgeber das Ziel, die Qualität in der OKP

---

<sup>17</sup> Statt vieler BVGE 2018 V/3 E. 12.1.5.

<sup>18</sup> YVONNE GILLI/IRIS HERZOG-ZWITTER/GREGORI WERDER, Bundesgericht erlaubt «Erstberatungsstelle» im Sinne eines Gatekeeper-Modells, Jusletter vom 31.3.2025, Rz. 30, insbesondere FN 26; PICECCHI (FN 13), Rz. 190.

<sup>19</sup> Botschaft zur Stärkung von Qualität und Wirtschaftlichkeit (FN 16), 274 ff.

<sup>20</sup> Votum Heim, AB 2018 N 907; Votum Brand, AB 2018 N 910 f.; Votum Kuprecht, AB 2019 S 19.

mit den Art. 58 ff. KVG neu so zu regulieren, dass die Grundprämisse der qualitativ hochstehenden Leistungserbringung tatsächlich verwirklicht wird.<sup>21</sup> Nachfolgend wird zuerst auf die für die Umsetzung des gesetzgeberischen Vorhabens neu vorgesehenen Qualitätsziele und -verträge eingegangen (1.). Weiter wird die Rolle der neu geschaffenen EQK erläutert, die die Aufgabe hat, die Qualität in der OKP zu fördern und weiterzuentwickeln (2.).

## 1. Ziele und Verträge zur Qualitätsentwicklung

Gemäss Art. 58 KVG muss der Bundesrat nach Anhörung der interessierten Organisationen jeweils für vier Jahre die Ziele der Qualitätsentwicklung festlegen. Unter dem Begriff der Qualitätsentwicklung wird die Sicherung und Förderung der Qualität der OKP-Leistungen verstanden (vgl. Art. 58a KVG).<sup>22</sup> Der Bundesrat hat im Jahr 2022 seine alte Qualitätsstrategie, die aus 2009 stammte, aktualisiert und gestützt auf den neuen Art. 58 KVG erstmals Qualitätsziele für die Jahre 2022 bis 2024 festgelegt.<sup>23</sup> Diese *Qualitätsziele* hat der Bundesrat weiterentwickelt und gestützt darauf die Qualitätsziele 2025–2028 beschlossen, wozu er gleichzeitig einen Verpflichtungskredit im Umfang von 47 Mio. CHF für diese vier Jahre beim Parlament beantragte.<sup>24</sup>

Neben der Festlegung der Qualitätsziele durch den Bundesrat sind die Verbände der Leistungserbringer und die Krankenversicherer gemäss Art. 58a

---

<sup>21</sup> Vgl. Botschaft zur Stärkung von Qualität und Wirtschaftlichkeit (FN 16), 273 f.; Votum Heim, AB 2018 N 907; Votum Humbel, AB 2018 N 909.

<sup>22</sup> Vgl. Bundesrat, Strategie zur Qualitätsentwicklung in der Krankenversicherung (Qualitätsstrategie), Sicherung und Förderung der Qualität der Leistungen im Rahmen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, Bern 2022 (zit. Qualitätsstrategie), 24. Internet: <https://perma.cc/6UAV-XYYT> (Abruf 03.06.2025); vgl. Botschaft zur Stärkung von Qualität und Wirtschaftlichkeit (FN 16), 274.

<sup>23</sup> Qualitätsstrategie (FN 22), 5; Bundesrat, Ziele des Bundesrates zur Qualitätsentwicklung für die Jahre 2022–2024, Sicherung und Förderung der Qualität der Leistungen im Rahmen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, Bern 2022. Internet: <https://perma.cc/5JPC-NULL> (Abruf 03.06.2025).

<sup>24</sup> Bundesrat, Ziele des Bundesrates zur Qualitätsentwicklung für die Jahre 2025–2028, Sicherung und Förderung der Qualität der Leistungen im Rahmen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, Bern 2024, 6. Internet: <https://perma.cc/K8S4-8268> (Abruf 03.06.2025); BAG, Bundesrat verabschiedet Ziele zur Qualitätsentwicklung in der Krankenversicherung, Medienmitteilung vom 27.3.2024, Bern 2024. Internet: <https://perma.cc/CC3S-W3PR> (Abruf 03.06.2025).

Abs. 1 KVG neu verpflichtet, gesamtschweizerische<sup>25</sup> Verträge über die Qualitätsentwicklung, sog. *Qualitätsverträge*, abzuschliessen. Diese Verträge genehmigt jeweils der Bundesrat (Art. 58a Abs. 4 KVG). Die Mindestinhalte der nationalen Qualitätsverträge sind in Art. 58a Abs. 2 KVG – für eine Gesetzesbestimmung untypisch detailliert –<sup>26</sup> vorgegeben. Der Gesetzgeber beabsichtigte mit den Qualitätsverträgen, klare Regeln durch und für die Tarifpartner zu etablieren, um die Qualitätssicherung, die Qualitätsförderung und Qualitätstransparenz zu gewährleisten.<sup>27</sup> Da es sich bei den gesetzlich festgelegten Vertragsinhalten um Minimalvorgaben handelt, dürfen die Tarifpartner darüber hinaus vertragliche Regeln zur Qualität aufstellen.

Art. 58a Abs. 3 KVG hält ausdrücklich fest, dass sich die Regeln zur Qualitätsentwicklung an denjenigen Leistungserbringern zu orientieren haben, welche die Leistungen in der notwendigen Qualität effizient und günstig erbringen. Dieser Grundsatz ergibt sich bereits aus Art. 43 Abs. 6 KVG, der festhält, dass die Tarifpartner – also die Leistungserbringer und die Versicherer – sowie die zuständigen Behörden darauf zu achten haben, dass eine qualitativ hochstehende und zweckmässige Gesundheitsversorgung zu möglichst günstigen Kosten erreicht wird. Mit Blick auf die Qualität der Leistungserbringung ist die Grundprämisse des KVG eine qualitativ hochstehende Leistungserbringung.<sup>28</sup> Ähnlich wie beim Wirtschaftlichkeitsgebot gilt nicht der Durchschnitt der Leistungserbringer als *Massstab*, sondern es sind diejenigen Leistungserbringer massgebend, welche die Leistungen bereits qualitativ hochstehend erbringen (Art. 58a Abs. 3 und Art. 43 Abs. 4<sup>bis</sup> KVG). Diesem Massstab müssen die Tarifpartner bei der Vereinbarung der Qualitätsverträge Rechnung tragen.

Qualitätsverträge können unterschiedliche Inhalte haben, wobei diese jeweils an die bundesrätlichen Qualitätsziele gemäss Art. 58 KVG und die Emp-

---

<sup>25</sup> Zur Auslegung des Begriffs «gesamtschweizerisch», siehe THOMAS GÄCHTER/DANIA TREMP, «Gesamtschweizerisch» geltende Qualitätsverträge, in: Evelyne Clerc/Jean-Philippe Dunand/Dominique Sprumont (Hrsg.), *Alea jacta est: Santé!, Mélanges en l'honneur d'Olivier Guillod*, 677 ff., 681 ff.

<sup>26</sup> Siehe auch SARAH HACK-LEONI, Qualitätssicherung im Gesundheitswesen – endlich ein Durchbruch?, *SZS* 2021, 135 ff., 138, die den hohen Detaillierungsgrad der Bestimmung begrüßt.

<sup>27</sup> Vgl. Votum Eder, *AB* 2019 S 17.

<sup>28</sup> Vgl. ausführlich hierzu auch DARIO PICECCHI, Rechtliche Grundlagen der Spitalplanung, in: Virgilia Rumetsch/Tomas Poledna (Hrsg.), *Gesundheitsrecht, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht*, Band VIII/2, Basel 2025, Rz. 30 ff.

fehlungen der EQK gemäss Art. 58c Abs. 1 lit. c und h KVG anzupassen sind (siehe Art. 77 Abs. 1 KVV). Der Gesetzgeber hat mit Art. 58a Abs. 2 lit. f KVG insbesondere die *Möglichkeit der Sanktionierung* schaffen wollen,<sup>29</sup> indem die Tarifpartner in den Verträgen Sanktionen wie beispielsweise degressive Tarife vorsehen, sollten die Leistungserbringer gewisse Qualitätsvorgaben nicht erfüllen. Die Tarifpartner können nicht erst heute Sanktionen bei mangelnder Qualität der Leistungen bzw. der Leistungserbringung vereinbaren, sondern hätten diese Möglichkeit bereits im Rahmen der Tarifverträge gehabt. Allerdings hatten die Tarifpartner nie weitergehende Abmachungen zur Qualitätsförderung und -sicherung getroffen oder umgesetzt.<sup>30</sup> Beispielhaft kann dies an der seit 2002 vereinbarten nationalen Tarifstruktur «TARMED» aufgezeigt werden, in deren Anhang 6 betreffend Regelung über Qualitätserfordernisse und WZW-Kriterien (Wirksamkeit, Zweckmässigkeit, Wirtschaftlichkeit) bis heute der Hinweis «Wird später geregelt.» steht.<sup>31</sup>

Im Gegensatz zu Sanktionen wie degressiven Tarifen wären zusätzliche Entschädigungen für das Erreichen einer besonders hohen Qualität unzulässig. Solche *Zusatzentschädigungen* würden gegen den Grundsatz verstossen, dass sämtliche Leistungen in der OKP qualitativ hochstehend sein müssen, und zwar orientiert an den Leistungserbringern, welche die versicherte Leistung bereits in der notwendigen Qualität erbringen (Art. 43 Abs. 4<sup>bis</sup> KVG). Diesen Qualitätsmassstab müssen folglich alle Leistungserbringer mit ihren Leistungen erreichen. Andernfalls ist ein Vergütungskriterium des KVG nicht erfüllt (vgl. Art. 43 Abs. 6 sowie Art. 58a und 58h KVG i.V.m. Art. 59 Abs. 1 KVG).<sup>32</sup> Erschwerend kommt hinzu, dass bei der Tarifgestaltung die Tarife als Teil des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes kostenbasiert ausgestaltet werden müssen (Art. 43 Abs. 6 KVG i.V.m. Art. 59c Abs. 1 lit. a KVV).<sup>33</sup> Als Folge sind allfällige Kosten für Qualitätsmassnahmen bei einer korrekten Tarifgestaltung, die sich an den Kosten der wirtschaftlich und qualitativ hochstehend

<sup>29</sup> Votum Eder, AB 2019 S 17; Votum Heim, AB 2018 N 907.

<sup>30</sup> Botschaft zur Stärkung von Qualität und Wirtschaftlichkeit (FN 16), 273.

<sup>31</sup> Santésuisse/FMH, Rahmenvertrag TARMED vom 5. Juni 2002, Anhang 6 betreffend Regelung über Qualitätserfordernisse und WZW-Kriterien (Wirksamkeit, Zweckmässigkeit, Wirtschaftlichkeit). Internet: <https://perma.cc/G8WF-TFZS> (Abruf 03.06.2025).

<sup>32</sup> Zur zusätzlichen Relevanz der Qualität für die Erfüllung der WZW-Kriterien, siehe Unterkapitel III.B.

<sup>33</sup> Ausführlich zu den Tarifgestaltungsgrundsätzen der Wirtschaftlichkeit und der betriebswirtschaftlichen Bemessung, siehe PICECCHI (FN 13), Rz. 204 ff.

arbeitenden Leistungserbringern orientiert, bereits berücksichtigt und entschädigt. Zusatzentschädigungen für qualitativ hochstehende Leistungen mit einer anderen Bemessungsgrundlage sind unzulässig. Es besteht aber die Möglichkeit eines höheren Tarifs oder einer neuen Tarifposition, wenn im Rahmen der Leistungserbringung für Qualitätsmaßnahmen zusätzliche tarifrelevante Kosten entstehen, die bisher nicht angefallen sind und daher bei der Tarifgestaltung nicht berücksichtigt werden konnten. Bei einer solchen Entschädigung bisher unberücksichtigter Aufwände für vom KVG vorgesehene Qualitätsmaßnahmen sind allerdings die Kosten massgebend – und nicht Qualität der Leistungen, die ohnehin hochstehend sein muss. Gegen Leistungserbringer mit Leistungen, die diesem Qualitätsstandard nicht genügen, können tarif- bzw. qualitätsvertragliche Sanktionen oder die allgemeinen Verwaltungsmassnahmen, -sanktionen und Strafen ergriffen werden.<sup>34</sup> Somit lässt sich festhalten, dass in Verträgen zwischen Leistungserbringern und Versicherern – seien es Tarifverträge oder Qualitätsverträge – keine Zusatzentschädigungen für eine besonders hochstehende Leistungsqualität vorgesehen werden dürfen.<sup>35</sup>

## 2. Eidgenössische Qualitätskommission

Die EQK hat gemäss Art. 58c Abs. 1 KVG verschiedene öffentliche Aufgaben zu erfüllen, wobei der Kommission hierzu jeweils unterschiedliche Kompetenzen und Funktionen zukommen. Namentlich hat die *EQK* die Qualität in der OKP zu fördern und weiterzuentwickeln (a.). Zudem hat sie Qualitätsberichte der Tarifpartner zu prüfen und kann Dritte mit Überprüfungen betreffend Qualität in der OKP beauftragen (b.). Schliesslich ist im vorliegenden Kontext besonders relevant, dass die EQK finanzielle Mittel zur Qualitätsentwicklung sprechen kann (c.)

### a. Aufgabe der Qualitätsentwicklung

Hauptaufgabe der EQK ist nach Art. 58b Abs. 1 KVG, die bundesrätlichen Qualitätsziele zu realisieren. Die EQK soll die Qualität in der OKP fördern und *Massnahmen zur Qualitätsentwicklung und -sicherung* unterstützen.<sup>36</sup> Zu diesem Zweck kann die EQK Dritte mit verschiedenen Aufgaben betrauen,

---

<sup>34</sup> Unterkapitel III.D.

<sup>35</sup> Im Ergebnis für Tarifverträge so auch BVGE 2014/36 E. 6.8.5.

<sup>36</sup> Botschaft zur Stärkung von Qualität und Wirtschaftlichkeit (FN 16), 293.

wobei damit auch eine finanzielle Entschädigung verbunden sein kann.<sup>37</sup> Die zulässigen Aufträge an Dritte lassen sich durch Art. 58c Abs. 1 KVG bestimmen. Der Gesetzgeber hat Art. 58c KVG – wie die meisten anderen Bestimmungen zur Qualitätsentwicklung – erst während der Ratsdiskussion hinzugefügt. Insbesondere die Formulierung des Art. 58c Abs. 1 KVG ist dabei wenig gelungen, da dieser Absatz sehr detailliert und wenig systematisch ist und sich wiederholt. Gleichzeitig bleibt trotz der ausschweifenden Formulierungen teilweise unklar, mit was genau die EQK Dritte nun beauftragen darf. Die zulässigen Aufträge an Dritte lassen sich wie folgt umschreiben:

- Ent- bzw. Weiterentwicklung von Qualitätsindikatoren (Art. 58c Abs. 1 lit. b KVG);
- Durchführung systematischer Studien und Überprüfungen zu Qualität in der OKP (Art. 58c Abs. 1 lit. e KVG);<sup>38</sup>
- Durchführung nationaler oder regionaler Programme zur Qualitätsentwicklung (Art. 58c Abs. 1 lit. f und g KVG); und
- Durchführung nationaler Programme oder Massnahmen zur Förderung der Patientensicherheit, insbesondere zur Identifikation und Analyse von Risiken sowie zur Ent- bzw. Weiterentwicklung von konkreten Massnahmen oder Methoden (Art. 58c Abs. 1 lit. f KVG). Aufgrund der Erwähnung der nationalen Programme zu Beginn des Art. 58c Abs. 1 lit. f KVG sowie der Bezugnahme in den Ratsdiskussionen auf die nationalen Programme der Stiftung «Patientensicherheit» ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber beabsichtigte, dass Dritte die Patientensicherheit nur im Rahmen nationaler Programme oder Massnahmen fördern können.<sup>39</sup> Es ist aber möglich, dass im Rahmen regionaler Programme zur Qualitätsentwicklung nach Art. 58c Abs. 1 lit. g KVG auch einzelne Massnahmen zur Förderung der Patientensicherheit vorgesehen werden.

Die Handlungsmöglichkeiten der EQK selbst sind insofern beschränkt, als ihr primär eine *beratende Funktion* zukommt. Konkret kann sie verschiedene Akteure in der OKP beraten und dabei Massnahmen empfehlen:

- Beratung des Bundesrats, der Kantone und der Tarifpartner hinsichtlich der Koordination der Qualitätsmassnahmen (Art. 58c Abs. 1 lit. a KVG);

<sup>37</sup> Ausführlich zur Aufgabe der Qualitätsfinanzierung, siehe Unterkapitel III.C.2.c.

<sup>38</sup> Siehe Unterkapitel III.C.2.b.

<sup>39</sup> Vgl. hierzu Votum Heim, AB 2018 N 907; Votum Berset, AB 2018 N 913.

- Empfehlungen gegenüber den zuständigen Behörden hinsichtlich der zu verwendenden Qualitätsindikatoren (Art. 58c Abs. 1 lit. b KVG);
- Empfehlungen gegenüber den Tarifpartnern hinsichtlich der Qualitätsentwicklung im Rahmen der vereinbarten Qualitätsverträge (Art. 58c Abs. 1 lit. c KVG);
- Beratung des Bundesrats hinsichtlich des Erlasses von Massnahmen im Rahmen der Genehmigung von Qualitätsverträgen nach Art. 58a Abs. 4 KVG, hinsichtlich des Erlasses von Qualitätsregeln bei Nichteinigung der Tarifpartner nach Art. 58a Abs. 5 KVG sowie hinsichtlich des Erlasses von Massnahmen zur Qualitätsentwicklung und zur Sicherung bzw. Wiederherstellung der zweckmässigen Leistungserbringung nach Art. 58h KVG (Art. 58c Abs. 1 lit. d KVG); und
- Empfehlungen gegenüber den zuständigen Behörden und den Tarifpartnern hinsichtlich der Qualitätsmessungen und den allgemeinen Qualitätsvorgaben (Art. 58c Abs. 1 lit. h KVG).

In der Qualitätsentwicklung muss die EQK somit in einem breit gefächerten Aufgabenfeld tätig sein, in dem viele der einzelnen Aufgaben offen umschrieben sind. Hinzu kommt, dass die EQK über *keine unmittelbaren Instrumente zur Durchsetzung von Massnahmen* verfügt. Sie kann lediglich beraten und Empfehlungen aussprechen, was die Steuerung der Qualitätsentwicklung und -sicherung erschweren kann. Die EQK ist daher auf die Kooperation und den Umsetzungswillen der Tarifpartner angewiesen, was letztlich die Hauptaufgaben der EQK – namentlich die Realisierung der bundesrätlichen Qualitätsziele und die damit verbundene Qualitätsentwicklung – strukturell erheblich einschränkt.

#### b. Aufgabe der Qualitätsprüfung

Der EQK kommt weiter die Aufgabe zu, die Qualität der Leistungserbringung in verschiedener Hinsicht zu überprüfen. Erstens muss die EQK die Jahresberichte über den *Stand der Qualitätsentwicklung gemäss den Qualitätsverträgen* prüfen (Art. 58c Abs. 1 lit. c KVG). Sinnvollerweise beurteilt die EQK neben dem Stand der Qualitätsentwicklung im engeren Sinne auch, wie die Tarifpartner die Massnahmen des jeweiligen Qualitätsvertrags umgesetzt haben, inwiefern sich diese Massnahmen in die Qualitätsziele des Bundesrats einfügen und welches Verbesserungspotenzial es gibt. Im Zuge dieser Prüfung

der Jahresberichte kann die EQK allfällige Empfehlungen zur Qualitätsentwicklung aussprechen.<sup>40</sup>

Zusätzlich zur Prüfung des Stands der Qualitätsentwicklung kann die EQK nach Art. 58c Abs. 1 lit. e KVG Dritte mit systematischen Studien und Überprüfungen der Qualität in der OKP beauftragen. Den Gesetzesmaterialien lassen sich keine weiteren Details zu den Aufträgen betreffend Qualitätsprüfung entnehmen, die die EQK Dritten erteilen kann. In der Parlamentsdiskussion wurde eher allgemein auf die Möglichkeit der Auftragerteilung für die Durchführung nationaler Programme, Studien oder die Entwicklung von Qualitätsindikatoren hingewiesen.<sup>41</sup> Allfällige *Aufträge zur Überprüfung der Qualität in der OKP* müssen sich im Rahmen der bundesrätlichen Qualitätsziele bewegen und idealerweise einen Bezug zu den tarifpartnerschaftlichen Bemühungen der Qualitätsentwicklung und -sicherung gemäss Qualitätsverträgen aufweisen. Denkbar sind insbesondere breit angelegte und wissenschaftliche Untersuchungen zur Wirkung der umgesetzten Qualitätsmaßnahmen sowie zur Durchführung, Nutzung und Verbesserung der Qualitätsmessungen. Die Prüfaufträge an Dritte sollten zu Ergebnissen führen, die sich wiederum für die Weiterentwicklung der Qualitätsziele und -verträge verwenden lassen.

Ähnlich wie bei der Qualitätsentwicklung sind die Aufgaben der EQK im Bereich der Qualitätsprüfung – trotz der umfangreichen Gesetzesbestimmung – *wenig konkret ausgestaltet* und lassen die Frage offen, was die EQK mit der Qualitätsprüfung bewirken kann.<sup>42</sup> Die Prüfung der Jahresberichte zum Stand der Qualitätsentwicklung kann dabei helfen, die Qualitätsentwicklung und -sicherung durch die Tarifpartner kritisch zu beurteilen und weiter voranzutreiben. Die Möglichkeit der Auftragerteilung an Dritte für systematische Qualitätsüberprüfungen und -studien ist ausserdem ein wichtiges Instrument, um eine evidenzbasierte Qualitätsentwicklung zu ermöglichen. Allerdings fehlt es an klaren Kriterien für die Bewertung der Berichte und die Auswahl, Durchführung und den Nutzen allfälliger Aufträge an Dritte. Somit werden die Wirkungen, die die EQK mit der Qualitätsprüfung erreichen kann, massgeblich davon abhängen, wie systematisch und mutig die Kommission diese

<sup>40</sup> Siehe Unterkapitel III.C.2.a.

<sup>41</sup> Votum Heim, AB 2018 N 907; Votum Weibel, AB 2018 N 909; Votum Humbel, AB 2018 N 910; vgl. auch Votum Eder, AB 2019 S 17.

<sup>42</sup> Zur Kritik an der umfassenden und gleichzeitig allgemein gehaltenen Gesetzesbestimmung, siehe Unterkapitel III.C.2.a.

Aufgaben wahrnimmt und ob daraus konkrete Impulse – über unverbindliche Empfehlungen hinaus – entstehen, die zu einer nachhaltigen Qualitätsentwicklung in der OKP beitragen. Mit Blick auf die Prüfung des Stands der Qualitätsentwicklung wäre es zu wünschen, dass die EQK konkrete Kriterien und Grundsätze festhält und veröffentlicht, anhand derer sie ihre Beurteilungen vornimmt. Die konkreten Beurteilungen der Jahresberichte müssen schliesslich öffentlich zugänglich sein (Art. 6 Abs. 1 BGÖ i.V.m. Art. 77a Abs. 7 KVV).

### c. Aufgabe der Qualitätsfinanzierung

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, dass die EQK primär eine Beratungsfunktion hat.<sup>43</sup> Zusätzlich zu dieser Beratungsfunktion kann die EQK *über finanzielle Mittel verfügen* und diese zu verschiedenen Zwecken an Dritte auszahlen (vgl. Art. 58d und Art. 58e jeweils Abs. 2 KVG). Mit anderen Worten kann die EQK Subventionen sprechen. Konkret stehen ihr die beiden folgenden Möglichkeiten der Subventionsgewährung offen:

- *Entschädigung öffentlicher Aufgaben*: Erstens kann die EQK nach Art. 58d Abs. 1 KVG Dritte mit Globalbeiträgen<sup>44</sup> dafür entschädigen, dass sie Qualitätsindikatoren ent- bzw. weiterentwickeln, systematische Studien und Überprüfungen durchführen und/oder Programme zur Qualitätsentwicklung bzw. zur Förderung der Patientensicherheit durchführen. Die zur Entschädigung vorgesehenen Aufgaben der Dritten sind in Art. 58c Abs. 1 lit. b, e und f KVG festgehalten. Folglich gewährt die Kommission in diesen Fällen aus subventionsrechtlicher Sicht Abgeltungen. Bei mehreren geeigneten Personen oder Organisationen darf die EQK Abgeltungen nur gewähren, wenn die Kommission die Subventionsempfänger im Rahmen eines transparenten, objektiven und unparteiischen Verfahrens ausgewählt hat (Art. 77d Abs. 1 KVV). Die EQK hat die durch Dritte zu erledigende Aufgabe daher grundsätzlich auszuschreiben (Art. 77d Abs. 2 und 3 KVV). Nach Art. 58c Abs. 1 lit. f KVG hat sie bei der Beauftragung Dritter mit

---

<sup>43</sup> Ähnlicher Meinung auch EUGSTER (FN 16), Rz. 2484.

<sup>44</sup> Der Gesetzgeber hat sich bewusst für Globalbeiträge für die gesamte Aufgabenerfüllung – typischerweise während mehrerer Jahre – entschieden, die nicht von einem konkreten Kosten- oder Mengengerüst abhängen. Siehe Botschaft zur Stärkung von Qualität und Wirtschaftlichkeit (FN 16), 303; zum Begriff des Globalbeitrags, vgl. Eidgenössische Finanzverwaltung, Die Programmvereinbarungen zwischen Bund und Kantonen, Bern 2013, 15. Internet: <https://perma.cc/3728-SCGJ> (Abruf 03.06.2025).

- nationalen Qualitätsprogrammen und Programmen zur Förderung der Patientensicherheit insbesondere erfahrene Organisationen zu berücksichtigen.
- *Förderung von Aufgaben im öffentlichen Interesse*: Zweitens kann die Kommission nationale oder regionale Projekte zur Qualitätsentwicklung mit bis zu 50 % der Projektkosten finanziell unterstützen (Art. 58e Abs. 1 i.V.m. Art. 58c Abs. 1 lit. g KVG). Damit fördert sie punktuell Aufgaben im öffentlichen Interesse und spricht somit Finanzhilfen. Die Projekte müssen dabei einen Beitrag an die Erreichung der bundesrätlichen Qualitätsziele leisten, notwendig sein, nach wissenschaftlichen Methoden sowie anerkannten Leitlinien durchgeführt werden und zu keiner (potenziellen) Wettbewerbsverzerrung führen (siehe Art. 77e Abs. 1 KVV).<sup>45</sup> Art. 58c Abs. 1 lit. g KVG ist als Kann-Bestimmung formuliert, was typisch ist für Finanzhilfen. Der Gesetzgeber hat den damit einhergehende Handlungsspielraum ausdrücklich betont.<sup>46</sup> Demnach soll die EQK entscheiden, inwieweit finanzielle Förderungen angezeigt sind oder nicht. Die geförderten und geplanten Projekte sind laufend zu evaluieren und eine gezielte Auswahl zu treffen, wobei die Projekte ein hohes Kosten-Nutzen-Verhältnis aufweisen müssen, damit sie überhaupt von den Finanzhilfen profitieren können.<sup>47</sup>

Die EQK gewährt die Subventionen immer nur *auf Gesuch* hin, wobei das Gesuch bei Abgeltungen mit der Bewerbung um die Erfüllung der gesetzlichen Aufgabe zusammenfällt (Art. 58d und Art. 58e jeweils Abs. 2 KVG; siehe auch Art. 77d Abs. 2 und Art. 77e Abs. 2 KVV sowie Art. 15a SuG). Sodann müssen die gesprochenen Subventionen immer auf Leistungsvereinbarungen basieren, welche die zu erfüllenden Aufgaben und damit zu erreichenden Ziele sowie die finanziellen Modalitäten umschreiben (Art. 58d und Art. 58e jeweils Abs. 2 KVG i.V.m. Art. 77f KVV).

## D. Verwaltungsmassnahmen, -sanktionen und Strafen

Neben den bisher erläuterten Instrumenten zur prospektiven Qualitätsentwicklung und -sicherung können gemäss Art. 59 Abs. 1 KVG den Leistungs erbringern, die im Gesetz vorgesehene Qualitätsanforderungen (Art. 58a und Art. 58h KVG) oder vertragliche Abmachungen zur Qualität – etwa im

<sup>45</sup> Zur Wettbewerbsneutralität der Subventionen ausführlich, siehe Unterkapitel IV.D.

<sup>46</sup> Botschaft zur Stärkung von Qualität und Wirtschaftlichkeit (FN 16), 304.

<sup>47</sup> Botschaft zur Stärkung von Qualität und Wirtschaftlichkeit (FN 16), 304.

Rahmen der Tarif- oder Qualitätsverträge<sup>48</sup> – verletzen, retrospektiv Verwaltungsmassnahmen, -sanktionen und Strafen auferlegt werden. Diese Regulierungsinstrumente dienen somit der *Durchsetzung* der vorgesehenen Qualitätsanforderungen.

Mittels *Verwaltungsmassnahmen* besteht zunächst die Möglichkeit, den rechtmässigen Zustand – also eine qualitativ hochstehende Versorgung – wiederherzustellen und künftige Qualitätsverstösse zu vermeiden.<sup>49</sup> Den zuständigen kantonalen Behörden steht es offen, eine Verfügung betreffend krankenversicherungsrechtliche oder gar gesundheitspolizeiliche Zulassung zu widerrufen, wenn eine Person oder Einrichtung die Zulassungsvoraussetzungen nicht mehr erfüllt.<sup>50</sup> Denkbar ist eine solche Massnahme insbesondere dann, wenn sich zeigt, dass ein zugelassener Leistungserbringer gegen Qualitätsanforderungen verstösst. Des Weiteren können Honorare für KVG-widrige Leistungen gemäss Art. 59 Abs. 1 lit. b KVG zurückgefordert werden. Eine Honorarrückrstattung aus Qualitätsgründen ist nicht nur bei eigentlichen Verstössen gegen Qualitätsanforderungen denkbar, sondern ferner, wenn die Qualität einer Leistung die Wirkung, das Risiko-Nutzen- oder das Kosten-Nutzen-Verhältnis derart beeinflusst, dass die WZW-Kriterien verneint werden müssen.<sup>51</sup>

Die Palette der möglichen *Verwaltungssanktionen und Strafen*, die primär pönenal Charakter haben, ist breit: Das kantonale Schiedsgericht kann auf Antrag eines Versicherers bzw. Versicherungsverbands eine Verwarnung, eine Busse oder einen befristeten bzw. definitiven Tätigkeitsausschluss zulasten der OKP verfügen (Art. 59 Abs. 1 und 2 KVG). Dabei ist zu berücksichtigen, dass je nach Ausgestaltung insbesondere hohe Bussen oder lange Tätigkeitsausschlüsse so schwerwiegend sein können, dass die konkret verfügte Verwaltungssanktion strafrechtlichen Charakter im Sinne des Art. 6 Ziff. 1 EMRK<sup>52</sup> hat.<sup>53</sup> Allfällige finanzielle Mittel aus Bussen, die wegen eines Verstosses

---

<sup>48</sup> Siehe Unterkapitel III.B. und III.C.1.

<sup>49</sup> M.w.H. PICECCHI (FN 13), Rz. 573, 579.

<sup>50</sup> Allgemein zum Widerruf von Verfügungen über Dauerrechtsverhältnisse, siehe BGE 127 II 306 E. 7a; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 2), Rz. 1224 ff.

<sup>51</sup> Siehe auch Unterkapitel 1.; a.M. EUGSTER (FN 16), Rz. 2517.

<sup>52</sup> Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101).

<sup>53</sup> Ausführlich zur Thematik, siehe PICECCHI (FN 13), Rz. 593.

gegen Qualitätsanforderungen nach Art. 58a und 58h KVG verhängt wurden, muss der Bundesrat für Qualitätsmaßnahmen verwenden (Art. 59 Abs. 4 KVG i.V.m. Art. 77j KVV).

## IV. Aspekte zur Wahl der Regulierung mittels Subventionen

Um für die Wahl der Regulierung mittels Subventionen *Grundsätze* zu formulieren, lassen sich verschiedene Aspekte heranziehen, die es zu berücksichtigen gilt. Vorab ist auf die unterschiedlichen Regulierungszwecke der verfügbaren Regulierungsinstrumente einzugehen (A.) Eng zusammenhängend mit dem Zweck der Regulierungsinstrumente ist das Verhältnismässigkeitsprinzip. Es stellt sich insbesondere die Frage, inwiefern Subventionen eine mildere Massnahme im Vergleich zu anderen Regulierungsinstrumenten darstellen können (B.). Schliesslich sind bei der Regulierung mittels Subventionen auch der Grundsatz der Rechtsgleichheit (C.) und der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität (D.) zu beachten.

### A. Unterschiedliche Regulierungszwecke

Grundlegend für die Wahl eines Regulierungsinstruments ist der *Regulierungszweck*, also die Frage danach, was mit dem konkreten Instrument überhaupt erreicht werden soll. Die Zwecke, die mit den beschriebenen Regulierungsinstrumenten zur Qualitätsentwicklung und -sicherung verfolgt werden, lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- *Vergütung von qualitativ hochstehenden Leistungen*: Die Zulassung der Leistungserbringer und mögliche Einschränkungen der Vergütungspflicht regulieren den Zugang zur Vergütung medizinischer Leistungen und damit des Aufwands seitens der Leistungserbringer. Als Voraussetzung für die Vergütung wird eine hohe Qualität der Leistung verlangt, die mit unterschiedlichen Anforderungen an Personal, Infrastruktur oder Leistungserbringung konkretisiert werden kann.<sup>54</sup>
- *Konkretisierung der Qualitätsentwicklung und -sicherung*: Die bundesrätlichen Qualitätsziele und die tarifpartnerschaftlichen Qualitätsverträge konkretisieren die Massnahmen und Instrumente, um die Qualität in der OKP

---

<sup>54</sup> Unterkapitel III.A. und III.B.

zu gewährleisten und weiterzuentwickeln. Unterstützend hat die EQK in diesem Bereich verschiedene Funktionen und Aufgaben.<sup>55</sup>

- *Wiederherstellung oder Sanktionierung*: Anders als bei den bisherigen Zwecken geht es bei den Verwaltungsmassnahmen, -sanktionen und Strafen darum, Verstöße gegen Qualitätsanforderungen zu ahnden und in Zukunft zu verhindern.<sup>56</sup>
- *Finanzielle Förderung der Qualitätsentwicklung*: Mit den vorgesehenen Subventionen, die die EQK gewähren kann, sollen die Umsetzung der vom Bundesrat festgelegten Qualitätsziele,<sup>57</sup> die Entwicklung von Instrumenten zur Qualitätsentwicklung oder -sicherung, welche noch nicht in einer allgemein anwendbaren Form vorliegen,<sup>58</sup> sowie besondere Programme zur Qualitätsentwicklung und Patientensicherheit oder Akteure, die solche Programme initiieren, finanziell unterstützt werden.<sup>59</sup> Letztlich sollen die Qualitätsbemühungen und -massnahmen in der OKP mit finanziellen Mitteln gefördert und weiterentwickelt werden.<sup>60</sup>

Im Zusammenhang mit dem Regulierungszweck der Subventionen erscheint es wichtig, darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber für eine gewisse *Neuartigkeit der Qualitätsentwicklung bzw. -sicherung* einen finanziellen Vorteil gewähren wollte.<sup>61</sup> Ziel der durch die EQK gewährten Subventionen ist die Entschädigung der Aufwände für öffentliche Aufgaben der Qualitätsentwicklung und -sicherung (Abgeltungen) oder die Schaffung von Anreizen zur Verbesserung der Qualitätsentwicklung und -sicherung bzw. der Patientensicherheit sowie zur Förderung einer Tätigkeit in diesen Bereichen (Finanzhilfen). Nicht Zweck der Subventionen ist insbesondere die Vergütung der qualitativ hochstehenden Leistungen bzw. der Leistungserbringung an sich.

---

<sup>55</sup> Zum Ganzen Unterkapitel III.C.1. und III.C.2.

<sup>56</sup> Unterkapitel III.D.

<sup>57</sup> Botschaft zur Stärkung von Qualität und Wirtschaftlichkeit (FN 16), 298.

<sup>58</sup> Botschaft zur Stärkung von Qualität und Wirtschaftlichkeit (FN 16), 275.

<sup>59</sup> Votum Humber, AB 2018 N 910.

<sup>60</sup> Unterkapitel III.C.2.c.

<sup>61</sup> Siehe Botschaft zur Stärkung von Qualität und Wirtschaftlichkeit (FN 16), die unter anderem von der «Erarbeitung notwendiger Grundlagen zur Entwicklung von Qualitätsindikatoren insbesondere in Bereichen, in denen solche noch nicht in allgemein verwendbarer Form zur Verfügung stehen» (260) sowie der «Erarbeitung von Grundlagen zur Entwicklung oder Weiterentwicklung von Qualitätsindikatoren» (298) spricht.

Der Regulierungszweck der Subventionen unterscheidet sich somit von den anderen zur Verfügung stehenden Regulierungsinstrumenten. Ausgangspunkt für eine mögliche *Regulierung durch Subventionen* sollte daher die Frage sein, welcher Zweck mit der geplanten Regulierung verfolgt wird und inwieweit Subventionen diesen Zweck erreichen können. Die von der EQK gesprochenen Subventionen haben sich immer im Rahmen der Qualitätsziele nach Art. 58 KVG zu bewegen und sollten idealerweise dazu beitragen, die in den Qualitätsverträgen vorgesehenen Massnahmen zu verwirklichen.

## B. Verhältnismässigkeit

Nach Art. 5 Abs. 2 bzw. Art. 36 Abs. 3 BV muss staatliches Handeln verhältnismässig sein. Im Rahmen der *Verhältnismässigkeitsprüfung* ist insbesondere danach zu fragen, ob ein milderes Mittel zur Verfügung steht, um das im öffentlichen Interesse liegende Ziel oder die damit verfolgten öffentlichen Interessen in vergleichbarer Weise zu erreichen.<sup>62</sup>

In Bezug auf die Möglichkeit der Gewährung von Subventionen zur Qualitätsentwicklung und -sicherung liesse sich vorschnell die Schlussfolgerung ziehen, dass Subventionen im Vergleich zu anderen Regulierungsinstrumenten immer ein *milderes Mittel* darstellen, weil der Staat mit Subventionen in der Regel weniger stark in die Rechte oder den Handlungsspielraum ausserhalb der Verwaltung tätiger Akteurinnen eingreift. Man spricht vor allem im Zusammenhang mit den Finanzhilfen von einem «weichen» Instrument der Verhaltenssteuerung.<sup>63</sup> Allerdings ist für die Verhältnismässigkeit entscheidend, dass nur ein milderes Mittel im Sinne der Erforderlichkeit vorliegt, wenn mit der möglichen mildereren Massnahme das verfolgte Ziel vergleichbar geeignet erreicht wird.<sup>64</sup> Die Subventionen zur Qualitätsentwicklung und -sicherung sollen allerdings ein anderes öffentliches Interesse verwirklichen als die übrigen Instrumente zur Qualitätsregulierung. Der Gesetzgeber hat bei den Subventionen zur Qualitätsförderung und -sicherung ausdrücklich betont, dass es darum geht, bestimmte im öffentlichen Interesse liegende oder als öffentliche Aufgabe konzipierte Qualitätsmaßnahmen abzугelenken oder zu fördern.<sup>65</sup> Im

<sup>62</sup> BGE 148 I 19 E. 6.3.4; 136 I 87 E. 3.2; 126 I 112 E. 5b.

<sup>63</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 2), Rz. 2514.

<sup>64</sup> BGE 140 I 218 E. 6.7.1; BVGer, B-823/2016, 2.4.2020, E. 6.5.2.

<sup>65</sup> Botschaft zur Stärkung von Qualität und Wirtschaftlichkeit (FN 16), 292 f., 298.

Fokus stehen dabei Qualitätsmassnahmen oder -instrumente, die es so noch nicht gibt und die die OKP nicht ohnehin abgeltet.<sup>66</sup>

Folglich stellen Subventionen nicht in jedem Fall ein milderes und damit verhältnismässigeres Regulierungsinstrument dar. Stattdessen ist die *Zielsetzung der geplanten Regulierung* entscheidend, um ein Instrument zur möglichst verhältnismässigen Umsetzung der verfolgen öffentlichen Interessen zu wählen. Erst wenn der verfolgte Zweck und die damit zu verwirklichenden öffentlichen Interessen definiert sind, kann beurteilt werden, mit welchem Regulierungsinstrument die Zielsetzung verhältnismässig erreicht werden kann.

### C. Rechtsgleichheit

Nach Art. 8 Abs. 1 BV sind vergleichbare Sachverhalte gleich (Gleichbehandlungsgebot) und nicht vergleichbare Sachverhalte ungleich zu behandeln (Differenzierungsgebot).<sup>67</sup> Folglich sind Regulierungsinstrumente, sofern es keinen Grund für eine differenzierte Behandlung gibt, nach denselben Voraussetzungen auf vergleichbare Sachverhalte anzuwenden. Bei der Gewährung finanzieller Vorteile ist die *Rechtsgleichheit* besonders wichtig, weil ansonsten das Risiko besteht, dass die EQK die Subventionen nach unterschiedlichen Kriterien gewährt oder verwehrt, wodurch sie die verfügbaren öffentlichen Mittel ungerecht verteilt.<sup>68</sup>

Grundvoraussetzung für die Gewährung von Subventionen ist ein *offenes Bewerbungsverfahren*, damit sich alle Akteurinnen in einem transparenten Verfahren mit klaren Kriterien um die Subventionen bemühen können. Der Gesetzgeber hat bei der Diskussion der jetzigen Qualitätsbestimmungen bewusst darauf verzichtet, konkrete Organisationen zu nennen, die Subventionen erhalten sollen.<sup>69</sup> Stattdessen können sich alle interessierten Akteurinnen mittels Gesuchs um die Subventionen bewerben (Art. 58d Abs. 2 und Art. 58e Abs. 2 KVG). Der Gesetzgeber hat sich diesbezüglich explizit dafür ausgesprochen, dass bei der Gewährung der Subventionen die Eignung für die Er-

---

<sup>66</sup> Siehe zum Ganzen auch Unterkapitel IV.A.

<sup>67</sup> BGE 144 I 113 E. 5.1.1; 138 I 225 E. 3.6.4; 90 I 159 E. 2; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (FN 6), Rz. 505 ff.

<sup>68</sup> Selbstredend wäre eine willkürliche Verteilung der verfügbaren öffentlichen Mittel in jedem Fall unzulässig (vgl. Art. 9 BV).

<sup>69</sup> Votum Humbel, AB 2018 N 910.

reichung der Qualitätsziele bzw. für die Erfüllung der damit verbundenen Aufgaben ausschlaggebend sein soll (vgl. Art. 58c Abs. 1 lit. f KVG).<sup>70</sup>

Des Weiteren ist ein transparentes Subventionsverfahren mit klaren Kriterien entscheidend, um eine rechtsgleiche Gewährung von Subventionen sicherzustellen. Ein transparentes Verfahren führt dazu, dass die EQK den massgebenden Kriterien ausreichend Rechnung trägt und jeweils differenziert begründet, weshalb jemand eine Subvention erhält oder nicht erhält. Gleichzeitig hat die *Transparenz* eine gewisse Kontrollfunktion, indem sich von aussen nachvollziehen lässt, wann die EQK Subventionen gewährt. Können für die Übertragung einer Aufgabe mit Abgeltung mehrere geeignete Personen oder Organisationen infrage kommen, muss die EQK nach Art. 77d Abs. 1 KVV ein transparentes, objektives und unparteiisches Auswahlverfahren durchführen. Für das Verfahren hat die EQK Ausschreibungsunterlagen mit Teilnahmebedingungen sowie Eignungs- und Zuschlagskriterien zu erstellen (Art. 77d Abs. 2 KVV). Unklar ist, weshalb diese spezialrechtliche Vorgabe eines transparenten Verfahrens mit klar zu definierenden Kriterien nicht auch für die Gewährung der Finanzhilfen so festgehalten wurde. Selbst wenn die EQK bei den Finanzhilfen einen grossen Ermessensspielraum hat, müssen diese rechtsgleich, objektiv nachvollziehbar und nach der besten Eignung zur Erreichung der Qualitätsbemühungen und -massnahmen in der OKP gewährt werden. Es ist deshalb zu begrüssen, dass das EDI gestützt auf Art. 13 Abs. 2 SuG die erforderliche Prioritätenordnung und die EQK zusätzlich detaillierte Kriterien für die Gewährung von Finanzhilfen erlassen haben.<sup>71</sup>

## D. Wettbewerbsneutralität

Der Grundsatz der *Wettbewerbsneutralität* nach Art. 27 i.V.m. Art. 94 Abs. 1 BV verlangt, dass staatliche Massnahmen nicht zu einer Wettbewerbsverzerrung führen dürfen, insbesondere indem öffentlich-rechtliche Unternehmen bessere Wettbewerbsbedingungen haben oder indem der Staat einen Konkurrenten be-

<sup>70</sup> Votum Humbel, AB 2018 N 910; Votum Berset, AB 2018 N 913; vgl. Botschaft zur Stärkung von Qualität und Wirtschaftlichkeit (FN 16), 304.

<sup>71</sup> EDI, Prioritätenordnung vom 29. November 2022 für die Vergabe von Finanzhilfen der Eidgenössischen Qualitätskommission bei Budgetüberschreitungen. Internet: <https://perma.cc/4LCM-5L9A> (Abruf 03.06.2025); EQK, Kriterien für Finanzhilfen, Beurteilungskriterien für Gesuche für Finanzhilfen an die Eidgenössische Qualitätskommission, Bern 2025. Internet: <https://perma.cc/9MZ-Z-LBCB> (Abruf 03.06.2025).

vorzugt behandelt.<sup>72</sup> Art. 77e Abs. 1 lit. d KVV hält ausdrücklich fest, dass die von der EQK gewährten Finanzhilfen nicht zu (potenziellen) Wettbewerbsverzerrungen führen dürfen. Bei den zuvor dargelegten Regulierungsinstrumenten zur Qualitätsentwicklung und -sicherung gibt es – bei einer rechtsgleichen Anwendung – grundsätzlich kaum Risiken einer Wettbewerbsverzerrung.

Die Einhaltung der Wettbewerbsneutralität kann jedoch dann gefährdet sein, wenn Subventionen zur Qualitätsentwicklung und -sicherung an Leistungserbringer gewährt werden, die ihre Leistungserbringung mit diesen Subventionen *querfinanzieren* könnten. Denkbar ist zum Beispiel, dass ein Leistungserbringer eine Finanzhilfe für ein Projekt erhält, in dessen Rahmen vermeidbare Behandlungskomplikationen reduziert werden sollen. Der Leistungserbringer kann mit den gesprochenen Mitteln aber gleichzeitig reguläre Personal- und Infrastrukturkosten decken, die ohnehin für eine qualitativ hochstehende Leistungserbringung angefallen wären. Ferner kann eine Organisation eine Methode oder ein digitales Instrument zur Förderung der Patientensicherheit entwickeln, wofür die Organisation durch die EQK finanziell unterstützt wird. Vermarktet die Organisation diese Methode oder das digitale Instrument später kommerziell, hätte die EQK einen Teil der Entwicklungskosten des kommerziellen Produkts der Organisation gedeckt. In beiden Fällen würden die Subventionsempfänger gegenüber den anderen Marktteilnehmenden bessergestellt.

Angesichts dieser Fallbeispiele ist entscheidend, dass die von der EQK gesprochenen finanziellen Mittel nur für die zu erfüllenden Aufgaben oder die geförderten Projekte zur Qualitätsentwicklung und -sicherung verwendet werden. Eine Vermischung der subventionierten Tätigkeiten mit der Aufgabe der Leistungserbringung ist zu verhindern. Das *Risiko einer Quersubventionierung* der Leistungserbringung ist besonders bei der Auswahl der Subventionsempfänger ausreichend zu berücksichtigen. Zudem kann die Qualitätskommission bei der Gewährung der Subventionen durch entsprechende Auflagen und Bedingungen sicherstellen, dass es zu keiner Quersubventionierung der eigentlichen Leistungserbringung oder einer späteren Kommerzialisierung ohne Rückerstattung der Subventionen kommt.

---

<sup>72</sup> BGE 149 II 53 E. 6.3; 143 II 425 E. 4.2; 142 I 162 E. 3.7.2; siehe auch BERNHARD RÜTSCHE, Wettbewerbsrechtliche Grenzen kantonaler Spitalsubventionen für gemeinwirtschaftliche Leistungen, *sui generis* #unbequem 2023, Rz. 29 ff. Internet: <https://doi.org/10.21257/su.237> (Abruf 03.06.2025); MARC M. WINSTÖRFER, Die Wirtschaftsfreiheit als Grundlage der Wirtschaftsverfassung, Grundrecht und Grundsatz im Lichte der Verfassungsdogmatik und der ökonomischen Theorie, Diss. Luzern, Zürich/Basel/Genf 2021, 159 ff.

## V. Schlussfolgerungen

Betrachtet man die verschiedenen Regulierungsinstrumente zur Entwicklung und Sicherung der Qualität in der OKP, so zeigt sich ein *breites Instrumentarium zur Qualitätsregulierung*: angefangen bei der Zulassung von Leistungserbringern, über die Möglichkeit der Einschränkung der OKP-Vergütungspflicht und konkreten Massnahmen zur Qualitätsentwicklung bis hin zu Verwaltungsmassnahmen, -sanktionen und Strafen. Zur Systematisierung dieses Instrumentariums lassen sich die Regulierungsinstrumente in Instrumente zur künftigen Sicherstellung (präventiv) und Instrumente zur Wiederherstellung einer qualitativ hochstehenden Leistungserbringung (reakтив) aufteilen. Auf einer Achse würden sich demnach auf der einen Seite präventive Instrumente befinden, die vorbeugend die Qualität in der OKP sichern sollen und auf der anderen Seite wären Instrumente zu finden, die dazu dienen, Verstöße gegen Qualitätsanforderungen zu beheben. Auf der Präventionsseite wäre die Zulassung von Leistungserbringern anzusiedeln, die vor der Leistungserbringung sicherstellen soll, dass die Qualität der Leistungen hoch ist. Ebenfalls auf der Seite der Prävention sind Einschränkungen der Vergütungspflicht wie etwa besondere Anforderungen an die Qualifikation der Leistungserbringer oder an die Infrastruktur einzuordnen. Die übrigen Regulierungsinstrumente bewegen sich schon deutlich stärker im Bereich der Bekämpfung möglicher Verstöße gegen die Qualitätsanforderungen. Sofern die Qualitätsverträge nicht nur Massnahmen zur Qualitätsentwicklung und -sicherung, sondern auch Sanktionen vorsehen, kommt ihnen über eine präventive Wirkung zur Qualitätsverbesserung hinaus ein reaktives Element zu. Die beschriebenen Verwaltungsmassnahmen, -sanktionen und Strafen dienen schliesslich eindeutig der Bekämpfung von Qualitätsverstößen und sollen die qualitativ hochstehende Leistungserbringung wiederherstellen.

Diese Fülle an Instrumenten mit unterschiedlichen Zwecken ermöglicht im Grundsatz eine vielfältige und passgenaue Regulierung der Qualitätsentwicklung und -sicherung in der OKP. Gleichzeitig können die verschiedenen Instrumente die Regulierung erschweren, da es einen höheren *Abstimmungsbedarf* gibt und für jeden Zweck jeweils das passende Regulierungsinstrument auszuwählen ist. Bei der Analyse der verschiedenen Instrumente zur Qualitätsentwicklung und -sicherung entsteht bisweilen der Eindruck, dass der Gesetzgeber selbst beim Erlass der Grundlagen der Regulierungsinstrumente mögliche

Zusammenhänge und konkrete Anwendungsbereiche zu wenig bedacht hat. Dies führt zu Wiederholungen in den dazugehörigen Gesetzesbestimmungen und zu teilweise unklaren Gesetzesvorgaben.

Angesichts so unterschiedlicher Regulierungsinstrumente stellt sich die Frage, ob bzw. inwieweit ein bestimmtes Regulierungsinstrument *priorisiert* werden kann. Die dargelegten Aspekte zur Wahl der Regulierungsinstrumente machen deutlich, dass jeder Grundsatz, den es bei der Regulierung zu berücksichtigen gilt, eine gewisse Offenheit hat. Je nach Zweck, der mit der Regulierung verfolgt wird, ist ein anderes Instrument sinnvoll. Ein bestimmter Regulierungsansatz und die dafür am besten geeigneten Regulierungsinstrumente sind deshalb zunächst auf der Grundlage der angestrebten Wirkungen festzulegen. In einem zweiten Schritt können die gewählten Regulierungsinstrumente dann aufeinander abgestimmt sowie verhältnismässig, rechtsgleich und wettbewerbsneutral ausgestaltet werden. Mit der Wahl eines Regulierungsinstruments ist oft auch eine stark politische Entscheidung verbunden. Die politischen Akteurinnen können allenfalls geneigt sein, ein Regulierungsinstrument wie die Subvention zu bevorzugen, weil der Staat dabei niemanden einschränkt oder sanktioniert, sondern Leistungen gewährt, was die von der Regulierung Betroffenen in der Regel positiver auffassen. Die Ausführungen zu den Regelungszwecken und zur Verhältnismässigkeit haben aber gezeigt, dass Subventionen aus rechtlicher Sicht nicht generell zu bevorzugen sind.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die einzelnen Regulierungsinstrumente aufgrund der unterschiedlichen Zielsetzungen und Ausgestaltungsmöglichkeiten nicht gegeneinander ausgespielt werden sollten. Vielmehr bedarf es einer zielorientierten *Wahl des für die konkrete Situation passenden Regulierungsinstruments*. Zentral ist dabei die Frage, mit welchem Regulierungsinstrument die verfolgten öffentlichen Interessen am besten erreicht werden können und inwieweit eine Mischung der verschiedenen Regulierungsinstrumente sinnvoll sein kann, um die angestrebten Wirkungen zu erzielen.

---

# Die Ausschreibungspflicht als (überwindbares) Hindernis zur Erfüllung von öffentlichen Aufträgen in Projektallianzen

Leandra Diem\*/Tabea Imfeld\*\*

## Inhaltsübersicht

I.	Ausgangslage	124
	A. Die Ausschreibungspflicht	125
	1. Zweck	125
	2. Verfahrensart	126
	3. Leistungsbeschreibung	127
	4. Eignungs- und Zuschlagskriterien	128
	5. Angebotsprüfung	129
	B. Der Allianzvertrag	130
	1. Besonderheiten des Allianzvertrags	131
	2. Unterschied zu herkömmlichen Vertragsmodellen	132
	3. Rechtliche Qualifikation des Vertrags	133
	4. Inhalt eines Allianzvertrags	133
II.	Konfliktpunkte zwischen Umsetzung Allianz und Ausschreibungspflicht	135
	A. Definition des Beschaffungsgegenstandes	136
	B. Bewertung der Teamfähigkeit	141
	C. Bewertung des Preises	147
	1. Bewertung der zu vereinbarenden Zielkosten	147
	2. Bewertung der prognostizierten Zielkosten	149
	3. Bewertung von Preiselementen	151
III.	Schlussfolgerungen	152

---

\* Dr. iur., Anwaltspraktikantin, CMS Schweiz.

\*\* MLaw, Rechtsanwältin, wissenschaftliche Assistentin, Universität Luzern und Juristin, EBP Schweiz AG, Zürich.

## I. Ausgangslage

Die öffentliche Hand beschafft im Jahr Güter, Dienst- und Bauleistungen im Wert von über CHF 40 Mrd.<sup>1</sup> Das Beschaffungsrecht bezweckt einen wirtschaftlichen, sozialen und ökologisch verantwortungsvollen Einsatz dieser öffentlichen Mittel, die Gleichbehandlung und Transparenz des Beschaffungsverfahrens sowie die Förderung des wirksamen Wettbewerbs (Art. 2 BöB/IVöB).<sup>2</sup> Die *Ausschreibungspflicht* (Art. 18 und 19 BöB/IVöB) ist das im Beschaffungsrecht vorgesehenen Instrument, mit welchem diese Ziele erreicht werden sollen.

Die Ausgangsthese dieses Beitrages ist es, dass die Ausschreibungspflicht in ihrer Ausprägung im schweizerischen Beschaffungsrecht ein möglicherweise unüberwindbares Hindernis für eine (sinnvolle) Projektabwicklung in einem partnerschaftlichen Vertragsmodell wie dem Allianzvertrag darstellt.<sup>3</sup> Diese These wird anhand von drei spezifischen Herausforderungen, die sich bei der Ausschreibung eines Allianzvertrags stellen, geprüft.

Anlass zu diesem Beitrag gab insbesondere die seit August 2024 geltende Anwendungshilfe des SIA «Planen und Bauen in Projektallianzen» (im Folgenden «Merkblatt SIA»). Die folgenden Ausführungen zum Konzept des Allianzvertrages basieren hauptsächlich auf diesem Merkblatt. Das Konzept eines partnerschaftlichen Vertragsmodells kann jedoch auch in anderen Ausformungen und in anderen Fachbereichen als im Baubereich zur Anwendung gebracht werden.<sup>4</sup>

Im Ausland bestehen zudem bereits diverse Beispiele dafür, dass solche partnerschaftlichen Ansätze in Grossprojekten bei öffentlichen Aufträgen ge-

---

<sup>1</sup> Botschaft vom 15. Februar 2017 zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, BBl 2017 1851 ff. (zit. Botschaft BöB), 1854.

<sup>2</sup> HK BöB-TRÜEB, in: Hans Rudolf Trüeb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020 (zit. HK BöB-VERFASSER), Art. 2 N 12 f.

<sup>3</sup> So auch Australian Government, DEPARTMENT OF INFRASTRUCTURE AND REGIONAL DEVELOPMENT (Hrsg.), National Alliance Contracting Guidelines. Guide to Alliance Contracting, September 2015 (zit. Alliance Contracting Guidelines), 36. Internet: [https://www.infrastructure.gov.au/sites/default/files/migrated/infrastructure/ngpd/files/National\\_Guide\\_to\\_Alliance\\_Contracting.pdf](https://www.infrastructure.gov.au/sites/default/files/migrated/infrastructure/ngpd/files/National_Guide_to_Alliance_Contracting.pdf) (Abruf 02.06.2025).

<sup>4</sup> Vgl. z.B. die Ausführungen für IT-Projekte von CLAUDIA SCHNEIDER HEUSI/CHRISTIAN LAUX, Projektallianzen – the next big thing, Vortrag im Rahmen der IT-Beschaffungskonferenz 2024. Internet: <https://pretalx.com/it-beschaffungskonferenz-2024/talk/KXHA8T> (Abruf 02.06.2025).

winnbringend umgesetzt werden können.<sup>5</sup> In der Schweiz sind soweit ersichtlich bis zum heutigen Zeitpunkt erst wenige Ausschreibungen zur Umsetzung von Bauprojekten im Rahmen einer Allianz publiziert worden.<sup>6</sup>

Der vorliegende Beitrag stellt in Abschnitt I.A. die Ausschreibungspflicht als Regulierungsinstrument in ihrer Ausformung im Schweizer Recht vor. Dabei wird der Fokus auf die im Kontext des Allianzvertrags relevanten Aspekte gelegt. In Abschnitt I.B wird sodann das Konzept von Allianzverträgen erklärt. Im zweiten Teil werden einzelne Punkte herausgearbeitet, bei denen die Beschaffung eines Allianzvertrags möglicherweise in Konflikt zu den Vorgaben der beschaffungsrechtlichen Ausschreibungspflicht steht.

## **A. Die Ausschreibungspflicht**

Das Herzstück des öffentlichen Beschaffungsrechts ist das Regulierungsinstrument der Ausschreibungspflicht, welches der Auftraggeberin vorschreibt, nach welchen Regeln Leistungen auf dem freien Markt zu beschaffen sind: Die Auftraggeberin ist grundsätzlich verpflichtet, eine öffentliche Ausschreibung durchzuführen, sofern der Geltungsbereich des Beschaffungsrechts eröffnet ist und der Auftragswert die massgeblichen Schwellenwerte überschreitet.<sup>7</sup>

### **1. Zweck**

Die Ausschreibungspflicht dient der Erreichung der beschaffungsrechtlichen Ziele: der wirtschaftlich, sozial und ökologisch verantwortungsvollen Verwendung öffentlicher Mittel, der Transparenz des Vergabeverfahrens, der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung der Anbieterinnen sowie der Förderung des wirksamen und fairen Wettbewerbs (Art. 2 BöB/IVöB).

Die Transparenz im Vergabeverfahren wird durch die Bekanntmachung des öffentlichen Auftrags geschaffen. Die Gleichbehandlung der Anbieterinnen ergibt sich aus dem Grundsatz, dass alle unter denselben Bedingungen am

---

<sup>5</sup> BERTRAM ZICHEL, Von der australischen Project Alliance zum Schweizer Projektbündnis, BR 2013, 5 ff., 9.

<sup>6</sup> Stand Januar 2025: SBB, Projektallianz-Perronverlängerungen Fehraltorf-Wetzikon, SIMAP-Nr.: #2888-01; SOB, Projektallianz Erneuerung Streckenabschnitt Samstagger-Schindellegi, SIMAP-Nr.: 281688; Basel Land, IPA ARA Birs, Erweiterung, SIMAP-Nr.: #6716-01.

<sup>7</sup> Vgl. Art. 16 ff. BöB/IVöB.

öffentlichen Vergabeverfahren teilnehmen können. Eine Wettbewerbssituation entsteht dadurch, dass sich eine Vielzahl von Anbieterinnen um den öffentlichen Auftrag bewerben können. Dieser Wettbewerb versetzt die Auftraggeberin in die Lage, unter den eingereichten Offerten das «vorteilhafteste Angebot» auszuwählen (vgl. Art. 41 BöB/IVöB), was wiederum zu einem wirksamen Wettbewerb und damit zu einem effizienten Einsatz öffentlicher Mittel führt.<sup>8</sup>

## 2. Verfahrensart

Die Ausschreibungspflicht kommt insbesondere im *offenen und im selektiven Verfahren* zum Tragen. Beide Verfahren werden dadurch eingeleitet, dass die Auftraggeberin den Auftrag öffentlich ausschreibt (Art. 18 Abs. 1 und Art. 19 Abs. 1 BöB/IVöB). Beim offenen Verfahren reichen die interessierten Anbieterinnen nach der Ausschreibung direkt ein Angebot ein (Art. 18 Abs. 2 BöB/IVöB). Beim selektiven Verfahren hingegen stellen sie vorerst nur einen Teilnahmeantrag, woraufhin die Auftraggeberin anhand vorab festgelegter Eignungskriterien eine Vorauswahl derjenigen Anbieterinnen trifft, die ein Angebot einreichen dürfen (sog. Präqualifikation; Art. 18 Abs. 1 und 2 BöB/IVöB).

Sofern sachliche Gründe es erfordern und der wirksame Wettbewerb erhalten bleibt, kann die Auftraggeberin die Zahl der zugelassenen Anbieterinnen im selektiven Verfahren beschränken (Art. 19 Abs. 3 BöB/IVöB). Der Auftraggeberin steht es frei, welche der beiden Verfahrensarten sie im konkreten Fall durchführen möchte. Ihre Entscheidung erfolgt regelmässig nach praktischen Überlegungen, insbesondere nach der Komplexität der ausgeschriebenen Leistung.<sup>9</sup>

Das offene und das selektive Verfahren können gemäss Art. 24 BöB/IVöB mit einem *Dialog* durchgeführt werden.<sup>10</sup> Diesfalls reichen die Anbieterinnen

---

<sup>8</sup> NICOLAS F. DIEBOLD/LEANDRA DIEM, Zerstückelungsverbot und Additionsflicht, in: Jean-Baptiste Zufferey/Martin Beyeler/Stefan Scherler (Hrsg.), *Aktuelles Vergaberecht 2022*, Zürich 2022, 214 ff., N 6; NICOLAS F. DIEBOLD/BERNHARD RÜTSCH, *Wettbewerbsrecht und Marktregulierung*, Band 1, Zürich 2023, § 2 N 562; LEANDRA DIEM/MARC M. WINSTÖRFER, Einfluss der Wirtschaftsfreiheit auf die wirtschaftliche Nutzung öffentlicher Sachen, recht 2024, 69 ff., 76.

<sup>9</sup> HK BÖB-FELLNER (FN 2), Art. 19 N 2; OFK-TRÜEB/CLAUSEN, in: Matthias Oesch/Rolf H. Weber/Roger Zäch (Hrsg.), *Wettbewerbsrecht II Kommentar*, Zürich 2021 (zit. OFK BÖB-TRÜEB/CLAUSEN), Art. 17 N 6.

<sup>10</sup> Eine entsprechende Absicht hat sie in der Ausschreibung bekanntzugeben (Art. 35 lit. j BöB/IVöB).

noch kein vollständiges Angebot ein, sondern präsentieren zunächst Lösungsvorschläge oder Vorgehensweisen.<sup>11</sup> Diese Vorschläge dienen als Grundlage, um den Leistungsgegenstand gemeinsam mit der öffentlichen Auftraggeberin im Dialog fortlaufend zu konkretisieren und zu entwickeln.<sup>12</sup> Erst am Ende des Dialogs legen die Anbieterinnen ihre finalen Offerten vor.<sup>13</sup>

### 3. Leistungsbeschreibung

Im Sinne der Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung der Anbieterinnen legt das öffentliche Beschaffungsrecht gewisse Mindestangaben fest, welche bei einer öffentlichen Ausschreibung bekannt gegeben werden müssen.<sup>14</sup> Darunter fällt insbesondere eine ausführliche und *klare Leistungsbeschreibung*, einschliesslich Art und Menge sowie Zeitpunkt und Ort der Leistungserbringung (Art. 35 lit. c BöB/IVöB; Art. 36 lit. b BöB/IVöB; Art. 7 Abs. 1 VöB<sup>15</sup>). Eine klare Beschreibung des Leistungsgegenstandes ermöglicht den Anbieterinnen, eine brauchbare und vergleichbare Offerte abzugeben.<sup>16</sup>

Art. 7 Abs. 3 VöB erlaubt einer Auftraggeberin, in Ausnahmefällen auf eine detaillierte Leistungsbeschreibung zu verzichten und stattdessen den Beschaffungsgegenstand *funktional auszuschreiben*.<sup>17</sup> Bei einer funktionalen Ausschreibung werden nicht die einzelnen zu erbringenden Leistungen beschrieben, sondern die Anforderungen an die Resultate oder an die Funktionen des geforderten Beschaffungsgegenstandes gestellt. Funktionale Ausschreibungen eignen sich besonders gut für Projekte, bei denen die Innovation gefördert werden soll oder die Auftraggeberin auf die spezifische Fachkenntnis der Anbieterinnen zurückgreifen möchte. Sie bieten der Auftraggeberin und

---

<sup>11</sup> Botschaft BöB (FN 1), 1933; HK BöB-LOCHER (FN 2), Art. 24 N 5; CLAUDIA SCHNEIDER HEUSI/STEFAN M. SCHERLER, Dienstleistungen – neue Wege zur Beschaffung? – Verfahren, Instrumente und einzelne Spielräume, in: Jean-Baptiste Zufferey/Martin Beyeler/Stefan Scherler (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2022, Zürich 2022, 299 ff., N 54.

<sup>12</sup> Botschaft BöB (FN 1), 1933; HK BöB-LOCHER (FN 2), Art. 24 N 5.

<sup>13</sup> HK BöB-LOCHER (FN 2), Art. 24 N 5; SCHNEIDER HEUSI/SCHERLER (FN 11), N 58.

<sup>14</sup> Siehe Art. 35 f. BöB/IVöB.

<sup>15</sup> Verordnung vom 12.2.2020 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB; SR 172.056.11).

<sup>16</sup> Erläuterungen vom 12.2.2020 zur Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB) (zit. Erläuterungen VöB), 7.

<sup>17</sup> OFK BöB-TRÜEB/CLAUSEN (FN 9), Art. 30 N 1.

den Anbieterinnen mehr Flexibilität und können zu kreativeren sowie oft kostengünstigeren Lösungen führen. Allerdings eröffnen sie Herausforderungen in der Bewertung der Angebote, da die Lösungen der Anbieterinnen meist stark variieren und darum weniger gut vergleichbar sind.<sup>18</sup>

#### 4. Eignungs- und Zuschlagskriterien

Neben einer Beschreibung der geforderten Leistung sind auch die Eignungskriterien und die geforderten Nachweise (Art. 35 lit. b BöB/IVöB; Art. 36 lit. c BöB/IVöB), die Zuschlagskriterien sowie deren Gewichtung (Art. 35 lit. p BöB/IVöB; Art. 36 lit. d BöB/IVöB) in der Ausschreibung bekanntzugeben.

*Eignungskriterien* sollen sicherstellen, dass nur Anbieterinnen, die nachweislich auch in der Lage sind, den ausgeschriebenen Auftrag erfolgreich auszuführen, zum Verfahren zugelassen werden.<sup>19</sup> Die Eignungskriterien beziehen sich auf die Anbieterin selbst und nicht auf deren Angebot.<sup>20</sup>

Die Eignungskriterien können gemäss Art. 27 Abs. 2 BöB/IVöB insbesondere die fachliche, finanzielle, wirtschaftliche, technische und organisatorische Leistungsfähigkeit betreffen. Bei der Definition der Eignungskriterien kommt der Auftraggeberin ein grosser Ermessensspielraum zu.<sup>21</sup> Dieser wird insbesondere durch die Bestimmung in Art. 27 Abs. 1 BöB/IVöB eingeschränkt, welche klarstellt, dass die Kriterien «im Hinblick auf das Beschaffungsvorhaben objektiv erforderlich und überprüfbar sein» müssen. Sie müssen sachlich begründet, auf den konkreten Leistungsgegenstand abgestimmt und für die Auftragsausführung wesentlich sein.<sup>22</sup>

Die *Zuschlagskriterien* dienen der Ermittlung des «vorteilhaftesten Angebots».<sup>23</sup> Da sie der Bewertung des Angebots dienen<sup>24</sup>, sind gemäss Art. 29

---

<sup>18</sup> MARCO FETZ, Die funktionale Ausschreibung – Aktivierung des Bieter-Knowhows, in: Jean-Baptiste Zufferey (Hrsg.), *Aktuelles Vergaberecht 2010*, Zürich 2010, 101 ff., N 8.

<sup>19</sup> HK BöB-Wyss (FN 2), Art. 27 N 4.

<sup>20</sup> BVGer, B-1470/2010, 24.3.2010, E. 4.2; BVGer, B-1470/2010, 29.9.2010, E. 2.1 m.w.H.; HK BöB-Wyss (FN 2), Art. 27 N 2.

<sup>21</sup> BVGer, B-4703/2021, 19.4.2022, E. 5.1, 6.2.2; OFK BöB-TRÜEB/CLAUSEN (FN 9), Art. 27 N 8; HK BöB-Wyss (FN 2), Art. 27 N 12.

<sup>22</sup> OFK BöB-TRÜEB/CLAUSEN (FN 9), Art. 27 N 3, 9; HK BöB-Wyss (FN 2), Art. 27 N 4, 9.

<sup>23</sup> Siehe Art. 41 BöB/IVöB.

<sup>24</sup> HK BöB-LOCHER/OECHSLIN (FN 2), Art. 29 N 14.

Abs. 1 BöB/IVöB nur jene Kriterien zulässig, die einen Bezug zum Beschaffungsgegenstand haben und sachlich gerechtfertigt sind.<sup>25</sup>

In der Regel stellt der Preis das wichtigste Kriterium dar. Er muss immer als Zuschlagskriterium in die Beurteilung einfließen. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung muss der Preis selbst bei komplexen Beschaffungen mit mindestens 20% gewichtet werden.<sup>26</sup> Als Preis im Sinne von Art. 29 Abs. 1 BöB/IVöB ist aus herkömmlicher Sicht grundsätzlich der Anschaffungspreis des Beschaffungsgegenstandes zu verstehen. Im Lichte des revidierten Beschaffungsrechts muss dieses Mindestkriterium jedoch z.B. auch durch die Bewertung der Lebenszykluskosten erfüllt werden können, welche neben dem reinen Anschaffungspreis noch andere anfallende Kosten einbeziehen.<sup>27</sup>

Darüber hinaus sieht Art. 29 Abs. 1 BöB/IVöB einen ganzen Katalog an möglichen Zuschlagskriterien vor. Diese Auflistung ist allerdings lediglich exemplarisch zu verstehen. Die Auftraggeberin verfügt über einen grossen Ermessensspielraum bei der Auswahl und Gewichtung der Zuschlagskriterien.<sup>28</sup>

Auch im Dialogverfahren müssen die Zuschlagskriterien, ebenso wie die Eignungskriterien, zu Beginn des Verfahrens festgelegt werden.<sup>29</sup> Eine Gewichtung der Zuschlagskriterien ist jedoch zu diesem Zeitpunkt noch nicht zwingend erforderlich.<sup>30</sup>

## 5. Angebotsprüfung

Nach Eingang der Angebote erfolgt ein mehrstufiger Prüfungsprozess: Zunächst wird kontrolliert, ob die eingegangenen Offerten den formellen und

---

<sup>25</sup> HK BöB-LOCHER/OECHSLIN (FN 2), Art. 29 N 9, 19; OFK BöB-TRÜEB/CLAUSEN (FN 9), Art. 29 N 5.

<sup>26</sup> BGE 143 II 553, E. 6.4; BGE 129 I 313, E. 9.2; BGer, 2P.111/2003, 21.1.2004, E. 3.3; HK BöB-LOCHER/OECHSLIN (FN 2), Art. 29 N 17.

<sup>27</sup> Vgl. dazu MATTHIAS HAUSER/RÉKA PISKÓTY, Nachhaltige öffentliche Beschaffung, Bern 2023, N 352.

<sup>28</sup> BVGer, B-1185/2020, 1.12.2020, E. 4.2.2; BVGer, B-4397/2017, 8.2.2018, E. 7.2; HK BöB-LOCHER/OECHSLIN (FN 2), Art. 29 N 9; TRÜEB/CLAUSEN (FN 9) Art. 29 N 2.

<sup>29</sup> Botschaft BöB (FN 1), 1935; HK BöB-LOCHER (FN 2), Art. 24 N 17; SCHNEIDER HEUSI/SCHERLER (FN 11), N 55.

<sup>30</sup> Botschaft BöB (FN 1), 1950; vgl. Musterbotschaft vom 15. November 2019 zur Totalrevision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB). Version 1.0 vom 16.1.2020, 70; HK BöB-Locher (FN 2), Art. 24 N 18. sowie HK BöB-LOCHER/OECHSLIN (FN 2), Art. 29 N 32.

inhaltlichen Anforderungen der Ausschreibung und der Ausschreibungsunterlagen entsprechen. Nicht ausschreibungskonforme Angebote können bereits in dieser Phase ausgeschlossen werden (Art. 44 Abs. 1 lit. b BöB/IVöB). In einem nächsten Schritt wird überprüft, ob die Anbieterinnen die Eignungskriterien erfüllen. Diese sind als Ausschlusskriterien zu formulieren, sodass Anbieterinnen, die ein Kriterium nicht erfüllen, zwingend vom Verfahren auszuschliessen sind.

Die verbleibenden Angebote werden anschliessend anhand der Zuschlagskriterien bewertet. In diesem Zeitpunkt muss die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet sein, da nur so die Gleichbehandlung der Anbieterinnen sichergestellt werden kann. Die öffentliche Auftraggeberin kann von den Anbieterinnen verlangen, dass sie ihre Angebote erläutern (Art. 38 Abs. 2 BöB/IVöB), um etwaige Unklarheiten zu beseitigen.<sup>31</sup> Diese Erläuterungen dürfen jedoch grundsätzlich keine inhaltlichen Änderungen nach sich ziehen.<sup>32</sup> Angebote dürfen nach Ablauf der Eingabefrist nicht mehr abgeändert werden; es gilt der Grundsatz der Unveränderbarkeit.<sup>33</sup>

Nach einer Bereinigung werden die Angebote gestützt auf die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung bewertet. Die Angebote erhalten für jedes Kriterium eine Punktzahl, die schliesslich zur Gesamtbewertung des jeweiligen Angebots zusammengeführt wird. Diese Gesamtbewertung ermöglicht die Erstellung einer Rangliste, anhand derer das vorteilhafteste Angebot, das heisst das Angebot mit der höchsten Gesamtpunktzahl, ermittelt wird. Der Zuschlag wird schliesslich dem vorteilhaftesten Angebot erteilt (Art. 41 BöB/IVöB).

## B. Der Allianzvertrag

Der Allianzvertrag ist ein *Vertragsmodell* zur partnerschaftlichen Abwicklung komplexer Projekte, wie sie insbesondere bei öffentlichen Beschaffungen vorkommen. Verschiedene solche partnerschaftlichen Ansätze zur Projektabwick-

---

<sup>31</sup> HK BöB-FRIEDLI (FN 2), Art. 38 N 9; OFK BöB-TRÜEB/CLAUSEN (FN 9), Art. 38 N 8.

<sup>32</sup> BVGer, B-2675/2012, 23.7.2012, E. 4; HK BöB-FRIEDLI (FN 2), Art. 38 N 9; OFK BöB-TRÜEB/CLAUSEN (FN 9), Art. 38 N 8; vorbehalten bleibt die Möglichkeit der Leistungsänderung in den Schranken von Art. 39 BöB/IVöB.

<sup>33</sup> CHRISTOPH JÄGER, 14. Kapitel: Öffentliches Beschaffungsrecht, in: Markus Müller/Reto Feller (Hrsg.), Bernisches Verwaltungsrecht, 3. A., Bern 2021, 871 ff., N 202.

lung werden im Ausland bereits seit langem entwickelt.<sup>34</sup> Diesen Ansätzen ist gemeinsam, dass Auftraggeberinnen, Planer und Bauunternehmen Projekte in Zusammenarbeit umsetzen.<sup>35</sup> Der Fokus liegt vorliegend auf dem partnerschaftlichen Vertragsabwicklungsansatz der sog. Allianz, welche sich in der Schweiz in den letzten Jahren zunehmend zu etablieren beginnt.<sup>36</sup>

## 1. Besonderheiten des Allianzvertrags

Die Besonderheit eines Allianzprojekts liegt in der partnerschaftlichen Projektorganisation. Es wird ein Team zur Projektabwicklung bestehend aus Bauunternehmen, Planern und der Bauherrin gebildet. Zwischen den Partnern dieses Projektteams wird eine einheitliche Definition der Projektaufgaben vereinbart. Zudem werden zwischen allen Partnern des Projektteams sog. Zielkosten für das Projekt festgelegt, die als Grundlage für die Vergütung der Beteiligten dienen.<sup>37</sup>

Der Anstoss für die Entwicklung des Konzepts der Projektallianzen war, dass bei komplexen Bauprojekten in herkömmlichen Projekt- und Vertragsmodellen, die darin per Design bestehenden *Interessensgegensätze* immer je mehr zu erheblichen Mehrkosten und Bauzeitverlängerungen führten. Darüber hinaus gestaltet sich die Zusammenarbeit mit den Vertragspartnern aufgrund dieser Interessensgegensätze oft als herausfordernd. Die herkömmlichen Projekt- und Vertragsmodelle erzielen zudem nicht immer die gewünschten Ergebnisse, insbesondere wenn es um Aspekte der Nachhaltigkeit und die Digitalisierung geht.<sup>38</sup>

Ausgehend von dieser Situation wurde das Konzept der partnerschaftlichen Projektabwicklung in Projektallianzen entwickelt. Die Umsetzung eines Projekts in einer Allianz bezweckt eine *gesamtheitliche Betrachtung* der Aufgaben und Projektrisiken. Dazu werden möglichst frühzeitig alle Projektbetei-

---

<sup>34</sup> SIMON CHRISTIAN BECKER/HORST ROMAN-MÜLLER, Integrierte Projektabwicklung (IPA). Schnelleinstieg für Bauherren, Architekten und Ingenieure, Heidelberg 2022, 9.

<sup>35</sup> MORITZ PÜSTOW/JOHANNES MEINERS, Partnerschaftliche Bauprojekte – vergaberechtliche Wege, VergabeR 2020, 281 ff., 292.

<sup>36</sup> Vgl. bereits 2013 zum Thema ZICHEL (FN 5), BR 2013, 5 ff.

<sup>37</sup> PÜSTOW/MEINERS (FN 36), VergabeR 2020, 298.

<sup>38</sup> SIA, Planen und Bauen in Projektallianzen (SIA 2065:2024), Vorwort; siehe für Deutschland HOLGER KIRSTEN ROSENBAUER, Partnering und Alliancing, Diss. Berlin 2009, 390; ZICHEL (FN 5), BR 2013, 5.

lighen in das Projekt einbezogen. Es sollen weniger die eigenen Interessen der einzelnen Partner im Vordergrund stehen, sondern eine Lösung im Sinne des Grundsatzes «best for project» gemeinsam gesucht werden.<sup>39</sup>

## 2. Unterschied zu herkömmlichen Vertragsmodellen

Im Unterschied zu herkömmlichen bilateralen Verträgen regelt der Allianzvertrag hauptsächlich die Kooperation im Projekt und legt weniger Wert auf die Definition der Leistung. Die Definition der konkreten Leistung soll innerhalb des Projektteams entstehen.<sup>40</sup> Die Kooperation der Beteiligten zum Wohle des Projekts wird durch vertragliche Anreize belohnt, rein eigennütziges Handeln von Projektbeteiligten wird dagegen sanktioniert.<sup>41</sup>

Das in der Schweiz verbreitete Modell zur Durchführung von Bauvorhaben sieht traditionell eine *Trennung zwischen Planung und Ausführung* vor. Der ausführende Bauunternehmer wird in der Regel nicht oder erst sehr spät in den Planungs- und Projektierungsprozess einbezogen.<sup>42</sup> Das vom SIA für die Schweiz weiterentwickelte Konzept des Allianzvertrages in seiner umfassendsten Form kann dagegen bereits zu Beginn des Projektes angewendet werden. In diesem Fall werden auch Phasen wie die Projektdefinition im Rahmen der Allianz abgewickelt.<sup>43</sup> Der Allianzvertrag kann von der integralen Planung und Projektierung über die Ausführungsplanung bis zur Ausführung andauern. Es besteht jedoch auch die Möglichkeit, den Allianzvertrag erst abzuschliessen, wenn das Projekt bereits weiter fortgeschritten ist.

In der Schweiz sind teilweise auch Vergaben an *Totalunternehmen* üblich.<sup>44</sup> Der Umfang der Leistungen ist bei einer Vergabe an einen Totalunternehmer vergleichbar mit den Leistungen, welche im Rahmen einer Allianz-Ausschreibung vergeben werden. Bei solchen Totalunternehmeraufträgen kann je nach

---

<sup>39</sup> HEINZ EHRBAR/MARTIN BEYELER, Partnerschaftliche Projektabwicklung mit Allianzverträgen. Internet: <https://www.espazium.ch/de/aktuelles/partnerschaftliche-projektabwicklung-mit-allianzverträgen> (Abruf 02.06.2025).

<sup>40</sup> ROSENBAUER (FN 39), 109.

<sup>41</sup> ANTJE BOLDT, Integrierte Projektabwicklung – Ein Zukunftsmodell für öffentliche Auftraggeber?, NZBau 2019, 547 ff., 547.

<sup>42</sup> SIA 2065:2024 (FN 39), Ziff. 3.6.3.

<sup>43</sup> SIA 2065:2024 (FN 39), Figur 4.

<sup>44</sup> Vgl. als Beispiel zum Ganzen BVGer, B-6366/2020, 9.6.2021.

Ausgestaltung des Projekts die Vergabe der Bauleistung daher in einem ähnlich frühen Zeitpunkt wie bei einem Allianzvertrag erfolgen.

Dem Totalunternehmervertrag fehlt es im *Unterschied* zum Allianzvertrag allerdings am kooperativen Element der Beteiligten. Bei dieser Vertragsform wird das Projekt an einen Totalunternehmer übergeben, um die Koordination sowie die Gesamtverantwortung für das Projekt an diesen abzugeben, und nicht, um eine gemeinschaftliche Projektentwicklung zwischen den unterschiedlichen Beteiligten mit der Bauherrin zu fördern.<sup>45</sup> In den meisten Fällen werden die einzelnen Aufgaben im Rahmen von Totalunternehmerverträgen wie in anderen herkömmlichen Modellen an Subunternehmer als Einzelleistungsträger vergeben.<sup>46</sup> Die Umsetzung im Totalunternehmervertrag ist daher klar vom Allianzvertrag zu unterscheiden.

### **3. Rechtliche Qualifikation des Vertrags**

Der Allianzvertrag wird grundsätzlich als *Mehrparteienvertrag* zwischen der Bauherrin und den verschiedenen Projektpartnern abgeschlossen. Es handelt sich dabei um einen *gemischten Vertrag* mit überwiegend *werkvertraglichen Elementen*. Ein zentrales Anliegen des Allianzvertrages ist es, einen Anreiz zur gemeinsamen Verfolgung der Allianzziele zu schaffen. Es handelt sich gemäss herrschender Lehre jedoch nicht um eine gemeinsame Zweckverfolgung in der Form einer einfachen Gesellschaft. Der Allianzvertrag stellt, wie ein herkömmlicher Werkvertrag, einen Austauschvertrag dar, welcher die Erbringung der Werkleistung durch die Vertragspartner gegen eine durch die Bauherrin zu leistende Vergütung zum Zweck hat.<sup>47</sup> Es werden jedoch finanzielle Anreize gesetzt, welche es attraktiv machen, die Ziele der Allianz zu erreichen.<sup>48</sup>

### **4. Inhalt eines Allianzvertrags**

Als erster Schritt in einer Projektallianz muss der Leistungsumfang gemeinsam mit allen Projektpartnern festgelegt werden. Der Projektumfang wird

---

<sup>45</sup> HK BöB-Joss (FN 2), Art. 31 N 14.

<sup>46</sup> PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 4. A., Zürich 1996, N 233 ff.

<sup>47</sup> PATRICK SCHURTERBERGER, Der Allianzvertrag, Diss. Freiburg, Zürich 2021, 208 ff.; SIA 2065:2024 (FN 41), Ziff. 3.7.1.

<sup>48</sup> SIA 2065:2024 (FN 39), Ziff. 8.4.8.

durch die gemeinsam definierten Ziele (sog. Allianzzielle) bestimmt.<sup>49</sup> Zu den Allianzzielen gehören insbesondere Ziele zur Qualität und Funktionalität des Beschaffungsgegenstandes, jedoch auch Ziele betreffend Prozess und Organisation, Umweltschutz, Digitalisierung etc.<sup>50</sup>

Die Projektabwicklung wird durch ein Projektteam geleitet, welches sich aus Vertretern aller Allianzpartnern inklusive der Bauherrin zusammenstellt. Grundsätzlich werden Entscheidungen einstimmig nach dem Prinzip «best for project» gefällt und es wird ein Konfliktlösungsmechanismus für den Fall der Nichteinigung vereinbart. Gewisse bauherrenspezifische Entscheidungen können dem Einstimmigkeitsprinzip entzogen werden.<sup>51</sup>

Die Vergütung im Allianzprojekt basiert auf dem Konzept der *Zielkosten*. Diese setzen sich aus den Selbstkosten (Werkkosten und Zuschlag für sog. allgemeine Gemeinkosten), einem Gewinnzuschlag, einem Betrag für die finanzielle Risikovorsorge und einem Betrag für die Mängelbehebung zusammen.<sup>52</sup> Bei den Werkkosten gilt das Prinzip der «open books». Den Allianzpartnern bzw. einer prüfenden Stelle müssen daher, soweit für den Nachvollzug der Vergütung notwendig, Nachweisdokumente wie Stundenrapporte, Lieferscheine, Rechnungen Dritter usw. zur Verfügung gestellt werden.<sup>53</sup> Dieses Prinzip der «open books» ist eine unerlässliche Grundlage für das Funktionieren des Allianzprojekts: Da bei Vertragsabschluss die Kosten der einzelnen Leistungen teilweise noch zu wenig konkret sind, um bereits einen Preis zu bestimmen, wird vereinbart, dass die Selbstkosten vergütet werden. Um sicherzustellen, dass die Selbstkosten ordnungsgemäss verrechnet werden, ist die Offenlegung der Selbstkosten notwendig.<sup>54</sup>

Die am Ende erbrachte Vergütung vom Bauherrn an einen Projektpartner entspricht den angefallenen Selbstkosten inklusive der angebotenen Zuschläge. Für den Fall, dass die Endkosten unter den vereinbarten Zielkosten liegen, wird jedem Allianzpartner ein vereinbarter Anteil an dieser betragsmässigen Unterschreitung bis zu einer bestimmten definierten Untergrenze als «Belohnung» ausbezahlt (sog. «Gain-Sharing»). Für den Fall, dass die Endkosten

---

<sup>49</sup> SIA 2065:2024 (FN 39), Ziff. 3.5.2.

<sup>50</sup> SIA 2065:2024 (FN 39), Ziff. 1.1.4, 2.15, 3.2.1 ff.

<sup>51</sup> SIA 2065:2024 (FN 39), Ziff. 3.5.2.2, 4.1.1.5.

<sup>52</sup> SIA 2065:2024 (FN 39), Ziff. 3.5.4; 8.2.

<sup>53</sup> SIA 2065:2024 (FN 39), Ziff. 8.4.12.1.

<sup>54</sup> SIA 2065:2024 (FN 39), Ziff. 3.5.3; ROSENBAUER (FN 39), 172.

über den vereinbarten Zielkosten liegen, werden für den Anteil, der über den Zielkosten liegt, nur noch die Selbstkosten minus einen prozentualen Betrag, welcher vereinbart wird, vergütet (sog. «Pain-Sharing»). Die Beteiligung an den Selbstkosten ist auch bei der Überschreitung durch eine definierte betragsmässige Grenze beschränkt. Die über die Grenze hinausgehenden Selbstkosten trägt die Bauherrin vollumfänglich.<sup>55</sup> Dieses Vergütungskonzept kann im Detail verschieden ausgestaltet werden. Insbesondere sind im Konzept des SIA auch weitere Bonus-Malus-Regelungen vorgesehen, welche Anreize zur Erreichung von weiteren nicht-monetären Projektzielen schaffen. Diese sollen z.B. weitere Anreize für die Erreichung von Nachhaltigkeitszielen schaffen.<sup>56</sup>

Zusammenfassender soll das Konzept der partnerschaftlichen Projektabwicklung durch das Vergütungssystem und den grossen Fokus auf der partnerschaftlichen Projektabwicklung dazu führen, dass weniger Interessensgegensätze bestehen, und daher auch weniger Konflikte und Nachforderungen entstehen, was die Beschaffung wirtschaftlicher machen soll. Zudem sollen Nachhaltigkeitsinteressen durch die gemeinsame Setzung von nachhaltigen Allianzzielen und den kooperativen Ansatz besser zum Durchbruch verholfen werden. Durch die frühe Projektbeteiligung aller Partner soll die Digitalisierung im Baubereich zudem vereinfacht werden, da dadurch eine einheitliche digitalisierte Arbeitsweise ermöglicht werden soll, was allenfalls wiederum zu Effizienzsteigerungen führen kann.<sup>57</sup>

## II. Konfliktpunkte zwischen Umsetzung Allianz und Ausschreibungspflicht

Zum Zweck dieses Beitrages haben wir aus den zahlreichen potenziellen Konfliktpunkten zwischen der Vergabe von Allianzprojekten und den Anforderungen, die durch die beschaffungsrechtlichen Ausschreibungspflicht festgelegt sind, drei zentrale Punkte herausgegriffen. Die behandelten Konfliktpunkte

---

<sup>55</sup> SIA 2065:2024 (FN 39), Ziff. 8.4.14.

<sup>56</sup> SIA 2065:2024 (FN 39), Ziff. 8.4.16.

<sup>57</sup> TOBIAS BOECKEN/ZAKIYA MZEE, BIM am Bau: Ein Grund mehr für Mehrparteienverträge?, BauR 2021, 610 ff., 610; WOLFGANG BREYER/BARBARA DAUNER-LIEB/MARK VON WIETERSHEIM, Mehrparteienverträge am Bau – Vorschläge zu einer Anpassung des Vergaberechts, BauR 2021, 1017 ff., 1018.

sind die Definition des Beschaffungsgegenstandes (Abschnitt II.A.), die Bewertung der Teamfähigkeit (Abschnitt II.B.) und die Bewertung des Preises (Abschnitt II.C.).

## A. Definition des Beschaffungsgegenstandes

Die Vergabestelle beschreibt bei herkömmlichen Beschaffungen den Beschaffungsgegenstand bereits im Zeitpunkt der Ausschreibung sehr *präzise*.<sup>58</sup> Aufgrund der langen Projektdauer sowie der verschiedenen Phasen, die im Rahmen eines Allianzvertrags abgedeckt werden, ist es in der Regel nicht möglich, ein Leistungsbeschrieb in der gleichen Detailtiefe zu erstellen, wie dies bei anderen Beschaffungen üblich ist. Darüber hinaus ist dies auch nicht gewünscht, da insbesondere die gemeinsame Definition und Entwicklung des Projekts einen Mehrwert bringen soll.<sup>59</sup> Daher stellt sich die Frage, ob die im BöB sowie in der IVöB festgelegte Verpflichtung zur Definition des Beschaffungsgegenstandes im Rahmen einer Allianzausschreibung umgesetzt werden kann.

In der Schweizer Lehre sowie im SIA-Merkblatt wird das Problem der Definition des Beschaffungsgegenstandes im Zusammenhang mit dem Allianzvertrag nicht spezifisch behandelt. Allgemein schreiben die gesetzlichen Grundlagen eine *Beschreibung der Leistung einschliesslich der Art und Menge* im Rahmen der Ausschreibung vor. Diesen Vorgaben kann jedoch gemäss Art. 7 Abs. 2 VöB auch mit einer funktionalen Beschreibung des Beschaffungsgegenstandes Genüge getan werden.<sup>60</sup>

Gewisse *Mindestanforderungen* an die Beschreibung des Beschaffungsgegenstandes müssen jedoch auch bei den funktionalen Ausschreibungen erfüllt werden. Der Beschaffungsbedarf muss hinreichend genau und verständlich sein. Zudem müssen die Art und die Menge sowie die technischen Anforderungen im Sinne von Art. 36 lit. b BöB/IVöB genauso wie bei herkömmlichen Definitionen des Beschaffungsgegenstandes enthalten sein.<sup>61</sup> Diese Bestimmung wird jedoch im Kontext der funktionalen Ausschreibung

---

<sup>58</sup> BVGer, B-5108/2019, 16.8.2022, E. 5.2.1.1.; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich 2013, N 804 ff., 830; ETIENNE POLTIER, Droit des marchés publics, 2. A., Bern 2023, N 285.

<sup>59</sup> ROSENBAUER (FN 39), 110.

<sup>60</sup> Abschnitt I.A.; vgl. Art. 36 BöB/IVöB; Art. 7 VöB; FETZ (FN 18), N 8.

<sup>61</sup> FETZ (FN 18), N 19 f.

grosszügig ausgelegt. Art und Umfang des Beschaffungsgegenstandes kann bei funktionalen Ausschreibungen zulässigerweise mit der Bestimmung des Ziels beschrieben werden.<sup>62</sup>

Die frühe Definition des Beschaffungsgegenstandes für die Planerleistung erscheint wenig problematisch. Diese Leistung muss auch bei herkömmlichen Beschaffungen mindestens in Teilen im gleichen Zeitpunkt wie bei einem Allianzvertrag definiert werden.<sup>63</sup> Dagegen erfolgt die Definition der Bauleistung zu einem *früheren Zeitpunkt*, als es bei traditionellen Ausschreibungen für Bauleistungen der Fall ist.<sup>64</sup>

In der deutschen Literatur wird aufgrund dieses frühen Zeitpunkts teilweise vertreten, dass der in Deutschland vorgeschriebene eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschrieb für die entsprechenden Bauleistungen bei partnerschaftlichen Vertragsmodellen wie dem Allianzvertrag fehle. Eine den Anforderungen des deutschen Beschaffungsrechts genügende Definition des Beschaffungsgegenstandes sei in dem frühen Projektstadium für die später zu erbringende Bauleistung gar nicht möglich.<sup>65</sup> Aus diesem Grund wird auch postuliert, dass eine explizite gesetzliche Grundlage für die Leistungsbeschreibung zur Vergabe von Allianzverträgen notwendig sei.<sup>66</sup>

Die Vorgaben zur Beschreibung des Beschaffungsgegenstandes in der Schweiz sind jedoch weniger streng als die Vorschriften in Deutschland.<sup>67</sup> In der Schweiz bezwecken bezwecken die Vorgaben lediglich die folgenden Punkte:

- Durch die bestimmte Beschreibung des Beschaffungsgegenstand soll eine Offerte ohne Lücken oder Unklarheiten entstehen. Dies wiederum garantiert eine gewisse *Kostensicherheit* und somit eine wirtschaftliche Beschaffung.<sup>68</sup>
- Mit der Vorgabe zur Bestimmtheit des Beschaffungsgegenstandes soll auch den Anforderungen an das *Transparenz- und Gleichbehandlungsprinzip*

---

<sup>62</sup> FETZ (FN 18), N 21, 28.

<sup>63</sup> SIA 2065:2024 (FN 39), Ziff. 2.3.

<sup>64</sup> SIA 2065:2024 (FN 39), Figur 4.

<sup>65</sup> GWB-LAMPERT, in: Martin Burgi/Meinrad Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB – 4. Teil, 4. A., München 2022 (zit. GWB-LAMPERT), § 121 GWB N 120; a.M. PÜSTOW/MEINERS (FN 36), VergabeR 2020, 295.

<sup>66</sup> BREYER/DAUNER-LIEB/VON WIETERSHEIM (FN 58), BauR 2021, 1019.

<sup>67</sup> Vgl. zu den hohen Anforderungen im deutschen Recht GWB-LAMPERT (FN 66), § 121 N 120.

<sup>68</sup> Erläuterungen VöB (FN 16), 7.

Genüge getan werden.<sup>69</sup> Die Beschreibung des Beschaffungsgegenstandes muss im Lichte des Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot so eindeutig sein, dass die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet werden kann. Dies bedeutet insbesondere, dass alle Details bekannt sein müssen, welche für das Angebot kalkulationsrelevant sind.<sup>70</sup>

- Die Vorgabe bezweckt zudem, dass ein Angebot entsteht, das direkt Grundlagen des Vertrags werden kann. Nach dem Zuschlag können keine *wesentlichen Auftragsänderungen* gegenüber der zugeschlagenen Leistung mehr vorgenommen werden. In der Ausschreibung sollen daher die relevanten Vertragsleistungen abgedeckt sein.<sup>71</sup>

Um trotz der funktionalen Beschreibung des Beschaffungsgegenstandes diese notwendige Bestimmtheit zu erreichen, wird es in diesen Verfahren notwendig sein, ein Dialog durchzuführen. Ein solches Vorgehen ist nur in engen Grenzen zulässig.<sup>72</sup>

Gemäss Botschaft zum aktuellen BöB ist es im Rahmen des Dialoges möglich, dass die Auftraggeberin mit ausgewählten Anbieterinnen mögliche Lösungswege oder Vorgehensweisen erarbeiten, «so dass am Ende des Dialogs eine Leistungsbeschreibung resultieren sollte».<sup>73</sup> Dem Dialog inhärent ist gerade, dass für zentrale Elemente des Leistungsbeschriebs *Klärungs- und Konkretisierungsbedarf* besteht. Dieser Klärungs- und Konkretisierungsbedarf

---

<sup>69</sup> SUE ARROWSMITH, The law of public and utilities procurement, 3. A., London 2014, § 7-57.

<sup>70</sup> ARROWSMITH (FN 70), § 7-57; WOLFRAM KROHN, § 19 Leistungsbeschreibung, in: Marc Gabriel/Wolfram Krohn/Andreas Neun (Hrsg.), Handbuch Vergaberecht, München 2024, 4. A., 702 ff., N 21 ff.

<sup>71</sup> Je nach Autor werden verschiedene Terminologien verwendet (wesentlich, wettbewerbsrelevant, erhebliche Änderungen) vgl. BVGer, B-6366/2020, 9.6.2021, E. 4.5.2; MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Habil. Bern, Zürich 2012, 2576 ff.; ALEXIS LEUTHOLD, Offertverhandlungen im öffentlichen Vergabeverfahren, Diss. Freiburg, Zürich 2009; POLTIER (FN 59), 225; wesentlich ist eine Änderung sobald sich der potenzielle Anbieterkreis oder die Reihenfolge der Anbietenden dadurch geändert hätten vgl. dazu auch CHRISTOPH JÄGER, Änderungen im Vergabeverfahren, in: Jean-Baptiste Zufferey/Martin Beyeler/Stefan Scherler (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2018, Zürich 2018, 378 ff.

<sup>72</sup> Vgl. zum alten Recht FETZ (FN 18), N 45 ff.; SIA 2065:2024 (FN 39), A. 1.1 ff.; vgl. zur Frage der Zulässigkeit des Dialoges für Allianzausschreibungen HUBERT STÖCKLI, «Planen und Bauen mit Projektallianzen» – zu einer Vernehmlassung des SIA, BR 2023, 189 f., 189.

<sup>73</sup> Botschaft BöB (FN 1), 1933.

wird daraufhin im Rahmen des Dialogs bereinigt, damit ein im Gegensatz zur Ausschreibung konkretisierter Leistungsbeschrieb resultiert.<sup>74</sup>

Ziel einer funktionalen Ausschreibung ist es daher, am Ende des Dialogverfahrens den Beschaffungsgegenstand so weit ausgearbeitet zu haben, dass sodann *vergleichbare Angebote* entstehen und ein Vertrag mit bestimmtem Inhalt abgeschlossen werden kann.<sup>75</sup>

Die Verwendung des Dialogs im Rahmen einer Allianzausschreibung dient jedoch teilweise auch dem Zweck, festzustellen, ob die Anbieter gewillt und fähig sind, im Rahmen einer Partnerschaft ein Projekt zu entwickeln.<sup>76</sup>

In der Schweiz werden praxisgemäss auch Ausschreibungen für Totalunternehmer-Leistungen vorgenommen<sup>77</sup>, welche betreffend Zeitpunkt der Beschreibung des Beschaffungsgegenstandes auf den ersten Blick an ähnlichen Problemen wie Allianzausschreibungen leiden sollten. Bei den Totalunternehmerverträgen wird teilweise auch argumentiert, dass bei einer Ausschreibung des Auftrags in der Phase vor dem bewilligten Bauprojekt die notwendige Tiefe für eine rechtmässige Ausschreibung nicht gegeben sei.<sup>78</sup>

Weder das BVGer noch das BGer scheinen jedoch ein Problem darin zu sehen, wenn eine Ausschreibung bereits in einer sehr frühen Projektphase erfolgt.<sup>79</sup>

---

<sup>74</sup> Leitfaden für Bundesbeschaffungsstellen Öffentliche Beschaffungen mit Dialog vom 12.2.2021, Ziff. 1.3. Internet: <https://backend.bkb.admin.ch/fileservice/sdweb-docs-prod-bkbbadminch-files/files/2024/06/18/a5241049-e8c7-409a-891d-6534e651ddf1.pdf> (Abruf 02.06.2025).

<sup>75</sup> Vgl. dazu GWB-LAMPERT (FN 66), § 121 N 109; FETZ (FN 18), 40.

<sup>76</sup> Vgl. dazu illustrativ die Titel der Dialogtage der SBB, Ausschreibung «Projektallianz – Per-  
sonverlängerungen Fehrltorf – Wetzikon, Dialogvereinbarung (zit. Ausschreibung SBB),  
Ziff. 1.6, wo die Themen «Verständnis Projektallianz»; «Kollaborative Kompetenz» und  
«Bereinigung, Vergütungssystem, Vertragsmechanismen» sind. Internet: <https://www.simap.ch/de/project-detail/b6b28a8c-efa5-47e1-bbbb-006b3480e346> (Abruf 02.06.2025);  
ARA Birs, Erweiterung Ausschreibung, IPA, Ablauf Dialog (zit. Ausschreibung ARA Birs),  
Ziff. 4.3.3. Internet: <https://www.simap.ch/de/project-detail/cac972a4-c13a-4d34-943f-390ebc9ff022> (Abruf 02.06.2025).

<sup>77</sup> Vgl. als Beispiel zum Ganzen BVGer, B-6366/2020, 9.6.2021, welcher eine Totalunternehmer-Ausschreibung zum Gegenstand hat.

<sup>78</sup> BVGer, B-6366/2020, 9.6.2021, E. 4.5.2.

<sup>79</sup> Im konkreten Fall in BVGer, B-6366/2020, 9.6.2021, E. 4.5, ging um eine Submission nur auf Basis eines Vorprojektes und nicht auf Basis eines Bauprojekts; BGer 2C\_636/2022,  
2C\_637/2022, 5.2.2023, E. 3.1.1.

Gemäss BVGer kann auch in diesem Fall die notwendige Bestimmtheit gegeben sein. Ob dies der Fall ist, muss jedoch in jedem Einzelfall geprüft werden.<sup>80</sup>

Totalunternehmerverträgen werden im Gegensatz zu Allianzverträgen in den allermeisten Fällen mit Global- bzw. Pauschalpreisen vergütet.<sup>81</sup> Die Projektdefinition kann daher ähnlich vage sein wie bei einer Allianz, die Kosten sind jedoch klar bestimmt, da das Kostenrisiko vollumfänglich auf die Anbieter abgewälzt wird.<sup>82</sup> Bei Allianzverträgen wird dagegen grundsätzlich nur die Vergütung der Selbstkosten und der weiteren angebotenen Zuschläge vereinbart.<sup>83</sup>

Bei Totalunternehmer-Ausschreibungen mit Globalpreis bzw. Pauschalpreis ist die *Kostensicherheit* daher gewährleistet. Darüber hinaus stellt die Vergleichbarkeit der Angebote bei diesen Totalunternehmer-Ausschreibungen mit Global- oder Pauschalpreis weniger ein Hindernis dar, da sämtliche Leistungen innerhalb der möglicherweise noch ungenauen Beschreibung von den angebotenen Preisen abgedeckt sind.<sup>84</sup> Auch beim Allianzvertrag kann mit dem ausgeführten Vergütungskonzept mit den Selbstkosten eine gewisse Kostensicherheit erreicht werden. Im Gegensatz zu den Totalunternehmerverträgen mit Global- bzw. Pauschalpreisen bleibt die Vergleichbarkeit der Angebote jedoch ein Problem.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die gesetzlichen Anforderungen an die Beschreibung des Beschaffungsgegenstandes gerade bei funktionalen Ausschreibungen mit Dialog eher *grosszügig ausgelegt* werden.<sup>85</sup> Funktionale Beschreibungen werden auch bei Totalunternehmer-Ausschreibungen als zulässig erachtet. Der problematische Punkt bei Allianzverträgen wird

---

<sup>80</sup> BVGer, B-6366/2020, 9.6.2021, E. 4.5.1; das BGer verlangte bei einer TU-Ausschreibung, welche an gewissen inhaltlichen Unklarheiten bzw. Mängel litt, dagegen lediglich, dass die wesentlichen Vertragselemente feststehen müssen. Nebenpunkte könnten sowieso ohne Grenze in den Vertragsverhandlungen vereinbart werden (vgl. BGer 2C\_636/2022, 2C\_637/2022, 5.2.2023, E. 3.1.1, mit Verweis auf BGE 134 II 297). Diesen Ausführungen ist jedoch nicht zu zustimmen (vgl. dazu die Kritik von BEYELER (FN 72), Fn 2344).

<sup>81</sup> FETZ (FN 18), N 44; THOMAS SIEGENTHALER, Mangelhafte Leistungsverzeichnisse und wer dafür haftet, in: Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht (Hrsg.), Schweizerische Baurechtstagung 2011, Freiburg 2011, 165 ff., 181.

<sup>82</sup> RAINER SCHUMACHER/ROGER KÖNIG, Die Vergütung im Bauwerkvertrag, 2. A., Zürich 2017, 222.

<sup>83</sup> Abschnitt 4.

<sup>84</sup> FETZ (FN 18), N 44.

<sup>85</sup> So auch für die EU ARROWSMITH (FN 70), § 8-36.

sein, die Beschreibung des Beschaffungsgegenstandes so auszugestalten, dass Vergleichbarkeit zwischen den verschiedenen Angeboten hergestellt werden kann. Das Beschaffungsrecht macht jedoch im Gegensatz zu Deutschland keine darüber hinausgehenden strikten Vorgaben, dass der Leistungsbeschrieb eindeutig und erschöpfend sein müsste. Es bestehen grössere Spielräume.

Das Problem der *Vergleichbarkeit der Angebote* aktualisiert sich insbesondere beim Thema der Bewertung des Preises. Das Element der Bewertung und damit auch der Vergleichbarkeit des Preises bei Allianzverträge wird in Abschnitt II.C. behandelt.

## B. Bewertung der Teamfähigkeit

Ein wesentliches Element von Allianzverträgen ist das Prinzip, dass *partnerschaftliches Verhalten* belohnt und eigennütziges Handeln sanktioniert werden soll.<sup>86</sup> Allianzverträge setzen eine enge und intensive Zusammenarbeit zwischen den Projektbeteiligten voraus, womit Partnerschaftlichkeit, Kooperationsfähigkeit und gegenseitiges Vertrauen zu entscheidenden Erfolgsfaktoren werden.<sup>87</sup>

Anschaulich hierfür ist die Allianzausschreibung der SBB: Die SBB stellte klar, dass die Projektallianz «auf dem Konsens der Allianzpartner untereinander, das Projekt in einer Kultur der kooperativen Zusammenarbeit und immer

---

<sup>86</sup> BOLDT (FN 42), NZBau 2019, 547; ZICHEL (FN 5), BR 2013, 123.

<sup>87</sup> BECKER/ROMAN-MÜLLER (FN 35), 46; Endbericht Partnerauswahl und Teambuilding in der Projektallianz / Integrierten Projektabwicklung 2024 Ressortforschung im Auftrag des Bundesinstituts für Bau, Stadt- und Raumforschung im Bundesamt für Bauwesen und Raumforschung (zit. Endbericht Partnerwahl), 9, 12 ff. Internet: [https://www.bbsr.bund.de/BBSR/DE/forschung/programme/zb/Auftragsforschung/jahr/2023/partnerauswahl-und-teambuilding/endbericht.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bbsr.bund.de/BBSR/DE/forschung/programme/zb/Auftragsforschung/jahr/2023/partnerauswahl-und-teambuilding/endbericht.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (Abruf 02.06.2025); PERTTI LAHDENPERÄ, Project Alliance, Espoo 2009, 15; ROSENBAUER (FN 39), 103; CARINA SCHLABACH, Untersuchungen zum Transfer der australischen Projektabwicklungsform Project Alliancing auf den deutschen Hochbaumarkt, Diss., Kassel 2020, 157; Alliance Contracting Guidelines (FN 3), 12 f., 35; SCHURTENBERGER (FN 48), 312; ZICHEL (FN 5), 7.

den gemeinsamen Projektzielen verpflichtet realisieren zu wollen», basiert.<sup>88</sup> Angesichts der zentralen Bedeutung der Teamfähigkeit jedes einzelnen Allianzpartners stellt sich die Frage, ob und gegebenenfalls wie dieses Kriterium im Rahmen öffentlicher Beschaffungsverfahren berücksichtigt werden kann.

Ein Verzicht auf die Berücksichtigung der Teamfähigkeit als eigenständiges Kriterium in öffentlichen Ausschreibungen von Projektallianzen könnte auf den ersten Blick als eine pragmatische Lösung erscheinen, um die komplexe Herausforderung ihrer Objektivierung – auf die in diesem Kapitel noch einzugehen ist – zu umgehen. Wir sind jedoch der Auffassung, dass Teamfähigkeit ein bedeutender Faktor für den Erfolg von Allianzverträgen ist und deshalb als eigenständiges Kriterium betrachtet werden sollte.

Ein Ausschluss der Teamfähigkeit aus der Bewertung birgt ferner das Risiko, dass aufgrund der Wichtigkeit der Teamfähigkeit im Rahmen der Allianz die evaluierenden Personen diese dennoch – indirekt und unbewusst – in die Bewertung anderer Kriterien einfließen lassen. Die Festlegung von Teamfähigkeit als eigenständiges Kriterium hingegen würde den Einfluss dieses Faktors klar abgrenzen und transparent machen, was zu einer konsistenteren Angebotsbewertung beiträgt.

Zu prüfen ist die Bewertung der Teamfähigkeit als Eignungs- oder Zuschlagskriterium.

Das geltende öffentliche Beschaffungsrecht (Art. 27 und 29 BöB/IVöB) sieht die Teamfähigkeit weder ausdrücklich als Eignungs- noch als Zuschlagskriterium vor. Die gesetzlichen Bestimmungen sind jedoch nicht abschliessend formuliert, was den öffentlichen Auftraggeberinnen die Möglichkeit eröffnet, auch weitere Anforderungen vorzusehen.

Unter der Prämisse, dass Projektallianzen im selektiven Verfahren mit Dialog ausgeschrieben werden, könnte die Teamfähigkeit in mehreren Phasen des

---

<sup>88</sup> Siehe Projektallianz-Perronverlängerungen Fehraldorf-Wetzikon, SIMAP-Nr.: #2888-01. Auch auf den Folien zur Infoveranstaltung zum Projekt zur Erweiterung und Sanierung der ARA Birs, das im Modell der integrierten Projektabwicklung durchgeführt werden soll, finden sich Stichworte wie «Harmonisierung der Interessenlagen aller Projektbeteiligten», «Wir-Gefühl», «Gemeinsame Risikoidentifizierung», «Fokus auf Lösungen, nicht Schuldiges» (siehe Folie 18), «gemeinsame Entscheidungen auf Augenhöhe» (siehe Folie 36), «Konsensprinzip» (siehe Folie 52) sowie «gemeinsame Ziele, Werte und Grundsätze der Zusammenarbeitkultur» als Wesenszüge des Mehrparteienvertrags (siehe Folie 61), siehe BEAT TSCHUDIN, Öffentliche Beschaffungen – «IPA» (IPD), Vortrag im Rahmen der IT-Beschaffungskonferenz 2024. Internet: <https://pretalx.com/it-beschaffungskonferenz-2024/talk/WBHLpz> (Abruf 02.06.2025).

Vergabeverfahrens geprüft werden: Zunächst erfolgt eine Vorauswahl im Rahmen der *Eignungsprüfung*. In dieser Phase sollte jedoch vermieden werden, zu hohe Anforderungen zu stellen, um den Kreis der potenziellen Anbieterinnen nicht unverhältnismässig einzuschränken.<sup>89</sup>

Die Rechtsprechung hat sich bisher noch nicht zur Zulässigkeit des Kriteriums «Teamfähigkeit» als Eignungskriterium geäussert. Die Ausschreibung der SBB zur Perronverlängerung lässt jedoch eine entsprechende Tendenz erkennen, indem sie die «[q]ualitative Bewertung der geforderten Schlüsselpersonen» als Eignungskriterium berücksichtigt. Konkreter wird der Teamfähigkeit Rechnung getragen durch die Eignungskriterien «Zusammenarbeit mit dem Bauherrn», «Erarbeitung von Lösungen», «Umgang mit Projektänderungen» auf der Grundlage von Projektreferenzen (EK 4.3) sowie «Kommunikationsfähigkeit» und «Motivation für das Allianzmodell» anhand durchgeführten Interviews (EK 4.4). Nicht zuletzt wird das gesamte Team während einer Präsentation und einem Interview hinsichtlich ihres «Auftritts als Team» bzw. «die Fähigkeit zur Auftragserfüllung als Team» bewertet (EK 5.3).<sup>90</sup>

Die wenigen Lehrmeinungen aus dem deutschen Rechtsraum zur Frage, ob Teamfähigkeit als Eignungskriterium verwendet werden kann, zeigen ein geteiltes Meinungsbild. Während BOLDT und FUCHS die Teamfähigkeit grundsätzlich als Eignungskriterium anerkennen<sup>91</sup>, äussern sich LUFT und KLUTTIG zurückhaltender. Sie betonen, dass es sich bei der Teamfähigkeit um eine kultur- und personenbezogene Eigenschaft handelt, die im Rahmen der Eignung nur schwer objektiv messbar sei.<sup>92</sup> Als Mittelweg wird in der Lehre vorgeschlagen, dass die Anbieterinnen bestimmte Nachweise erbringen müssen, die belegen, dass sie sich bereits im Voraus mit dem Konzept des Allianzvertrags auseinandergesetzt haben, ein entsprechendes Interesse zeigen und über die erforderlichen Kompetenzen und Fähigkeiten verfügen. Solche Nachweise könnten insbesondere die Erfahrung in Projekten mit partnerschaftlichen bzw.

---

<sup>89</sup> DIEBOLD/RÜTSCHE (FN 8), § 2 N 603 ff.

<sup>90</sup> Siehe Projektallianz-Perronverlängerungen Fehraltdorf-Wetzikon, SIMAP-Nr.: #2888-01.

<sup>91</sup> ANTJE BOLDT/HEIKO FUCHS, Die Integrierte Projektabwicklung mit Mehrparteienvertrag, NZBau 2023, 441 ff., 441; gl.M. offenbar SIA 2065:2024 (FN 39), A. 1.2.

<sup>92</sup> MANUELA LUFT/FRANZISKA KLUTTIG, Partnerauswahl beim Mehrparteienvertrag mittels Assessment-Center, NZBau 2023, 575 ff., 575; gl.M. Endbericht (FN 88), 22.

kooperativen Ansätzen sowie ein Motivationsschreiben, in dem die Anbieterin ihre Eignung und ihr Verständnis des Allianzprojektes darlegt, umfassen.<sup>93</sup>

Trotz gewisser Bedenken steht ausser Frage, dass Teamfähigkeit für den Erfolg von Allianzverträgen unerlässlich ist. Diese Fähigkeit ist daher objektiv für den Projekterfolg erforderlich.<sup>94</sup> Eine Anbieterin muss in der Lage sein, sich kooperativ und partnerschaftlich in das Projekt einzubringen. Aus diesem Grund erscheint es nach vorliegender Auffassung gerechtfertigt, die Teamfähigkeit bei der Beurteilung der Eignungsprüfung zu berücksichtigen. Wie das Kriterium der Teamfähigkeit objektiv überprüfbar ausgestaltet werden kann, wird nachfolgend im Rahmen der Zuschlagskriterien eingehender dargelegt.

*Zuschlagskriterien* sind zwar grundsätzlich leistungsbezogen, was eine entsprechende Berücksichtigung der Teamfähigkeit auf den ersten Blick ausschliesst. Allerdings wird in der Praxis anerkannt, dass in bestimmten Fällen auch Faktoren, die über die reine Leistung hinausgehen, berücksichtigt werden können.

So hat das Verwaltungsgericht des Kantons Zürichs darauf hingewiesen, dass es widersprüchlich wäre, wenn bei Aufträgen, in denen die Person der Zuschlagsempfängerin eine entscheidende Rolle spielt, nur der niedrigste Preis entscheidend wäre.<sup>95</sup> Auch in der Literatur wird argumentiert, dass insbesondere in Projekten, die ein hohes Mass an Vertrauen zwischen den Parteien erfordern, Faktoren wie Erfahrung oder Referenzen oder andere nicht leistungsbezogene Kriterien herangezogen werden können, sofern diese Rückschlüsse auf die zu erwartende Leistung zulassen.<sup>96</sup>

Das Beispiel der SBB-Ausschreibung zeigt, dass die Teamfähigkeit – dort als «kollaborative Kompetenz der offerierten Schlüsselpersonen, deren Interaktion untereinander und mit den SBB Vertretern» bezeichnet – in der Praxis

---

<sup>93</sup> Alliance Contracting Guidelines (FN 3), 23; BECKER/ROMAN-MÜLLER (FN 35), 48; SCHLABACH (FN 88), 158; so auch Ausschreibung SBB (FN 77), Ausschreibungsbestimmungen EK 6.

<sup>94</sup> Vgl. Abschnitt I.A.

<sup>95</sup> VGer ZH, VB.2001.00095, 18.12.2002, E. 2c f.

<sup>96</sup> LUFT/KLUTTIG (FN 93), NZBau 2023, 575; MATTHIAS HAUSER, Zuschlagskriterien im Submissionsrecht, AJP 2001, 1405 ff., 1414; ROBERT SCHIBLI, Der öffentlich-rechtliche Auftrag, Diss. Zürich 2023, 337.

tatsächlich als Zuschlagskriterium verwendet wird. Auch die Lehre bejaht zunehmend die Zulässigkeit dieses Kriteriums im Kontext von Allianzverträgen.<sup>97</sup>

Dies zu Recht: In Projektallianzen, in denen die Zusammenarbeit der Beteiligten sowie ihre Kooperationsbereitschaft eine entscheidende Rolle spielen, kann die «Teamfähigkeit» als wesentlicher Indikator für die zu erwartende Qualität der Auftragsdurchführung betrachtet werden. Da ein direkter Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand besteht, ist die Berücksichtigung der Teamfähigkeit im Rahmen der Zuschlagskriterien grundsätzlich zulässig.

Die zentrale *Herausforderung* bei der Berücksichtigung des Kriteriums der Teamfähigkeit besteht in ihrer Objektivierung<sup>98</sup>, zumal es sich dabei um ein Kriterium handelt<sup>99</sup>, das nur beschränkt messbar und schwer objektiv überprüfbar ist.<sup>100</sup>

Es bestehen verschiedene Ansätze, um die Teamfähigkeit zu erfassen. Eine Möglichkeit besteht darin, konkrete Kriterien wie Kommunikationsfähigkeit, Motivation, Führungsstärke, Problem- und Konfliktlösungskompetenz sowie Anpassungs- und Lernfähigkeit heranzuziehen, um die Teamfähigkeit möglichst messbar zu machen.<sup>101</sup> Diese Kriterien können beispielsweise durch Referenzen und Erfahrungsberichte zum Verhalten einer Anbieterin während einer vergangenen Auftragsausführung überprüft werden.<sup>102</sup> Referenzen früherer Auftraggeberinnen können bei der Bewertung der Teamfähigkeit einen hilfreichen ersten Anhaltspunkt bieten, indem sie Aufschluss über die bisherige Zusammenarbeit und das kooperative Verhalten eines Unternehmens in früheren Projekten geben. Allerdings hängen solche Bewertungen stark vom spezifischen Kontext und der jeweiligen Teamkonstellation ab. Ein Unternehmen, das in einem Projekt hervorragend im Team funktioniert hat, muss nicht zwangsläufig in einem neuen Projekt, mit anderen Anforderungen und anderen Teammitgliedern, genauso erfolgreich sein. Daher dürfte die blosse

---

<sup>97</sup> Vgl. BOLDT (FN 42), NZBau 2019, 550; BECKER/ROMAN-MÜLLER (FN 35), 46; LUFT/KLUTTIG (FN 93), NZBau 2023, 575.

<sup>98</sup> BOLDT (FN 42), NZBau 2019, 550; DIEBOLD/RÜTSCHE (FN 8), § 2 N 619; Endbericht Partnerwahl (FN 88), 23; HAUSER (FN 97), 1414; SCHIBLI (FN 97), 337.

<sup>99</sup> SCHIBLI (FN 97), 336.

<sup>100</sup> BEYELER (FN 72), N 1088.

<sup>101</sup> SIA 2065:2024 (FN 39), A. 2.3.3; für weitere mögliche Kriterien siehe die Liste in Endbericht Partnerwahl (FN 88), 57 ff.; BECKER/ROMAN-MÜLLER (FN 35), 46; LUFT/KLUTTIG (FN 93), NZBau 2023, 576.

<sup>102</sup> Vgl. VGER ZH, VB.2019.00093, 09.5.2019, E. 4.2; SCHLABACH (FN 88), 158.

Vorlage von Referenzen allein oftmals nicht ausreichen, um eine verlässliche Aussage über die Teamfähigkeit in einem neuen, konkreten Projekt zu treffen.

Vor diesem Hintergrund kann es sinnvoll sein, die Teamfähigkeit unter Berücksichtigung der aktuellen Teamkonstellation und des spezifischen Projektrahmens zusätzlich, das heisst über die einfache Abfrage von Referenzen hinausgehend, durch praxisnahe Methoden wie Interviews, Workshops oder Simulationen zu testen.<sup>103</sup> Die Bewertung der Teamfähigkeit könnte hierbei durch externe Experten unterstützt werden, was eine gewisse Objektivierung der «subjektiven Eindrücke» ermöglicht. Eine reine Bewertung dieser Kriterien von der Bauherrin ohne externe Unterstützung könnte als willkürlich bewertet werden.<sup>104</sup>

Beispielsweise bei der Projektallianz zur Sanierung der ARA Birs ist bereits vorgesehen, dass das beste Team anhand von Workshops in der Dialogphase, bei denen die Eignung für eine integrierte Projektallianz und die Zusammenarbeit im Team im Fokus stehen, ermittelt werden soll.<sup>105</sup> Das Bewertungsteam besteht dabei aus internen und externen Personen.<sup>106</sup> Auch für die Projektallianz der SBB soll die «kollaborative Kompetenz» im Rahmen einer Assessmentcentermethodik evaluiert werden. Konkret sollen die Schlüsselpersonen sowohl als Team als auch in der Zusammenarbeit mit der Vertreterin der Bauherrin bewertet werden.<sup>107</sup> Auch bei der SBB ist soweit ersichtlich ein gemischtes Bewertungsteam mit externer Unterstützung vorgesehen.<sup>108</sup> Schliesslich diskutieren LUFT und KLUTTIG, ob allenfalls ein professionelles externes Gutachten, beispielsweise von einer Arbeitspsychologin, sinnvoll sein könnte.<sup>109</sup>

Während des Dialogs kann die Teamfähigkeit gezielt evaluiert werden, beispielsweise durch Gespräche, Tests, Interviews oder Workshops, die reale

---

<sup>103</sup> SIA 2065:2024 (FN 39), A.2.3.3; BECKER/ROMAN-MÜLLER (FN 35), 46 f.; BOLDT (FN 42), NZBau 2019, 550; Endbericht Partnerwahl (FN 88), 23, 26; LAHDENPERÄ (FN 88), 26, 30; LUFT/KLUTTIG (FN 93), NZBau 2023, 576; SCHURTERBERGER (FN 48), N 104, 111; TSCHUDIN (FN 89), Folie 65; SCHLABACH (FN 88), 158, 177.

<sup>104</sup> SIA 2065:2024 (FN 39), A. 2.3.3; BECKER/ROMAN-MÜLLER (FN 35), 47; BOLDT (FN 42), NZBau 2019, 550; Endbericht Partnerwahl (FN 88), 27.

<sup>105</sup> TSCHUDIN (FN 89), Folie 67, 68.

<sup>106</sup> Ausschreibung ARA Birs (FN 77), Erweiterung Ausschreibung, Ziff. 4.5.

<sup>107</sup> Ausschreibung SBB (FN 77), Ausschreibungsbestimmungen, Kapitel 1.6.

<sup>108</sup> Ausschreibung SBB (FN 77), Ausschreibungsbestimmungen, Kapitel 1.5.

<sup>109</sup> Endbericht Partnerwahl (FN 88), 23, 26; LUFT/KLUTTIG (FN 93), NZBau 2023, 576.

Projektsituationen simulieren. Diese Phase bietet die Möglichkeit, die tatsächliche Kooperationsbereitschaft der Anbieterinnen unter Beweis zu stellen.

LUFT und KLUTTIG schlagen bei der Bewertung eine Gewichtung von 20–30 % vor, um die Bedeutung dieses Kriteriums in kooperativen Projekten wie Allianzverträgen zu unterstreichen.<sup>110</sup> Auch die SBB-Ausschreibung legt mit einem Drittel der Bewertung auf die «kollaborative Kompetenz der offerierten Schlüsselpersonen, deren Interaktion untereinander und mit den SBB-Vertretern während des Dialogs» ein besonderes Gewicht. Durch diesen Bewertungsprozess kann sichergestellt werden, dass die Teamfähigkeit nicht nur abstrakt geprüft wird, sondern im Laufe des Dialogs konkret und praxisnah bewertet wird.

Entscheidend ist jedoch, dass die Bewertung durch externe, fachkundige Personen erfolgt, um den Anforderungen an Objektivität und Nachvollziehbarkeit gerecht zu werden und willkürliche Einschätzungen durch die Auftraggeberin zu vermeiden.

## **C. Bewertung des Preises**

Bei einem Allianzprojekt stellt sich die Frage, inwiefern die Preisbewertung bereits zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe vorgenommen werden kann und ob diese den Anforderungen des Beschaffungsrechts genügt.

Das SIA-Merkblatt zeigt drei verschiedene Ansätze auf, wie die Bewertung des Preises als Zuschlagskriterium bei Allianzbeschaffungen umgesetzt werden kann.<sup>111</sup> Im Folgenden werden die verschiedenen Ansätze kurz erklärt und die damit einhergehenden beschaffungsrechtlichen Unsicherheiten aufgezeigt.

### **1. Bewertung der zu vereinbarenden Zielkosten**

Als erste Option wird im SIA-Merkblatt die Bewertung der Zielkosten als Zuschlagskriterium «Preis» vorgeschlagen. Bei dieser Option wird der Gesamtbetrag der im Angebot *offerierten Zielkosten* bewertet. Das heisst, es werden die angebotenen Selbstkosten (bestehend aus den allgemeinen Gemeinkosten und den Werkkosten), ein Betrag für die finanzielle Risikovorsorge, der angebotene Gewinnzuschlag (aufgerechnet auf die angebotenen Selbstkosten)

---

<sup>110</sup> LUFT/KLUTTIG (FN 93), NZBau 2023, 577; im Endbericht Partnerauswahl (FN 88), 23, wird sogar eine Gewichtung von 30–35 % vorgeschlagen.

<sup>111</sup> SIA 2065:2024 (FN 39), Ziff. 2.4.15 ff.

und die finanzielle Vorsorge für die Mängelbehebung angeboten und bewertet.<sup>112</sup> Dieses Vorgehen setzt voraus, dass die Ausschreibung der Allianz erst zu einem Zeitpunkt stattfindet, wo das Projekt bereits eine gewisse Ausführungsreife erreicht hat, da ansonsten die Zielkosten von den Anbietenden noch nicht berechnet werden können.<sup>113</sup>

Der Preis muss mit einer Gewichtung von mindestens 20 % als Zuschlagskriterium bewertet werden.<sup>114</sup> Diese erste Option erscheint im Lichte dieser Voraussetzung insofern unproblematisch, als die angebotenen Kosten direkt Basis eines späteren Vertrages werden und damit mindestens Ausgangspunkt des Anschaffungspreises bilden. Die Bewertung der Zielkosten ist daher vergleichbar mit der herkömmlichen Bewertung des angebotenen Anschaffungspreises.

Je nach Projektverlauf werden die Zielkosten von der wirklichen Vergütung abweichen. Dabei ist zu bedenken, dass es bei herkömmlichen Ausschreibungen in sehr vielen Fällen auch nicht so ist, dass der Angebotspreis schlussendlich genau so wie angeboten vergütet wird. Dies kann grundsätzlich nur durch einen Pauschal- oder Globalpreis gewährleistet werden. Die Mehrheit der Beschaffungsverträge werden jedoch so aufgebaut, dass schlussendlich der reale Stundenaufwand bei Dienstleistungen oder die wirklich verwendeten Mengen bei Einheitspreisverträgen im Baubereich vergütet werden.<sup>115</sup>

Dem Beschaffungsrecht ist ein Vergaberisiko aufgrund von Mengendivergenzen und anderen (ungenauen) Annahmen über die Zukunft inhärent. Dieses Risiko ist gemäss BEYELER insoweit hinzunehmen, als dass Verträge nach Aufwand nicht beschaffungsrechtlich untersagt werden sollen.<sup>116</sup>

Im Lichte des Zweckes der Ausschreibungspflicht soll durch die gewählten Ausschreibungsmodalitäten möglichst vermieden werden, dass aufgrund von vagen und mangelhaften Vorgaben ein anderes Angebot den Zuschlag erhält

---

<sup>112</sup> SIA 2065:2024 (FN 39), Ziff. 8.1. ff., vgl. auch A.2.4.15, wo die Bezeichnung teilweise abweichend ist. Je nach Ausgestaltung werden zudem auch die Prozentsätze der Mehr- und Minderkostenbeteiligung bei Unter- bzw. Überschreitung der Zielkosten bewertet, sofern sie nicht bereits vorgeschrieben sind.

<sup>113</sup> SIA 2065:2024 (FN 39), Ziff. 8.2.4, A.2.5.2. Dieser Zeitpunkt ist auf der Planungsstufe Bau-  
projekt erreicht.

<sup>114</sup> Ausnahmen sind nur bei Ingenieur- und Architekturwettbewerben denkbar, vgl. SCHURTERBERGER (FN 48), N 115.

<sup>115</sup> Dazu BEYELER (FN 72), N 2220.

<sup>116</sup> BEYELER (FN 72), N 2581.

als das «Vorteilhafteste».<sup>117</sup> Das Beschaffungsrecht verbietet jedoch nicht die Verwendung eines spezifischen Vertragsmodells.

*Wesentliche Abweichungen* von den angebotenen Zielkosten werden jedoch auch bei der Durchführung von Allianzverträgen wie bei wesentlichen Abweichungen vom Angebot bei herkömmlichen Beschaffungsverträgen unzulässig sein, da dadurch die Qualifikation des Angebotes des Zuschlagsempfängers als das vorteilhafteste Angebot infrage gestellt wird.<sup>118</sup>

Die Zielkosten bei Allianzverträgen können aufgrund des *frühen Zeitpunktes* der Schätzung weniger genau sein als die Angebotspreise in herkömmlichen Ausschreibungen. Dies macht die Verwendung des Allianzvertrags-Modells jedoch wie bereits ausgeführt nicht per se unzulässig. Zudem wird allenfalls in anderen Punkten die Genauigkeit der Schätzung aufgrund der Zusammenarbeit von verschiedenen Akteuren bei der Angebotseinreichung erhöht und es werden Anreize geschaffen, die Zielkosten wirklich einzuhalten. Die Endkosten sind daher vermutungsweise näher bei den angebotenen Zielkosten als bei einer herkömmlichen Beschaffung mit diversen Nachträgen.

Option 1 ist somit aus der Perspektive des Beschaffungsrechts *zulässig*. In Übereinstimmung mit den gesetzlichen Vorgaben wird der angebotene Anschaffungspreis bewertet, der danach vertraglich als Basis der Vergütung vereinbart wird. Option 1 eignet sich jedoch nicht für Allianzverträge, welche bereits ab einem sehr frühen Stadium des Projekts umgesetzt werden sollen.

## 2. Bewertung der prognostizierten Zielkosten

Die zweite im SIA-Merkblatt beschriebene Option zur Bewertung des Zuschlagskriteriums Preis basiert auf den sog. prognostizierten Zielkosten, die sich aus den geschätzten Werkkosten und Risikozuschläge zusammensetzen. Eine Drittperson wird mit der Schätzung der Kosten nach Angebotseingang beauftragt. Diese Option findet Anwendung, wenn das Allianzprojekt vor dem Zeitpunkt vergeben wird, an dem im Rahmen des Angebotsprozesses die erforderliche Ausführungsreife zur Bestimmung der Zielkosten erreicht ist.

Konkret werden die offerierten Planungskosten für den Arbeitsaufwand zwischen dem Abschluss des Allianzvertrages und der Festlegung der Zielkosten, die prognostizierten Zielkosten sowie die basierend auf den prognostizier-

---

<sup>117</sup> BEYELER (FN 72), N 2577; vgl. FN 73.

<sup>118</sup> Vgl. oben Abschnitt II.A.

ten Zielkosten aufgerechneten, von der Anbieterin angebotenen Zuschlägen (Gemeinkosten und Gewinnzuschlag), bewertet. Die prognostizierten Zielkosten dienen allein der Bewertung der Angebote und haben keine direkte Wirkung auf die Vergütung, da sie *nicht Vertragsbestandteil* werden.<sup>119</sup>

Da die Projektdefinition vermutungsweise in diesem Zeitpunkt noch wenig spezifisch ist<sup>120</sup>, werden sich die Vorgehensvorschläge und daher die Kosten für die jeweiligen Angebote stark unterscheiden. Es ist daher eine individuelle Schätzung durch eine *Drittperson* vorzunehmen. Eine Schätzung durch den Anbietenden ist nicht zweckmässig, weil dieser versucht sein könnte, die prognostizierten Kosten unbegründet tief zu halten, zumal die Grösse der prognostizierten Zielkosten keinen Einfluss auf die spätere Vergütung hat.<sup>121</sup>

Sinn und Zweck der Bewertung des Preises ist, dass das *vorteilhafteste Angebot* den Zuschlag erhält. Wird eine (soweit in diesem Zeitpunkt möglich) seriöse Schätzung vorgenommen, sollten die später vereinbarten Zielkosten nicht in wesentlicher Weise von den prognostizierten Zielkosten abweichen. Daher könnte dieser Zweck weiterhin erreicht werden, und die nachfolgende Festlegung der Zielkosten ist nicht geeignet, das Ergebnis des Vergabeverfahrens infrage zu stellen.

Aus den gesetzlichen Grundlagen oder der Rechtsprechung ist nicht ersichtlich, dass die Bewertung eines Betrags, der später nicht direkt Vertragsbestandteil wird, per se untersagt wäre. Man muss davon ausgehen, dass die Bewertung des Preises nach dieser Option insoweit zulässig ist, als dass die später vereinbarten Zielkosten *nicht wesentlich* von den prognostizierten Zielkosten *abweichen*.<sup>122</sup> Der erreichte Zuschlag, schränkt daher die Allianz insoweit ein, als die später zu vereinbarenden Zielkosten nicht so weit von den prognostizierten Zielkosten abweichen dürfen, als dies den ursprünglichen Zuschlag infrage stellen würde.

Die Option 2 ist daher nur mit Einschränkungen anzuwenden, mit erheblichen rechtlichen Unsicherheiten belastet und in der Umsetzung eher aufwendig, da immer eine Drittperson beigezogen werden muss.

---

<sup>119</sup> SIA 2065:2024 (FN 39), A 2.5.4.

<sup>120</sup> Abschnitt II.A.

<sup>121</sup> SIA 2065:2024 (FN 39), A 2.5.4.

<sup>122</sup> Vgl. dazu FN 72.

### 3. Bewertung von Preiselementen

Die dritte im SIA-Merkblatt dargestellte Option bezieht sich auf die Bewertung einzelner Preiselemente, aus denen sich der Anschaffungspreis zusammensetzt. Bei dieser Option wird vorgeschlagen, lediglich die angebotenen Zuschläge (Gewinn und allgemeine Gemeinkosten) zu bewerten oder diese angebotenen Zuschläge auf eine für alle Anbietenden einheitliche hypothetische Werkkostensumme aufzurechnen und zu bewerten. Eine Berechnung der Werkkosten, die auf den spezifischen Projektvorschlägen basiert, wird hierbei nicht vorgenommen.

Bei dieser Variante der Bewertung wird ausser Acht gelassen, dass jeder Anbietende ein *individuelles Projekt* ausarbeitet. Dieses Element wird lediglich in der Qualitätsbewertung einbezogen, nicht jedoch in der Preisbewertung.

Wie bereits dargelegt, ist es im Beschaffungsrecht grundsätzlich erforderlich, dass der Anschaffungspreis oder darüberhinausgehende Kostenkriterien wie die Lebenszykluskosten bewertet werden.<sup>123</sup> Diese Vorgabe wird auf den ersten Blick bei dieser Variante nicht eingehalten, da nur einzelne *Preiselemente* bewertet werden.

Es könnte jedoch die Auffassung vertreten werden, dass es dennoch ein zulässiges Vorgehen im Sinne des Beschaffungsrechts darstellt, wenn im Rahmen der Vertragserfüllung nur die Selbstkosten vergütet werden und alle anderen Preiselemente in die Preisbewertung einfließen. Mit diesem Vorgehen wird vermieden, dass ohne Bewertung und Festlegung des Anschaffungspreises im Rahmen des Angebots überhöhte Preise bezahlt werden. Dadurch wird dem Zweck einer wirtschaftlichen Beschaffung zumindest teilweise Rechnung getragen. Es wird jedoch gerade nicht bewertet, ob das Angebot hinsichtlich der Höhe der Selbstkosten im Vergleich zu den anderen Angeboten aus Sicht des Preiskriteriums überlegen ist.

Mit dem Zweck des Beschaffungsrechts vereinbar wäre ein solches Vorgehen allenfalls, wenn die Vergabestelle zum Schluss kommt, dass die Selbstkosten der Ausführung bei den verschiedenen Anbietenden so vernachlässigbar unterschiedlich sein werden, dass es sich rechtfertigt, gleich hohe hypothetische Selbstkosten einzusetzen.<sup>124</sup> Dies erscheint jedoch ein theoretischer Anwendungsfall zu sein, da der Zweck des Allianzprojekts gerade sein soll, dass

---

<sup>123</sup> Abschnitt II.C.1.

<sup>124</sup> ARROWSMITH (FN 72), § 7-197.

die verschiedenen Anbietenden bei den komplexen Projekten unterschiedliche Ausführungsvarianten in Betracht ziehen.<sup>125</sup> Grundsätzlich ist daher festzuhalten, dass die fehlende Bewertung des Gesamtpreis kritisch zu sehen ist und nur in Ausnahmefällen mit den Vorgaben des Beschaffungsrechts vereinbar wäre.<sup>126</sup>

### III. Schlussfolgerungen

Zwischen den Anforderungen des Beschaffungsrechts und dem Konzept des Allianzvertrages gibt es signifikante Konfliktpunkte. Insbesondere die Vorgaben zur Definition des Beschaffungsgegenstandes sowie die Schwierigkeiten beim Einbezug des wichtigen Kriteriums der Teamfähigkeit und der Bewertung des Preises als Zuschlagskriterium stellen Herausforderungen dar. Im schweizerischen Beschaffungsrecht ist das grösste Hindernis mit Blick auf eine Durchführung von Allianzprojekten durch die öffentliche Hand die Bewertung des Preises, da in diesem Punkt die Regulierung am striktesten ist.<sup>127</sup>

Zwar gibt es Möglichkeiten, Allianzprojekte mit einem späteren Anfangszeitpunkt der Allianz so auszustalten, dass sie mit den herkömmlichen Vorgaben ohne weiteres vereinbar sind.<sup>128</sup> Es erscheint jedoch fraglich, ob mit einer solchen Ausgestaltung, ohne umfassende partnerschaftliche Entwicklung eines Projekts, nicht teilweise die Vorteile betreffend Wirtschaftlichkeit und Nachhaltigkeit des Allianzvertrages verloren gehen.<sup>129</sup>

Ein Risiko könnte zudem darin bestehen, dass die Auftraggeberinnen aufgrund der bestehenden Konfliktpunkte Vorbehalte gegenüber einer umfassenden Umsetzung eines Projektes in einer Allianz haben und sie damit die bestehenden Vorteile einer Allianz im Rahmen der öffentlichen Beschaffung gar nicht vollständig ausnutzen können.

Zusammenfassend muss resümiert werden, dass beschaffungsrechtliche Hindernisse bestehen, um Allianzprojekte im Rahmen von öffentlichen Aufträgen durchzuführen. Diese sind jedoch mit einer sorgfältigen Ausgestaltung

---

<sup>125</sup> Abschnitt I.B.1.

<sup>126</sup> GI.M. SCHURTERENBERGER (FN 48), 120.

<sup>127</sup> Abschnitt II.C.

<sup>128</sup> Abschnitt II.C.1.

<sup>129</sup> Abschnitt I.B.1.

*überwindbar*, auch wenn sie auf dem heutigen Stand noch mit bedeutenden Rechtsunsicherheiten behaftet sind.

Es muss sich in der Praxis noch zeigen, inwiefern der grössere Initialaufwand diese Hindernisse zu überwinden, die bestehenden Vorteile einer Allianz betreffend Wirtschaftlichkeit und Nachhaltigkeit in genügendem Masse aufwiegen können. Mit laufender *Etablierung des Konzepts* und abnehmenden Rechtsunsicherheiten zu den obenstehenden Fragen wird sich jedoch der Initialaufwand verringern, was dazu führen wird, dass die bestehenden Vorteile des Allianzvertrages auch bei öffentlichen Aufträgen zum Tragen kommen können.



---

# Regulierungsinstrumente der Innovationsförderung

Markus Schreiber\*

## Inhaltsübersicht

I.	Regulierung und Innovation: ein Überblick	155
A.	Bedeutung der Innovation für die Schweiz	155
B.	Rechtsfunktionen der Innovationssteuerung	156
C.	Probleme der Innovationssteuerung	159
II.	Regulierungsinstrumente im Einzelnen	161
A.	«Weiche» Regulierungsinstrumente	161
B.	Von der Förderung zum «eingerichteten Markt»	164
C.	Ge- und Verbote	170
III.	Fazit	172

## I. Regulierung und Innovation: ein Überblick

### A. Bedeutung der Innovation für die Schweiz

Die Schweiz ist ein Land, das in Bezug auf seine Volkswirtschaft in zweierlei Hinsicht keine idealen Voraussetzungen aufweist. Zum einen verfügt sie kaum über natürliche Rohstoffvorkommen, zum anderen stellt sie angesichts ihrer geringen Bevölkerungszahl keinen grossen Binnenmarkt dar.<sup>1</sup> Die Schweiz hat sich daher bereits frühzeitig auf die Herstellung komplexer Produkte im Hochpreissegment spezialisiert.<sup>2</sup> Um diesen Markt erfolgreich bedienen zu können, ist die *technische Innovation* für die Schweiz wesentlich bedeutender, als dies ohnehin der Fall wäre.<sup>3</sup>

---

\* Ass.-Prof. Dr. iur., Assistenzprofessor für Öffentliches Recht und Blockchain am Zuger Institut für Blockchainforschung an der Universität Luzern.

<sup>1</sup> MICHAEL E. PORTER, *The competitive advantage of nations*, New York 1990, 318, 321 ff. Vgl. zu diesem Problem bereits MARKUS SCHREIBER, Rechtliche Innovationssteuerung am Beispiel der Power-to-Gas-Stromspeichertechnologie, Zürich 2019, N 31.

<sup>2</sup> Porter (FN 1), 322 ff.

<sup>3</sup> Vgl. zur Bedeutung von Innovation für Volkswirtschaften allgemein OECD, *The Innovation Imperative – Contributing to Productivity, Growth and Well-Being*, Paris 2015, *passim*.

Unter anderem dank ihrer exzellenten Bildungseinrichtungen gerade im technischen Bereich (zu nennen sind hier etwa die Hochschulen des ETH-Systems) ist die Schweiz für eine auf Innovation fokussierende Wirtschaftspolitik gut aufgestellt. So verwundert es nicht, dass die Schweiz in *Innovationsrankings* regelmässig – und zwar seit Jahren – den Spaltenplatz belegt.<sup>4</sup>

Vor diesem Hintergrund ist es auch für die Schweizer Rechtswissenschaft naheliegend, sich mit dem Phänomen der Innovation zu befassen. Im Vergleich z.B. mit den USA<sup>5</sup> und Deutschland<sup>6</sup> ist die sog. *rechtswissenschaftliche Innovationsforschung*<sup>7</sup> hierzulande jedoch noch im Entstehen begriffen. Angesichts dessen ist die steigende Zahl entsprechender Publikationen in den letzten Jahren<sup>8</sup> zu begrüssen.

## B. Rechtsfunktionen der Innovationssteuerung

In der rechtswissenschaftlichen Innovationsforschung werden mehrere innovationsbezogene Funktionen des Rechts unterschieden.<sup>9</sup> Die *Ermöglichungsfunktion* zielt darauf, überhaupt rechtliche Freiräume für innovative Tätigkeiten zu schaffen.<sup>10</sup> Diskutiert wird vor allem, ob der Gesetzgeber ver-

---

<sup>4</sup> Vgl. Internet: <https://de.statista.com/infografik/5509/innovationskraft-nach-dem-global-innovation-index/>; [https://www.kmu.admin.ch/kmu/de/home/aktuell/news/2024/schweiz\\_erneut\\_weltspitze\\_beim\\_thema\\_innovation.html](https://www.kmu.admin.ch/kmu/de/home/aktuell/news/2024/schweiz-erneut_weltspitze_beim_thema_innovation.html); <https://www.netzwoche.ch/news/2024-09-27/schweiz-bleibt-innovationsweltmeisterin> (Abruf jeweils 28.02.2025).

<sup>5</sup> Siehe etwa RICHARD B. STEWART, Regulation, Innovation, and Administrative Law: A Conceptual Framework, *California Law Review* 69 (1981), 1256 ff.

<sup>6</sup> Siehe hier vor allem die Arbeiten von Prof. Dr. Wolfgang Hoffmann-Riem und Prof. Dr. Jens-Peter Schneider.

<sup>7</sup> Zu diesem Begriff WOLFGANG HOFFMANN-RIEM/JENS-PETER SCHNEIDER (Hrsg.), *Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung – Grundlagen, Forschungsansätze, Gegenstandsbereiche*, Baden-Baden 1998; vgl. aus jüngerer Zeit WOLFGANG HOFFMANN-RIEM, *Innovation und Recht – Recht und Innovation. Recht im Ensemble seiner Kontexte*, Tübingen 2016.

<sup>8</sup> LIVIA CAMENISCH, *Innovationsoffenheit als Verfassungsgrundsatz*, Zürich/St. Gallen 2021; JOEL DRITTENBASS, *Regulierung von autonomen Robotern*, Zürich/St. Gallen 2021; siehe auch die weiteren Schriften der Reihe «Recht der neuen Technologien» im Dike Verlag, Internet: <https://www.dike.ch/rechtsgebiete?series=987> (Abruf 28.02.2025).

<sup>9</sup> Siehe dazu bereits SCHREIBER (FN 1), N 263 ff.

<sup>10</sup> LUTZ SCHREIBER, *Innovationsgeeignetheit von Technikrecht am Beispiel der Signaturregulierung*, in: Martin Eifert/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Innovation und rechtliche Regulierung – Schlüsselbegriffe und Anwendungsbeispiele rechtswissenschaftlicher Innovationsforschung*, Baden-Baden 2002, 216 ff., 235.

fassungsrechtlich, etwa aufgrund der Wirtschaftsfreiheit, zur Bereitstellung solcher Spielräume verpflichtet ist.<sup>11</sup>

Die *Stimulierungsfunktion* geht hierüber noch einen Schritt hinaus und ermöglicht Innovation nicht nur, sondern fördert sie gezielt.<sup>12</sup> Politische und rechtliche Instrumente wie die Forschungsförderung, Subventionen, Privilegierungen bei der Regulierung sowie Marktanreize fallen in diese Kategorie, und die Stimulierungsfunktion wird im Rahmen dieses Beitrags im Vordergrund stehen.

Setzt der Staat nicht nur Anreize<sup>13</sup> zur Innovation, sondern «verordnet» diese im Zuge der Rechtsetzung, so lässt sich dies nach der hier vertretenen Ansicht nicht mehr der (blossen) Stimulierungsfunktion zuordnen.<sup>14</sup> Man sollte insofern besser von einer «*Durchsetzungsfunktion*» sprechen, da hiermit ein bestimmtes Innovationsniveau erzwungen wird.<sup>15</sup> Ein Beispiel hierfür ist das sog. «*technology forcing*», bei dem der Gesetzgeber einen technischen Standard festlegt, der mit den herkömmlichen Technologien nicht mehr erreichbar ist.<sup>16</sup> Auf dieses wird im Rahmen der Ge- und Verbote (unten II.C.) ausführlicher eingegangen.

Wenngleich in diesem Beitrag auf die Innovationsförderung fokussiert wird, kann es auch rechtlich geboten oder politisch erwünscht sein, Innovationstätigkeit einzuschränken. Soll eine Innovation weiterhin gestattet sein, und nur im Hinblick auf bestimmte unerwünschte Nebenfolgen rechtlich beschränkt werden, so spricht man von der *Nebenfolgenbegrenzungsfunktion*.<sup>17</sup> Hierunter fallen eine ganze Reihe von regulatorischen Massnahmen, die entweder *ex ante*

---

<sup>11</sup> Für die Schweiz CAMENISCH (FN 8), *passim*; für Deutschland WOLFGANG HOFFMANN-RIEM/ JENS-PETER SCHNEIDER, Zur Eigenständigkeit rechtswissenschaftlicher Innovationsforschung – Annäherung an Gegenstand und Erkenntnisinteresse einer neuen juristischen Forschungsperspektive, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Jens-Peter Schneider, Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung – Grundlagen, Forschungsansätze, Gegenstandsbereiche, Baden-Baden 1998, 389 ff., 396 f.

<sup>12</sup> HOFFMANN-RIEM/SCHNEIDER (FN 11), 396.

<sup>13</sup> Allgemein zu diesen aus regulatorischer Sicht UTE SACKSOFSKY, Anreize, in: Andreas Voßkuhle/Martin Eifert/Christoph Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II, 3. A., München 2022, 967 ff.

<sup>14</sup> So bereits SCHREIBER (FN 1), N 270 ff.

<sup>15</sup> Siehe SCHREIBER (FN 1), N 273 ff.

<sup>16</sup> SCHREIBER (FN 1), N 271; STEWART (FN 5), 1282.

<sup>17</sup> SCHREIBER (FN 10), 249; zu eng, da lediglich auf Externalitäten verweisend, HOFFMANN-RIEM/SCHNEIDER (FN 11), 396.

(z.B. in Gestalt von Bewilligungsvoraussetzungen) oder *ex post* (z.B. in Form von Haftungsvorschriften oder strafrechtlichen Sanktionen) wirken können.

Wird eine Innovation dagegen nicht nur hinsichtlich bestimmter unerwünschter Folgen beschränkt, sondern vollständig untersagt, so lässt sich dies nach hier vertretener Ansicht nicht mehr unter die Nebenfolgenbegrenzungsfunktion fassen. Da insofern auch von einer staatlichen Blockade einer Innovation gesprochen wird,<sup>18</sup> soll hier stattdessen der Begriff der *Blockierungsfunktion* verwendet werden.<sup>19</sup> Beispiele sind das Verbot bestimmter Anwendungen der Humangentechnologie (Art. 119 BV) oder das Verbot neuer Rahmenbewilligungen für Kernkraftwerke (Art. 12a KEG).

Der grundsätzlichen Natur des Rechts in seiner historischen Rolle innerhalb der Gesellschaft entspricht schliesslich die *Konfliktbewältigungsfunktion*.<sup>20</sup> Diese ist zwar ihrem Wesen nach weder innovationsfreundlich noch innovationsfeindlich. Die historische Betrachtung zeigt jedoch, dass oftmals den bestehenden Akteuren gegenüber der Innovation der Vorrang eingeräumt wurde.<sup>21</sup> Die Konfliktbewältigungsfunktion kann jedoch dezidiert innovationsfördernd interpretiert werden, indem rechtliche Verfahren zugunsten einer innovativen Technologie vorstrukturiert werden. Dies ist infolge der Energiestrategie 2050 des Bundes und der sog. «Expressgesetzgebung» etwa in Bezug auf grosse Solaranlagen<sup>22</sup> und Windparks<sup>23</sup> erfolgt.<sup>24</sup>

---

<sup>18</sup> KARL HEINRICH FRIAUF, Technikwandel und Rechtsfunktionen, in: Michael Kloepfer (Hrsg.), *Technikumsteuerung als Rechtsproblem – Rechtsfragen der Einführung der Gentechnik und des Ausstiegs aus der Atomenergie*, Berlin 2002, 33 ff., 38 ff.

<sup>19</sup> So bereits SCHREIBER (FN 1), N 284 ff.

<sup>20</sup> HOFFMANN-RIEM/SCHNEIDER (FN 11), 397.

<sup>21</sup> So in der Schweiz etwa für die bestehenden Telegraphenleitungen im Verhältnis zu den neuen Stromleitungen, dazu SCHREIBER (FN 1), N 288.

<sup>22</sup> Art. 71a EnG.

<sup>23</sup> Art. 71c EnG.

<sup>24</sup> Siehe dazu MARTIN FÖHSE, Freistehende Photovoltaikanlagen ausserhalb der Bauzonen unter besonderer Betrachtung der Agri-Photovoltaik – ein Überblick über das geltende und das neue Recht, ZBl 2024, 575 ff.; ARNOLD MARTI, Energiewende und Versorgungssicherheit: Wie weiter mit dem Bau von Energieanlagen und der Umwelt?, URP 2023, 249 ff.; MARKUS SCHREIBER, Die Nutzung des Alpenraums zur nachhaltigen Stromerzeugung, ZBl 2022, 515 ff.; ANDREAS STÖCKLI, Sonderregime für Anlagen zur Stromproduktion aus erneuerbaren Energien: Eine Zwischenwürdigung der dynamischen Rechtsentwicklung, URP 2024, 335 ff.

## C. Probleme der Innovationssteuerung

Unabhängig davon, ob der Gesetzgeber Innovationen fördern oder in ihren Nebenfolgen begrenzen möchte, stellen sich typischerweise einige Probleme bei der Rechtsetzung. Das grundlegende hiervon ist das sog. *Wissensproblem*, d.h. die fehlende Kenntnis des Gesetzgebers in Bezug auf den zu regelnden Innovationsprozess.<sup>25</sup> Beispielsweise ist meist schwer einzuschätzen, welche von mehreren Innovationen sich letztlich am Markt durchsetzen wird, welche Faktoren für die Marktdurchsetzung relevant sind, wie die Markakteure hierauf reagieren und welche weiteren Innovationen hierdurch allenfalls ausgelöst werden.<sup>26</sup>

Aus Sicht des Gesetzgebers besonders kritisch erscheint das fehlende Wissen bezüglich des Einflusses des rechtlichen Rahmens auf den Innovationsprozess.<sup>27</sup> Einerseits kann anfangs übersehen werden, dass es überhaupt einer Anpassung des Rechtsrahmens bedarf. Dieses «Hinterherhinken» der Gesetzgebung im Vergleich zur Marktentwicklung wird als «*legal lag*» bezeichnet.<sup>28</sup>

Andererseits ist zunächst oft unklar, wie sich entsprechende Veränderungen der Gesetzgebung auf den Innovationsprozess auswirken werden. So kann es zu *Fehlanreizen*<sup>29</sup> und Mitnahmeeffekten<sup>30</sup> kommen.

Wird der Gesetzgeber in der Folge erneut aktiv, um diesen unerwünschten Auswirkungen entgegenzusteuern, so ist wiederum unklar, wie sich diese nochmalige Gesetzesanpassung auswirken wird. Häufig kommt es damit zu einer Abfolge aus Gesetzgebung, unerwünschten Folgen der Gesetzesände-

<sup>25</sup> Siehe bereits SCHREIBER (FN 1), N 221 ff.; STEWART (FN 5), 1275; vgl. allgemein PETER HETTICH, Kooperative Risikovorsorge – Regulierte Selbstregulierung im Recht der operationellen und technischen Risiken, Zürich 2014, N 413 ff.

<sup>26</sup> SCHREIBER (FN 1), N 222 f.

<sup>27</sup> SCHREIBER (FN 1), N 224.

<sup>28</sup> KLAUS VIEWEG, Reaktionen des Rechts auf Entwicklungen der Technik, in: Martin Schulte (Hrsg.), Technische Innovation und Recht – Antrieb oder Hemmnis?, Heidelberg 1997, 35 ff., 36.

<sup>29</sup> MARTIN LESCHKE, Regulierungstheorie aus ökonomischer Sicht, in: Michael Fehling/ Matthias Rufert (Hrsg.), Regulierungsrecht, Tübingen 2010, 281 ff., N 17; SACKSOF SKY (FN 13), N 113 f.

<sup>30</sup> Von Mitnahmeeffekten spricht man, wenn Markakteure staatliche Fördermittel in Anspruch nehmen, obwohl sie auch ohne diese Förderung dasselbe Verhalten gezeigt hätten, siehe WOLFGANG EGGERT/STEFFEN MINTER, Gabler Wirtschaftslexikon, Stichwort «Mitnahmeeffekt». Internet: <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/mitnahmeeffekt-39313/version-171779> (Abruf 28.02.2025).

nung und erneuter Gesetzesrevision. Dies wird als *Interventionsspirale* bezeichnet.<sup>31</sup> Gerade diese häufigen Gesetzesanpassungen führen dann oft zu vermehrter Rechtsunsicherheit<sup>32</sup>, die sich hemmend auf Investitionen in die Innovation auswirken kann.<sup>33</sup>

Führt der Gesetzgeber Vorschriften ein, die zu eng definierte Technologien verlangen, so kommt es zum sog. *regulatorischen Lock-In*.<sup>34</sup> Wird etwa ein bestimmter Anschlusstyp für Ladegeräte gesetzlich vorgeschrieben, so hat dies zwar in der kurzen Frist zahlreiche Vorteile für die Konsumentinnen und Konsumenten (dazu unten unter II.C.). Zugleich sinken jedoch die Anreize, noch leistungsfähigere Standards zu entwickeln, wenn diese jedenfalls anfänglich nicht den gesetzlichen Vorgaben entsprechen würden.

Schliesslich kann die Förderung innovativer Technologien durch den Gesetzgeber am Widerstand der etablierten Anbieter oder anderer politischer Interessengruppen scheitern. In der Literatur wird insofern vom «*Machtproblem*» des Staates gesprochen.<sup>35</sup> Zugleich zeigt sich jedoch, dass die Beharrungskräfte nicht nur von Seiten der etablierten Markakteure ausgehen. Vielmehr führt die gesetzliche Förderung innovativer Technologien teils schnell dazu, dass sich die entsprechend geförderten Anbieter gegen jede Kürzung der Förderung wehren. Dies liess sich in den letzten Jahren z.B. im Bereich der erneuerbaren Energien beobachten.<sup>36</sup>

---

<sup>31</sup> LESCHKE (FN 29), N 17; vgl. auch HETTICH (FN 25), N 420 ff.

<sup>32</sup> PETER HETTICH, Die Glühbirne – Lucifer neuer Zeiten, ZBl 2015, 567 ff., 575.

<sup>33</sup> STEWART (FN 5), 1283 f.

<sup>34</sup> Dazu bereits SCHREIBER (FN 1), N 249 ff. Vgl. allgemein zur sog. Pfadabhängigkeit der technischen Entwicklung THOMAS WIELAND, Neue Technik auf alten Pfaden?, Forschungs- und Technologiepolitik in der Bonner Republik – eine Studie zur Pfadabhängigkeit des technischen Fortschritts, Bielefeld 2009.

<sup>35</sup> WOLFGANG HOFFMANN-RIEM, Governance im Gewährleistungsstaat – Vom Nutzen der Governance-Perspektive für die Rechtswissenschaft, in: Gunnar Folke Schuppert (Hrsg.), Governance-Forschung – Vergewisserung über Stand und Entwicklungslinien, 2. A., Baden-Baden 2006, 195 ff., 213 ff. Dazu bereits SCHREIBER (FN 1), N 252 ff.

<sup>36</sup> SCHREIBER (FN 1), N 255.

## II. Regulierungsinstrumente im Einzelnen

### A. «Weiche» Regulierungsinstrumente

Ordnet man die zur Innovationsförderung in Betracht kommenden Regulierungsinstrumente nach ihrer Eingriffsintensität, stellen sogenannte «*weiche*» *Instrumente* den Einstieg dar. Diese Kategorie ist nicht zu verwechseln mit dem meist völkerrechtlich verwendeten Begriff des «*soft law*»<sup>37</sup>, da zu den hier diskutierten Instrumenten durchaus auch rechtlich verbindliche Vorschriften zählen können.

Als anschauliches Beispiel solcher Instrumente dient die rechtliche Verankerung von *Leitbildern*. Leitbilder zeichnen sich dadurch aus, dass sie komplexe Vorstellungen über eine gewünschte Zukunft in einem kurzen Schlagwort verdichten, das beim Publikum eine Vielzahl von Assoziationen hervorruft. So genügt das Leitbild des «papierlosen Büros»<sup>38</sup>, um vor dem geistigen Auge eine ganze Kaskade von Massnahmen, vom Scannen bislang in Papierform vorgehaltener Dossiers bis hin zur Möglichkeit der elektronischen Einreichung von Rechtsschriften<sup>39</sup>, entstehen zu lassen.

Solche Leitbilder können konkrete Auswirkungen auf die Ausgestaltung eines innovationsfreundlichen Rechtsrahmens entfalten. Das Leitbild der *Kreislaufwirtschaft* hat beispielsweise bleibende Spuren im Schweizer Abfallrecht hinterlassen. So trägt die Verordnung über die Vermeidung und die Entsorgung von Abfällen<sup>40</sup> den für die Kreislaufwirtschaft bestimmenden Vorrang der Vermeidung vor der Entsorgung bereits im Titel. In Deutschland ist ein wesentlicher Erlass des dortigen Abfallrechts sogar nach der Kreislaufwirtschaft benannt.<sup>41</sup>

<sup>37</sup> Dazu FRANCESCO NAEF, Soft Law und Gewaltenteilung, AJP 2015, 1109 ff.; DANIEL THÜRER, «Soft Law» – eine neue Form von Völkerrecht?, ZSR NF 104 (1985) I, 433 f.

<sup>38</sup> Vgl. etwa NICOLA FANTINI, Audit 4.0 – Chancen und Auswirkungen, Expert Focus 2017, 756 ff., 760: «Die vollständige Digitalisierung und das weitgehend papierlose Büro ist ein inhärentes Merkmal der Industrie 4.0.». Das Leitbild wird teilweise auch in der Rechtsprechung aufgegriffen, vgl. OGer ZG, BA 2022 29, 27.6.2023, E. 6.1.

<sup>39</sup> Vgl. zu einem entsprechenden Zwang aus der jüngsten Rechtsprechung BGer, 2C\_113/2024, 3.12.2024 (zur Publikation vorgesehen).

<sup>40</sup> Verordnung vom 4. Dezember 2015 über die Vermeidung und die Entsorgung von Abfällen (Abfallverordnung, VVEA; SR 814.600).

<sup>41</sup> Gesetz zur Förderung der Kreislaufwirtschaft und Sicherung der umweltverträglichen Be- wirtschaftung von Abfällen (Kreislaufwirtschaftsgesetz, KrWG; BGBI. 2012 I S. 212). Vgl. dazu bereits SCHREIBER (FN 1), N 375.

Das in der Schweiz entwickelte Leitbild der *2000 Watt-Gesellschaft*<sup>42</sup>, das auf eine Vielzahl energiesparender Massnahmen zielt, ist ebenfalls rechtlich verankert worden. In der Stadt Zürich findet es sich in der Gemeindeordnung<sup>43</sup>, in der Stadt Luzern im Energiereglement<sup>44</sup>. In beiden Fällen wirkt es als normatives Ziel, für dessen Erreichung sich die zuständigen Stellen einzusetzen haben (so die Formulierung im Zürcher Recht) bzw. dessen Erreichung angestrebt wird (so der Wortlaut im Luzerner Recht).

Ein weiteres Beispiel «weicher» Steuerungsinstrumente sind Massnahmen, die auf die *Information* der Markakteure zielen. Hierzu gehört neben der direkten behördlichen Informationstätigkeit<sup>45</sup> unter anderem die Einführung von Kennzeichen (*Labels*). Die Verwendung solcher Labels kann freiwillig erfolgen oder rechtlich verbindlich vorgeschrieben werden. Als Beispiel für Erstes dient der *Energy Star*, dessen freiwillige Verwendung durch Schweizer Markakteure auf einer Vereinbarung zwischen dem Bundesamt für Energie und der US-amerikanischen *Environmental Protection Agency* beruht.<sup>46</sup>

In die letztgenannte Gruppe fallen dagegen diejenigen *Energieeffizienzketten*, deren Verwendung in der Energieeffizienzverordnung – in autonomem Nachvollzug des europäischen Unionsrechts<sup>47</sup> – verbindlich vorgeschrieben ist.<sup>48</sup>

Während der *Energy Star* besonders energieeffiziente und damit innovative Produkte kennzeichnet, dienen die Energieeffizienzlabels nach der EnEV sowohl der Kennzeichnung energieeffizienter wie auch ineffizienter Geräte.

---

<sup>42</sup> Das Leitbild wurde Anfang der 1990er Jahre an der ETH Zürich entwickelt, siehe ENERGIESCHWEIZ, Fakten zur Energie Nr. 6. 2000-Watt-Gesellschaft. Internet: <https://pubdb.bfe.admin.ch/de/publication/download/8827> (Abruf 28.02.2025).

<sup>43</sup> Art. 10 Abs. 3 lit. a Gemeindeordnung der Stadt Zürich vom 13. Juni 2021 (AS/Stadt Zürich 101.100).

<sup>44</sup> Art. 2 Abs. 2 und Art. 3 Reglement für eine nachhaltige städtische Energie-, Luftreinhalte- und Klimapolitik vom 9. Juni 2011 (Energiereglement; sRSL/Stadt Luzern 7.3.1.1.1).

<sup>45</sup> Dazu ausführlich im Kontext des Umweltrechts ASTRID EPINEY/TOBIAS FASNACHT/ BENEDEKT PIRKER/STEFAN REITEMEYER, Aktive behördliche Information in Umweltangelegenheiten – Zu Reichweite und Schranken des Rechts und der Pflicht staatlicher Behörden zur Verbreitung oder Weitergabe von Umweltinformationen unter besonderer Berücksichtigung wissenschaftlicher Untersuchungen, Zürich 2014.

<sup>46</sup> Vgl. Internet: <https://www.energystar.gov/partner-resources/international-partners> (Abruf 28.02.2025). Siehe bereits SCHREIBER (FN 1), N 380; das dort in FN 844 verlinkte Schreiben ist nicht mehr abrufbar.

<sup>47</sup> Siehe die zahlreichen Bezugnahmen auf die entsprechenden Unionsrechtsakte in den Anhängen der EnEV, siehe aus den zahlreichen Beispielen etwa Anhang 1.6 Ziff. 4 EnEV.

<sup>48</sup> Art. 3 lit. c und Art. 6 i.V.m. Anhängen 1.1–1.22, 3.1 und 3.2 EnEV.

Daneben kommt in Betracht, behördlich einzig *vor den Nachteilen* der bestehenden Technologien zu *warnen*, um so einen Umstieg auf innovativeren Lösungen zu befördern. Dies versuchten die europäischen Behörden – letztlich vergeblich – in Bezug auf die horrende Ineffizienz der Glühbirne<sup>49</sup>, bevor schliesslich schärfere Energieeffizienzvorschriften für Leuchtmittel eingeführt wurden.<sup>50</sup>

Der Staat kann über die Informationstätigkeit hinaus versuchen, Wissen zu generieren und Fachpersonen zu vernetzen. Hierzu zählt neben der *Forschungsförderung* im traditionellen Sinne (etwa nach dem Bundesgesetz über die Förderung der Forschung und der Innovation) der staatlich geförderte Aufbau von *Netzwerken*. In seiner weitestgehenden Variante führt dies zur staatlichen oder staatlich geförderten Errichtung von *Innovationsclustern*, d.h. Regionen, in denen bestimmte innovative Wirtschaftstätigkeiten verstärkt angesiedelt werden. Ein Beispiel für einen solchen *Cluster* ist der Schweizerische Innovationspark<sup>51</sup>, dessen Zürcher Standort auf dem bisherigen Militärflugplatz in Dübendorf bereits Gegenstand eines Bundesgerichtsentscheids war.<sup>52</sup>

Ebenfalls noch als «weiches» Instrument eingeordnet werden können die sogenannten *Nudges* (engl. Stupser).<sup>53</sup> Diese sollen gewünschte Verhaltensänderungen bewirken, indem sie auf Erkenntnisse aus den Verhaltenswissenschaften zurückgreifen.<sup>54</sup> Da die Marktdurchsetzung von technischen Innovationen stets vom Konsumentenverhalten abhängt,<sup>55</sup> hätten solche *Nudges* auch in der Innovationspolitik ihren Platz. Reine *Nudges* spielen im Zuge der Innovationsförderung bislang jedoch kaum eine Rolle. Stattdessen werden sie teilweise mit anderen Regulierungsinstrumenten verknüpft.

---

<sup>49</sup> HETTICH (FN 32), ZBI 2015, 570. Dazu bereits SCHREIBER (FN 1), N 381.

<sup>50</sup> Dazu unten ausführlicher unter II.C.

<sup>51</sup> Art. 32 ff. FIFG. Vgl. dazu Internet: <https://www.sbfi.admin.ch/sbfi/de/home/forschung-und-innovation/forschung-und-innovation-in-der-schweiz/schweizerischer-innovationspark.html> (Abruf 28.02.2025).

<sup>52</sup> BGE 148 II 139.

<sup>53</sup> Grundlegend RICHARD H. THALER/CASS R. SUNSTEIN, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, Cambridge, MA 2008, mittlerweile erhältlich als *Nudge: Final Edition*, London 2021. Siehe auch KLAUS MATHIS/AVISHALOM TOR (Hrsg.), *Nudging – Possibilities, Limitations and Applications in European Law and Economics*, Cham 2016.

<sup>54</sup> AVISHALOM TOR, The Critical and Problematic Role of Bounded Rationality in Nudging, in: Mathis/Tor (FN 53), 3 ff., 5.

<sup>55</sup> Grundlegend dazu EVERETT M. ROGERS, *Diffusion of Innovations*, 5. A., New York 2003.

So enthalten die oben bereits diskutierten Energieeffizienzketten nicht nur eine mit Buchstaben kodierte Effizienzbewertung (z.B. von A bis G). Vielmehr werden für die verschiedenen Effizienzklassen «Ampelfarben» verwendet, sodass die effizienteste Kategorie (z.B. «A») grün, die ineffizienteste (z.B. «G») hingegen rot dargestellt wird. Diese Anknüpfung an das im Straßenverkehr erlernte Verhalten mittels *Farbwahl* ist ein klassisches Beispiel für einen *Nudge*. In Kalifornien haben Untersuchungen ergeben, dass die Aufklärung über den eigenen Stromverbrauch besonders dann zu einem stromsparenderen Verhalten führt, wenn die blassen Zahlen um «lachende» oder «traurige» *Emoticons* ergänzt werden.<sup>56</sup> Dies kann somit auch Anreize z.B. zur Anschaffung verbrauchsärmerer Haushaltsgeräte setzen.

## B. Von der Förderung zum «eingerichteten Markt»

Von diesen «weichen» Instrumenten, die lediglich gewisse Anreize oder Rahmenbedingungen für die Marktdurchsetzung von Innovationen setzen, sind Förderinstrumente zu unterscheiden, die den Rechtsrahmen respektive die Marktbedingungen konkret zugunsten der innovativen Technologie verändern.

Hierzu zählen in erster Linie *finanzielle Instrumente*. Diese fördern die innovativen Technologien, indem entweder die Anbieter selbst Investitionszuschüsse oder andere Subventionen erhalten, oder die Kaufinteressierten eine Be zuschussung erfahren. Im Energierecht ist Ersteres der Fall bei den Produzenten von Elektrizität aus erneuerbaren Energieträgern, die Investitionsbeiträge für die Errichtung dieser Anlagen erhalten.<sup>57</sup> Eine finanzielle Unterstützung der Konsumentinnen und Konsumenten findet sich hingegen im Bereich der energetischen Sanierung von Gebäuden. Hier finanziert der Bund über Globalbeiträge verschiedene Massnahmen der Kantone.<sup>58</sup> Neben Spezialerlassen wie dem für die soeben genannten Instrumente relevanten Energiegesetz finden sich Vorgaben zur finanziellen Förderung im FIFG und im Subventionsgesetz.

Umgekehrt kann der Staat zugunsten der innovativen Technologien in den Markt eingreifen, indem er die bestehenden Technologien mit *Abgaben* belastet. Dies bietet sich aus zwei Gründen an: Zum einen ist die Belastung des

---

<sup>56</sup> THALER/SUNSTEIN (FN 53), 69 f.; dazu bereits SCHREIBER (FN 1), N 397.

<sup>57</sup> Art. 24 ff. Energiegesetz (EnG; SR 730.0).

<sup>58</sup> Art. 51 EnG. Angaben zu den Förderinstrumenten der einzelnen Kantone finden sich im Internet: <https://www.dasgebaeudeprogramm.ch/de> (Abruf 28.02.2025).

bestehenden Angebots technologieoffen, da es dem Markt überlassen bleibt, mit welcher innovativen Technologie dieses ersetzt werden soll. Dies ist ein Vorteil gegenüber Subventionen, die gewöhnlich an bestimmte Technologien ausgerichtet werden.

Zum anderen lassen sich mittels Abgaben *negative Externalitäten* internalisieren. Negative Externalitäten treten auf, wenn sich nachteilige Effekte einer Technologie nicht in deren Preis widerspiegeln, sondern von der Allgemeinheit getragen werden müssen.<sup>59</sup> Dies gilt etwa für CO<sub>2</sub>-intensive Produkte, die das Klima belasten. Durch die Belastung, beispielsweise mit der CO<sub>2</sub>-Abgabe<sup>60</sup>, lassen sich diese negativen Effekte einpreisen (internalisieren).

Politisch stossen Abgaben aber typischerweise auf grösseren *Widerstand*, als dies bei Subventionen der Fall ist. Dies zeigte sich zuletzt im Energie- und Klimarecht. Dort wurde das stark auf Subventionen setzende Energiegesetz, das u.a. Einspeisetarife und Investitionszuschüsse für erneuerbare Energien vorsah, im Jahre 2017 vom Stimmvolk an der Urne bestätigt.<sup>61</sup> Der Verfassungsartikel über ein Klima- und Energielenkungssystem, das auf Abgaben basiert hätte<sup>62</sup>, scheiterte dagegen im Parlament.<sup>63</sup> Als Begründung für die Ablehnung wurden insbesondere Befürchtungen hinsichtlich der Wettbewerbsfähigkeit der Schweizer Industrie angeführt.<sup>64</sup> Das revidierte CO<sub>2</sub>-Gesetz, das

---

<sup>59</sup> MARKUS SCHOTT, Staat und Wettbewerb. Der Schutz des institutionellen und des wirtschaftlichen Wettbewerbs vor staatlichen Beeinträchtigungen in der Schweiz und in der Europäischen Union, Habil. Zürich, Zürich/Baden-Baden 2010, N 62; G.M. PETER SWANN, The economics of innovation – An introduction, Cheltenham 2009, 260.

<sup>60</sup> Art. 29 ff. CO<sub>2</sub>-Gesetz.

<sup>61</sup> Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 21. Mai 2017 (Energiegesetz [EnG]), BBl 2017 4865.

<sup>62</sup> Bundesbeschluss über einen Verfassungsartikel über Klima- und Stromabgaben, BBl 2015 7925. Siehe dazu die Botschaft vom 28. Oktober 2015 zum Verfassungsartikel über ein Klima- und Energielenkungssystem, BBl 2015 7877.

<sup>63</sup> AB 2017 N 284 ff.; AB 2017 S 459 ff.

<sup>64</sup> Siehe z.B. das Votum Müller-Altermatt, AB 2017 N 285.

u.a. Abgaben auf Flugtickets vorgesehen hätte<sup>65</sup>, wurde 2021 in der Referendumsabstimmung abgelehnt.<sup>66</sup>

Eine dezidierte Privilegierung der Anbieter innovativer Technologien ergibt sich aus dem Recht des geistigen Eigentums, insbesondere in Gestalt des *Patentrechts*. Es handelt sich beim Patentrecht um das einzige Rechtsgebiet, dessen alleiniger Zweck die Förderung technischer Innovation ist.<sup>67</sup> Die Möglichkeit der zeitlich befristeten, exklusiven Nutzung einer Innovation setzt erhebliche wirtschaftliche Anreize zur Innovationstätigkeit. Da es sich hierbei jedoch nicht um ein Instrument zur Förderung einer bestimmten Innovation handelt, sondern es vielmehr insgesamt ein positives Innovationsklima schaffen soll, wird hierauf in diesem Beitrag nicht weiter eingegangen.

Der Gesetzgeber kann Nutzerinnen und Nutzer innovativer Technologien im Rahmen des bestehenden Ordnungs- und Haftungsrechts gegenüber anderen Marktteuren privilegieren. Man spricht hierbei teilweise von einem sogenannten «*Innovation Waiver*».<sup>68</sup> Allein im Energierecht finden sich hierzu zahlreiche Beispiele. So werden Solaranlagen in vielfältiger Weise im Planungs- und Baurecht gegenüber anderen Bauten privilegiert. So bedürfen auf Dächern oder an Fassaden in Bau- und in Landwirtschaftszonen gemäss Art. 18a Abs. 1 RPG genügend angepasste Solaranlagen keiner Baubewilli-

---

<sup>65</sup> E-Art. 42 ff. Bundesgesetz über die Verminderung von Treibhausgasemissionen (CO<sub>2</sub>-Gesetz), BBl 2020 7847.

<sup>66</sup> Art. 2 Abs. 3 Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 13. Juni 2021 (Volksinitiative «Für sauberes Trinkwasser und gesunde Nahrung – Keine Subventionen für den Pestizid- und den prophylaktischen Antibiotika-Einsatz»; Volksinitiative «Für eine Schweiz ohne synthetische Pestizide»; Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie [Covid-19-Gesetz]; Bundesgesetz über die Verminderung von Treibhausgasemissionen [CO<sub>2</sub>-Gesetz]; Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus [PMT]), BBl 2021 2135.

<sup>67</sup> SCHREIBER (FN 1), N 409; vgl. allgemein zur Bedeutung des geistigen Eigentums für die Innovationstätigkeit WOLFGANG HOFFMANN-RIEM, *Immateriogüterrecht als Referenzgebiet innovationserheblichen Rechts*, in: Martin Eifert/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Geistiges Eigentum und Innovation*, Berlin 2008, 15 ff.

<sup>68</sup> HOFFMANN-RIEM (FN 7), 426 ff.; vgl. auch STEWART (FN 5), 1307 f.

gung, sondern sind der zuständigen Behörde lediglich zu melden.<sup>69</sup> Große freistehende Solaranlagen, die einen gewissen Mindestanteil an Stromproduktion im Winterhalbjahr leisten, werden durch den «Solarexpress» in Art. 71a EnG unter anderem von der Planungspflicht (Art. 2 und Art. 8 Abs. 2 RPG) ausgenommen.<sup>70</sup>

Sollen solche Privilegierungen nicht von vornherein fest in das Gesetz aufgenommen werden, möchte der Gesetzgeber aber ausprobieren, inwiefern sich gewisse Veränderungen des Rechtsrahmens auf innovative Anbieter auswirken könnten, so bietet sich die sog. *Regulatory Sandbox* an. In diesem «regulatorischen Sandkasten» können für Pilot- und Demonstrationsprojekte zeitlich befristet Abweichungen vom bestehenden Regulierungsrahmen bewilligt werden. Im Energierecht wurde mit Wirkung ab dem 1. Januar 2023 eine solche *Sandbox* eingeführt.<sup>71</sup> Gemäss Art. 23a StromVG kann das UVEK bis zu vier Jahre dauernde Pilotprojekte bewilligen und dabei nach Abs. 3 mittels Verordnung teilweise von den geltenden Bestimmungen des Gesetzes abweichen.

Bei Innovationen ist oftmals weniger die technische Erfindung, sondern die Marktazeptanz (Diffusion) der Punkt, an dem sich der Erfolg oder Misserfolg entscheidet.<sup>72</sup> Erhebliche Relevanz entfalten daher Massnahmen, die sich auf die Marktfunktion selbst auswirken. Dies kann zunächst schlicht die *Sicherstellung eines funktionierenden Wettbewerbs* sein<sup>73</sup>, wozu insbesonde-

---

<sup>69</sup> Die Erweiterung auf Fassadenanlagen findet mit dem Bundesgesetz vom 29. September 2023 über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien (Änderung des Energiegesetzes und des Stromversorgungsgesetzes), BBl 2023 2301, Eingang in das Gesetz. Kritisch zu dieser Privilegierung PETER HETTICH/GIAN LUCA PENG, Erleichterte Bewilligung von Solaranlagen in der Rechtspraxis: gut gemeint, wenig effektiv und verfassungsrechtlich fragwürdig, AJP 2015, 1427 ff.

<sup>70</sup> Siehe dazu die Nachweise oben in FN 24.

<sup>71</sup> AS 2022 729.

<sup>72</sup> Vgl. ROGERS (FN 55), *passim*. Ausführlich zum Innovationsprozess bereits SCHREIBER (FN 1), N 124 ff.

<sup>73</sup> Dazu SCHREIBER (FN 1), N 412 ff.

re das Kartellrecht<sup>74</sup> und die Wettbewerbsbehörden<sup>75</sup> dienen.<sup>76</sup> Teils wird das Kartellrecht durch eine sektorenspezifische Regulierung ergänzt, teils geht sie dieser auch zuvor. So hat die WEKO gleich zweimal den Energiemarkt faktisch liberalisiert, noch bevor eine entsprechende Marktregulierung eingeführt wurde. Zum einen wurde nach Ablehnung des Elektrizitätsmarktgesetzes der Strommarkt gestützt auf das Kartellgesetz liberalisiert<sup>77</sup>, noch bevor das Stromversorgungsgesetz in Kraft trat. Zum anderen wurde der Zentralschweizer Gasmarkt in gleicher Weise geöffnet<sup>78</sup>, während die Arbeiten an einem Gasversorgungsgesetz<sup>79</sup> noch laufen. Durch eine solche Sicherung der Marktfunktion kann gerade auch der Marktzugang innovativer Anbieter gegenüber etablierten Akteuren erleichtert werden.

Darüber hinaus kann der Staat jedoch auch völlig neue Marktsegmente errichten. Dies kann geschehen, wenn der Staat selbst plötzlich nach innovativen Produkten nachfragt. Aufgrund der grossen Kaufkraft der öffentlichen Hand und der oftmals grossen Bestellmengen kann das *Beschaffungsrecht* insofern eine besondere Rolle bei der Innovationsförderung spielen.<sup>80</sup> Das revidierte Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) lässt als Zuschlagskri-

---

<sup>74</sup> Vorrangig in Form des Kartellgesetzes.

<sup>75</sup> Siehe zu diesen die Ergebnisse der Expertenkommission Reform Wettbewerbsbehörden, Schlussbericht vom 1. Dezember 2023, abrufbar im Internet: <https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/wirtschaftslage---wirtschaftspolitik/wirtschaftspolitik/Wettbewerbspolitik/kartellgesetz/reform-wettbewerbsbehoerden.html> (Abruf 28.02.2025).

<sup>76</sup> Ausführlich im Kontext der Innovation DIRK WIEDDEKIND, Innovationsforschung, Wettbewerbstheorie und Kartellrecht, in: Martin Eifert/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), Innovation und rechtliche Regulierung – Schlüsselbegriffe und Anwendungsbeispiele rechtswissenschaftlicher Innovationsforschung, Baden-Baden 2002, 134 ff.

<sup>77</sup> Dazu BGE 129 II 497.

<sup>78</sup> WEKO, Verfügung vom 25.5.2020 in Sachen Untersuchung 32-0263 gemäss Art. 27 KG betreffend Netzzugang EGZ und ewl wegen unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG; vgl. auch die Medienmitteilung, Internet: <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-79324.html> (Abruf 28.02.2025).

<sup>79</sup> Dazu UVEK, Gasversorgungsgesetz – Bericht über die Ergebnisse der Vernehmlassung, Bern 2023; MISCHA MORGENBESSER, Der Entwurf des Gasversorgungsgesetzes, in: Sebastian an Heselhaus/Markus Schreiber (Hrsg.), Energierichtstagung 2020, Zürich/St. Gallen 2021, 27 ff.; siehe auch die Medienmitteilung des Bundesrates, Internet: <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-95890.html> (Abruf 28.02.2025).

<sup>80</sup> Ausführlich MICHAEL FEHLING, Innovationsförderung durch staatliche Nachfragemacht – Potentiale des Vergaberechts, in: Martin Eifert/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), Innovationsfördernde Regulierung, Berlin 2009, 119 ff.; vgl. auch HOFFMANN-RIEM (FN 7), 425; eher skeptisch STEWART (FN 5), 1325. Siehe dazu bereits SCHREIBER (FN 1), N 421 ff.

terium neu ausdrücklich auch den Innovationsgehalt zu (Art. 29 Abs. 1 BöB). Ausserdem kann gemäss Art. 24 Abs. 1 BöB unter anderem bei der Beschaffung innovativer Leistungen ein Dialogverfahren vorgesehen werden.

Sollen öffentliche Beschaffungen eine innovationsfördernde Wirkung erzielen, so ist darauf zu achten, dass die *Beschaffungskriterien* nicht zu eng formuliert werden, wodurch Anbieter vorschnell ausgeschlossen und der Wettbewerb gehemmt werden könnte. Insbesondere sollte möglichst darauf verzichtet werden, eine bestimmte technische Ausgestaltung vorzuschreiben. Vielmehr sollte stattdessen wann immer möglich lediglich ein bestimmtes Innovationsniveau vorgegeben und die Ausschreibung ansonsten technologieoffen formuliert werden.<sup>81</sup> Beispielsweise kann bei der Beschaffung von Dienstfahrzeugen anstelle einer konkreten Antriebstechnologie lediglich ein maximaler Schadstoff- und CO<sub>2</sub>-Ausstoss vorgegeben werden.

Schafft der Staat nicht nur durch seine Beschaffungen eine Nachfrage, sondern sehen rechtliche Vorgaben einen völlig neuen Markt vor, spricht man von *eingerichteten Märkten*.<sup>82</sup> Dies ist etwa der Fall, wenn das Gesetz die Ausstellung von Zertifikaten vorsieht, die frei handelbar sind. Typische Beispiele stammen aus dem Umwelt- und Klimaschutzrecht und umfassen etwa Emissionszertifikate aus einem Treibhausgas-Emissionshandelssystem<sup>83</sup> oder Herkunftsachweise für Elektrizität aus erneuerbaren Energieträgern<sup>84</sup>. Der Emissionshandel setzt Anreize für den Einsatz innovativer, emissionssenkender Technologien bei denjenigen Unternehmen, bei denen dies am kosteneffizientesten möglich ist. Die Herkunftsachweise für aus erneuerbaren Energieträgern produzierte Elektrizität ermöglichen erst die wirtschaftliche Verwertung der Klimaschutvvorteile, die sich aus diesen innovativen Techno-

---

<sup>81</sup> Siehe bereits SCHREIBER (FN 1), N 425; MARC STEINER, Nachhaltige öffentliche Beschaffung – ein Blick auf das Vergaberecht des Bundes und die Perspektiven, in: Hubert Stöckli/ Jean-Baptiste Zufferey (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2014, Zürich 2014, 149 ff., 162.

<sup>82</sup> SCHREIBER (FN 1), N 437 ff.

<sup>83</sup> Siehe für die Schweiz Art. 2 Abs. 3–4<sup>bis</sup> und Art. 15 ff. CO<sub>2</sub>-Gesetz.

<sup>84</sup> Siehe für die Schweiz Art. 9 EnG sowie die Verordnung des UVEK vom 1. November 2017 über den Herkunftsachweis und die Stromkennzeichnung (HKSV; SR 730.010.1).

logien ergeben. Als eine Form der Internalisierung positiver Externalitäten<sup>85</sup> stellen sie das Gegenstück zu den oben besprochenen Abgaben dar.

### C. Ge- und Verbote

Bereits einige der zuvor besprochenen Instrumente basieren teilweise auf konkreten Ge- und Verboten, etwa im Rahmen des Kartellrechts. An dieser Stelle sollen dagegen Ge- und Verbote besprochen werden, die sich konkret auf die *Verwendung einer bestimmten Innovation* bzw. die «Verordnung» eines bestimmten Innovationsniveaus beziehen.

Der Staat kann dabei konkrete *technische Standards* statuieren.<sup>86</sup> Im Bereich der Haushaltselektronik schreibt Anhang 7 Tabelle 2 Ziff. 1 VFAV die Verwendung des USB-C-Ladestandards vor. Eine derartige gesetzliche Standardisierung hat für Konsumentinnen und Konsumenten oft erhebliche Vorteile, und die Marktdiffusion von Innovationen kann entscheidend hiervon abhängen. Zu denken ist diesbezüglich beispielsweise an die Elektromobilität, deren Akzeptanz unter den international sehr unterschiedlichen Ladestandards leidet.<sup>87</sup> Zugleich besteht jedoch die Gefahr, dass mit dem Festsetzen des Standards ein regulatorischer *Lock-in* (siehe bereits oben I.C.) eintritt, der die Einführung noch innovativerer Standards verhindert.<sup>88</sup>

Um die Marktdiffusion von Innovationen zu stärken, wird teilweise auf *gesetzliche Quoten* zurückgegriffen. Das Stromversorgungsrecht sieht etwa vor, dass bis Ende 2027 mindestens 80 % der Stromzähler im Gebiet eines jeweiligen Stromnetzbetreibers durch intelligente Stromzähler, sog. «*Smart Meters*», ersetzt werden (Art. 17a Abs. 2 StromVG und Art. 31e Abs. 1 StromVV). Diese erlauben es unter anderem, auch Stromflüsse vom Haushalt zurück ins Stromnetz zu messen, und haben daher grosse Bedeutung für *Prosumer*, d.h.

---

<sup>85</sup> Positive Externalitäten liegen vor, wenn die Vorteile einer Markttätigkeit für die Allgemeinheit nicht über deren Preis vergütet werden, vgl. EBERHARD FEES, Gabler Wirtschaftslexikon, Stichwort «Externer Effekt». Internet: <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/externer-effekt-34801> (Abruf 28.02.2025).

<sup>86</sup> Dazu bereits SCHREIBER (FN 1), N 404 ff.

<sup>87</sup> Vgl. zur Vielzahl an Ladestandards GOWTHAMRAJ RAJENDRAN et al., A comprehensive review on system architecture and international standards for electric vehicle charging stations, Journal of Energy Storage 42 (2021) 103099.

<sup>88</sup> Vgl. im Kontext der Umweltregulierung KLAUS MATHIS, Sustainable Development, Economic Growth and Environmental Regulation, in: Klaus Mathis/Bruce R. Huber (Hrsg.), Environmental Law and Economics, Cham 2017, 3 ff., 29.

Haushaltsverbraucher, die selbst – z.B. über eine Photovoltaikanlage – Elektrizität produzieren. Um nicht ausgerechnet diejenigen Stromnetzbetreiber zu bestrafen, die noch vor Inkrafttreten dieser Regelung intelligente Stromzähler eingeführt haben, können teilweise Stromzähler an die 80 %-Quote angerechnet werden, die noch nicht den Vorgaben der Verordnung entsprechen (Art. 311 StromVV).

Im Bereich des Flugverkehrs sieht Art. 28f des im zweiten Anlauf nach der verlorenen Referendumsabstimmung erneut revidierten CO<sub>2</sub>-Gesetzes<sup>89</sup> eine *Beimischpflicht* von nachhaltigen Flugtreibstoffen (sog. *Sustainable Aviation Fuels*) analog den Bestimmungen der EU vor, die gemäss Art. 28g sanktionsbewehrt ist. Die entsprechende Verordnung der EU, die sog. *ReFuelEU Aviation*-Verordnung<sup>90</sup>, enthält in Art. 4 i.V.m. Anhang I konkrete Mindestanteile synthetischer Flugtreibstoffe, die von 2 % im Jahre 2025 bis auf 70 % im Jahre 2050 steigen.

Solche Quoten können bereits als eine Art *Technology Forcing* angesehen werden, also eine gesetzliche Festlegung eines bestimmten Innovationsniveaus.<sup>91</sup> Typischerweise wird dieses jedoch umgesetzt, indem die gesetzlichen Anforderungen an eine Produktkategorie verschärft werden, bis die vorhandenen technischen Lösungen nicht mehr in der Lage sind, diese zu erfüllen. Ein bekanntes Beispiel hierfür ist das sog. «*Glühbirnenverbot*».<sup>92</sup> Anders, als diese landläufige Bezeichnung vermuten lässt, wurde hierbei rechtlich nicht die Glühbirne verboten. Vielmehr wurden Energieeffizienzvorgaben für Beleuchtungsmittel aufgestellt, die von Glühbirnen nicht mehr erfüllt werden konnten.<sup>93</sup>

Politisch haben es Technologieverbote und allzu konkrete gesetzliche Gebote typischerweise schwer.<sup>94</sup> Aus innovationspolitischer Sicht haben sie je-

---

<sup>89</sup> AS 2024 376.

<sup>90</sup> Verordnung (EU) 2023/2405 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Oktober 2023 zur Gewährleistung gleicher Wettbewerbsbedingungen für einen nachhaltigen Luftverkehr (Initiative ReFuelEU Aviation), ABl L 2023/2405, 31.10.2023.

<sup>91</sup> Dazu bereits SCHREIBER (FN 1), N 459.

<sup>92</sup> Kritisch dazu HETTICH (FN 32), ZBl 2015, *passim*.

<sup>93</sup> Ausführlich zur rechtlichen Umsetzung des «Glühbirnenverbots» im schweizerischen Recht, unter autonomem Nachvollzug der EU-Vorgaben, HETTICH (FN 32), ZBl 2015, 573 ff.

<sup>94</sup> Vgl. nur die mittlerweile verbreitete Diffamierung eines politischen Gegners als «Verbotspartei», siehe zuletzt etwa AB 2024 N 995.

doch einige relevante *Vorteile*. In erster Linie schaffen sie auf regulatorischem Wege die Not, die sprichwörtlich erfinderisch macht. So hat das «Glühbirnenverbot» zu einem Innovationsschub bei der LED-Beleuchtung geführt, infolgedessen unter anderem das als zu «kalt» kritisierte LED-Licht durch «wärmer» Lichtfarben ersetzt werden konnte.<sup>95</sup>

Sodann erzwingen sie zwar einen Umstieg auf innovativere Technologien, geben jedoch zumindest teilweise – wie beim «Glühbirnenverbot» – nicht vor, welche Technologien stattdessen zu verwenden sind. Sie haben damit den Vorteil, *technologienutral* und offen für neue Entwicklungen zu sein.<sup>96</sup> Anders ist dies bei der erwähnten Quote von intelligenten Stromzählern im Energierecht, da hier konkrete technische Anforderungen an die zu verwendenden «*Smart Meter*» aufgestellt werden (Art. 8a und 8b StromVV).

Quoten, die stetig verschärft werden, haben indes den Vorteil, dass sie für langfristige (im Fall der erwähnten Beimischungsquoten für nachhaltige Flugtreibstoffe bis zum Jahre 2050) Klarheit über die regulatorischen Vorgaben und damit für *Rechtssicherheit* sorgen. Dies dürfte im Einzelfall durch spätere Gesetzesrevisionen jedoch teilweise wieder unterlaufen werden.

Schliesslich führen Verbote, anders als z.B. Abgaben, nicht zwangsläufig zu *distributiven Effekten*. Während von einer Abgabenbelastung der nicht mehr erwünschten Technologie (z.B. fossiler Brenn- und Treibstoffe) vermögendere Haushalte weniger betroffen sein werden als einkommensschwächere Personen, treffen konkrete Ge- und Verbote alle Einkommensklassen grundsätzlich in gleichem Masse. So ist es nicht möglich, dank höherer Zahlungsbereitschaft das «Glühbirnenverbot» zu umgehen, da diese schlicht nicht mehr in Verkehr gebracht werden dürfen.

### III. Fazit

In den 1890er Jahren lehnte es der Bundesgesetzgeber ab, die Elektrizitätswirtschaft gesetzlich stärker zu regulieren, da das letzte Wort der modernen Technik («le dernier mot de la technique moderne») noch nicht gesprochen

---

<sup>95</sup> CAROLIN WAHNBÄCK, Was wurde aus dem Glühbirnen-Verbot?, Spiegel Wissenschaft vom 27.01.2016. Internet: <https://www.spiegel.de/wissenschaft/technik/gluehbirnen-verbot-hat-es-sich-gelohnt-a-1072585.html> (Abruf 28.02.2025).

<sup>96</sup> Zur Technologienutralität und -offenheit SCHREIBER (FN 1), N 1381 ff.; MARKUS SCHREIBER, Regulating Innovation, in: Klaus Mathis/Avishalom Tor (Hrsg.), Law and Economics of Regulation, Cham 2021, 273 ff., 296 f.

sei.<sup>97</sup> Eine derartige gesetzgeberische Zurückhaltung ist heute kaum noch vorstellbar.<sup>98</sup> Vielmehr haben die in diesem Beitrag besprochenen Beispiele gezeigt, dass der Gesetzgeber in vielfältiger Weise versucht, Innovationsprozesse in bestimmte Bahnen *zu lenken*, um die politisch gewünschten Ergebnisse zu erzielen.

Hierbei steht dem Gesetzgeber mittlerweile ein ausdifferenziertes rechtliches *Instrumentarium* zur Verfügung. Die verschiedenen Instrumente weisen dabei, wie gezeigt wurde, jeweils spezifische Vor- und Nachteile auf. Weniger entscheidend als die Frage, *welches* Instrument verwendet wird, dürfte sein, *wie* dieses jeweils angewendet wird. Insbesondere ist darauf zu achten, möglichst technologieneutrale Vorschriften zu erlassen und nicht vorschnell einen möglicherweise bald veralteten technischen Standard gesetzlich festzuschreiben.

Zu überwinden ist jedenfalls die Vorstellung, dass sich Regulierung und Innovation ihrem Wesen nach feindselig gegenüberstünden. Vielmehr wurde gezeigt, dass durch *sorgfältig ausgestaltete Regulierung* gerade Innovation stimuliert werden kann. Gute Voraussetzungen für eine erfolgreiche Regulierung bestehen insbesondere dann, wenn wie im Falle des «Glühbirnenverbots» die innovativere Alternative in Form der LED-Technologie bereits bereitsteht und lediglich noch an der Marktakzeptanz scheitert.

Vermieden werden sollte dagegen die momentane Tendenz zur *gesetzgeberischen Hyperaktivität*. Passt der Gesetzgeber in immer kürzeren Zeitabständen die rechtlichen Vorgaben an, so kommt es zu einer Interventionsspirale, bei der immer wieder unvorhergesehene Fehlanreize durch neue Anreize ersetzt und so ein Zustand der ständigen Rechtsunsicherheit geschaffen wird. Die aktuelle «Expressgesetzgebung» im Bereich der erneuerbaren Energien, bei der nicht nur teils redaktionell wenig überzeugende Erlasse verfasst, sondern vereinzelt zugleich die verfassungsrechtlichen Schranken überschritten worden sein dürften,<sup>99</sup> ist insofern ein abschreckendes Beispiel.

Wie einleitend angemerkt wurde, ist die Schweiz in volkswirtschaftlicher Hinsicht stärker als andere Staaten auf Innovation angewiesen. Es wäre daher zu wünschen, dass sich die *Rechtswissenschaft* auch zukünftig mit den Auswirkungen ihres Fachgebiets auf Innovationsprozesse befasst, und sie hierbei

---

<sup>97</sup> Votum Bossy, Sten.Bull. 1894 327; dazu bereits SCHREIBER (FN 1), N 1562.

<sup>98</sup> Vgl. SCHREIBER (FN 1), N 1576 ff., 1669.

<sup>99</sup> MARTI (FN 24), URP 2023, 252 f.; STÖCKLI (FN 24), URP 2024, 336.

von den technischen und wirtschaftlichen Disziplinen gehört wird. Die aktuelle Erfahrung des Verfassers, dass Juristinnen und Juristen immer frühzeitiger in vorrangig technische Forschungsprojekte einbezogen werden, gibt insofern Anlass zur Hoffnung.

---

# Die Sandbox als Regulierungsinstrument für neue Technologien?

Stephanie Volz\*

## Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	176
II.	Grundlagen	177
	A. Definition	177
	B. Funktion und Merkmale	178
	C. Verwandte Regulierungsansätze und Instrumente	180
	1. Innovation Hub	180
	2. No-Action- oder No-Enforcement-Letters	180
	3. Pilotprojekt	181
	4. Experimentelle Gesetzgebung	182
	5. Risikobasierte Gesetzgebung (De Minimis-Vorgaben)	183
III.	Regulierungsansatz der Sandbox	183
	A. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen	183
	1. Legalitätsprinzip	184
	a. Erfordernis des Rechtssatzes	184
	b. Erfordernis der Normdichte und Rechtssicherheit	185
	c. Erfordernis der Normstufe und der Gesetzesform	186
	2. Rechtsgleichheit	186
	B. Rechtsgrundlagen und Gestaltungsmöglichkeiten	188
	1. Pilotbestimmungen und Experimentierklauseln	188
	2. Ausnahmebestimmungen	188
	C. Praxisbeispiele	189
	1. FinTech-Sandboxen	189
	2. Sandboxen im Energiebereich	190
IV.	Künstliche Intelligenz als Beispiel für den Sandbox Ansatz	191
	A. Besondere Herausforderungen bei der Regulierung von KI	191
	B. Der Sandbox-Ansatz im Bereich KI	193

---

\* Dr. iur., wissenschaftliche Geschäftsführerin am Center for Information Technology, Society, and Law (ITSL) an der Universität Zürich und Rechtsanwältin in Zürich.

1. Bestehende KI-Sandbox-Initiativen	193
2. KI-Sandbox der EU im AI Act	194
a. Regelungsinhalt	194
b. Bewertung	195
C. Erkenntnisse für andere Technologien	196
V. Der Sandbox-Ansatz als Instrument zur Regulierung neuer Technologien	196
A. Anforderungen neuer Technologien an die Regulierung	196
B. Chancen des Sandbox-Ansatzes	198
C. Risiken des Sandbox-Ansatzes	200
VI. Perspektiven	201
VII. Fazit	202

## I. Einleitung

Innovative Technologien stellen traditionelle Regulierungsansätze vor Herausforderungen. Die unklaren Entwicklungen zwingen den Gesetzgeber dazu, unter Unsicherheiten Entscheidungen zu treffen und Regelungen zu schaffen, bevor die Technologie vollständig Realität wird.<sup>1</sup> Doch auch die bestehende Regulierung gerät durch die Digitalisierung und dem damit verbundenen wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Wandel unter Druck. Daher wird gefordert, dass auch die regulatorischen Rahmenbedingungen und Gesetzgebungsprozesse flexibler und dynamischer gestaltet werden.<sup>2</sup>

Eine Möglichkeit, regulatorische Unsicherheiten zu reduzieren, bestehende Regeln auf Praxistauglichkeit zu prüfen und empirische Grundlagen für neue Gesetze zu schaffen, ist die Sandbox. Sie erlaubt es, gewisse Vorhaben zeitlich begrenzt in einem kontrollierten Umfeld zu testen und daraus Erkenntnisse für gesetzgeberische Anpassungen und Neuregelungen zu gewinnen.

Ursprünglich für hochregulierte Märkte entwickelt, hat der Sandbox-Ansatz mittlerweile in viele Rechtsbereiche Einzug gehalten. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob er generell als wirksames Regulierungsin-

---

<sup>1</sup> FABIO ANCESCHI, Innovationsregulierung als Unsicherheitsregulierung, AJP 2024, 714 ff., 714.

<sup>2</sup> YVES SCHNEIDER et al., Prüfauftrag zu Regulatory Sandboxes, Grundlagen für die Wirtschaftspolitik Nr. 35, SECO, Bern 2022, 1, m.w.H.; ANGELA ATTREY/MOLLY LESHER/CHRISTOPHER LOMAX, The role of sandboxes in promoting flexibility and innovation in the digital age, OECD Going Digital Toolkit Policy Note 2 (2020). Internet: <https://goingdigital.oecd.org/toolkitnotes/the-role-of-sandboxes-in-promoting-flexibility-and-innovation-in-the-digital-age.pdf> (Abruf 05.05.2025).

strument für disruptive Technologien geeignet ist und welche Chancen und Risiken sein Einsatz mit sich bringt.

## II. Grundlagen

### A. Definition

Eine Regulatory Sandbox (Sandbox) bezeichnet im Allgemeinen einen Test- oder Experimentierraum, in dem ein innovatives Produkt, Dienstleistung oder ein Geschäftsmodell für eine bestimmte Zeit in Kooperation mit einer staatlichen Behörde getestet werden kann. Dabei werden häufig gewisse materielle Erleichterungen gewährt.<sup>3</sup> Im Deutschen wird die Sandbox teilweise als Real-labor bezeichnet.<sup>4</sup>

Sandboxen sind ein relativ junges Instrument, welches erstmals im Jahr 2015 im Bereich der Finanztechnologie (FinTech) durch die Financial Conduct Authority (FCA) implementiert wurde.<sup>5</sup> Das Beispiel fand rasch Nachahmer. Neben dem FinTech-Bereich wurden Sandbox-Initiativen auch in anderen stark regulierten Bereichen, wie beispielsweise dem Energiebereich, implementiert.<sup>6</sup> Derzeit existieren weltweit mehr als 100 Sandbox-Initiativen.<sup>7</sup>

---

<sup>3</sup> Regulatory Sandboxes – Best Practices für die Schweiz. Freiräume für neue Lösungen und digitale Innovation in der Stromversorgung, Bericht des BFE vom 28.02.2020 (nachfolgend Best Practices), 16; SOFIA RANCHORDAS, Experimental Regulations for AI: Sandboxes for Moral and Mores, 2, 11 f. Internet: <https://ssrn.com/abstract=3839744> (Abruf 26.02.2025).

<sup>4</sup> So z.B. in der rechtlichen Basisanalyse im Rahmen der Auslegeordnung zu den Regulierungsansätzen im Bereich künstliche Intelligenz vom 31.08.2024 des Bundesamts für Justiz (nachfolgend: Basisanalyse), 62. Internet: <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/kuenstliche-intelligenz.html> (Abruf am 26.02.2025).

<sup>5</sup> SCHNEIDER et al. (FN 2), 4; Internet: <https://www.fca.org.uk/firms/innovation/regulatory-sandbox> (Abruf 26.02.2025); zur Geschichte: EMILY LECKENBY/DALIA DAWOUD/JACOLINE BOUVY/PÁLL JÓNSSON, The Sandbox Approach and its Potential for Use in Health Technology Assessment: A Literature Review, *Applied Health Economics and Health Policy* 19 (2021), 857 ff., 859.

<sup>6</sup> Best Practices (FN 3), 18; THOMAS BUOCZ/SEBASTIAN PFOTENHAUER/IRIS EISENBERGER, Regulatory sandboxes in the AI Act: reconciling innovation and safety?, *Law, Innovation and Technology* 15 (2023), 357 ff., 362; dazu nachfolgend III.D.1.

<sup>7</sup> OECD, Regulatory Sandboxes in Artificial Intelligence, *Digital Economy Papers* 356, Paris 2023, 8.

## B. Funktion und Merkmale

Sandbox-Ansätze ermöglichen es Unternehmen, neue Technologien, Produkte oder Dienstleistungen unter realen, aber kontrollierten Bedingungen zu testen, ohne sofort alle regulatorischen Vorgaben erfüllen zu müssen. Ihr Hauptziel ist die Förderung von Innovation. Weiter dient die Sandbox dazu, Lerneffekte für die Behörden, d.h. allfällige bereichspezifische Aufsichtsbehörden wie auch den Gesetzgeber zu schaffen. Durch die enge Zusammenarbeit mit innovativen Unternehmen erhalten die Behörden wertvolle Einblicke in neue Technologien und deren potenzielle Auswirkungen. Dadurch entwickeln sie ein besseres Verständnis für allfällige regulatorische Hindernisse für Innovationen und können langfristig praxisgerechte Rahmenbedingungen schaffen.<sup>8</sup>

Die verschiedenen Sandbox-Ansätze weisen erhebliche Unterschiede auf, dennoch lassen sich einige Merkmale identifizieren, die für Sandboxes typisch sind:

- *Zeitliche Begrenzung*: Ein wesentliches Merkmal einer Sandbox ist die zeitliche Begrenzung (Testphase).<sup>9</sup> In der Regel erstreckt sich die Testphase auf einige Monate, nur in seltenen Fällen kann sie über Jahre dauern.<sup>10</sup> Die Sandbox ist in vielen Fällen an sachliche und/oder geografische Begrenzungen gekoppelt. Dazu zählen beispielsweise die Anzahl der Teilnehmenden, der Zielmarkt, das Testvolumen oder spezifische Personengruppen.<sup>11</sup>
- *Anpassung gesetzlicher Vorgaben*: Häufig ist es möglich, dass während der Dauer der Testphase die gesetzlichen Vorgaben angepasst, d.h. entweder aufgehoben oder abgeändert werden.<sup>12</sup> Denkbar ist auch, dass den Teilnehmenden mittels No-Action-Letter zugesichert wird, keine Untersuchungs- bzw. Durchsetzungsmassnahmen bei potenziellen Gesetzesverstößen zu ergreifen.<sup>13</sup> Teilweise wird für die Teilnahme der Sandbox auch explizit verlangt, dass das Projekt nicht innerhalb des geltenden Rechtsrahmens

---

<sup>8</sup> Best Practices (FN 3), 17.

<sup>9</sup> Best Practices (FN 3), 17; SCHNEIDER et al. (FN 2), 2.

<sup>10</sup> ROSS P. BUCKLEY/DOUGLAS ARNER/ROBIN VEIDT/DIRK ZETZSCHE, Building Fintech Ecosystems: Regulatory Sandboxes, Innovation Hubs and Beyond, European Banking Institute Working Paper Series 53 (2019), 55 ff., 63.

<sup>11</sup> Best Practices (FN 3), 17; STEPHANIE VOLZ, KI Sandboxen für die Schweiz?, SZW 2022, 51 ff., 60.

<sup>12</sup> Zu möglichen Anpassungen im Finanzbereich: DIETER KRIMPHOVE/KERSTIN ROHWETTER, Regulatory Sandbox – Sandkastenspiele auch für Deutschland, BKR 2018, 484 ff., 495 f.

<sup>13</sup> Zu den No-Action-Letters unten II.C.2.

durchgeführt werden kann.<sup>14</sup> Die Anpassung erfolgt jedoch nur während der Testphase, danach gelten für die Unternehmen dieselben Regeln, wie sie für die andern Unternehmen gelten.<sup>15</sup> Um die Risiken für die anderen Marktteilnehmenden, namentlich Konsumierende, möglichst gering zu halten, werden während der Testphase, wenn notwendig, ergänzende Sicherheitsmassnahmen getroffen.

- *Kooperation mit Behörden:* Die Kooperation mit den zuständigen Behörden stellt einen wesentlichen Aspekt des Sandbox-Projekts dar. Sie erfolgt in Form von regelmässigen Austauschtreffen, welche den teilnehmenden Unternehmen und den Behörden die Möglichkeit bieten, voneinander zu lernen und sich gegenseitig zu unterstützen.
- Ein wesentliches Merkmal des Sandbox-Ansatzes ist, dass die Sandbox, d.h. der Testraum, in ein Sandbox-Programm eingebunden ist.<sup>16</sup> Das Programm definiert die Rahmenbedingungen der Sandbox, beispielsweise die Teilnahmebedingungen, den Ablauf, die Dauer und etwaige zur Verfügung gestellte Mittel.<sup>17</sup> Der Ablauf eines Sandbox-Programms ist in der Regel wie folgt strukturiert: Zunächst findet eine Bewerbungsphase statt, gefolgt von einer Vorbereitungsphase. Daraufhin folgt die eigentliche Testphase, welche wiederum von einer Exit- und Evaluationsphase abgeschlossen wird.<sup>18</sup>

In der Sandbox lassen sich Innovationen testen und Erkenntnisse für eine allfällige Anpassung des bestehenden Rechtsrahmens gewinnen.<sup>19</sup> Aufgrund seiner strukturellen Merkmale eignet sich der Sandbox-Ansatz insbesondere zur Evaluierung, Prüfung und Anpassung bestehender Gesetze und Regulierungen im Hinblick auf neue Technologien und Geschäftsmodelle. Weniger geeignet ist er für die Schaffung neuer Gesetze. Jedoch können im Rahmen eines Sandbox-Projekts durchaus Regelungslücken sichtbar werden, welche durch neue gesetzliche Vorgaben geschlossen werden können.

---

<sup>14</sup> Dazu etwa Vollzugsweisung zur Einreichung und Evaluation von Gesuchen um Finanzhilfe für Energieforschungs-, Pilot- und Demonstrationsprojekte sowie Bewilligung für Sandbox-Projekte, BFE, Version vom 20.12.2023 (nachfolgend: Vollzugsweisung BFE), 6.

<sup>15</sup> SCHNEIDER et al. (FN 2), 4.

<sup>16</sup> VOLZ (FN 11), SZW 2022, 59; OECD (FN 7), 14.

<sup>17</sup> Best Practices (FN 3), 8; VOLZ (FN 11), SZW 2022, 59.

<sup>18</sup> OECD (FN 7), 15; zum möglichen Ablauf VOLZ (FN 11), SZW 2022, 61 f.

<sup>19</sup> Dazu oben II.A.

## C. Verwandte Regulierungsansätze und Instrumente

Der Begriff «Sandbox» wird in verschiedenen Zusammenhängen verwendet, ohne dass eine klare Abgrenzung zu verwandten Regulierungsansätzen erfolgt. Dies führt dazu, dass der Begriff in unterschiedlichen Kontexten verschiedene Bedeutungen annehmen kann. Zudem gibt es einige verwandte Instrumente, die in Ergänzung eines Sandbox-Programms eingesetzt werden können. Im Folgenden werden einige dieser Regulierungsansätze und Instrumente näher erläutert.

### 1. Innovation Hub

Als vorgelagerte und teilweise begleitende Massnahme von Sandboxen werden häufig Innovation Hubs eingesetzt. Im Rahmen von Innovation Hubs bieten Behörden – in der Regel Aufsichtsbehörden in einem bestimmten Sektor – rechtliche Beratung und (nicht bindende) Einschätzungen zu innovativen Vorhaben. Sie dienen vor allem dem branchenspezifischen Austausch von Wissen.<sup>20</sup> Beim Innovation Hub können jedoch keine gesetzlichen Vorgaben angepasst werden.<sup>21</sup> Deshalb kann der Innovation Hub auch ohne behördliches Mitwirken in einem rein privatrechtlichen Umfeld entstehen.<sup>22</sup> Der Fokus eines Innovation Hubs liegt auf der Beratung, wobei eine Kooperation mit Behörden sowie eine aktive und kontinuierliche Begleitung des Vorhabens nicht vorgesehen sind.

### 2. No-Action- oder No-Enforcement-Letters

Ein begleitendes Instrument sind No-Action- oder No-Enforcement-Letters. Dabei handelt es sich um Zusagen der Aufsichtsbehörden, keine regulatorischen Massnahmen zu ergreifen, sofern die Unternehmen die vereinbarten Bedingungen sowie die behördlichen Auslegungsrichtlinien der geltenden Gesetze einhalten.<sup>23</sup> Im Gegensatz zu anderen Instrumenten, die eine Sandbox ermöglichen, werden die bestehenden Vorschriften nicht geändert. Stattdessen

---

<sup>20</sup> SCHNEIDER et al. (FN 2), 3; Basisanalyse (FN 4), 64.

<sup>21</sup> VOLZ (FN 11), SZW 2022, 63; Best Practices (FN 3), 17; SCHNEIDER et al. (FN 2), 3.

<sup>22</sup> SCHNEIDER et al. (FN 2), 21.

<sup>23</sup> KRIMPHOVE/ROHWETTER (FN 12), BKR 2018, 496; CHRISTOPH KRÖNKE, Sandkastenspiele – «Regulatory Sandboxes» aus der Perspektive des Allgemeinen Verwaltungsrechts, JZ 2021, 434 ff., 437.

verpflichten sich die Behörden, während der Erprobungsphase in der Sandbox auf eine Durchsetzung dieser Vorschriften zu verzichten.

No-Action-Letters können entweder als Orientierungsmassnahme oder als Ausnahmebestimmung ausgestaltet sein.<sup>24</sup> Sie dienen der Orientierung, wenn sie den Beteiligten aufzeigen, welche Anforderungen sie erfüllen müssen, damit das Vorhaben von den Behörden als rechtskonform betrachtet wird. Alternativ können No-Action-Letters den Teilnehmenden ebenfalls garantieren, dass auch bei potenziellen Gesetzesverstößen keine Untersuchungs- oder Durchsetzungsmassnahmen ergriffen werden. Eine solche Nichtverfolgung muss sich auf eine Ausnahmebestimmung stützen können, da es sich um ein Abweichen von Vorschriften handelt.

### **3. Pilotprojekt**

Die Abgrenzung zwischen Sandboxes und Pilotprojekten ist nicht immer eindeutig vorzunehmen, da beide Instrumente der Förderung von Innovation und dem Testen neuer Technologien dienen und in einem begrenzten Raum stattfinden. Diesbezüglich sei darauf verwiesen, dass insbesondere gesetzlich statuierte Pilotklauseln, wie beispielsweise Art. 35 DSG, zur Durchführung von Sandbox-Projekten herangezogen werden können.

Der Schwerpunkt von Pilotprojekten liegt auf der Evaluierung der Funktionalität neuer Technologien und Produkte in einem realen Umfeld. Die untersuchten Technologien und Produkte befinden sich noch in einem experimentellen Stadium und stammen teilweise direkt aus dem Labor.<sup>25</sup> Die Auswertung des Projekts hat eine entsprechend grosse Bedeutung.<sup>26</sup> Initiiert wird der Prozess in der Regel durch eine Behörde selbst, wobei der Fokus auf der Evaluierung des Nutzens einer Lösung liegt. Sofern das Pilotprojekt als erfolgreich bewertet wird, ist eine Ausweitung auf eine grossflächige Anwendung (Skalierung) vorgesehen. Demgegenüber werden in der Sandbox weit fortgeschrittene Produkte untersucht, die vor der Einführung auf den Markt stehen.<sup>27</sup> In der Sandbox werden Produkte getestet, die marktreif wären, die aber durch die bestehende

---

<sup>24</sup> BUOCZ/PFOTENHAUER/EISENBERGER (FN 6), Law, Innovation and Technology 15 (2023), 363.

<sup>25</sup> SCHNEIDER et al. (FN 2), 4; dazu die Vollzugsweisung BFE (FN 14), 4.

<sup>26</sup> SCHNEIDER et al. (FN 2), 4.

<sup>27</sup> SCHNEIDER et al. (FN 2), 4.

Regulierung behindert werden. Der Impuls kommt eher von den Marktteilnehmern aus, welche sich für eine Teilnahme an der Sandbox bewerben.

Ein Pilotprojekt ist somit in erster Linie auf die praktische Validierung einer neuen Lösung ausgerichtet, während die Sandbox dazu dient, bereits funktionierende Lösungen teilweise unter gewissen gesetzlichen Erleichterungen zu testen.

#### **4. Experimentelle Gesetzgebung**

Der Begriff «experimentelle Rechtsetzung» bezeichnet einen Ansatz, bei dem der Gesetzgeber Rechtsnormen mit voller Wirksamkeit für einen befristeten Zeitraum erlässt.<sup>28</sup> Dies kann aus verschiedenen Gründen erfolgen. So kann experimentelle Rechtsetzung eingeführt werden, wenn ein Regelungsbedarf nur vorübergehend besteht. Ebenso kann es sinnvoll sein, vor der Verabschiebung einer dauerhaften Regelung zunächst praktische Erfahrungen zu sammeln, um deren Auswirkungen zu bewerten. Idealerweise ermöglicht dies dem Gesetzgeber, aus der experimentellen Normierung zu lernen und fundierte Rückschlüsse über die Wirksamkeit und Qualität der Regelung zu ziehen.<sup>29</sup> Im Rahmen einer Evaluation können die erprobten Regelungen anschliessend mit Anpassungen ins ordentliche Recht überführt werden. Alternativ können sie verworfen werden.<sup>30</sup> Experimentelle Gesetzgebung kann besonders in umstrittenen Bereichen, wie etwa im Asyl- und Ausländerrecht, sinnvoll sein. Auch in innovationsgetriebenen Kontexten, in denen sich Rahmenbedingungen rasch wandeln, erfährt diese Form der Rechtsetzung eine zunehmende Relevanz.<sup>31</sup> Oft erlaubt die experimentelle Gesetzgebung eine Erleichterung bzw. eine Abweichung von bestehenden Regeln, jedoch ist auch denkbar, dass für eine gewisse Dauer strengere Regeln erlassen werden, um deren Wirkung zu prüfen. Die experimentelle Gesetzgebung ist deshalb mit der Sandbox eng verwandt.

Experimentelle Gesetzgebung in Form von Normen (Experimentenormen) können dazu dienen, eine Sandbox zu verwirklichen. Die Begriffe sind aber nicht gleichzusetzen. Experimentelle Gesetzgebung kann sich auf be-

---

<sup>28</sup> SANDRO KÖRBER, Experimentelle Rechtsetzung, LeGes 2015, 385 ff., 386; RANCHORDAS (FN 3), 10.

<sup>29</sup> GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN/STEFAN HÖFLER, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 4. A., Zürich 2024, N 262.

<sup>30</sup> KÖRBER (FN 28), LeGes 2015, 386.

<sup>31</sup> MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER (FN 29), N 262.

stimmte Klauseln beschränken, die z.B. Versuche erlauben. Sie kann aber auch allgemeiner Natur sein und experimentelle Vorgaben enthalten, die für alle Adressaten einer Bestimmung gelten.

## 5. Risikobasierte Gesetzgebung (De Minimis-Vorgaben)

In eine ähnliche Richtung wie der Sandbox geht die risikobasierte Gesetzgebung bzw. De-Minimis-Vorgaben.<sup>32</sup> Beide Konzepte dienen dem Testen von Innovationen, unterscheiden sich jedoch in einigen wichtigen Aspekten. Risikobasierte Regulierung richtet die Auflagen und Vorschriften proportional am Risiko aus. Je höher das Risiko ist, das von einem Verhalten, Vorhaben oder einem Unternehmen ausgeht, desto umfangreicher sind die Vorschriften. Gleichzeitig können bestimmte wirtschaftliche Aktivitäten von den geltenden Regeln ausgenommen werden. Solche Ausnahmen richten sich beispielsweise an kleinere Marktteilnehmer oder Unternehmen mit geringem Umsatz, da mit deren Aktivitäten häufig niedrigere Risiken verbunden sind.<sup>33</sup> Ein Beispiel bietet der neue AI Act der EU, der KI-Systeme je nach Anwendungsbereich und Risiko in verschiedene Kategorien einteilt – von verbotenen Anwendungen, deren Risiko als untragbar gilt (Art. 5 AI Act), bis hin zu Anwendungen, die als unproblematisch gelten.

Im Unterschied zur Sandbox gilt bei risikobasierter Gesetzgebung, dass dieselben Grundregeln für alle Marktteilnehmer Anwendung finden, wengleich ihre Anwendung unter Umständen von Faktoren wie Unternehmensgrösse abhängt. Darüber hinaus gibt es bei risikobasierten Ansätzen in der Regel keine zeitliche Befristung, wie sie bei Sandboxes typisch ist.

## III. Regulierungsansatz der Sandbox

### A. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

Mögliche Sandbox-Initiativen müssen sich am bestehenden Rechtsrahmen orientieren. Bei ihrer Ausgestaltung sind insbesondere die verfassungsrechtlichen Vorgaben zu berücksichtigen.

---

<sup>32</sup> Dazu SCHNEIDER et al. (FN 2), 5.

<sup>33</sup> SCHNEIDER et al. (FN 2), 11.

## 1. Legalitätsprinzip

Das Legalitätsprinzip ist ein tragendes Element des Rechtsstaates und verlangt, dass sich jegliches staatliche Handeln auf eine gesetzliche Grundlage abstützen muss (Art. 5 Abs. 1 BV).<sup>34</sup> Das Legalitätsprinzip umfasst verschiedene Elemente, welche im Rahmen des Sandbox-Ansatzes relevant sein können.

### a. Erfordernis des Rechtssatzes

Der Legalitätsgrundsatz verlangt, dass jedes staatliche Handeln auf einer klaren gesetzlichen Grundlage basiert; aus dem Erfordernis des Rechtssatzes ergibt sich, dass staatliches Handeln auf einem Rechtssatz basieren muss.<sup>35</sup> Daraus folgt, dass die Anwendung des Sandbox-Ansatzes stets einer gesetzlichen Grundlage bedarf, die ausdrücklich Abweichungen von bestehenden Gesetzen erlaubt.<sup>36</sup>

Dieser Grundsatz kann unter bestimmten Umständen gelockert werden, wobei die Möglichkeit und die Voraussetzungen einer solchen Lockerung vom jeweiligen Bereich abhängen. Im Bereich der Grundrechte ist Zurückhaltung geboten.<sup>37</sup> Demgegenüber erscheint eine Lockerung eher möglich, wenn weder Grundrechte noch verfassungsmässige Rechte betroffen sind und kein besonderes Schutzbedürfnis besteht.<sup>38</sup>

Es stellt sich die Frage, ob ausserhalb spezieller staatlicher Schutzpflichten und stark regulierter Sektoren Spielraum für Sandbox-Vorhaben besteht, ohne dass hierfür eine explizite gesetzliche Grundlage erforderlich ist. Eine solche Möglichkeit erscheint insbesondere dann denkbar, wenn eine Sandbox in einem Bereich angesiedelt ist, in dem die Auswirkungen und Risiken für Unbe-

---

<sup>34</sup> FELIX UHLMANN, IV. Rechtsstaatlichkeit, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. II, Zürich 2020, 1025–1049, N 1 f.

<sup>35</sup> UHLMANN (FN 35), N 1 f.

<sup>36</sup> MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER (FN 29), N 276, SCHNEIDER et al. (FN 2), 8.

<sup>37</sup> KÖRBER (FN 28), LeGes 2015, 289; MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER (FN 29), N 240 ff., SCHNEIDER et al. (FN 2), 8.

<sup>38</sup> SCHNEIDER et al. (FN 2), 8; MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER (FN 29), N 243 f.

teiligte überschaubar bleiben.<sup>39</sup> Da der Bedarf an Sandboxes jedoch vor allem in stark regulierten Bereichen oder dort besteht, wo besondere Risiken für die Grundrechte Dritter auftreten, dürfte der praktische Anwendungsbereich eines solchen ‚freihändigen‘ Sandbox-Ansatzes begrenzt sein.

b. Erfordernis der Normdichte und Rechtssicherheit

Das Erfordernis der Normdichte<sup>40</sup> verlangt, dass eine Norm «so präzise formuliert sein [muss], dass der Bürger sein Verhalten danach ausrichten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann».<sup>41</sup> Die hinreichende Bestimmtheit dient der Rechtssicherheit.<sup>42</sup>

Der Grundsatz der Rechtssicherheit verlangt, dass Recht klar und voraussehbar ist, so dass die Menschen ihr Verhalten danach ausrichten können.<sup>43</sup> Für die Betroffenen führt Rechtssicherheit zur Planungssicherheit, insofern müssen staatliche Regeln auch eine gewisse Beständigkeit aufweisen. Jedoch gilt das Prinzip nicht absolut, sondern hat auch eine dynamische Funktion, welche es erlaubt, das bestehende Recht an veränderte Rahmenbedingungen anzupassen.<sup>44</sup>

Sandboxen können die Rechtssicherheit beeinträchtigen, weil sie die Anwendung bestehender Gesetze im Einzelfall aufweichen. Jedoch können sie auch dazu dienen, die Rechtssicherheit zu erhöhen, indem sie es ermöglichen, basierend auf konkreten Erfahrungen als unpassend empfundene Gesetze an die neuen Gegebenheiten anzupassen. Denn gerade in einem dynamischen

---

<sup>39</sup> So KRÖNKE (FN 23), JZ 2001, 443.; bezüglich experimenteller Gesetzgebung auch MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER (FN 29), N 243 ff.; ablehnend NOERR, Gutachten «Regelungsoptionen für die gesetzliche Verankerung von übergreifenden Standards für Reallabore, Gutachten für das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz, November 2023, 32 (nachfolgend: NOERR Gutachten).

<sup>40</sup> Teilweise wird auch das Erfordernis der Normdichte als «Erfordernis des Rechtssatzes» bezeichnet

<sup>41</sup> BGE 124 I 203 E. 2b; 139 I 280 E. 5.1; 138 IV 13 E. 4.1; 136 I 87 E. 3.1.

<sup>42</sup> ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. A., Zürich 2020, N 340 und 343.

<sup>43</sup> SGK BV-BENJAMIN SCHINDLER, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. A., Zürich/St. Gallen, 2023, (zit. SGK BV-VERFASSER), Art. 5 N 37.

<sup>44</sup> RANCHORDAS (FN 3), 14.

Umfeld kann es jedoch vorkommen, dass bezüglich der Anwendung bestehender Regeln Unsicherheiten entstehen.<sup>45</sup> Zudem kann durch die Erkenntnisse aus der Sandbox auch Klarheit geschaffen werden, wie die bestehenden Gesetze auf einen Sachverhalt anzuwenden sind.<sup>46</sup>

c. Erfordernis der Normstufe und der Gesetzesform

Das Erfordernis der Normstufe verlangt, dass wichtige gesetzgeberische Bestimmungen im Verfahren der förmlichen Gesetzgebung zu ergehen haben<sup>47</sup>, d.h. als vom Parlament (des Bundes oder des Kantons) erlassenes Gesetz, welches dem fakultativen oder obligatorischen Referendum untersteht.<sup>48</sup>

In Pilot- oder Ausnahmebestimmungen, die als Grundlage für eine Sandbox dienen können, ist teilweise eine Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen vom formellen Gesetzgeber (Parlament) an die Regierung vorgesehen (z.B. in Art. 35 DSG). Eine solche Gesetzesdelegation ist zulässig, wenn vier Voraussetzungen kumulativ vorliegen: (1) Die Delegation ist durch die Verfassung bzw. das kantonale Recht nicht ausgeschlossen; (2) die Delegationsnorm ist in einem formellen Gesetz enthalten; (3) die Delegation bezieht sich auf eine bestimmte Materie; und (4) das formelle Gesetz selbst umschreibt die Grundzüge der delegierten Regelung, soweit sie die Rechtsstellung der Normadresaten schwerwiegend berührt.<sup>49</sup> Die Voraussetzungen der Gesetzesdelegation müssen auch bei der Etablierung einer Sandbox beachtet werden. Namentlich ist es wichtig, dass die Delegation auf genau bestimmte (Test-)Sachverhalte beschränkt ist und dass bei der Ausübung der Delegation die wesentlichen Grundzüge allfälliger übergeordneter Rechtsnormen beachtet werden.

## 2. Rechtsgleichheit

Vorbehalte gegenüber der Sandbox können auch aus der Perspektive des Gebots der Rechtsgleichheit (Art. 8 BV) entstehen, da die Teilnehmenden der

---

<sup>45</sup> RANCHORDAS (FN 3), 15.

<sup>46</sup> SCHNEIDER et al. (FN 2), 14.

<sup>47</sup> So explizit in Art. 164 BV.

<sup>48</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 43), N 351, SCHNEIDER et al. (FN 2), 15. Dazu Art. 164 BV.

<sup>49</sup> BGE 128 I 113 E. 3.c.; SGK BV-TSCHANNEN (FN 44), Art. 164 N 38; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 43), N 368; UHLMANN (FN 35), N 24 ff.

Sandbox anders behandelt werden als die übrigen Marktteilnehmenden. Mit Bezug auf die Gleichbehandlung von Konkurrenten besteht mit Art. 27 BV ein besonderes Gleichbehandlungsgebot im Wirtschaftsverkehr. Die Teilnahme an der Sandbox ermöglicht den beteiligten Unternehmen oft einen schnelleren Markteintritt, woraus sich ein späterer Wettbewerbsvorteil («First Mover Advantage») ergeben kann.<sup>50</sup>

Allerdings gilt das Rechtsgleichheitsgebot wie auch der Grundsatz der Gleichbehandlung der direkten Konkurrenten nicht absolut. Aus dem Gleichbehandlungsgebot ergibt sich auch die Pflicht, unterschiedliche Sachverhalte unterschiedlich zu behandeln. Gerade für kleinere und mittlere Unternehmen können die Kosten, die mit der Einhaltung der regulatorischen Vorgaben zusammenhängen, sehr hoch sein und damit Marktzugangshindernisse darstellen.<sup>51</sup> Eine gewisse regulatorische Begleitung zur Senkung dieser Kosten scheint deshalb vertretbar.<sup>52</sup> Aufgrund der zeitlichen (oft auch sachlichen und örtlichen) Begrenzung des Sandbox-Projektes wird sich auch der Wettbewerbsvorteil nicht übermäßig auswirken.<sup>53</sup>

Eine Ungleichbehandlung kann zudem durch sachliche Gründe gerechtfertigt werden. Eine Rechtfertigung liegt namentlich dann vor, wenn die Kriterien für die Zulassung zur Sandbox objektiv und sachlich begründet sind und den interessierten Teilnehmenden im Vorfeld zur Kenntnis gebracht werden.<sup>54</sup> Zudem muss die Ungleichbehandlung von begrenzter Dauer sein.<sup>55</sup>

---

<sup>50</sup> SCHNEIDER et al. (FN 2), 16.

<sup>51</sup> SCHNEIDER et al. (FN 2), 11.

<sup>52</sup> Davon scheint auch der EU-Gesetzgeber auszugehen, welcher kleinen und mittleren Unternehmen einen erleichterten und kostenlosen Zugang zu den KI-Sandboxen gewähren möchte, dazu Art. 62 Abs. 1 AI Act und oben IV.B.2.

<sup>53</sup> SCHNEIDER et al. (FN 2), 16.

<sup>54</sup> RANCHORDAS (FN 3), 14 f.; KONRAD HUMMEL, Recht der behördlichen Regulierungselemente, Berlin 2003, 121; KRÖNKE (FN 23), JZ 2001, 436; KRIMPHOVE/ROHWETTER (FN 12), BKR 2018, 486; NOERR Gutachten (FN 40), 41.

<sup>55</sup> Dazu auch Advocate General Poiares Maduro, *Opinion delivered on 21 May 2008*, in Société Arcelor Atlantique et Lorraine and Others v Premier ministre, Ministre de l’Énergie et du Développement durable and Ministre de l’Économie, des Finances et de l’Industrie (Case C-127/07) [Document 62007CC0127, European Court Reports 2008 I-09895], N 47.

## **B. Rechtsgrundlagen und Gestaltungsmöglichkeiten**

Die obigen Ausführungen verdeutlichen, dass die Durchführung eines Sandbox-Vorhabens in den allermeisten Fällen einer spezifischen rechtlichen Grundlage bedarf, die das Abweichen von den allgemeinen gesetzlichen Vorgaben ermöglicht. Einige dieser möglichen Grundlagen werden nachfolgend vorgestellt.

### **1. Pilotbestimmungen und Experimentierklauseln**

Eine mögliche Grundlage für eine Sandbox sind Pilotbestimmungen und Experimentierklauseln, dabei handelt es sich um rechtliche Ausnahmen, die der Durchführung eines Versuchs oder der Erprobung dienen.<sup>56</sup>

Die Bestimmungen enthalten nicht die Ausnahme selbst, sondern sind die gesetzliche Grundlage, um Ausnahmen vorzunehmen.<sup>57</sup> Deshalb sind diese Klauseln häufig mit einer Gesetzesdelegation verbunden und oft mit einer zeitlichen Befristung versehen. Beispiele für Pilotklauseln finden sich im Datenschutzgesetz (Art. 35 DSG), im Zivilprozessrecht (Art. 401 ZPO), sowie in kantonalen Schulgesetzen (§ 11 BiG) oder im Strassenverkehrsrecht (Art. 25h SVG). Im Bereich der Betäubungsmittel wurde sogar eine separate Verordnung zur Durchführung von Pilotversuchen geschaffen.<sup>58</sup>

### **2. Ausnahmebestimmungen**

Als weitere Grundlagen können Ausnahmebestimmungen dienen, welche bestimmte Personen, Situationen oder Sachverhalte von den allgemeinen Regelungen oder Anforderungen ausnehmen. Meist geht es darum, in Sonderfällen, die durch besondere Umstände gekennzeichnet sind, eine Einzelfallgerechtigkeit zu schaffen. Die Regeln, unter welchen eine Ausnahme möglich ist, werden in der Regel genau festgelegt. Dadurch kann sichergestellt werden, dass es nicht zu einer Aufweichung der allgemeinen Vorgaben kommt. Im Unterschied zur Pilotbestimmung und Experimentierklausel ist die Ausnah-

---

<sup>56</sup> NOERR Gutachten (FN 40), 41.

<sup>57</sup> BUOCZ/PFOTENHAUER/EISENBERGER (FN 6), Law, Innovation and Technology 15 (2023), 365.

<sup>58</sup> Verordnung vom 31. März 2021 über Pilotversuche nach dem Betäubungsmittelgesetz (BtmPV; SR 812.121.5).

mebestimmung nicht explizit an einen Erprobungskontext geknüpft<sup>59</sup> und muss nicht im Rahmen eines speziellen Programms stattfinden. Eine besondere Form von Ausnahmebestimmungen sind No-Action-Letters, bei denen den Behörden die Möglichkeit eingeräumt wird, einzelfallweise auf die Durchsetzung von Regeln zu verzichten.<sup>60</sup>

Bei den Ausnahmebestimmungen kann unterschieden werden zwischen allgemeinen Ausnahmen, welche direkt gestützt auf die Bestimmung eine Ausnahme ermöglichen (Art. 10 BöB, Art. 5 URG) und Bestimmungen, die den rechtsanwendenden Behörden ein gewisses Ermessen bei der Anwendung der Bestimmung einräumen (Art. 24 RPG, Art. 27 VwVG). Letztere können unter Umständen vertraulich zwischen den Behörden und den Betroffenen ausgehandelt werden, während die gesetzlichen Ausnahmen für alle transparent sind.<sup>61</sup>

Eine besondere Form der Ausnahmebestimmung ist eine Ausnahmebewilligung. Dabei wird eine Bewilligung für ein Vorhaben erteilt, ohne dass die dafür notwendigen Voraussetzungen erfüllt sind. Solche Ausnahmebewilligungen finden sich z.B. im Baurecht für Bauten ausserhalb der Bauzonen (Art. 24c RPG).

## C. Praxisbeispiele

### 1. FinTech-Sandboxen

Am weitesten verbreitet sind Sandboxes wohl im FinTech-Sektor. Das als Vorreiterprojekt dargestellte Sandbox-Programm der FCA ist gut dokumentiert, denn die FCA hat nach dem Programm einen Erfahrungsbericht veröffentlicht.<sup>62</sup> Der Fokus des Programms lag auf Vorhaben im Zusammenhang mit der Digitalisierung. Ansonsten war das Programm relativ breit aufgestellt:

---

<sup>59</sup> NOERR Gutachten (FN 40), 43.

<sup>60</sup> Dazu oben II.B und II.C.2.

<sup>61</sup> BUOCZ/PFOTENHAUER/EISENBERGER (FN 6), Law, Innovation and Technology 15 (2023), 364.

<sup>62</sup> Internet: <https://www.fca.org.uk/publication/research-and-data/regulatory-sandbox-lessons-learned-report.pdf> (Abruf 26.02.2025).

es richtete sich an alle möglichen Zielgruppen und ohne konkrete Themenvorgabe.<sup>63</sup>

Auch im Schweizer Finanzmarktrecht gibt es eine Bestimmung, die teilweise als «Sandbox» bezeichnet wird. Um die Schwelle der Bewilligungspflicht für FinTech-Start-ups gemäss Bankengesetz zu reduzieren, wurde eine Ausnahme von der Gewerbsmässigkeit eingeführt. Wenn Publikumseinlagen von höchstens 1 Mio. CHF zur Weiterleitung entgegengenommen werden, gilt dies als nicht gewerbsmässig (Art. 6 Abs. 2 lit. a BankV). Die Bewilligungspflicht entfällt.<sup>64</sup> Bei dieser Bestimmung handelt sich aber dabei genau genommen nicht um eine Sandbox, sondern um eine De-Minimis- oder Ausnahmeklausel, weil sie nicht im Rahmen eines Programms erfolgt und auch für alle Marktteilnehmenden gleichermassen gilt.

Der FinTech Bereich eignet sich gut als Sandbox, weil die Regulierungs-dichte hoch ist, die Anwendung gewisser Regeln aber einer spezialisierten Be-hörde obliegt, die teilweise auch über gewisse Richtlinien zumindest indirekt gesetzgeberisch tätig sein kann. Dies gibt viel Spielraum für eine Sandbox. Entsprechend sind Sandboxen in der FinTech-Branche weit verbreitet. Erfolgreiche Programme finden sich in Singapur<sup>65</sup>, Australien<sup>66</sup> oder Hongkong<sup>67</sup>.

## 2. Sandboxen im Energiebereich

Neben dem Fin-Tech-Sektor fand der Sandbox-Ansatz zusehends in der Ener-giewirtschaft Anklang. In verschiedenen Ländern wie Deutschland<sup>68</sup>, Gross-

---

<sup>63</sup> Vgl. dazu Chapter 3 des Regulatory sandbox lessons learned report (FN 62), Best Practices (FN 3), 23.

<sup>64</sup> Dazu YVES MAUCHLE, Die regulatorische Antwort auf FinTech: Evolution oder Revolution? Eine Verortung aktueller Entwicklungen, SZW 2017, 810 ff., 819; vgl. auch NINA REISER, Ist der Bankbegriff im Lichte aktueller technologischer Entwicklungen noch zeitgemäss?, AJP 2018, 818 ff., 818.

<sup>65</sup> Siehe dazu Internet: <https://www.mas.gov.sg/development/fintech/regulatory-sandbox> (Ab-ruf 26.02.2025).

<sup>66</sup> Siehe dazu Internet: <https://asic.gov.au/for-business/innovation-hub/enhanced-regulatory-sandbox-ers> (Abruf 26.02.2025).

<sup>67</sup> Siehe dazu Internet: <https://www.hkma.gov.hk/eng/key-functions/international-financial-centre/fintech/fintech-supervisory-sandbox-fss> (Abruf 28.11.2024).

<sup>68</sup> Dazu Internet: <https://www.energieforschung.de/im-fokus/reallabore-der-energiewende> (Abruf 26.02.2025).

britannien<sup>69</sup> und den Niederlanden<sup>70</sup> wurden Sandbox-Programme durchgeführt.<sup>71</sup>

Auch das Schweizer Recht enthält im Energiebereich eine Sandbox. Mit der Revision des Stromversorgungsgesetzes wurde eine regulatorische Sandbox (Art. 23a StromVG) eingeführt, um Innovationen im Bereich der Stromversorgung zu fördern.<sup>72</sup> Die Sandbox ermöglicht es, innovative Technologien und Geschäftsmodelle in der Stromversorgung zu testen. Ziel ist es, Projekte zuzulassen, die teilweise vom Stromversorgungsgesetz abweichen, um neue Ansätze in einem regulierten Umfeld zu erproben und regulatorische Hürden besser zu verstehen. Der mögliche Abweichungsbereich ist dabei begrenzt: Sandbox-Projekte dürfen nur von Bestimmungen zur Grundversorgung (Art. 6 StromVG), den Aufgaben der Netzbetreiber (Art. 8 StromVG) und der Netznutzung (Art. 10–20a StromVG) abweichen. Sie dienen der Weiterentwicklung der Gesetzgebung, indem sie in realen Umgebungen innovative Lösungen und Ansätze testen, die die sichere Stromversorgung betreffen.

## IV. Künstliche Intelligenz als Beispiel für den Sandbox Ansatz

### A. Besondere Herausforderungen bei der Regulierung von KI

Die Entwicklung von KI hat die Gesetzgeber auf der ganzen Welt vor neue Herausforderungen gestellt. KI kann in einer Weise Daten bearbeiten und aggregieren und daraus Schlüsse ziehen, wie es Menschen nie könnten.<sup>73</sup>

Lange bestand Unsicherheit, was überhaupt unter dem Begriff «Künstliche Intelligenz» zu verstehen ist. Mittlerweile scheint sich ein gewisser Konsens über den Begriff herausgebildet zu haben. Der AI Act beschreibt in Art. 3 Nr. 1 ein KI-System als «ein maschinengestütztes System, das für einen in

---

<sup>69</sup> Dazu Internet: <https://www.ofgem.gov.uk/energy-regulation-sandbox> (Abruf 26.02.2025).

<sup>70</sup> Dazu Internet: <https://www.rvo.nl/subsidies-financiering/experimenten-elektriciteitswetten-gaswet> (Abruf 26.02.2025).

<sup>71</sup> Weitere Beispiele finden sich im International Smart Grid Action Network Casebook. Internet: [https://www.iea-igan.org/wp-content/uploads/2019/05/ISGAN\\_Casebook-on-Regulatory-Sandbox-A2-1.pdf](https://www.iea-igan.org/wp-content/uploads/2019/05/ISGAN_Casebook-on-Regulatory-Sandbox-A2-1.pdf) (Abruf 26.02.2025).

<sup>72</sup> Informationen dazu unter Internet: <https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/forschung-und-cleantech/sandbox.html> (Abruf 26.02.2025).

<sup>73</sup> RANCHORDAS (FN 3), 5.

unterschiedlichem Grade autonomen Betrieb ausgelegt ist und das nach seiner Betriebsaufnahme anpassungsfähig sein kann und das aus den erhaltenen Eingaben für explizite oder implizite Ziele ableitet, wie Ausgaben wie etwa Vorhersagen, Inhalte, Empfehlungen oder Entscheidungen erstellt werden, die physische oder virtuelle Umgebungen beeinflussen können». Wesentliche Merkmale eines KI-Systems sind demnach eine gewisse Autonomie und die mögliche Beeinflussung von Umgebungen.

Die Lösungsansätze, die von den Gesetzgebern bezüglich KI ergriffen wurden, könnten unterschiedlicher nicht sein. Der umfassendste Ansatz kam von der EU, welche den Einsatz von KI-Systemen je nach definiertem «Risiko» mehr oder weniger strengen Anforderungen unterwirft. Auf internationaler Ebene wurde im Mai 2024 vom Europarat die KI-Konvention verabschiedet, die gewisse rechtsverbindliche Prinzipien enthält und auch von der Schweiz ratifiziert wird.<sup>74</sup> Im Übrigen ist die Schweiz richtigerweise zurückhaltend, geplant sind nur punktuelle Anpassungen des geltenden Rechts.<sup>75</sup>

KI ist eine Technologie, die in vielen Anwendungsbereichen eingesetzt werden kann. Entsprechend vielfältig sind auch die möglichen betroffenen Rechtsgebiete. Herausforderungen ergeben sich insbesondere bezüglich der Gefahr von Diskriminierung und Manipulation, im Bereich des Datenschutzes, bei der Transparenz und bei der Haftung und im Bereich der Immaterialgüterrechte.<sup>76</sup>

Sandboxen im KI-Bereich zeichnen sich durch die Besonderheit aus, dass sie häufig mehrere Rechtsgebiete berühren und eine Vielzahl von Stakeholdern sowie Aufsichtsbehörden involvieren.<sup>77</sup> Hinzu kommt die dynamische und rapide Entwicklung dieser Technologie. Wie schnell sich die Landschaft verändern kann, wurde eindrücklich durch den Aufstieg von ChatGPT demonstriert. Generative KI, einschliesslich sogenannter Allzweckmodelle, markierte einen bedeutenden Meilenstein und brachte völlig neue Herausforderungen mit sich.

---

<sup>74</sup> Dazu BUNDES RAT, Medienmitteilung vom 12.02.2025. Internet: <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-104110.html> (Abruf 26.02.2025).

<sup>75</sup> Dazu Basisanalyse (FN 4), 173.

<sup>76</sup> Siehe dazu FLORENT THOUVENIN/STEPHANIE VOLZ, Ein Rechtsrahmen für den Einsatz von künstlicher Intelligenz (KI) in der Schweiz, ZBJV 2024, 11. Konkrete Lösungsvorschläge zur Manipulation, Diskriminierung, Datenschutz und Transparenz finden sich in einer Reihe von White Papers. Internet: <https://www.itsl.uzh.ch/de/Forschung-und-Beratung/Forschungsprojekte/nachvollziehbare-algorithmen.html> (Abruf 26.02.2025).

<sup>77</sup> OECD (FN 7), 9.

Dies führte dazu, dass der AI Act grundlegend überarbeitet werden musste. Diese Entwicklungen verdeutlichen, dass insbesondere im Bereich der KI eine gewisse Flexibilität unerlässlich ist, um nicht durch starre Regelungen den technologischen Fortschritt und den internationalen Anschluss zu verlieren.

## B. Der Sandbox-Ansatz im Bereich KI

### 1. Bestehende KI-Sandbox-Initiativen

In verschiedenen Ländern sind bereits KI-Sandboxen eingeführt worden, so z.B. in Grossbritannien und Norwegen. In Grossbritannien initiierte das Information Commissioner's Office im Jahr 2019 eine Beta Phase zur Entwicklung von KI-Applikationen unter Einhaltung der datenschutzrechtlichen Anforderungen.<sup>78</sup> Die ersten Projekte wurden im Jahr 2020 erfolgreich abgeschlossen.<sup>79</sup> Inspiriert durch die ICO lancierte auch die norwegische Datenschutzbehörde (Datatilsynet) eine Sandbox-Initiative, welche zum Ziel hatte, innovative KI-Lösungen zu fördern, die aus Sicht des Datenschutzes sowohl ethisch als auch verantwortungsvoll sind.<sup>80</sup> Die Initiative läuft nun schon seit vier Jahren erfolgreich.

Die bisherigen Sandbox-Initiativen im KI-Bereich haben etliche Gemeinsamkeiten: Es handelte sich um Datenschutz-Sandboxen und sie wurden von den jeweiligen Datenschutzaufsichtsbehörden initiiert. Aufgrund der gesetzlichen Vorgaben gab es keinen Spielraum für gesetzliche Anpassungen. Die Behörden beraten die beteiligten Unternehmen kostenlos, sie profitieren dadurch, dass sie durch die Kooperation ihre Kompetenzen weiterentwickeln. Die Erkenntnisse aus Sandbox-Projekten werden jeweils in Reports veröffentlicht<sup>81</sup>, um anderen Unternehmen die Möglichkeit zu geben, aus der Sandbox einen Vorteil zu ziehen. Zudem werden gestützt auf die Erkenntnisse teilweise Leit-

---

<sup>78</sup> ICO: Regulatory Sandbox 2021. Internet: <https://ico.org.uk/for-organisations/advice-and-services/regulatory-sandbox> (Abruf 26.02.2025).

<sup>79</sup> Dazu Internet: <https://ico.org.uk/for-organisations/advice-and-services/regulatory-sandbox/previous-participants/2020> (Abruf 26.02.2025).

<sup>80</sup> Dazu Internet: <https://www.datatilsynet.no/en/regulations-and-tools/sandbox-for-artificial-intelligence> (Abruf 26.02.2025).

<sup>81</sup> Die Reports sind abrufbar unter Internet: <https://ico.org.uk/for-organisations/advice-and-services/regulatory-sandbox/previous-participants> und <https://www.datatilsynet.no/en/regulations-and-tools/sandbox-for-artificial-intelligence/reports> (Abruf 26.02.2025).

linien entwickelt<sup>82</sup>, die bei der Auslegung bestehender rechtlicher Vorgaben Klarheit schaffen können.

Der Kanton Zürich initiierte mit der Innovation Sandbox die erste KI-Sandbox in der Schweiz.<sup>83</sup> Auch bei dieser Sandbox waren und sind gesetzliche Erleichterungen aufgrund der bestehenden Gesetzgebung nicht möglich. Zusammen mit den beteiligten Unternehmen wird jedoch versucht, das innovative Vorhaben in den Kontext des geltenden Rechtsrahmens zu setzen und darauf Anregungen für künftige Regulierungen zu gewinnen.<sup>84</sup> Eine erste Runde mit Projekten wurde bereits abgeschlossen<sup>85</sup>, derzeit läuft die zweite Runde. Jedes der beteiligten Projekte führt zu einem Bericht, der anderen Branchenmitgliedern sowie interessierten Personen dabei helfen soll, ein besseres Verständnis für das jeweilige Rechtsumfeld zu entwickeln.<sup>86</sup> Im Rahmen der Umsetzung der KI-Konvention wird in der Schweiz nun die Einführung einer ähnlichen Sandbox im KI-Bereich geprüft.<sup>87</sup>

## 2. KI-Sandbox der EU im AI Act

### a. Regelungsinhalt

Der mögliche Nutzen von Sandboxen ist auch dem EU-Gesetzgeber nicht entgangen. Der AI Act sieht in Art. 57 die Etablierung von Sandboxen (Reallaboren) vor. Der Fokus dieser Sandboxen liegt auf der (unter begrenzten Voraussetzungen erleichterten) Bearbeitung von personenbezogenen Daten. Jedoch kann von den Vorgaben des AI Act nicht abgewichen werden. Vorgesehen ist, dass in einem kontrollierten Umfeld gewisse Personendaten zum Trainieren und Testen von KI-Systemen bearbeitet werden können (Art. 59 Abs. 1 AI Act). Die Verwendung ist jedoch nur möglich, wenn daran ein erhebliches

---

<sup>82</sup> Dazu Internet: <https://www.datatilsynet.no/en/regulations-and-tools/sandbox-for-artificial-intelligence> (Abruf 26.02.2025).

<sup>83</sup> Informationen dazu finden sich im Internet: <https://www.zh.ch/de/wirtschaft-arbeit/wirtschaftsstandort/innovation-sandbox.html> (Abruf 26.02.2025).

<sup>84</sup> Zu den Zielen der Sandbox auch RAPHAEL VON THIESSEN, Play & Learn – Eine Sandbox zur Stärkung des KI-Standorts, Internet: <https://www.zh.ch/de/wirtschaft-arbeit/wirtschaftsstandort/innovation-sandbox.html> (Abruf 26.02.2025).

<sup>85</sup> Dazu VON THIESSEN (FN 87), 10 ff.

<sup>86</sup> Die Reports finden sich im Internet: <https://www.zh.ch/de/wirtschaft-arbeit/wirtschaftsstandort/innovation-sandbox.html#-1971712482> (Abruf 26.02.2025).

<sup>87</sup> Dazu Basisanalyse (FN 4), 66.

öffentliches Interesse in den Bereichen der (i) Gefahrenabwehr, Strafverfolgung, (ii) Gesundheitsschutz oder (iii) Umweltschutz besteht. Dadurch soll das in der DSGVO statuierte Gebot der Zweckbindung (Art. 5 Abs. 1 lit. b DSGVO) konkretisiert werden, es handelt sich um eine mit dem ursprünglichen Zweck kompatible Nutzung, die im öffentlichen Interesse liegt (Art. 6 Abs. 4 DSGVO).<sup>88</sup> Die Nutzung ist gemäss Art. 59 Abs. 1 lit. b AI Act auf die Zwecke begrenzt, bei denen anonymisierte, synthetische oder nicht-personenbezogenen Daten nicht ausreichend geeignet sind.

Die Sandboxen werden unter Aufsicht und Anleitung der jeweils einrichtenden KI-Behörde betrieben. Dies ermöglicht die direkte Förderung von KI-Entwicklungen. Insoweit Personendaten bearbeitet werden, sind die jeweils zuständigen Datenschutzaufsichtsbehörden beim Betrieb mit einzubeziehen.

Die Sandboxen sollen insbesondere der Innovationsförderung durch kleine und mittlere Unternehmen und Start-ups dienen. Diese sollen dann auch privilegierten und kostenlosen Zugang zu den Sandboxen erhalten (Art. 62 Abs. 1 AI Act).<sup>89</sup>

#### b. Bewertung

Bei der Sandbox im AI Act der EU handelt sich nicht um eine klassische Sandbox, da keine umfassende Möglichkeit besteht, von den bestehenden Vorgaben abzuweichen. Lediglich im Bereich der Datennutzung gibt es begrenzte Spielräume, etwa für das Training und Testen von KI-Systemen. Obwohl die Datennutzung in der Praxis bei der Entwicklung von KI-Systemen eine zentrale Rolle spielt, hätte die Sandbox anders gestaltet werden können – beispielsweise, indem unter bestimmten Voraussetzungen von den strengen Vorgaben des AI Act abgewichen werden dürfte. Die aktuelle Ausgestaltung wirkt daher irreführend, da eine Sandbox traditionell größere Flexibilität bietet, wie etwa die temporäre Abweichung von regulatorischen Anforderungen.

Erfreulich ist demgegenüber, dass die AI Act-Sandbox bereits vorsieht, dass verschiedene Behörden in der Sandbox zusammenarbeiten. Neben der zuständigen KI-Behörde sollen auch Datenschutzbehörden aktiv in den Pro-

---

<sup>88</sup> MATTHIAS LACHENMANN/DIRK REINARZT, Datenverarbeitung bei Entwicklung von KI-Systemen in einem KI-Reallabor, DSB 2021, 261 ff., 263.

<sup>89</sup> THORSTEN AMMANN/JAN POHLE, KI-Verordnung – Was bisher geschah und jetzt zu tun ist, CB 2024, 137 ff., 143.

zess eingebunden werden, um eine umfassende und sektorübergreifende Zusammenarbeit zu gewährleisten.

### **C. Erkenntnisse für andere Technologien**

Die KI-Sandbox zeichnet sich dadurch aus, dass die Technologie eine Vielzahl verschiedener Rechtsbereiche berührt. Fintech und Energie-Sandboxen bewegten sich in einem klar definierten Bereich mit sehr spezifischen Gesetzen und klaren aufsichtsrechtlichen Vorgaben. Auch die bisherigen Sandbox-Initiativen beschränkten sich auf ein Rechtsgebiet, wobei der Datenschutz im Fokus stand. Die vorgesehenen Sandbox-Initiativen im AI Act sehen nun immerhin die Zusammenarbeit von den zuständigen KI-Behörden und dem Datenschutz vor.

Denn neben dem Datenschutz gibt es gerade im KI-Bereich zahlreiche weitere Herausforderungen, die adressiert werden müssen. Dies wird auch bei neuen Technologien ein wichtiges Thema sein. Zukünftige Sandbox-Ansätze müssen deshalb neben der Kooperation von Behörden und Unternehmen auch die Kooperation verschiedener Aufsichtsbehörden im Fokus haben. Diese sektorübergreifende Betroffenheit bietet jedoch auch Chancen, insbesondere für das gegenseitige Verständnis und die Zusammenarbeit zwischen verschiedenen Aufsichtsbehörden und damit eine bessere Abstimmung und Verzahnung verschiedener Rechtsbereiche.

Gleichzeitig verdeutlichen die KI-Sandboxen die Grenzen des Sandbox-Ansatzes. Damit ein solches Programm erfolgreich ist, bedarf es einer sorgfältigen Gestaltung. Besonders wichtig ist dies, wenn mehrere Behörden involviert sind. Klare Zuständigkeiten, die Einhaltung verfassungsmässiger Vorgaben sowie die Formulierung eindeutiger Ziele sind hierbei entscheidend, um den Ansatz effektiv und rechtssicher umzusetzen.

## **V. Der Sandbox-Ansatz als Instrument zur Regulierung neuer Technologien**

### **A. Anforderungen neuer Technologien an die Regulierung**

Neue und disruptive Technologien stellen bestehende rechtliche Vorgaben, den Gesetzgeber und die Aufsichtsbehörden oft vor grosse Herausforderungen. Ein Grund dafür ist, dass die Technologie oft neue Geschäftsmodelle oder Anwendungen mit sich bringt, bei denen nicht unmittelbar klar ist, wie sie

sich in bestehende Regeln einfügen. Neue Technologien sind oft durch schnelle Innovationszyklen, hohe Komplexität und Kurzlebigkeit gekennzeichnet. Gleichzeitig steht die Rechtssetzung generell vor dem Problem, dass die Auswirkungen neuer Gesetze nur schwer vorhersehbar sind – insbesondere in Lebensbereichen, die einem ständigen Wandel unterliegen.<sup>90</sup>

Der Schnelligkeit der technischen Entwicklung steht die Langwierigkeit des gesetzgeberischen Prozesses gegenüber. Die Anpassung von Gesetzen dauert oft Jahre. Dies führt zu einem Ruf nach flexibleren und dynamischeren Regulierungsmassnahmen und agileren Gesetzgebungsverfahren.<sup>91</sup>

Eine vorgebrachte Lösung sind kooperative Verfahren und eine engere Zusammenarbeit zwischen den Behörden und der Industrie. Ansätze wie Co-Regulierung, freiwillige Selbstregulierung und Normen können hier relevant werden.<sup>92</sup> Die zunehmende Relevanz von Normen ist ein Phänomen, welches sich besonders in digitalisierten Sektoren beobachten lässt, wo die Tendenz besteht, in Gesetzen eher allgemeine Vorgaben zu machen, welche sodann in Normen konkretisiert werden.<sup>93</sup> Ein Beispiel für eine solche allgemeine Formulierungen findet sich z.B. im AI Act, wo «geeignete Risikomanagementmassnahmen» verlangt werden (Art. 9). Normen zählen zum Bereich des «Soft Law», d.h. sie sind grundsätzlich nicht verbindlich.<sup>94</sup> Dennoch spielen sie in der Praxis und auch bei der Auslegung von geltendem Recht eine grosse Rolle.<sup>95</sup>

Dabei ist jedoch wichtig, dass die Balance zwischen Innovation und Schutz gewahrt werden kann. Disruptive Technologien bergen oft neue Risiken. Teilweise wird versucht, diesen Risiken durch umfassende Sicherheitsbestimmungen und detaillierte regulatorische Vorgaben zu begegnen, was sich derzeit gut in der EU beobachten lässt.<sup>96</sup> Als Beispiel kann wiederum der AI Act dienen,

---

<sup>90</sup> KÖRBER (FN 28), LeGes 2015, 386; MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER (FN 29), N 180.

<sup>91</sup> SCHNEIDER et al. (FN 2), 1.

<sup>92</sup> SCHNEIDER et al. (FN 2), 1.

<sup>93</sup> CHRISTOPH ERRASS, Innovationsfördernde Regulierung als Aufgabe des öffentlichen Rechts?, ZBl 2010, 203 ff., 228; CHRISTINE KAUFMANN, IV. Teil Rechtsstaatlichkeit, Rechtsstaatlichkeit und Internationalisierung, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. II, Zürich 2020, 959–979, N 20.

<sup>94</sup> MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER (FN 29), N 487.

<sup>95</sup> So sieht z.B. Art. 40 Abs. 1 AI Act eine Konformitätsvermutung für Hochrisiko-KI-Systeme vor, wenn die harmonisierten Normen eingehalten wurden.

<sup>96</sup> Mit Bezug zum AI Act ANCESCHI (FN 1), AJP 2024, 716.

der umfassende Vorgaben für so genannte Hochrisiko-KI-Systeme enthält, bei deren Nichteinhaltung Sanktionen drohen, unabhängig davon, ob ein Schaden entstanden ist oder nicht (Art. 99 ff.).

Regulierungen müssen daher so gestaltet werden, dass sie sowohl Innovation ermöglichen als auch Risiken kontrollieren. Eine Überregulierung kann Innovationen ersticken, während eine Unterregulierung Gefahren für Konsumenten und die Gesellschaft mit sich bringen könnte.

Die aktuelle Entwicklung bietet mehr Flexibilität und dynamischere Reaktionen, ist aber aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit nicht unproblematisch. Die Rechtsetzung durch Normen leidet oft unter einem Mangel an demokratischer Legitimation. Wenn rechtliche Normen ohne Einhaltung des dafür vorgesehenen Verfahrens entwickelt werden, kann das zu einem Vertrauensverlust der Beteiligten führen. Die Tendenz, verbindliche Gesetze eher auf einer allgemeinen Ebene zu formulieren, gefährdet zudem die Rechtssicherheit, weil die Betroffenen ihre Rechte und Pflichten nicht mehr erkennen können.<sup>97</sup>

## B. Chancen des Sandbox-Ansatzes

Der Sandbox-Ansatz eröffnet für die beteiligten Behörden und den Gesetzgeber, Unternehmen sowie teilweise auch für Konsumenten und die Gesellschaft als Ganzes eine Vielzahl von Chancen.

Durch die Einrichtung von Sandboxes wird die Kommunikation zwischen Marktteilnehmern und dem Gesetzgeber intensiviert, was das gegenseitige Verständnis und Engagement fördert.<sup>98</sup> Die Behörden erlangen ein besseres Verständnis, wie die geltenden Regeln auf innovative Geschäftsmodelle anzuwenden sind.<sup>99</sup> Für den Gesetzgeber ergibt sich dabei die Möglichkeit, ein tieferes Verständnis für neue Technologien zu entwickeln, was sich wiederum positiv auf die Gestaltung neuer, passgenauer und praxistauglicher Gesetze auswirkt. Darüber hinaus senden Sandbox-Initiativen ein starkes Signal für ein innovationsfreundliches Umfeld.<sup>100</sup> Dies kann nicht nur die wirtschaftliche

---

<sup>97</sup> KAUFMANN (FN 95), N 16.

<sup>98</sup> OECD (FN 7), 15; LECKENBY/DAWoud/BOUVY/JONSSON (FN 5), Applied Health Economics and Health Policy 19 (2021), 865.

<sup>99</sup> SCHNEIDER et al. (FN 2), 13.

<sup>100</sup> OECD (FN 7), 15; VOLZ (FN 11), SZW 2022, 62.

Entwicklung fördern, sondern auch die internationale Wettbewerbsfähigkeit stärken.

Ein wesentlicher Vorteil des Sandbox-Ansatzes besteht in der Möglichkeit für den Gesetzgeber und allfällige Aufsichtsbehörden, auf Basis von Lern- und Experimentierverfahren fundierte Entscheidungen zu treffen, bevor verbindliche Regelungen erlassen werden, was im Idealfall dazu führt, dass die Regeln länger bestand haben. Eine Sandbox bringt aber auch den beteiligten Behörden Vorteile, indem sie neues Wissen in Bezug auf neue Technologien und innovative Anwendungen gewinnen, welches ihnen ermöglicht, ihre Aufsichtstätigkeit besser auszuüben.<sup>101</sup> Sie haben die Möglichkeit, Trends und Innovationen von Anfang an mitzuverfolgen und dadurch auch die Einhaltung bestehender Vorgaben sicherzustellen.<sup>102</sup>

Auch für die teilnehmenden Unternehmen bietet der Sandbox-Ansatz eine Reihe von Chancen. Insbesondere wird die regulatorische Unsicherheit verringert: Unternehmen können frühzeitig Klarheit über die geltenden Vorschriften und regulatorischen Anforderungen gewinnen.<sup>103</sup> Dies mindert das Risiko, dass auf die Entwicklung neuer Technologien oder Geschäftsmodelle verzichtet wird, weil deren rechtlicher Status unklar ist oder potenziell ein Verbot droht. Mit einem besseren Verständnis der regulatorischen Rahmenbedingungen steigt auch die Planungssicherheit für Unternehmen. Ein weiterer Vorteil liegt in der gesteigerten Sichtbarkeit, die mit der Teilnahme an einer Sandbox einhergeht. Diese Sichtbarkeit kann das Vertrauen von Investoren stärken und den Zugang zu Kapital erleichtern, was insbesondere für Start-ups oder Unternehmen von Bedeutung ist.<sup>104</sup> Darüber hinaus kann die Markteinführung innovativer Produkte beschleunigt werden. Durch das frühzeitige Wissen über rechtliche Rahmenbedingungen wird der Markteintritt erleichtert, da Unternehmen in der Lage sind, ihre Produkte schneller an die regulatorischen Vorgaben anzupassen und so Hindernisse zu überwinden.<sup>105</sup>

---

<sup>101</sup> KRÖNKE (FN 23), JZ 2001, 438.

<sup>102</sup> KRIMPHOVE/ROHWETTER (FN 12), BKR 2018, 496.

<sup>103</sup> KRÖNKE (FN 23), JZ 2001, 438; KRIMPHOVE/ROHWETTER (FN 12), BKR 2018, 496.

<sup>104</sup> KRIMPHOVE/ROHWETTER (FN 12), BKR 2018, 496; SCHNEIDER et al. (FN 2), 15; OECD (FN 7), 16

<sup>105</sup> KRIMPHOVE/ROHWETTER (FN 12), BKR 2018, 496; OECD (FN 7), 16; LECKENBY/DAWoud/BOUVY/JONSSON (FN 5), Applied Health Economics and Health Policy 19 (2021), 865.

Auch für die Gesellschaft und nicht direkt an der Sandbox beteiligten Unternehmen kann der Sandbox-Ansatz positive Effekte haben, weil damit oft gesamtwirtschaftliche Wohlfahrtsgewinne verbunden sind.<sup>106</sup> Er trägt allgemein dazu bei, die Entwicklung und Markteinführung innovativer und sicherer Produkte zu fördern. Dies führt nicht nur zu einem breiteren Angebot für Konsumierende, sondern auch zu einem höheren technologischen Fortschritt und einer gesteigerten Wettbewerbsfähigkeit der Wirtschaft. Darüber hinaus entstehen durch Sandbox-Initiativen wertvolle Erkenntnisse, die in Form von Best Practices oder Normen der gesamten Branche zugutekommen können. Dies kann insbesondere kleineren oder weniger etablierten Unternehmen den Zugang zu innovativen Märkten erleichtern. Zudem profitieren auch Konsumierende von der Möglichkeit, frühzeitig auf neue Produkte und Dienstleistungen zuzugreifen, die besser getestet und rechtlich abgesichert sind. Durch diesen Ansatz wird nicht nur das Vertrauen in neue Technologien gestärkt, sondern auch das gesellschaftliche Bewusstsein für deren Potenziale und Risiken gefördert. Insgesamt können Sandboxen somit zu einer dynamischeren und zukunftsorientierten Innovationskultur beitragen.

### C. Risiken des Sandbox-Ansatzes

Das grösste Risiko des Sandbox-Ansatzes ist die Rechtsunsicherheit, welche durch die temporäre Ausnahme geschaffen wird.<sup>107</sup> Indem den beteiligten Behörden oft ein Ermessen bezüglich der Anpassung der Gesetze eingeräumt wird, kann es zu einer Machtverschiebung kommen, was möglicherweise Missbrauch begünstigt.<sup>108</sup>

Ein weiteres Risiko sind nicht adäquate Regeln für die Sandbox. Oft haben Sandboxen methodische Schwachstellen: sie verfolgen keine klaren Ziele oder enthalten sich widersprechende Ziele. Denn nicht adäquate Regeln können ein Risiko für den Wettbewerb darstellen, z.B. wenn es zu einer nicht gerechtferdigten Ungleichbehandlung von Wettbewerbern kommt.<sup>109</sup>

---

<sup>106</sup> KRÖNKE (FN 23), JZ 2001, 438.

<sup>107</sup> RANCHORDAS (FN 3), 14; SCHNEIDER et al. (FN 2), 13.

<sup>108</sup> SCHNEIDER et al. (FN 2), 13.

<sup>109</sup> OECD (FN 7), 8 und 17; KRÖNKE (FN 23), JZ 2001, 438; KRIMPHOVE/ROHWETTER (FN 12), BKR 2018, 497; RANCHORDAS (FN 3), 14.

Beim Aussetzen von gewissen rechtlichen Vorgaben besteht das Risiko, dass das regulatorische Ziel nicht mehr vollumfänglich erreicht wird und es zu Einschränkungen beim Konsumenten- und Umweltschutz kommt. Deshalb ist es von Bedeutung, dass umfassende Sicherheitsmassnahmen ergriffen werden, um dieses Risiko zu minimieren. Konsumentenschutzbelaenge sind in den Teilnahmekriterien für Sandboxen, wenn notwendig, zu berücksichtigen.

Wenn international unterschiedliche Sandboxen bestehen, kann es zu einem ungesunden Wettbewerb der verschiedenen Staaten um Standortvorteile führen («Forum shopping»), bei dem sich gewisse Staaten bei der Aufweichung bestehender Regeln gegenseitig unterbieten («Race to the bottom»).<sup>110</sup>

Der Sandbox Ansatz hat einen begrenzten Anwendungsbereich. Er ist nur dort sinnvoll, wo bereits rechtliche Vorgaben bestehen, welche die Innovation behindern. Weniger geeignet ist der Ansatz, wenn es darum geht, dass es für eine bestimmte Technologie völlig neue Regeln braucht. Diesfalls lassen sich jedoch zumindest Regelungslücken identifizieren, welche unter Umständen mit neuen gesetzlichen Vorgaben gefüllt werden können.

## VI. Perspektiven

Bei sorgfältiger Gestaltung können Sandbox-Initiativen dazu führen, die rechtlichen Rahmbedingungen zu verbessern. Als Ergebnis einer Sandbox kann es zu einer Anpassung oder Konkretisierung der Regulierung kommen. Etwa publizieren die Aufsichtsbehörden gewisse Leitlinien dazu, wie die rechtlichen Vorgaben angewendet werden. Auch dies kann bei den betroffenen Unternehmen zu mehr Rechtssicherheit beitragen.

Der Sandbox-Ansatz hat das Potenzial, als Regulierungsinstrument zu besserer Regulierung für neue Technologien wie Quantencomputing oder Biotech zu führen. Dabei kann der bestehende Rechtsrahmen proaktiv weiterentwickelt werden, was insbesondere in einem frühen Stadium einer Technologie ein sinnvolles Vorgehen sein kann.

Eine Sandbox ist jedoch kein Allheilmittel. Der Einsatz von Sandboxen darf keinesfalls dazu führen, dass eine übermäßig strenge Regulierung vorsorglich eingeführt wird, welche dann mittels Sandbox im Nachhinein überprüft und gegebenenfalls gelockert wird. Die Sandbox darf nicht als Ausrede für eine zu

---

<sup>110</sup> SCHNEIDER et al. (FN 2), 12; OECD (FN 7), 18.

rigide Ausgangsregulierung verwendet werden, sondern als Brücke, die hilft, praktikable und zukunftsorientierte Rahmenbedingungen zu schaffen.

## **VII. Fazit**

Der Sandbox-Ansatz erfreut sich zunehmender Beliebtheit und wurde vor etwa zehn Jahren erstmals im FinTech-Bereich erprobt. Inzwischen hat er sich auch in Bereichen wie KI etabliert, wo er weiter an Akzeptanz gewinnt. Dieser Trend hängt mit den wachsenden Herausforderungen zusammen, die die rasante technologische Entwicklung an den Gesetzgeber und allfällige Aufsichtsbehörden stellt. Es besteht ein Bedarf an flexibleren, evidenzbasierten Regulierungsansätzen, welche schnelle Anpassungen ermöglichen, ohne dabei an rechtlicher Präzision einzubüßen.

Die Sandbox bietet hier wertvolle Unterstützung, indem sie die Erprobung neuer Produkte, Dienstleistungen und Geschäftsmodelle in einem klar definierten Rahmen erlaubt. Sie ist jedoch kein Allheilmittel und eignet sich vor allem für die Anpassung bestehender Regulierung. Bei disruptiven Technologien, die eine völlig neue Gesetzgebung erfordern, stösst der Ansatz schnell an seine Grenzen.

Der Erfolg des Sandbox-Ansatzes hängt massgeblich von seiner Ausgestaltung ab. Wichtig ist, dass verfassungsrechtliche Prinzipien wie das Legalitätsprinzip und die Rechtsgleichheit gewahrt bleiben. Zudem ist neben der Kooperation von Unternehmen und Behörden auch die Kooperation verschiedener betroffener Aufsichtsbehörden von Relevanz. Mit einer optimalen Gestaltung lassen sich die Potenziale der Sandbox ausschöpfen und Risiken minimieren, wodurch der Ansatz zu einem vielversprechenden Instrument für die Begleitung künftiger Technologien wird.

---

# Normative Bedeutung der private governance in der Technologieregulierung

## Darstellung am Beispiel von CRISPR/Cas9

Franziska Bächler\*

### Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	204
II.	Herangehensweise	205
	A. Verortung	205
	B. Definition von private governance	205
	C. Anschaungsbeispiel	207
	1. Erstes Charakteristikum: Vielzahl der Anwendungsmöglichkeiten und diverse normative Positionen	208
	2. Zweites Charakteristikum: Kollaborationen in Forschung und Entwicklung	208
	3. Drittes Charakteristikum: Machtposition der Patentinhaber	209
	D. These und Fragestellungen	209
III.	CRISPR/Cas9 – eine Technologie im Spannungsfeld von Innovation und Ethik	210
	A. Keimbahneingriffe	210
	B. Landwirtschaft	212
	C. Therapeutische Anwendungen	214
IV.	Dualer Regelungskontext	215
	A. Instrument zur Begrenzung ethisch umstrittener Anwendungen	216
	1. «Ethische Lizenzen»	216
	2. Normatives Potenzial privatautonomer Nutzungsbegrenzungen	217
	a. Interimsfunktion	217
	b. Legitimationsproblem	219
	3. Ausschluss der Patentierbarkeit im Rahmen staatlicher Regulierung	219

---

\* Dr. iur., Rechtsanwältin, Postdoc und wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Universität Basel, wissenschaftliche Geschäftsführerin des Zentrums für Life Sciences-Recht der Universität Basel.

a.	Rechtslage	219
b.	Durchbrechung der Technologieneutralität	220
c.	Geringe Flexibilität bei gesellschaftlichem Wertewandel	223
d.	Rechtsunsicherheit	223
4.	Fazit	224
B.	Instrument der Zugangsvermittlung	224
1.	Patentverwertung an der Schnittstelle von Patent- und Lizenzvertragsrecht	225
2.	Faktische Zugangsbeschränkungen	226
a.	Gewährung ausschliesslicher Nutzungsrechte	226
b.	Komplikationen bei der Lizenzierung	226
3.	Zugangsvermittlung <i>de lege lata</i>	227
a.	Kartellrecht	227
b.	Patentschranken und Kooperationsmodelle	228
4.	Fazit	232
V.	Schlussbemerkungen	234

## I. Einleitung

Innovationen sind ein wichtiger Motor von Wirtschaftswachstum und Wohlstand.<sup>1</sup> Neue Technologien<sup>2</sup> sind Hoffnungsträger, sie bergen aber auch Un gewissheiten und Risiken, da mit ihnen fast immer auch die Möglichkeit negativer Auswirkungen verbunden ist. Deshalb stellen sie eine mehrfache regulatorische Herausforderung dar: Einerseits soll der Rechtsrahmen Innovationen fördern und die Verbreitung neuer Technologien ermöglichen. Andererseits erfordert das Vorsorgeprinzip<sup>3</sup> eine sorgfältige Abwägung gegenüber möglichen Risiken, was besonders schwierig ist, weil die Auswirkungen neuer Technologien meistens schwer vorhersehbar sind. Es ist notwendig, einen Rechtsrahmen zu schaffen, der mit einer Balance zwischen Technikförderung und Risikosteuerung einen verantwortungsvollen Umgang mit Wissenschaft

---

<sup>1</sup> JOSEPH ALOIS SCHUMPETER, Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, 7. A., Tübingen/ Basel 1993; PAUL M. ROMER, Increasing returns and long-run growth, JPE 1986, 1002 ff.; PAUL M. ROMER, Endogenous technological change, JPE 1990, 71 ff.; DARON ACEMOGLU et al., Innovation, reallocation and growth, AER 2018, 3450 ff.

<sup>2</sup> Technologie wird hier als Anwendung von wissenschaftlich fundiertem Wissen verstanden.

<sup>3</sup> Die schweizerische Bundesverfassung verwendet den Begriff der Vorsorge nicht explizit, sieht aber in Art. 74 Abs. 2 Satz 1 BV vor, dass der Bund dafür zu sorgen hat, dass schädliche oder lästige Einwirkungen vermieden werden. Älter als die Verfassungsbestimmung ist das gesetzlich statuierte Vorsorgeprinzip (Art. 1 Abs. 2 USG).

und Erkenntnisgewinn sicherstellt.<sup>4</sup> Es gilt diese Steuerungs- und Ordnungsaufgabe in einem dynamischen, vernetzten und von komplexen Faktoren geprägten Umfeld zu erfüllen.<sup>5</sup>

## II. Herangehensweise

### A. Verortung

Die WiRe-Nachwuchstagung thematisiert die «Vielfalt der rechtlichen Regulierungsinstrumente» und geht von einem breiten Regulierungsbegriff aus. Demnach umfasst Regulierung die gezielte staatliche Beeinflussung gesellschaftlicher, insbesondere wirtschaftlicher Prozesse zur Erreichung spezifischer Ordnungsziele. Die verfolgten Ziele – Gefahrenabwehr, Umweltschutz, Datenschutz, Verbraucherschutz, Grundversorgung – sind dabei ebenso vielfältig wie die eingesetzten Regulierungsinstrumente, zu denen Bewilligungen, Gebote und Verbote, Subventionen und Abgaben gehören.<sup>6</sup>

Ausgehend von diesem breiten Regulierungsbegriff und im Kontext der Herausforderungen der Technologieregulierung untersucht die vorliegende Arbeit das Potenzial der *private governance* mit dem Ziel, einen Beitrag zur Diskussion über die Vielfalt der rechtlichen Regulierungsinstrumente zu leisten.

### B. Definition von *private governance*

*Private governance* wird hier – im Sinne einer Arbeitsdefinition zur Untersuchung ihrer normativen Rolle und in Abgrenzung zur staatlichen Regulierung (*public governance*) – als private Ordnungssetzung innerhalb eines bestimmten Technologiefeldes verstanden. Diese Ordnung kann im Einzelfall sehr unterschiedliche Ziele verfolgen, um etwa den Austausch von In-

---

<sup>4</sup> Zu den Regelungszielen des Technikrechts siehe HERBERT ZECH, Einführung in das Technikrecht, 2. Bd., Trier 2021, 20 ff., HERBERT ZECH/RETO PATRICK MÜLLER, Was ist Technikrecht? Herausforderungen der Rechtsordnung im Umgang mit einer «hybriden» Querschnittsmaterie, Sicherheit & Recht 2019, 82 ff. und 96 ff.; HERBERT ZECH, Life Sciences and Intellectual Property. Technology Law Put to the Test, ZGE 2015, 4 ff.

<sup>5</sup> Zu den besonderen Herausforderungen der rechtlichen Techniksteuerung siehe ZECH (FN 4), 37 ff.

<sup>6</sup> Call for Papers «Die Vielfalt der rechtlichen Regulierungsinstrumente: Eine kritische Be- trachtung», WiRe-Nachwuchstagung vom 13. Dezember 2024, Internet: [https://www.unilu.ch/fileadmin/fakultaeten/rf/institute/wirtschaftsregulierung/Dok/Call\\_for\\_Papers\\_WiRe-Nachwuchstagung\\_13.\\_Dezember\\_2024.pdf](https://www.unilu.ch/fileadmin/fakultaeten/rf/institute/wirtschaftsregulierung/Dok/Call_for_Papers_WiRe-Nachwuchstagung_13._Dezember_2024.pdf) (Abruf 15.05.2025).

formationen zu erleichtern, Eigentumsrechte zu schützen oder einen verantwortungsvollen Umgang mit neuen Technologien zu gewährleisten. Sie wird in erster Linie durch vertragliche Vereinbarungen als durchsetzbare Regelwerke implementiert.<sup>7</sup>

Das «Technikrecht»<sup>8</sup> stellt eine hybride Querschnittsmaterie dar, die sowohl öffentlich- als auch privatrechtliche Elemente umfasst.<sup>9</sup> Dabei ist eine Erosion der Dichotomie zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht zu beobachten. Beide Teilrechtsordnungen öffnen sich zunehmend für die Werte und Instrumente der jeweils anderen Ordnung. Im Privatrecht wird diese inhaltliche Annäherung an das öffentliche Recht besonders deutlich durch die Übernahme des Sozialprinzips und die Ergänzung um eine vertragliche Pflichtenordnung. Diese zielt nicht nur auf den Ausgleich von Ungleichgewichten zwischen Vertragsparteien, sondern auch auf die Begrenzung subjektiver Rechte im Sinne sozialethischer Grundprinzipien der Rechtsordnung.<sup>10</sup> Vertragswerke, die der *private governance* zugrunde liegen, werden durch Elemente beider Teilrechtsordnungen beeinflusst und spiegeln deren jeweiligen Wertvorstellungen wider. Wenn im Folgenden von *private governance* als privater Ordnungssetzung die Rede ist, impliziert dies daher keine

---

<sup>7</sup> Auch formale Regeln (wie Nutzungsbedingungen oder Branchenstandards), informelle Praktiken (wie *community*-Standards), ethische Leitlinien und gemeinsame Wertvorstellungen spielen eine wichtige Rolle (siehe JOHANNES KÖNDGEN, Privatisierung des Rechts – Private Governance zwischen Deregulierung und Rekonstitutionalisierung, AcP 2006, 508 ff.). Insgesamt zur Beschreibung von *private governance* siehe EDWARD P. STRINGHAM, Private Governance: Creating Order in Economic and Social Life, Oxford/New York 2015; zur *contract governance* siehe KARL RIESENHUBER/FLORIAN MÖSLEIN, Contract Governance – Skizze einer Forschungsperspektive, in: Karl Riesenhuber (Hrsg.), Perspektiven des Europäischen Schuldvertragsrechts, Berlin/Boston 2008.

<sup>8</sup> In Abgrenzung zum Begriff der Technologie (FN 2) bezieht sich der Begriff der Technik auf einen (diffusen) Technologiebegriff, indem damit meist konkrete Anwendungen bezeichnet werden. Als Bereich umfasst Technik eine Vielzahl von Technologien. Dazu ZECH/MÜLLER (FN 4), Sicherheit & Recht 2019, 73 f.

<sup>9</sup> Zum Technikrecht als Querschnittsmaterie siehe ZECH/MÜLLER (FN 4), Sicherheit & Recht 2019.

<sup>10</sup> Zu den Grundfragen der Koordination von Privatrecht und öffentlichem Recht und einem historischen Rückblick auf die Entwicklung und Veränderung der Dichotomie und zur Annäherung des Privatrechts an das öffentliche Recht siehe SUSAN EMMENEGGER, Bank-organisationsrecht als Koordinationsaufgabe, Grundlinien einer Dogmatik der Verhältnisbestimmung zwischen Aufsichtsrecht und Aktienrecht, Bern 2004, 7 ff., 18 f. Zum sozialen Privatrecht siehe u.a. EIKE SCHMIDT, Von der Privat- zur Sozialautonomie, JZ 1980, 153 ff.

eindeutige Zuordnung zum öffentlichen Recht oder Privatrecht, sondern verweist auf normative Steuerung, die von privaten Akteuren ausgeht.<sup>11</sup>

Im Kontext der Technologieregulierung weist *private governance* zudem folgende Merkmale auf: Sie unterliegt einem kontinuierlichen Wandel, der nicht nur durch rechtliche Rahmenbedingungen, sondern auch durch technologische Entwicklungen, gesellschaftliche Erwartungen und öffentliche Diskurse geprägt ist. Diese internen und externen Aushandlungsprozesse involvieren eine Vielzahl von Akteuren – darunter Nutzer, vertragsverhandelnde Parteien sowie staatliche Behörden – in die Regelbildung und tragen dazu bei, die Legitimität, Anwendbarkeit und Angemessenheit der Normierung fortlaufend zu hinterfragen und weiterzuentwickeln. Darüber hinaus vollzieht sich *private governance* im Bereich neuer Technologien typischerweise in einem globalen Kontext, da Technologieentwicklungen und -anwendungen selten an national-staatlichen Grenzen Halt machen.<sup>12</sup>

### C. Anschauungsbeispiel

In diesem Beitrag wird der normative Stellenwert der *private governance* bei der Steuerung von Technologien anhand von CRISPR/Cas9 – einer bahnbrechenden Entdeckung in der Biotechnologie – untersucht. CRISPR/Cas9<sup>13</sup> ist ein gentechnisches Werkzeug, das genetisches Material einfach, präzise und kostengünstig verändern kann und sich an allen Zelltypen einsetzen lässt, die über DNA verfügen, also im Erbgut von Tieren, Menschen und Pflanzen.<sup>14</sup> Diese Technologie wurde aufgrund von drei Charakteristika ausgewählt. Diese verdeutlichen die komplexen Herausforderungen der rechtlichen Techno-

---

<sup>11</sup> Das mangelnde Verständnis dafür, dass Rechtsnormen von Privaten gesetzt werden können, führt KÖNDGEN auf den immer noch vorherrschenden positivistischen staatsrechtlichen Rechtsbegriff zurück, der nach Max Weber mit einer strikten Trennung von Rechtsnormen und gesellschaftlichen Normen korrespondiert. Siehe dazu JOHANNES KÖNDGEN (FN 7), AcP 2006, 524.

<sup>12</sup> Im Kontext des Modellmarkts, siehe NOËMIE BECK-SCHÄR, Die Schutzfähigkeit von Machine Learning Modellen – Überlegungen zur Schnittstelle von Recht und Technologie, Zürich 2025, 279 ff.

<sup>13</sup> Das Akronym «CRISPR» steht für *Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeats*. «Cas9» bedeutet CRISPR-associated protein 9.

<sup>14</sup> Für eine detaillierte Beschreibung der molekularen Mechanismen siehe beispielsweise TRANSPARENZ GENTECHNIK, CRISPR/Cas (Gen-Schere), Internet: <https://www.transgen.de/lexikon/1845.crispr-cas.html> (Abruf 15.03.2025).

logiesteuerung und lassen die Bedeutung der Frage erkennen, wie und von wem<sup>15</sup> diese bewältigt werden.

## **1. Erstes Charakteristikum: Vielzahl der Anwendungsmöglichkeiten und diverse normative Positionen**

CRISPR/Cas9 umfasst eine Vielzahl von Anwendungsgebieten wie Keimbahneditierung (III.A.), Pflanzenzucht (III.B.) und medizinisch therapeutische Anwendungen (III.C.), die durch unterschiedliche Potenziale und normative Positionen geprägt sind.<sup>16</sup>

## **2. Zweites Charakteristikum: Kollaborationen in Forschung und Entwicklung**

Die Grundlagenforschung zu CRISPR/Cas9 ist in einem kollaborativen Umfeld entstanden<sup>17</sup> und wird in einem stark vernetzten öffentlich-privaten Ökosystem weiterentwickelt, in dem Universitäten, *start-ups* und grosse Unternehmen eng zusammenarbeiten.<sup>18</sup> Die Entstehungsgeschichte in diesem Ökosystem erklärt die zentrale Rolle, die Kollaborationen zwischen den Akteuren bei der Technologieentwicklung und -steuerung zukommen.

---

<sup>15</sup> Neben der Unterscheidung zwischen staatlicher Regulierung und *private governance* sind zahlreiche weitere Kriterien des «wie» und «von wem» der Technologiesteuerung zu beachten, wie beispielsweise die nationale oder internationale Regelung.

<sup>16</sup> Das Expertengremium der WHO zur Genomeditierung beim Menschen betont die Notwendigkeit, nicht nur den potenziellen Nutzen der Genomtechnologie zu maximieren, sondern auch deren potenziellen Schaden zu minimieren. Siehe dazu WHO-EXPERTENBEIRAT, Human Genome Editing: Empfehlungen, Entwicklung globaler Standards für die Steuerung und Überwachung der Bearbeitung des menschlichen Genoms, 12.07.2021, 4.

<sup>17</sup> JON COHEN, How the Battle Lines Over CRISPR Were Drawn, Science News vom 15.02.2017, Internet: <https://www.science.org/content/article/how-battle-lines-over-crispr-were-drawn> (Abruf 15.03.2025).

<sup>18</sup> RAMI M. MAJOR et al., The public-private research ecosystem in the genome era, iScience 2024; JACOB S. SHERKOW, Patent protection for CRISPR: an ELSI review, JLB 2017, 574 f.

### **3. Drittes Charakteristikum: Machtposition der Patentinhaber**

Die CRISPR/Cas9-Grundlagentechnologie wird im Wesentlichen von zwei Inhabern gehalten, dem CVC-Cluster<sup>19</sup> und dem MIT/Broad-Cluster<sup>20</sup>. Aufgrund sich überschneidender Patente sind die beiden Patentinhaber der CRISPR-Technologie seit mehreren Jahren in Patentstreitigkeiten in verschiedenen Gerichtsbarkeiten verwickelt.<sup>21</sup> Eine Analyse der Lizenzvereinbarungen für die CRISPR/Cas9-Patente zeigt, dass alle Lizenzen für die therapeutische Anwendung (III.C.) fast immer als ausschliessliche Lizenzen vergeben worden sind.<sup>22</sup> Die Patentlandschaft von CRISPR/Cas9 und die Exklusivlizenzen im therapeutischen Bereich verdeutlichen die Macht der Patentinhaber, die es ihnen erlaubt, den Zugang zur Technologie und deren Weiterentwicklung zu kontrollieren und normative Standards zu setzen.

## **D. These und Fragestellungen**

Der Beitrag geht von der Annahme aus, dass die Steuerung technologischer Entwicklungen – ergänzend zur staatlichen Technologieregulierung – massgeblich durch *private governance* geprägt ist.<sup>23</sup> Es soll untersucht werden, inwieweit *private governance* in der Lage ist, Verhaltensweisen zu lenken, um gesellschaftliche Wertvorstellungen in die Entwicklung und Anwendung neuer Technologien einzubringen und ethische Massstäbe zu setzen.

---

<sup>19</sup> Das CVC-Cluster besteht aus Emmanuelle Charpentier, der University of California und der Universität Wien.

<sup>20</sup> Das MIT/Broad-Cluster besteht aus dem Massachusetts General Hospital, der Duke University und dem Broad Institute, einer Kooperation zwischen der Harvard University und dem MIT. Ebenfalls Patente angemeldet haben die Universität Vilnius, Toolgen und Sigma Aldrich.

<sup>21</sup> ULRICH STORZ, The CRISPR Cas patent files, part 1: Cas9 – Where to we stand at the 10 year halftime? Journal of Biotechnology 2024, 46 ff.; ALFRED FRÜH et al., Der Streit um die CRISPR-Cas9-Grundlagenpatente, Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht sic! 2023, 310 ff.

<sup>22</sup> JORGE L. CONTRERAS/JACOB S. SHERKOW, CRISPR, surrogate licensing, and scientific discovery, Science 2017, 699 f.; ERIK BOEHM/EMMANUELLE FLATT/FABIEN PALAZZOLI, CRISPR technology: Patent & License landscapes. Internet: [https://www.ige.ch/fileadmin/user\\_upload/recht/national/e/20231388\\_IPI\\_CRISPR\\_Patent\\_License\\_Landscape\\_revised\\_Final\\_16\\_02\\_24.pdf](https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/recht/national/e/20231388_IPI_CRISPR_Patent_License_Landscape_revised_Final_16_02_24.pdf) (Abruf 21.06.2025).

<sup>23</sup> ZECH/MÜLLER (FN 4), Sicherheit & Recht 2019, 75, halten fest: «Eine rein technologie-rechtliche Regelung kann zwar durch staatliches Recht erfolgen, kann aber ebenso gut in privater Normierung oder wissenschaftlicher Gesetzlichkeit begründet sein.»

Zur Untersuchung dieser Annahme und zur Einordnung der normativen Funktion von *private governance* im Kontext von CRISPR/Cas9 werden im Folgenden zwei zentrale Fragen untersucht:

- Inwieweit erweist sich *private governance* als wirksam, um die Entwicklung und Anwendung von CRISPR/Cas9 in ethisch oder gesellschaftlich kontroversen Bereichen zu verhindern oder einzuschränken (IV.A.)?
- Inwieweit erweist sich *private governance* als wirksam, um einen breiten und innovationsfördernden Zugang zu CRISPR/Cas9-Technologien zu ermöglichen (IV.C.)?

### **III. CRISPR/Cas9 – eine Technologie im Spannungsfeld von Innovation und Ethik**

#### **A. Keimbahneingriffe**

Die Genomeditierung der menschlichen Keimbahn bietet eine Reihe vielversprechender Vorteile<sup>24</sup>, wirft aber auch grundlegende ethische Fragen auf. Anders als bei der Genomeditierung von ausdifferenzierten Körperzellen (III.C.) – wird bei der Keimbahneditierung das veränderte Genom an alle Zellen und somit auch an alle Folgegenerationen weitervererbt.<sup>25</sup>

Die ethischen Kontroversen um die Keimbahneditierung beziehen sich auf verschiedene normative Aspekte, die unterschiedlich bewertet werden.<sup>26</sup> Hinsichtlich des technologiebezogenen Risikos wird diskutiert, ob CRISPR/Cas9 ein geeignetes Werkzeug für die Genomeditierung an menschlichen

---

<sup>24</sup> DIETER EGLI, Rede zu «Changing and exchanging genomes in the human embryo» am Workshop «The Technology and Ethics of CRISPR» vom 5. März 2024, in: FRANZISKA BÄCHLER/ANINA MEIER, An assessment of the current state of interdisciplinary CRISPR research – Report based on the workshop: The Technology and Ethics of CRISPR, H2R Working Paper 2024, 14 f.

<sup>25</sup> ALESSIA COSTA et al., UK citizens' jury on genome editing. Handbook. Internet: [https://www.wellcomeconnectingscience.org/wp-content/uploads/2023/07/UKCitizensJuryHandbook\\_20220830\\_website-version.pdf](https://www.wellcomeconnectingscience.org/wp-content/uploads/2023/07/UKCitizensJuryHandbook_20220830_website-version.pdf) (Abruf 13.06.2025).

<sup>26</sup> Umfassend zur ethischen Kontroverse der Keimbahneditierung siehe DARREN BRADDICK/RINA FANNY RAMAROHETRA, Emergent challenges for CRISPR: biosafety, biosecurity, patenting, and regulatory issues, in: Vijai Singh/Pawan K. Dhar (Hrsg.), Genome Engineering via CRISPR-Cas9 System, London/Cambridge, MA 2020, 284 ff.; NATACHA TANG, Governance of Heritable Genome Editing – Developing a Regulatory Framework for a Transformative Technology, H2R Working Paper 2023; aus strafrechtlicher Sicht siehe BIJAN FATEH-MOGHADAM, Genome Editing als strafrechtliches Grundlagenproblem, medstra 2017, 147 ff.

Embryonen darstellt, oder ob die embryonale Geneditierung zu genetischen Anomalien führt.<sup>27</sup> Ein weiterer Aspekt betrifft die Frage, ob die Genomeditierung der Keimbahn einen Eingriff in die Evolution, oder – je nach religiöser Überzeugung – in den Schöpfungsplan darstellt.<sup>28</sup> Im Hinblick auf zukünftige Generationen wird die Frage diskutiert, ob sie ein Recht auf ein unverändertes Genom haben.<sup>29</sup>

Die sozialethische Diskussion um eine zu respektierende Akzeptanz von therapeutisch vermeidbaren Krankheiten und Behinderungen, die durch Genomeditierung verhindert werden könnten, entstammt der *disability justice* Bewegung<sup>30</sup>. Diese weist auf die Gefahr hin, dass Geneditierungstechnologien für eugenische Praktiken («neue Eugenik») missbraucht werden könnten.<sup>31</sup>

Die Einwände gegen die Nutzung der Keimbahneditierung zu nicht-therapeutischen Zwecken, wie z.B. zur Steigerung der Leistungsfähigkeit oder Intelligenz («*enhancement*» oder «*Gendoping*») sind in einem weiteren normativen Cluster zu verorten.<sup>32</sup> Dies gilt auch für Argumente, die aus der nor-

---

<sup>27</sup> BÄCHLER/MEIER (FN 24), H2R Working Paper 2024, 9 und 11; SHAI CARMI/HENRY T. GREELY/KEVIN J. MICHELL, *Embryo editing for disease is unsafe and unproven*, Nature 2025, 554 ff.; FATEH-MOGHADAM (FN 26), medstra 2017, 152 ff.

<sup>28</sup> MICHAEL COORS, *Genetische Keimbahn eingriffe beim Menschen – Theologisch-ethische Perspektiven auf die Erforschung des Genome Editing der menschlichen Keimbahn*, in: Marco Hofheinz/Cornelia Johnsdorf (Hrsg.), *The Grand International Challenges. Theologisch-ethische Perspektiven*, Stuttgart 2021, 205 ff.

<sup>29</sup> TANG (FN 26), H2R Working Paper 2023, 5 ff.; ANJA KARNEIN, *Zukünftige Personen – Eine Theorie des ungeborenen Lebens von der Künstlichen Befruchtung bis zur genetischen Manipulation*, Berlin 2013; aus strafrechtlicher Sicht: FATEH-MOGHADAM (FN 26), medstra 2017, 152 f.

<sup>30</sup> Die sozialethische Diskussion um eine zu respektierende Akzeptanz von therapeutisch vermeidbaren Krankheiten und Behinderungen, die durch Genomeditierung verhindert werden könnten, entstammt der *disability justice* Bewegung.

<sup>31</sup> AGNES KANDLBINDER, *A critical view on using «life not worth living» in the bioethics of assisted reproduction*, Medicine, Health Care and Philosophy 2024, 189 ff.; TANG (FN 26), H2R Working Paper 2023, 5 und 11 ff.

<sup>32</sup> ANETTA BRECZKO, *Human Enhancement in the Context of Disability*, Bialystok Legal Studies 2021, 95 ff.; GUIDO GORGONI, *Responsible Research and Innovation and the Governance of Human Enhancement*, NanoEthics 2018, 257 ff.; SIMONE ARNALDI, *Responsibility and Human Enhancement*, NanoEthics 2018, 251 ff.

matischen Position der sozialen Verteilgerechtigkeit gegen die Keimbahneditierung angeführt werden.<sup>33</sup>

Die vielseitigen ethischen Bedenken erklären, weshalb die klinische Anwendung der Genomeditierung in der Keimbahn in keinem Land erlaubt ist, in dem die technischen Kapazitäten und die Expertise für deren Durchführung vorhanden wären.<sup>34</sup> Entsprechend gibt es weltweit keine Zulassungen von klinischen Studien zur Keimbahneditierung. Demgegenüber unterscheiden sich die rechtlichen Rahmenbedingungen verschiedener Länder hinsichtlich der Zulässigkeit von Keimbahneditierung zu Forschungszwecken. Gewisse Länder erlauben diese mit Einschränkungen (z. B. innerhalb einer 14-Tage-Frist).<sup>35</sup> In der Schweiz sind sämtliche Formen der Keimbahnbearbeitung beim Menschen durch eine Verfassungsnorm verboten (Art. 119 Abs. 2 lit. a BV).<sup>36</sup>

## B. Landwirtschaft

In der Landwirtschaft kommen CRISPR-Anwendungen bereits heute vielseitig zum Einsatz. Sie werden genutzt, um Nutzpflanzen zu züchten, die widerstandsfähiger gegen Trockenheit, Hitze oder Schädlinge sind oder einen höheren Nährstoffgehalt aufweisen. Darüber hinaus werden sie für die Züchtung von Nutztieren eingesetzt.<sup>37</sup> Damit trägt die Technologie dazu bei, die landwirtschaftlichen Erträge zu steigern, den Einsatz von Pestiziden und die Emission klimaschädlicher Stoffe zu reduzieren und den Hunger in der Welt

---

<sup>33</sup> BARRY COLLER, Ethics of Human Genome Editing, *Annual Review of Medicine* 70 (2019), 289 ff. FRANÇOISE BAYLIS/MARCY DARNOVSKY/KATIE HASSON/TIMOTHY M. KRAHN, Human Germline and Heritable Genome Editing: The Global Policy Landscape, *The CRISPR Journal* 2020, 365 ff.

<sup>34</sup> Siehe dazu DAVID BARRETT et al., International Call for a 10-Year Moratorium on Heritable Human Genome Editing, A multi-stakeholder initiative to ensure safe and responsible use of genetic technologies May 2025, *Cytotherapy* 2025, 1 ff.

<sup>35</sup> ANDREA BÜCHLER/MARIE-HÉLÈNE PETER-SPIESS, Human Germline Editing: Legal Framework in Switzerland and Abroad, *Life Science Recht* 2022, 251 ff.

<sup>36</sup> Art. 119 Abs. 2 lit. a BV: «Alle Arten des Klonens und Eingriffe in das Erbgut menschlicher Keimzellen und Embryonen sind unzulässig.» Siehe auch Art. 35 Abs. 1 FMedG, Art. 3 Abs. 1 lit. b StFG und Art. 13 Übereinkommen vom 19. November 1996 zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin (Biomedizinkonvention, Oviedo Konvention, SR 0.810.2).

<sup>37</sup> AYTUG TUNCER/PAN CHANGTIAN/JOSUA S. CLEM et al., CRISPR – Cas applications in agriculture and plant research, *nature reviews molecular cell biology* 2025, 419 ff.

zu bekämpfen.<sup>38</sup> Der Einsatz der Gentechnik in der Landwirtschaft wird jedoch auch mit Risiken in Verbindung gebracht. Im Vordergrund steht dabei die Möglichkeit unbeabsichtigter Mutationen, die unvorhersehbare Auswirkungen auf die Ökosysteme und die Biodiversität haben könnten, und mögliche Risiken für die menschliche Gesundheit bergen.<sup>39</sup> Ein spezifisches Risiko liegt im sog. *gene drive*-Potenzial der Technologie, d.h. der Möglichkeit, dass sich die Technologie selbst ausbreitet und die Vererbung der Pflanzenart verändert. *Gene drives* können zum Aussterben eines Organismus führen und stellen damit Risiken für die biologische Sicherheit und die Biodiversität dar. Gentechnisch veränderte Nutzpflanzen, die keine fruchtbaren Samen produzieren («steriles Saatgut»), würden Landwirte zwingen, jedes Jahr neues Saatgut zu kaufen.<sup>40</sup> Die Abwägung zwischen Chancen und Risiken neuer gentechnologischer Verfahren prägt auch den derzeitigen Gesetzgebungsprozess zur Revision des Gentechnikgesetzes.<sup>41</sup>

---

<sup>38</sup> Ziel 2 der 17 Nachhaltigkeitsziele der UN lautet: «Den Hunger beenden, Ernährungssicherheit und eine bessere Ernährung erreichen und eine nachhaltige Landwirtschaft fördern». Zum Einsatz der CRISPR-Cas9 Technologie im Agrarbereich siehe INNOVATIVE GENOMICS INSTITUTE, Climate and Sustainable Agriculture. Internet: <https://innovativegenomics.org/news/crispr-agriculture-2022/> und <https://innovativegenomics.org/programs/sustainable-agriculture/> (Abruf 15.03.2025).

<sup>39</sup> CHRISTOPH ERRASS, Genome Editing und kein Ende, Jusletter vom 22.02.2021, 10 f.; ZAÏRA ZIHLMANN, Gegenwärtige und zukünftige Regulierung von Genome Editing in der Pflanzenzüchtung, Sicherheit & Recht 2019, 157 f.

<sup>40</sup> Die UN-Konvention über die biologische Vielfalt empfiehlt, kein steriles Saatgut zu entwickeln. Dazu KENNETH A. OYE et al., Biotechnology. Regulating gene drives, Science 2014, 626 ff.; COMMITTEE ON GENE DRIVE RESEARCH IN NON-HUMAN ORGANISMS, Recommendations for Responsible Conduct; Board on Life Sciences; Division on Earth and Life Studies; National Academies of Sciences, Engineering, and Medicine. Gene Drives on the Horizon: Advancing Science, Navigating Uncertainty, and Aligning Research with Public Values. Washington, DC 2016; ANNA DEZPLAZES ZEMP/François LEFORT/PIE MÜLLER/JÖRG ROMEIS. Gene drives: benefits, risks, and possible applications, Swiss Academics Factsheets 2020, 1 ff.

<sup>41</sup> Bundesgesetz über die Gentechnik im Ausserhumanbereich vom 21. März 2003 (Gentechnikgesetz, GTG, SR 814.91); vgl. zur aktuellen Verlängerung des bestehenden Gentechnik-Moratoriums: Parlamentarische Initiative 24.443 vom 06.09.2024 in BBl 2025 412, AB 2025 S 726, AB 2025 N 1300, AB 2025 S 457, AB 2025 N 139.

## C. Therapeutische Anwendungen

In der Humanmedizin verspricht die CRISPR-Technologie, die Behandlung genetisch bedingter Krankheiten, sowohl monogenetischen<sup>42</sup> als auch polygenetischen Ursprungs, zu revolutionieren.<sup>43</sup> Die Vision besteht darin, Hunderte von Krankheiten, die mit herkömmlichen Therapien nicht oder nur schwer behandelbar sind, mit einem einzigen therapeutischen Akt zu behandeln und die betroffenen Patienten zu heilen.<sup>44</sup> Ende 2023/Anfang 2024 hat die weltweit erste CRISPR-basierte Therapie die Versuchsphase verlassen und wurde von zahlreichen Gesundheitsbehörden unter der Marke Casgevy® für die Anwendung bei Patienten mit schwerer Sichelzellanämie oder transfusionsbedürftiger β-Thalassämie zugelassen.<sup>45</sup> Im Mai 2025 wurde erstmals eine seltene Stoffwechselstörung mit einer CRISPR-basierten Therapie personalisiert behandelt.<sup>46</sup> Die Entwicklung der CRISPR/Cas9-Technologie zeigt damit ein eindrückliches Tempo, da die ersten Marktzulassungen schon gut zehn Jahre nach der ersten Veröffentlichung über die mögliche Anwendung von CRISPR zur Genom-Editierung kamen.<sup>47</sup> Neben diesem ersten Markteintritt eines CRISPR-basierten Medikaments gibt es mehr als 150 klinische Studien, die

---

<sup>42</sup> Monogenetische Erkrankungen sind genetische Störungen, die durch Mutationen in einem einzelnen Gen verursacht werden. Beispiele für solche seltene monogenetische Erkrankungen sind Muskeldystrophie oder Sichelzellanämie.

<sup>43</sup> Bei polygenetischen Krankheiten wie Diabetes, Herzkrankheiten, Demenz, Infektionskrankheiten und Krebs handelt es sich um häufige Krankheiten. Sie werden durch mehrere Gene verursacht.

<sup>44</sup> Zum Einsatz der CRISPR-Cas9 Technologie im Humanmedizinbereich siehe INNOVATIVE GENOMICS INSTITUTE, Human Health. Internet: <https://innovativegenomics.org/programs/human-health/> (Abruf 15.03.2025).

<sup>45</sup> Z.B. GINA KOLATA, Sickle-Cell Treatment Created With Gene Editing Wins U.K. Approval, New York Times vom 16.11.2023. Internet: <https://www.nytimes.com/2023/11/16/health/casgevy-sickle-cell-crispr.html> (Abruf 15.03.2025); FDA Approves First Gene Therapies to Treat Patients with Sickle Cell Disease, FDA News Release vom 08.12.2023, Internet: <https://www.fda.gov/news-events/press-announcements/fda-approves-first-gene-therapies-treat-patients-sickle-cell-disease> (Abruf 15.03.2025).

<sup>46</sup> HEIDI LEDFORD, World's first personalized CRISPR therapy given to baby with genetic disease, nature news vom 15.05.2025. Internet: [www.nature.com/articles/d41586-025-01496-z#:~:text=A%20baby%20boy%20with%20a%20devastating%20genetic%20disease,designed%20to%20correct%20his%20specific%20disease-causing%20mutation%201](http://www.nature.com/articles/d41586-025-01496-z#:~:text=A%20baby%20boy%20with%20a%20devastating%20genetic%20disease,designed%20to%20correct%20his%20specific%20disease-causing%20mutation%201) (Abruf 23.06.2025).

<sup>47</sup> MARTIN JINEK/KRZYSZTOF CHYLINSKI/INES FONFARA, A Programmable Dual-RNA–Guided DNA Endonuclease in Adaptive Bacterial Immunity, Science 2012, 816 ff.

derzeit mit CRISPR und neuen CRISPR-basierten Geneditierungsmodalitäten<sup>48</sup> durchgeführt werden.<sup>49</sup>

Seit mit Casgevy® die Sichelzellanämie heilbar geworden ist, wirft der Zugang zu CRISPR-basierten Therapien Fragen der gerechten Verteilung auf. Dabei tritt das altbekannte Problem der global ungleichen medizinischen Versorgung in akzentuierter Form in den Fokus, denn etwa 75 % der rund 6 Mio. Menschen mit Sichelzellenanämie leben in armen Ländern südlich der Sahara. Diese Länder sind mit den hohen Preisen und der medizintechnischen Logistik der Gentherapie überfordert.<sup>50</sup>

#### IV. Dualer Regelungskontext

Ausgehend von der doppelten Zielsetzung der Technologieregulierung – der Förderung technologischer Innovationen einerseits und der Steuerung gesellschaftlicher Risiken andererseits (I.) – wird im Folgenden untersucht, welche Rolle der *private governance* bei der Verwirklichung eines verantwortungsvollen Umgangs mit neuen Technologien zukommt.

Die Analyse orientiert sich an den Fragestellungen (II.D.) und gliedert sich entsprechend in zwei Perspektiven: Zunächst wird die Begrenzung ethisch umstrittener Anwendungen (IV.A.), anschliessend die Ermöglichung eines breiten und innovationsfördernden Zugangs zu Technologien (IV.B.) besprochen.

---

<sup>48</sup> Dazu gehören u.a. *base editing* und *prime editing*. Siehe dazu TRANSPARENZ GENTECHNIK, Prime Editing. Internet: <https://www.transgen.de/lexikon/2778.prime-editing.html> (Abruf 15.03.2025).

<sup>49</sup> HOPE HENDERSON, CRISPR Clinical Trials: A 2024 Update, Innovative Genomics Institute News vom 13.03.2024. Internet: <https://innovativegenomics.org/news/crispr-clinical-trials-2024/> (Abruf 15.03.2025).

<sup>50</sup> Die Kosten für eine einzige Casgevy®-Behandlung belaufen sich auf 2,2 Mio. USD. Die Gentherapie des Konkurrenten Bluebird Bio, Inc. (Markenname Lyfgenia™) zur Behandlung derselben Indikationen kostet 3,1 Mio. USD. Die Gentherapie zur Behandlung von Kindern mit metachromatische Leukodystrophie, einer äusserst seltenen Erkrankung, ist mit 4,25 Mio. USD das teuerste, jemals entwickelte Medikament.

## A. Instrument zur Begrenzung ethisch umstrittener Anwendungen

Im Kontext gesellschaftlich sensibler Technologieanwendungen wie der Geneditierung der menschlichen Keimbahn (III.A.) stellt sich die Frage, ob *private governance* einen wirksamen Beitrag zur Begrenzung ethisch umstrittener Anwendungen leisten kann (II.D.). Zur Beantwortung dieser Frage, ist das in der Fachliteratur als «ethische Lizenzen» bezeichnete Instrument zu analysieren, und insbesondere seine normative Legitimation zu bewerten.

### 1. «Ethische Lizenzen»

In der vorwiegend englischsprachigen Literatur wird unter dem Begriff der «*ethical licenses*» das Phänomen beschrieben, dass die Parteien von Lizenzverträgen gezielte Verwertungsverbote vereinbaren.<sup>51</sup> Diese betreffen insbesondere Nutzungsformen, die als ethisch problematisch oder gesellschaftlich unerwünscht gelten. Im Fall von CRISPR/Cas9 sind entsprechende Nutzungsbeschränkungen sowohl im landwirtschaftlichen (III.B.) und humanmedizinischen Bereich (III.A., III.C.) bekannt.

Im Bereich der Landwirtschaft sieht der 2017 geschlossene Lizenzvertrag zwischen dem Broad Institute/MIT und Monsanto vor, dass Monsanto die lizenzierten CRISPR-Patente zwar für agrartechnische Zwecke – etwa zur Entwicklung durreresistenter oder nährstoffreicher Pflanzen – nutzen darf, sich jedoch vertraglich verpflichtet, bestimmte andere Forschungsvorhaben nicht durchzuführen. Als «unethisch» und ausgeschlossen gelten dabei: (i) die Durchführung von *gene drives* (III.B.), (ii) die Herstellung von steriles Saatgut (III.B.) und (iii) die Vermarktung von Tabakprodukten.<sup>52</sup>

Im Humanbereich enthält der 2014 zwischen dem Broad Institute/MIT und Editas Medicine geschlossene Lizenzvertrag für präventive und therapeutische Anwendungen von CRISPR/Cas9 ebenfalls ausdrückliche Nutzungsaus-

---

<sup>51</sup> ANDREAS PANAGOPOULOS/KATERINA SIDERI, Prospect patents and CRIRPS; rivalry and ethical licensing in a semi-commons environment, *JLB* 2021, 1 ff.; CHRISTI GUERRINI/MARGARET CURNETTE/JACOB S. SHERKOW, The Rise of the Ethical License, *Nature Biotechnology* 2017, 22 ff.

<sup>52</sup> SHARON BEGLEY, STAT News vom 22. September 2016. Internet: <https://www.statnews.com/2016/09/22/monsanto-licenses-crispr/> (Abruf 15.03.2025); BROAD INSTITUTE, Licensing CRISPR for Agriculture: Policy considerations. Internet: <https://www.broadinstitute.org/news/licensing-crispr-agriculture-policy-considerations> (Abruf 15.03.2025).

schlüsse. So verpflichtete sich Editas Medicine vertraglich, die Technologie nicht zur Veränderung menschlicher Keimzellen oder Embryonen einzusetzen. Ebenso untersagt ist der Einsatz der Technologie zur Gewinnung tierischer Zellen, die für die Herstellung oder Vermarktung von transplantierbaren Organen beim Menschen genutzt werden können.<sup>53</sup>

## 2. Normatives Potenzial privatautonomer Nutzungsbegrenzungen

### a. Interimsfunktion

Die Entwicklung von CRISPR/Cas9 veranschaulicht eindrucksvoll die Geschwindigkeit biotechnologischer Innovationszyklen (III.C.). Neue Anwendungen entstehen und evolvieren oft in komplexen Ökosystemen, geprägt durch enge Kooperationen zwischen zahlreichen Akteuren (II.C.2.). Diese Dynamik erschwert es staatlichen Akteuren, rechtzeitig regulatorische Rahmenbedingungen zu schaffen.<sup>54</sup>

Zudem sind neue Technologien oft gesellschaftlich umstritten. Die politische Aushandlung normativer Positionen gestaltet sich insbesondere bei Technologien mit transformativem Potenzial langwierig und kontrovers.<sup>55</sup> Die Diskussionen um die Moratorien und ihre Verlängerungen für die Genomedi-

---

<sup>53</sup> GUERRINI/CURNETTE/SHERKOW (FN 50), *Nature Biotechnology* 2017, 23; Editas Medicine, Inc. Securities and Exchange Commission Form S-1, amend. 1, 2016. Internet: <https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1650664/000162828024007660/editass-3asrfebruary2024.htm> (Abruf 23.06.2025).

<sup>54</sup> Zu den besonderen Herausforderungen der rechtlichen Techniksteuerung, insbesondere zur Generierung und Nutzbarmachung von Risikoinformation und Information über Chancen neuer Technologien siehe ZECH (FN 4), 45 ff.

<sup>55</sup> Transformative Technologien sind Technologien, bei denen die normative Bewertung uneindeutig ist und die das Potenzial haben, gesellschaftliche Wertvorstellungen zu verändern. Siehe dazu ZECH (FN 4), 60; BIJAN FATEH-MOGHADAM/HERBERT ZECH, Einführung, in: Bijan Fateh-Moghadam/Herbert Zech (Hrsg.), *Transformative Technologien – Wechselwirkungen zwischen technischem und rechtlichem Wandel*, Baden-Baden 2021, 7 f.

tierung stehen programmatisch für diese Ambiguität der normativen Bewertung der Genomeditierungstechnologie.<sup>56</sup>

In solchen Konstellationen übernimmt *private governance* eine Interimsfunktion. Als privatautonomes Instrument erlaubt sie – etwa durch «ethische Lizenzen» (IV.B.1.) – eine unmittelbare Begrenzung besonders sensibler Anwendungen, bevor staatliche Regulierungen greifen. Diese Regelungskapazität gewinnt mit wachsender technologischer Dynamik an Bedeutung. Sie ermöglicht flexible, zeitnahe Reaktionen auf normative Herausforderungen – dort, wo die politische Entscheidungsfindung (noch) ausbleibt.<sup>57</sup> Entsprechend dieser Einsicht besteht in Bezug auf die CRISPR/Cas9 Technologie Einigkeit darüber, dass ein effektiver regulatorischer Rahmen nicht nur rechtliche Normen und institutionelle Vorgaben erfordert, sondern auch gemeinsame Anstrengungen öffentlicher und privater Akteure. So wurde wiederholt die Notwendigkeit eines internationalen Vorgehens betont, bei dem öffentliche Akteure und CRISPR-Patentinhaber das Potenzial für die Aushandlung geeigneter Lizenzvereinbarungen im Bereich der CRISPR-Technologie prüfen. Bisher wurden jedoch keine koordinierten Anstrengungen in diese Richtung unternommen.<sup>58</sup>

<sup>56</sup> Hinsichtlich der Genomeditierung in der Keimbahn siehe R. JEAN CADIGAN et al., Human heritable genome editing and its governance: views of scientists and governance professionals, *New Genetics and Society* 2024; ANTONIO REGALADO, Beyond gene-edited babies: the possible paths for tinkering with human evolution, *MIT Tech Review* 2024; FRANÇOISE BAYLIS, Human genome editing: Our future belongs to all of us, *Issues in Science and Technology* 35 (2019). Betreffend die Anwendung der Genomeditierungstechnologie in der Pflanzenzucht siehe UVEK, Regulierung der Gentechnik im Ausserhumanbereich, Bern 2023; MATTHIAS MAHLMANN, Rechtsgutachten. Parameter der rechtlichen Regulierung der Genom-Editierung in der Schweiz und in Europa, Zürich 2022; BENNO VOGEL, Neue Pflanzenzuchtverfahren Grundlagen für die Klärung offener Fragen bei der rechtlichen Regulierung neuer Pflanzenzuchtverfahren, Im Auftrag des BAFU, Zürich 2012; PETER HETTICH/ SIMONE WALTHER, Schutz (vor) der Gentechnologie: Plädoyer für einen Perspektivenwechsel, in: Franco Lorandi/Daniel Staehelin (Hrsg.), *Innovatives Recht: Festschrift für Ivo Schwander*, Zürich 2011, 65 ff.

<sup>57</sup> ANDREAS ABEgg, Die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts – ein Beitrag zur Geschichte und Funktion der Vertragsfreiheit, Diss. Zürich 2004, 14 f.; KÖNDGEN (FN 7), AcP 2006, 525, wonach *private governance* «eine Antwort auf Politik-, Staats- und Rechtsversagen» ist.

<sup>58</sup> Bei der Suche nach geeigneten Lizenzierungsformen empfiehlt die WHO, mit anderen internationalen Organisationen wie der WIPO, der WTO und den Inhabern von CRISPR-Patenten zusammenzuarbeiten. Siehe dazu WHO-EXPERTENBEIRAT (FN 16), 15; NATIONAL ACADEMIES OF SCIENCES, ENGINEERING, AND MEDICINE, Continuing the global discussion. Internet: <https://nap.nationalacademies.org/read/25343/chapter/1> (Abruf 15.03.2025); DUNCAN MATTHEWS et al., The Role of Patents and Licensing of Human Genome Editing: A White Paper, Queen Mary Law Research Paper 364 (2021), 49 f.

b. Legitimationsproblem

So wertvoll die Interimsfunktion von ethischen Lizenzen erscheinen mag, so umstritten ist ihre normative Legitimität. Denn während staatliche Regulierung im demokratischen Prozess ausgehandelt wird, treffen im Rahmen von «ethischen Lizenzen» private Akteure, konkret die Patentinhaber, weitreichende normative Entscheidungen.<sup>59</sup> Sie legen fest, welche Technologieanwendungen als gesellschaftlich akzeptabel gelten und welche ausgeschlossen werden sollen. Dabei dürfte die Einschätzung massgeblich von reputationsbezogenen Erwägungen geleitet sein.

Diese Machtposition weckt insbesondere bei transformativen Technologien Bedenken. Die Konzentration der Grundlagenpatente in den Händen weniger Institutionen (II.C.3.) verschärft das Problem. Es besteht die Gefahr, dass gesellschaftliche Interessen hinter den wirtschaftlichen Interessen privater Akteure zurückstehen. Zudem fehlt es privatautonomen Nutzungsbeschränkungen an Transparenz.<sup>60</sup>

### **3. Ausschluss der Patentierbarkeit im Rahmen staatlicher Regulierung**

a. Rechtslage

Im Gegensatz zur Technologiesteuerung durch privatautonome Nutzungseinschränkung (IV.B.2.b.), hat der gesetzliche Ausschluss der Patentierbarkeit die Vorteile der demokratischen Legitimation und Transparenz. So haben zahlreiche Länder im Rahmen des Abkommens über handelsbezogene Aspekte der Rechte an geistigem Eigentum (TRIPS-Abkommen) in ihren nationalen Gesetzen vorgesehen, bestimmte Erfindungen von der Patentierbarkeit auszuschliessen, wenn deren kommerzielle Verwertung gegen das gesellschaft-

---

<sup>59</sup> JEAN-CHRISTOPHE GRAZ weist darauf hin, dass *private governance* nicht nur auf die Lösung von Problemen abziele, sondern im Wesentlichen politisch sei. Dazu JEAN-CHRISTOPHE GRAZ, Grounding the Politics of Transnational Private Governance: Introduction to the Special Section, *New Political Economy* 2021, 177 ff.

<sup>60</sup> Im Zusammenhang mit der Genomeditierung der menschlichen Keimbahn (III.A.) kommt das Unbehagen privatautonomer Nutzungsbeschränkungen in den Grundsatzdokumenten globaler Organisationen und in der Literatur zum Ausdruck. Siehe WHO-EXPERTENBEIRAT (FN 16), 4, 15; MATTHEWS et al. (FN 58), Queen Mary Law Research Paper 364 (2021), 50; BAYLIS (FN 56), *Issues in Science and Technology* 2019, 54; MARCY DARNOVSKY, Political Science: Progressive Can't – and Shouldn't – Remove Politics and Values from Science, *Democracy Journal* 2009, 36 ff.

liche Interesse, die öffentliche Ordnung, die guten Sitten, das Leben oder die öffentliche Gesundheit verstösst.<sup>61</sup> In der Schweiz sieht Art. 2 Abs. 1 lit. d PatG beispielsweise ein Patentierungsverbot für gentechnische Eingriffe in die menschliche Keimbahn vor.<sup>62</sup>

b. Durchbrechung der Technologieneutralität

Aus regulatorischer Sicht weist das Steuerungsinstrument der Ausschlüsse von der Patentierbarkeit jedoch Schwächen auf. Mit der Erteilung eines Patents erhält der Inhaber das ausschliessliche Recht, die Erfindung gewerblich zu nutzen und anderen die Nutzung zu untersagen.<sup>63</sup> Die tragende Legitimationsfigur des Patentrechts, die Anreiztheorie,<sup>64</sup> geht davon aus, dass sich technische Innovationen ohne Aussicht auf ein ausschliessliches Verwertungsrecht nicht in ausreichendem Umfang entwickeln würden.<sup>65</sup> Bei der Erfüllung dieser Funktion zur Förderung der Innovation ist das Patentrecht vom Grundsatz der Technologieneutralität geprägt. Schutzrechte werden unabhängig von den gesellschaftlichen oder ethischen Implikationen einer Technologie erteilt. Massgeblich sind allein die gesetzlich festgelegten Voraussetzungen<sup>66</sup> der Neuheit,

---

<sup>61</sup> Art. 27 Abs. 2 TRIPS-Abkommen; MATTHEWS et al. (FN 58), Queen Mary Law Research Paper 364 (2021), 23 ff.; DUNCAN MATTHEWS/TIMO MINSEN/ANA NORDBERG, Balancing Innovation, ‘Ordre Public’ and Morality in Human Germline Editing: A call for More Nuanced Approaches in Patent Law, European Journal of Health Law 2022, 562 ff.

<sup>62</sup> PETER R. THOMSEN, in: Mark Schweizer/Herbert Zech (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar zum Patentgesetz (PatG), Bern 2019 (zit. PatG Handkommentar-VERFASSER), Art. 2 N 3 ff. und 17.

<sup>63</sup> Art. 8 PatG.

<sup>64</sup> Zu den anderen Legitimationsansätzen, die sich auf die Menschenrechte, den Belohnungsanspruch oder einen Vertrag zwischen dem Erfinder und der Allgemeinheit stützen, siehe ALFRED FRÜH, Immaterialgüterrechte und der relevante Markt – Eine wettbewerbsrechtliche und schutzrechtliche Würdigung technologischer Innovation, Diss. Zürich, Köln 2012, 12 ff.

<sup>65</sup> JUSTINE PILA/PAUL TORREMANS, European intellectual property law, 2. A., Oxford 2019, 14 ff. HERBERT ZECH, Brauchen wir ein Patentrecht?, ifo Schnelldienst 2021, 3; STEFAN BECHTOLD, Zur rechtsökonomischen Analyse im Immaterialgüterrecht, GRUR Int. 2008, 484 ff.; RETO M. HILTY, Law Against Unfair Competition and Its Interfaces, in: Reto M. Hilty/Frauke Henning-Bodewig (Hrsg.), Law Against Unfair Competition – Towards a New Paradigm in Europe?, Berlin 2007, 45 ff.; CHRISTOPH KILCHENMANN, Die Wirkung des Patentschutzes auf Innovation und Wachstum, Diss. Basel 2005, 2; FRITZ MACHLUP, Die wirtschaftlichen Grundlagen des Patentrechts, GRUR Int. 1961, 377, 524.

<sup>66</sup> Zu den patentrechtlichen Schutzvoraussetzungen siehe EUGEN MARBACH/PATRIK DUCREY/GREGOR WILD, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 4. A., Bern 2017, 12 ff.

der Erfindungsleistung<sup>67</sup> und der gewerblichen Anwendbarkeit. Patente sollen Erfindungen fördern, ohne die Finalität der späteren Nutzung der Erfindung oder deren gesellschaftliche Steuerung vorwegzunehmen (Art. 27 Abs. 1 TRIPS-Abkommen).<sup>68</sup>

Wird eine Technologie oder ein technologischer Anwendungsbereich jedoch durch einen gesetzlichen Ausschluss von der Patentierbarkeit ausgenommen – wie im Fall der Geneditierung der menschlichen Keimbahn in Art. 2 Abs. 1 lit. d PatG – bedeutet dies eine Durchbrechung des Prinzips der Technologienutralität. Die Schutzverweigerung erfolgt in solchen Fällen nicht aus technischen, sondern aus normativen Gründen. Damit wird das an sich wertneutrale patentrechtliche Schutzsystem zu einem Instrument gezielter Technologiesteuerung – mit dem Preis einer systemfremden Funktionalisierung.

Vor diesem Hintergrund ist in der Schweiz der verfassungsrechtlich verankerte ordnungspolitische Grundentscheid für eine marktwirtschaftliche Ordnung zu berücksichtigen. In diesem System ist die privatwirtschaftliche Tätigkeit die Regel, staatliche Regulierung sowie Staatswirtschaft hingegen die Ausnahme.<sup>69</sup> Nach einem ökonomisch geprägten Verständnis dieses ordnungspolitischen Grundentscheides ist staatliches Eingreifen nur dort angezeigt, wo Marktversagen vorliegt oder droht<sup>70</sup> und somit zu befürchten ist, dass ohne

---

<sup>67</sup> Das Kriterium der Erfindungsleistung leitet sich aus der Schutzvoraussetzung des Nicht-Naheliegens ab.

<sup>68</sup> Zur Technikneutralität als Wertneutralität siehe ZECH (FN 4), 34.

<sup>69</sup> Dies ergibt sich aus der Präambel der Bundesverfassung, den Artikeln zu den allgemeinen Bestimmungen (Art. 2–6 BV), den Grundrechten (insbesondere der Wirtschaftsfreiheit in Art. 27 BV) und den Normen zur Wirtschaftspolitik (Art. 94–107 BV). Zu den Ordnungsprinzipien unseres Wirtschaftssystems: KLAUS VALLENDER/PETER HETTICH, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung*, St. Gallen Kommentar, 4. A., Zürich/St. Gallen 2023 (zit. SGK BV-VERFASSER), Art. 94 N 15 ff.; KLAUS VALLENDER, *Der ordnungspolitische Grundentscheid der schweizerischen Bundesverfassung*, in: Max-Emmanuel Geis/Dieter Lorenz (Hrsg.), *Staat – Kirche – Verwaltung. Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag*, München 2001, 1034 ff.

<sup>70</sup> Marktversagen ist durch eine ineffiziente Güterverteilung im Sinne der Abweichung des Ergebnisses marktmässiger Koordination von der volkswirtschaftlich optimalen Allokation von Gütern und Ressourcen (sog. Pareto-optimale Allokation) definiert. Siehe FRIEDRICH GEIGANT/DIETER SOBOTKA/HORST M. WESTPHAL, *Lexikon der Volkswirtschaft*, 3. A., München 2009, 624.

staatliche Intervention Wohlfahrtsverluste entstehen.<sup>71</sup> Das Vorliegen eines Marktversagens stellt dabei einen häufigen Streitpunkt in wirtschaftspolitischen Entscheidungsprozessen dar.<sup>72</sup>

In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird im Rahmen der Diskussion über die Legitimation staatlich-unternehmerischer Tätigkeit auch die Ansicht vertreten, dass sich die Auslegung des ordnungspolitischen Grundentscheids nicht allein am ökonomischen Konzept orientieren dürfe.<sup>73</sup> Auch auf rechtlicher Ebene können der Polizeigüterschutz, der den «Schutz der öffentlichen Ordnung, der Gesundheit, der Sittlichkeit und der Sicherheit oder von Treu

---

<sup>71</sup> SGK BV-VALLENDER/HETTICH (FN 68), Art. 94 N 15 ff. Vgl. zum ordnungspolitischen Grundentscheid etwa auch HANS CASPAR VON DER CRONE/MATTHIAS MAURER, Revision Börsendelikte und Marktmissbrauch, SZW 2011, 535. Zu den verschiedenen Gründen, die ein Marktversagen verursachen können, siehe MATTHIAS LAMPING, When Markets Fail: A Sociological View on Market Failure, in: Florent Thouvenin/Alexander Peukert/Thomas Jaeger/Christophe Geiger (Hrsg.), Kreation Innovation Märkte – Creation Innovation Markets. Festschrift für Reto M. Hilfy, Berlin/Heidelberg 2024, 781; ALEXANDER MORELL, Nachfrage, Angebot und Märkte, in: Emanuel Towfigh/Niels Petersen (Hrsg.), Ökonomische Methoden im Recht, 3. A., Tübingen 2017, § 3 N 160; MICHAEL FRITSCH, Marktversagen und Wirtschaftspolitik: Mikroökonomische Grundlagen staatlichen Handelns, 10. A., München 2018, 249 ff.; NICOLAS VON SAAL/ALEX SCHWEIZER, Wirtschaft, Wettbewerb und Regulierung: erste Jahrestagung des Luzerner Instituts für Wirtschaft und Regulierung (WiRe), ZBJV 2025, 49. Zur Legitimation der Einführung neuer Immaterialgüter- und Ausschliesslichkeitsrechte wird der beschränkte Zugang zu Informationen als Marktversagen definiert (siehe dazu FLORENT THOUVENIN/ALFRED FRÜH/ALEXANDRE LOMBARD, Eigentum an Sachdaten: Eine Standortbestimmung, SZW 2017, 31). Dies gilt auch für Ausschliesslichkeitsrechte im Allgemeinen (siehe dazu ANDREAS HEINEMANN, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, Tübingen 2002, 25).

<sup>72</sup> FRITSCH (FN 71), 76.

<sup>73</sup> PETER HETTICH/MARTIN KOLMAR, «Wettbewerbsverzerrung» und «Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit» aus interdisziplinärer Sicht, ZBl 2018, 275 ff. Ein anderer, dem ökonomischen Konzept folgenden Teil der Lehre postuliert das Subsidiaritätsprinzip, wonach eine staatlich unternnehmerische Tätigkeit nur zulässig ist, wenn ein Marktversagen vorliegt oder die Privatwirtschaft nicht in der Lage ist, die Bedürfnisse der Bevölkerung abzudecken (vgl. dazu u.a. GIOVANNI BIAGGINI, Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung, in: Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts der Rechtsvergleichung, Zürich 1998, 77 ff.; PAUL RICHLI, Zweck und Aufgaben der Eidgenossenschaft im Lichte des Subsidiaritätsprinzips, ZSR NF 117 II (1998), 260 ff., 295 f.; ANDREAS LIENHARD, Deregulierung – Leitmotiv im Wirtschaftsverwaltungsrecht? Diss. Bern 1995, 138, 142 f.; PHILIPPE MASTRONARDI, Strukturprinzipien der Bundesverfassung?, ZSR NF 107 Beiheft (1988), 75 ff.). Im «Glarnerarsach»-Entscheid verneint das Bundesgericht die Justizierbarkeit des Subsidiaritätsprinzips, stellt dieses aber nicht als solches in Frage (siehe dazu BGE 138 I 378 E. 8.4).

und Glauben im Geschäftsverkehr» umfasst,<sup>74</sup> oder polizeiverwandte sozialpolitische Ziele<sup>75</sup> gesetzgeberisches Handeln erfordern.<sup>76</sup> Ausgehend von dieser erweiterten Perspektive auf die Legitimation staatlicher Regulierung lassen sich gesetzliche Ausschlüsse der Patentierbarkeit, wie etwa bei gentechnischen Eingriffen in die menschliche Keimbahn (III.A.), nicht als Reaktion auf Marktversagen, sondern vielmehr als Ausdruck gesellschaftspolitischer Wertentscheidungen verstehen.

c. Geringe Flexibilität bei gesellschaftlichem Wertewandel

Gesellschaftliche Wertvorstellungen ändern sich im Laufe der Zeit. Gerade im Bereich neuer Technologien kann dieser Wertewandel innert weniger Jahre erfolgen – etwa infolge neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse, gesellschaftlicher Debatten oder ethischer Neubewertungen. Im Bereich des Patentschutzes, dessen Laufzeit 20 Jahre beträgt, sind diese Entwicklungen besonders relevant.<sup>77</sup> Denn gesetzlich verankerte Ausschlüsse von der Patentierbarkeit sind nur schwer korrigierbar.

d. Rechtsunsicherheit

Auch unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit bietet Technologieregulierung durch Ausschlüsse von der Patentierbarkeit keine wesentlichen Vorteile. So besteht gegenwärtig erhebliche Unsicherheit darüber, wie Patentämter und Gerichte die gesetzlichen Patentausschlüsse in der Praxis anwenden.<sup>78</sup> Der

---

<sup>74</sup> BGE 125 I 335 E. 2a; SGK BV-VALLENDER/HETTICH (FN 69), Art. 27 N 58; JOHANNES REICH, Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit. Evolution und Dogmatik von Art. 94 Abs. 1 und 4 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, Diss. Basel, Zürich/St. Gallen 2011, Rz. 681 ff. und 690 ff.

<sup>75</sup> BGE 143 I 403; PAUL RICHLI, Wieviel Sozialpolitik erträgt die Wirtschaftsfreiheit? – Eine wirtschaftsverfassungsrechtliche Glosse, in: Andreas Brandenberg (Hrsg.), Standpunkte zwischen Theorie und Praxis – handlungsorientierte Problemlösungen in Wirtschaft und Gesellschaft. Festschrift für Hans Schmid, Bern/Stuttgart 1995, 241 ff., 250.

<sup>76</sup> Zum Ordnungsrahmen im Kontext der Geld- und Währungsordnung, siehe CORINNE ZELLWEGER-GUTKNECHT et al., Neue Digitale Franken – Unser Geld der Zukunft?, Zollikon 2025. Internet: [www.ta-swiss.ch/digitales-geld](http://www.ta-swiss.ch/digitales-geld) (Abruf 25.05.2025).

<sup>77</sup> THOMSEN (FN 62), Art. 2 N 5.

<sup>78</sup> Eine Ausnahme stellt die Klarstellung des Europäischen Patentamtes dar, wonach die Patentausnahmen unter Art. 53 lit. a EPÜ weit interpretiert werden und die präzisierende Ausführungsordnung. In Regel 28 zählt die AO EPÜ einige Beispiele für Erfindungen auf, die in den Anwendungsbereich von Art. 53 lit. a EPÜ fallen.

dabei bestehende Ermessensspielraum der Patentämter und Gerichte schwächt zudem die demokratische Legitimation der Technologiesteuerung durch Ausschlüsse von der Patentierbarkeit (IV.B.3.a.). Zudem sind Patentausnahmen aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder der guten Sitten international umstritten.<sup>79</sup>

#### 4. Fazit

In Beantwortung der Forschungsfrage (II.D.) lässt sich festhalten, dass *private governance* – insbesondere in Form sogenannter «ethischer Lizenzen» – einen relevanten Beitrag zur Begrenzung gesellschaftlich kontroverser Anwendungen von CRISPR/Cas9 leisten kann. Ihr normatives Potenzial entfaltet sich insbesondere dort, wo technologische Entwicklungen schneller voranschreiten, als staatliche Regulierungsverfahren greifen können. Gerade bei Technologien mit beschleunigten Innovationszyklen, hoher Innovationserwartung und normativer Ambivalenz ermöglicht die privatautonome Festlegung von Nutzungsausschlüssen und -begrenzungen eine frühzeitige, flexible und sachbezogene Steuerung.

Im Vergleich zur staatlichen Regulierung durch Ausschlüsse von der Patentierbarkeit erweisen sich privatautonome Mechanismen als anpassungsfähig und patentrechtlich systemkonform. Sie sind jedoch mit erheblichen Legitimationsdefiziten behaftet, da die normative Grenzziehung nicht demokratisch abgestützt ist, sondern durch private Akteure und unter eingeschränkter Transparenz erfolgt. Gerade bei transformativen Technologien mit weitreichenden gesellschaftlichen Implikationen ist diese Form der Normsetzung heikel.

### B. Instrument der Zugangsvermittlung

Untersucht wird das Regulierungsziel, einen breiten und innovationsfördernden Zugang zu Technologien zu ermöglichen – eines der beiden zentralen Ziele der Technologieregulierung (IV.). Denn nicht die Erfindung als solche ist gesellschaftlich relevant, sondern ihre technische Umsetzung in Form

---

<sup>79</sup> MATTHEWS et al. (FN 58), Queen Mary Law Research Paper 364 (2021), 27 ff. Das US-Patentrecht kennt keine Patentausschlüsse. Siehe Decision of the US Supreme Court in Diamond v. Chakrabarty, 447 US 303 (1980): «Anything under the sun that is made by man» is patentable.

marktfähiger Dienstleistungen und nutzbarer Produkte.<sup>80</sup> Im Mittelpunkt der Betrachtung steht dabei die Schnittstelle zwischen Patentrecht und Lizenzvertragsrecht – jener rechtlichen Ebene, auf der sich die Verbreitung und Verfügbarkeit technologischer Innovationen massgeblich entscheidet.<sup>81</sup>

## 1. Patentverwertung an der Schnittstelle von Patent- und Lizenzvertragsrecht

Das patentrechtliche Ausschliesslichkeitsrecht erlaubt dem Patentinhaber zu kontrollieren, wie und von wem die Erfindung gewerbsmäßig benutzt wird (Art. 8 PatG).<sup>82</sup> Die Verwertung der Schutzrechte im Sinne der Erzielung von Erträgen am Markt durch den Patentinhaber erfolgt über den Technologietransfer.<sup>83</sup> Die weitaus häufigste Form des Technologietransfers ist der Lizenzvertrag.<sup>84</sup> Dabei verzichtet die Lizenzgeberin auf die Durchsetzung des Ausschliesslichkeitsrechts gegenüber dem Lizenznehmer und räumt diesem Nutzungsrechte an der Erfindung ein.<sup>85</sup> Lizenzen treten in den verschiedensten Formen auf, wobei sie hinsichtlich der Ausschliesslichkeit<sup>86</sup>, des zeitlichen<sup>87</sup> und örtlichen<sup>88</sup> Geltungsbereichs variieren.<sup>89</sup>

---

<sup>80</sup> DAVID EDGERTON, *The Shock of the Old – Technology and Global History since 1990*, London 2006.

<sup>81</sup> Zur Schnittstelle zwischen Patentrecht und Technikanwendung aus regulatorischer Sicht siehe ZECH (FN 4), 35.

<sup>82</sup> Bei den patentrechtlichen Verbotsrechten muss zwischen Erzeugnis- und Verfahrenspatenten unterschieden werden. Allgemein zu den Verbotsrechten siehe FLORENT THOUVENIN, *Immaterialgüterrecht*, Zürich/St. Gallen 2025, 166 ff.

<sup>83</sup> Zum Patentverwertungsrecht siehe ZECH (FN 4), ZGE 2015, 4 f.

<sup>84</sup> Die Lizenzierung ist in Art. 34 Abs. 1 PatG ausdrücklich genannt: «Der Patentbewerber oder Patentinhaber kann einen andern zur Benützung der Erfindung ermächtigen (Lizenzerteilung)». Eine andere Form der Verwertung stellt die Übertragung des Patentrechts dar (Art. 5 und 6 PatG). Zur Verwertung von Immaterialgüterrechten siehe MARBACH/DUCREY/WILD (FN 66), 185 ff.

<sup>85</sup> Je nach Inhalt der Lizenz handelt es sich beim Nutzungsrecht beispielsweise um eine Herstellungs-, Gebrauchs- oder Vertriebslizenz.

<sup>86</sup> Ausschliessliche Lizenzen an nur einen Lizenznehmer werden auch als «Exklusivlizenzen» bezeichnet. Nicht-ausschliessliche Lizenzen mit einer unbestimmten Anzahl von Lizenznehmern werden auch als «einfache Lizenzen» oder «Nicht-Exklusivlizenzen» bezeichnet.

<sup>87</sup> Lizenzen können eine zeitliche Beschränkung vorsehen, für eine bestimmte Dauer oder bis zum Eintritt einer auflösenden Bedingung vereinbart werden.

<sup>88</sup> Lizenzen können auf bestimmte Gebiete, z.B. Länder, beschränkt sein.

<sup>89</sup> Umfassend MICHAEL GROSS, *Der Lizenzvertrag*, 12. A. München 2020.

Dem bestehenden System des Patent- und Lizenzrechts wird eine Reihe von Vorteilen zugeschrieben, die zur Innovationsförderung und Wissensverbreitung beitragen können.<sup>90</sup> Unter anderem ermöglicht die Lizenzierung den Einbezug und die Koordination einer Vielzahl von Akteuren, einschliesslich privater und öffentlicher Einrichtungen.<sup>91</sup> Andererseits lässt sich jedoch auch beobachten, dass bestimmte Lizenzmodelle und patentrechtliche Konstellationen den Zugang zu innovativen Technologien faktisch begrenzen.

## 2. Faktische Zugangsbeschränkungen

### a. Gewährung ausschliesslicher Nutzungsrechte

Die Vergabe von ausschliesslichen Lizenzen, wie für die Lizenzen im therapeutischen Bereich von CRISPR/Cas9 beschrieben (III.C.), entspricht einem Trend bei Transaktionen in Technologiebereichen, in denen die Weiterentwicklung der Technologie durch den Lizenznehmer mit hohen Investitionskosten verbunden ist. Sie stellen für alle Nicht-Lizenznehmer eine Zugangsbeschränkung dar. Sofern die durch ausschliessliche Lizenzen verwerteten Technologien, wie dies bei CRISPR/Cas9 der Fall war, in einer offenen Forschungskultur entwickelt wurden (II.C.2.), werden spätere Zugangsbeschränkungen von der involvierten wissenschaftlichen Gemeinschaft kritisch gesehen.<sup>92</sup> Die Problematik akzentuiert sich, wenn die Grundlagenpatente von wenigen Patentinhabern gehalten werden (II.C.3.).

### b. Komplikationen bei der Lizenzierung

Die in einem bestimmten Technologiemarkt vorherrschende Patentlandschaft hat einen wesentlichen Einfluss darauf, ob eine Technologie einem breiten Nutzerkreis zugänglich ist.

Die Überschneidung des Geltungsbereichs der von verschiedenen Institutionen gehaltenen Patente, langwierige Patentstreitigkeiten und die Tatsache, dass sich nationale Patentstreitigkeiten in verschiedenen Gerichtsbarkeiten in unterschiedlichen Stadien befinden (II.C.3.), haben bei CRISPR/Cas9 zu Komplikationen bei der Lizenzierung und damit dem Zugang zur Technologie

---

<sup>90</sup> Art. 7 TRIPS-Abkommen.

<sup>91</sup> GUERRINI/CURNETTE/SHERKOW (FN 51), *Nature Biotechnology* 2017, 22 f.

<sup>92</sup> SHERKOW (FN 18), *JLB* 2017, 574 f.

geführt. Da Forscher Lizenzen von mehreren Patentinhabern erwerben müssen und diese Mehrfachlizenzen zu höheren Lizenzgebühren führen, besteht die Gefahr, dass Akteure mit begrenzten finanziellen Ressourcen verdrängt oder vom Markteintritt abgehalten werden.<sup>93</sup> Solche Zugangsbeschränkungen zur Technologie, insbesondere für kleine Unternehmen und *start-ups*, beeinträchtigen das Innovationspotenzial im Bereich der CRISPR-Entwicklung.

### 3. Zugangsvermittlung de lege lata

#### a. Kartellrecht

Aus lizenzkartellrechtlicher Sicht<sup>94</sup> sind ausschliessliche Lizenzen im Einzelfall anhand der konkreten Umstände zu beurteilen. Die Vorschriften zum Verbot unzulässiger Wettbewerbsabreden<sup>95</sup> sehen unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedingungen eine Inhaltskontrolle der Lizenzverträge vor. Im europäischen Kontext sind insbesondere die Bestimmungen der Europäischen Gruppenfreistellungsverordnungen einschlägig.<sup>96</sup> Dabei steht bei der Beurteilung der Zulässigkeit einer ausschliesslichen Lizenz im Vordergrund, ob deren sachlicher und zeitlicher Umfang gerechtfertigt ist, um dem Lizenzgeber und/oder dem Lizenznehmer einen Anreiz zu bieten, in die lizenzierte Technologie zu investieren. Trifft dies nicht zu oder wird die ausschliessliche Lizenz vom Lizenznehmer gar nicht benutzt, bewirkt die Lizenz eine reine Sperrwirkung

---

<sup>93</sup> CARL SHAPIRO, Navigating the Patent Thicket: Cross Licenses, Patent Pools, and Standard Setting, in: Adam B. Jaffe/Josh Lerner/Scott Stern (Hrsg.), Innovation Policy and the Economy, Cambridge 2001, 119 ff.

<sup>94</sup> Zur Erläuterung, weshalb Lizenzverträge überhaupt kartellrechtlich relevant sind, siehe RETO M. HILTY/ALFRED FRÜH, Lizenzkartellrecht, Bern 2017, 3 ff.; FELIX SCHRÄNER, Kartellrecht und Immateriogüterrecht: Ihr Verhältnis und die einseitige Einführung regionaler Erschöpfung im Patentrecht, Diss. Zürich 2010, 95 ff.

<sup>95</sup> Im schweizerischen Recht: Art. 5 KG; im europäischen Recht: Art. 101 AEUV.

<sup>96</sup> Verordnung (EU) Nr. 316/2014 der Kommission vom 21. März 2014 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen (Technologietransfer-Gruppenfreistellungsverordnung, TT-GVO); Verordnung (EG) Nr. 720/2022 der Kommission vom 10. Mai 2022 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen (Vertikal-GVO); Verordnung (EG) Nr. 1066/2023 der Kommission vom 1. Juni 2023 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung (F&E-GVO).

gegenüber Wettbewerbern und ist unzulässig.<sup>97</sup> Bedenken hinsichtlich der Schwächung des dynamischen Wettbewerbs auf Technologiemärkten durch die Vergabe ausschliesslicher Lizenzen verstärken sich insbesondere dann, wenn Patente für Grundlagentechnologien nur von wenigen Patentinhabern gehalten werden und Lizenzen dementsprechend nur von wenigen Lizenzgebern vergeben werden.<sup>98</sup>

Zudem sind im Lizenzvertragsrecht auf der Rechtsfolgeseite von kartellrechtlich sanktionierten Verhaltensweisen auch Fragen zur negativen Vertragsfreiheit, d.h. zum Nicht-Kontrahieren, von Bedeutung.<sup>99</sup> In diesen Konstellationen, in denen sich der Schutzrechtsinhaber in einer den Wettbewerb einschränkenden Weise verhält, kann dem Kartellrecht mittels Vertragszwang in Form einer angeordneten Verpflichtung des Rechteinhabers, einer Nutzungsberechtigung zuzustimmen, zum Durchbruch verholfen werden.<sup>100</sup>

Beim Kartellrecht handelt es sich um ein *ex-post* Instrument, das durch lange und komplexe Verfahren geprägt ist. Es ist daher wenig geeignet, um Zugangsbeschränkungen auf jungen und dynamischen Technologiemärkten wirksam entgegenzuwirken.<sup>101</sup>

## b. Patentschranken und Kooperationsmodelle

Im Hinblick auf das Ziel eines breiten Zugangs zu Wissen und Technologie werden im Folgenden drei Zugangsregelungen exemplarisch erläutert – das

---

<sup>97</sup> Vgl. dazu insbesondere Art. 4 Abs. 1 lit. c i TT-GVO; EUROPÄISCHE KOMMISSION, Mitteilung der Kommission. Leitlinien zur Anwendung von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Technologietransfer-Vereinbarungen (Leitlinien TT-GVO), Nr. 107.

<sup>98</sup> Zur Bedeutung vom Grad der Marktmacht im Lizenzkartellrecht siehe HILTY/FRÜH (FN 94), 3 ff.; ALFRED FRÜH, Einführungsvotum am Workshop «The Technology and Ethics of CRISPR» vom 6. März 2024, in: BÄCHLER/MEIER (FN 24), H2R Working Paper 2024, 27.

<sup>99</sup> Im schweizerischen Recht: Art. 7 KG; im europäischen Recht: Art. 102 AEUV. Zu den verschiedenen, in der Literatur unterschiedlich gruppierten Verhaltensweisen siehe beispielsweise: HILTY/FRÜH (FN 94), 4 f.; ROLF H. WEBER/STEPHANIE VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, 2. A., Zürich/Genf 2023, 29 f. Der kartellrechtliche Kontrahierungszwang ist vom privatrechtlich Kontrahierungszwang zu unterscheiden, der sich ausnahmsweise aus dem Verbot des Verstosses gegen die guten Sitten ergeben kann (dazu BGE 129 III 35).

<sup>100</sup> HILTY/FRÜH (FN 94), 6. Zu den in Lizenzverträgen bisweilen enthaltenen Kopplungsabreden und deren wettbewerbsrechtlicher Beurteilung, siehe THOUVENIN (FN 82), 30.

<sup>101</sup> ALFRED FRÜH, Data Governance für Smart Mobility aus rechtlicher Perspektive, sui generis 2022, 19.

Forschungsprivileg, die Zwangslizenz und die *Patentpools*. Während das Forschungsprivileg und die Zwangslizenz gesetzlich als Schranken der patentrechtlichen Ausschliesslichkeitsanspruchs ausgestaltet sind,<sup>102</sup> handelt es sich bei *Patentpools* um ein vertragsrechtliches Kooperationsmodell.

#### i. Forschungsprivileg

Durch das Forschungsprivileg privilegiert sind Handlungen zu Forschungs- und Versuchszwecken, sofern sie dazu dienen, Erkenntnisse über den Gegenstand der Erfindung, einschliesslich ihrer Verwendung, zu gewinnen (Art. 9 Abs. 1 lit. b PatG).<sup>103</sup> Dabei spielt es nach schweizerischer Konzeption des Forschungsprivilegs keine Rolle, ob die Forschungshandlungen rein wissenschaftlich oder kommerziell ausgerichtet sind. Auch die mit Gewinnerzielungsabsicht durchgeführte erkenntnisorientierte Benützung der Erfindung fällt unter die Freistellung.<sup>104</sup>

Im internationalen Vergleich zeigt sich jedoch ein differenzierteres Bild. So ist es aufgrund der engen Auslegung der durch die Kasuistik des US-Bundesgerichts geschaffenen *experimental use*-Ausnahme unwahrscheinlich, dass kommerziell tätige Unternehmen von der Forschungsfreistellung profitieren.<sup>105</sup> Zudem ist der weite Anwendungsbereich der *safe harbor*-Ausnahme für Forschungszwecke nach dem *Drug Price Competition and Patent Term Rest-*

---

<sup>102</sup> Patentschranken unterscheiden sich von den Ausschlüssen der Patentierbarkeit (IV.A.3.) dadurch, dass bei Patentschranken das patentrechtliche Ausschliesslichkeitsrecht zwar entsteht, aber zugunsten anderer Interessen eingeschränkt wird. Allgemein zu den patentrechtlichen Schranken siehe THOUVENIN (FN 82), 177 ff.; MARBACH/DUCREY/WILD (FN 66), 39 ff.

<sup>103</sup> Art. 30 TRIPS-Abkommen; THOUVENIN (FN 82), 177 f.; MARBACH/DUCREY/WILD (FN 66), 40, 199; detailliert zu den Freistellungsvoraussetzungen siehe PatG Handkommentar-HESS-BLUMER (FN 62), Art. 9 N 24 ff.

<sup>104</sup> Botschaft vom 10. Januar 2006 zur Änderung des Patentgesetzes und zum Bundesbeschluss über die Genehmigung des Patentrechtsvertrags und der Ausführungsordnung, BBl 2006 1 ff., 71; PatG Handkommentar-HESS-BLUMER (FN 62), Art. 9 N 29; CHRISTIAN HILTI/ALFRED KÖPF/DEMIAN STAUBER/ANDREA CARREIRA, Schweizerisches und europäisches Patent- und Patentprozessrecht, 4. A., Bern 2021, 286, m.w.H.

<sup>105</sup> ALICIA A. RUSSO/JASON JOHNSON, Research Use Exceptions to Patent Infringement for Drug Discovery and Development in the United States. *Cold Spring Harbor Perspectives in Medicine* 2015; Roche Products, Inc. v. Bolar Pharmaceutical Co. 733 F.2d 858, 862–864 (Fed. Cir. 1984); Embrex, Inc. v. Service Engineering Corp. 216 F.3d 1343, 1349 (Fed. Cir. 2000); Madey v. Duke University. 307 F.3d 1351, 1355–1356, 1360–1363 (Fed. Cir. 2002).

*oration Act (Hatch-Waxman Act)*<sup>106</sup> als Zugangsregelung von beschränkter Bedeutung, da die Bestimmung nur für Forschung anwendbar ist, die im Zusammenhang mit einem Antrag an die US-amerikanische *Food and Drug Administration* durchgeführt wird.<sup>107</sup> In Europa wiederum ist die Anwendung der Forschungsausnahme auf kommerzielle Forschung uneinheitlich geregelt.<sup>108</sup>

Gerade in forschungsintensiven Ländern, deren Forschungsausnahmen sich auf nicht-kommerzielle Forschung beschränken, erweisen sich die Forschungsausnahmen als bedingt taugliches Instrument zur Sicherung eines breiten Zugangs zu Grundlagentechnologien. In diesen und ähnlichen Technologiebereichen wird ein erheblicher Teil der Forschung von kommerziellen Unternehmen mit dem Ziel durchgeführt, marktfähige Produkte zu entwickeln (II.C.2.).

Zudem enthält auch das schweizerische Forschungsprivileg, das auch kommerzielle Forschung einschliesst, eine wesentliche Einschränkung. Es privilegiert nur die Nutzung der Erfindung als Gegenstand der Forschung zum Zweck ihrer Weiterentwicklung, nicht jedoch ihre Nutzung als Mittel zur Forschung.<sup>109</sup> Gerade bei Technologien wie CRISPR/Cas9, die nicht nur Forschungsgegenstand, sondern auch wesentliches Forschungsinstrument sind, begrenzt diese Einschränkung die Eignung des Forschungsprivilegs als Instrument zur Zugangsvermittlung.

## ii. Zwangslizenzen

Das Instrument der Zwangslizenz gibt einer zuständigen nationalen Stelle (Behörde oder Gericht) die Befugnis, in gewissen Konstellationen den Patentinhaber zu verpflichten, einer dritten Partei oder einer Regierungsbehörde die Zustimmung zur Nutzung des Patents gegen eine angemessene Vergütung<sup>110</sup> und für eine bestimmte Art der Nutzung (insbesondere zur Verwendung, zum

---

<sup>106</sup> Pub. Law No. 98-417, 98 Stat. 1585 (1984); Article 35 USC §271(e)(1) of The Drug Price Competition and Patent Term Restoration Act (Hatch-Waxman Act, Pub. Law No. 98-417, 98 Stat. 1585 (1984).

<sup>107</sup> *Merck KGaA v. Integra* (545 US at 202) (2005).

<sup>108</sup> MARCO STIEF, The European Research and Bolar Exemptions – Background, Status Quo and a Look at the Agreement on a Unified Patent Court (UPCA) and the EU Commission’s New Draft Directive for the Reform of Pharmaceutical Legislation, GRUR Int. 2024, 824 ff.

<sup>109</sup> THOUVENIN (FN 82), 178; HILTI/KÖPF/STAUBER/CARREIRA (FN 104), 288, m.w.H.

<sup>110</sup> Art. 40e Abs. 5 PatG.

Verkauf oder zum Import) zu erteilen.<sup>111</sup> Der Sinn und Zweck von Zwangslizenzen besteht darin, in den gesetzlich vorgesehenen Konstellationen die freiwillige Lizenzerteilung zu fördern.<sup>112</sup> Entsprechend kommen Zwangslizenzen nur dann zum Einsatz, wenn dem Patentinhaber zuvor eine vertragliche Lizenz zu angemessenen kommerziellen Bedingungen angeboten wurde, er diese aber abgelehnt hat.<sup>113</sup>

Für den Patentinhaber sind Zwangslizenzen sowohl aus finanzieller Sicht als auch im Hinblick auf mögliche Reputationsverluste nicht vorteilhaft. Es überrascht daher nicht, dass sie in der Praxis, wie dies auch ihrer *ratio legis* entspricht, äusserst selten zum Tragen kommen.<sup>114</sup>

### iii. Patentpools

*Patentpools* sind zu einem beliebten Mechanismus geworden, um die Kommerzialisierung neuer Technologien zu erleichtern und Transaktionskosten zu

---

<sup>111</sup> Art. 40e PatG; Art. 31 und 31<sup>bis</sup> TRIPS-Abkommen; Art. 2.1 TRIPS-Abkommen i.V.m. Art. 5A PVÜ.

<sup>112</sup> HENNING GROSSE RUSE-KHAN et al., Vergleichbarkeit der Lösungen: Toolbox, in: Reto M. Hilty/Thomas Jaeger (Hrsg.), Europäisches Immateriagüterrecht. Funktionen und Perspektiven, Berlin 2018, 54; WTO, Compulsory licensing of pharmaceuticals and TRIPS. Internet: [https://a.fanj.nl/english/tratop\\_e/trips\\_e/public\\_health\\_faq\\_e.htm](https://a.fanj.nl/english/tratop_e/trips_e/public_health_faq_e.htm) (Abruf 25.05.2025); das schweizerische Patentrecht unterscheidet zwischen der Abhängigkeitslizenz (Art. 36 PatG), der Zwangslizenz im öffentlichen Interesse (Art. 40 PatG), der Zwangslizenz wegen mangelnder Ausführung im Inland (Art. 37 PatG) und der Zwangslizenz zur Ausfuhr pharmazeutischer Produkte (Art. 40d PatG).

<sup>113</sup> Allgemein zu den Zwangslizenzen siehe THOUVENIN (FN 82), 185 f.

<sup>114</sup> In Deutschland wurden in den letzten 70 Jahren nur zweimal Zwangslizenzen vergeben. Der jüngste Fall betraf ein Patent, das Shionogi erteilt wurde und sogenannte Integrasehemmer zur Behandlung von Virusinfektionen, einschliesslich HIV, abdeckt. Dazu CHRISTOF HOHNE, Compulsory licenses in Germany: a tool for licensing negotiations?, European Pharmaceutical Review 2019. Ein weiterer Fall betrifft den Multikinasehemmer Nexavar von Bayer, der zur Behandlung von Nieren- und Leberkrebs eingesetzt wird. In Indien wurde 2012 eine Zwangslizenz gegen Bayer an das indische Pharmaunternehmen Natco vergeben, das im Gegenzug eine Lizenzgebühr von 6 Prozent auf seine Umsätze zahlen musste. Siehe dazu Sparring Over Sorafenib: How Will Natco's Move against Bayer Affect Pharma Licensing?, Knowledge at Wharton vom 19.04.2012. Internet: <https://knowledge.wharton.upenn.edu/article/sparring-over-sorafenib-how-will-natcos-move-against-bayer-affect-pharma-licensing> (Abruf 13.06.2025); zur Diskussion, ob Zwangslizenzen als Zugangsregelungen für neue Technologien wie CRISPR dienen, siehe ROBIN FELDMAN, The CRISPR Revolution: What editing human DNA reveals about the patent system's DNA, UCLA Law Review 2016, 392.

reduzieren.<sup>115</sup> Es bestehen jedoch eine Reihe von Hürden, die ihren Einsatz in bestimmten Bereichen – wie im therapeutischen Anwendungsbereich der Geneditierung (III.C.) – erschweren oder ausschliessen. So kommt die Einrichtung eines *Patentpools* dann nicht in Frage, wenn es sich um eine nicht standardisierte und komponentbasierte Technologie handelt, bereits ausschliessliche Lizenzen für die Nutzung der Technologie bestehen oder die Lizenznehmer in diesem Bereich die Vergabe von ausschliesslichen Lizenzen bevorzugen (IV.C.2.a.).<sup>116</sup> Zudem sind *Patentpools* aus kartellrechtlicher Sicht mit Risiken behaftet.<sup>117</sup> Darüber hinaus weisen empirische Befunde darauf hin, dass *Patentpools* unter bestimmten Voraussetzung nicht innovationsfördernd, sondern innovationshemmend wirken.<sup>118</sup>

#### 4. Fazit

Das bestehende Patentlizenzsystem, das es Rechteinhabern erlaubt, zu kontrollieren, wie und von wem die Erfindung gewerbsmäßig benutzt wird (IV.B.1.), steht in einem Spannungsverhältnis mit dem Bedürfnis nach offenem Zugang zu Wissen und Technologie.<sup>119</sup> Bei der Priorisierung von *open science*, deren Hauptanliegen die Verfügbarkeit und Verbreitung von Wissen und Informa-

---

<sup>115</sup> Allgemein zu Patent *Clearing*-Häusern und *Patentpools* mit Beispielen: GEERTRUI VAN OVERWALLE/ESTHER VAN ZIMMEREN/BIRGIT VERBEURE/GERT MATTHIJS, Dealing with patent fragmentation in ICT and genetics: Patent pools and clearing houses, First Monday 12 (2007); WIPO, Patent pools and antitrust – A comparative analysis, Genf 2014. Internet: [https://www.wipo.int/documents/743993/747687/patent\\_pools\\_report.pdf/8690993c-639bd12d-eb8f-fff1125cf13f?version=1.2&t=1671199878003](https://www.wipo.int/documents/743993/747687/patent_pools_report.pdf/8690993c-639bd12d-eb8f-fff1125cf13f?version=1.2&t=1671199878003) (Abruf 15.03.2025).

<sup>116</sup> VIA LICENSING ALLIANCE, MPEG LA Initiative to Address CRISPR Licensing, 06.12.2016. Internet: <https://www.via-la.com/mpeg-la-initiative-to-address-crispr-licensing/> (Abruf 16.03.2025).

<sup>117</sup> WIPO, Patent Pools and Antitrust – A Comparative Analysis, Genf 2014. Internet: [https://www.wipo.int/documents/743993/747687/patent\\_pools\\_report.pdf/8690993c-639bd12d-eb8f-fff1125cf13f?version=1.2&t=1671199878003](https://www.wipo.int/documents/743993/747687/patent_pools_report.pdf/8690993c-639bd12d-eb8f-fff1125cf13f?version=1.2&t=1671199878003) (Abruf 15.03.2025); JESSE L. REYNOLDS/JORGE L. CONTRERAS/JOSHUA D. SARNOFF, Intellectual property policies for solar geo-engineering, Wiley Interdisciplinary Reviews WIREs Climate Change 9 (2018), 512 ff.; im Kontext von CRISPR siehe MATTHEWS et al. (FN 58), Queen Mary Law Research Paper 364 (2021), 43 ff.

<sup>118</sup> RYAN LAMPE/PETRA MOSER, Patent Pools, Competition, and Innovation – Evidence from 20 U.S. Industries under the New Deal, JLEO 2016, 1 ff.

<sup>119</sup> In Abgrenzung zu «Wissen» wird «Technologie» hier als die praktische Umsetzung von wissenschaftlich fundiertem Wissen verstanden.

tionen ist, gewinnt diese Spannung an Relevanz.<sup>120</sup> Besonders bei Grundlagen-technologien mit vielfältigen Anwendungsmöglichkeiten, zahlreichen Überschneidungen mit anderen Technologien, die in komplexen Ökosystemen entstehen, ist der Zugang zur Technologie für alle qualifizierten Akteure essenziell.

Am Beispiel von CRISPR/Cas9 zeigen sich exemplarisch einige Faktoren, die den dynamischen Wettbewerb behindern können. Dazu gehören die Konzentration von Patenten in wenigen Händen (II.C.3.), anhaltende Patentstreitigkeiten (II.C.3.), faktische Zugangsbeschränkungen (IV.B.2.) sowie die begrenzte Wirksamkeit bestehender Zugangsinstrumente (IV.B.3.).

Ob sich staatliche Eingriffe auf rechtlicher Ebene rechtfertigen, wenn auf dem Technologiemarkt Zugangsbeschränkungen bestehen, auf dem Produktmarkt jedoch eine hohe Dynamik mit vielfältigen Forschungs-, Entwicklungs- und Kommerzialisierungsaktivitäten herrscht (III.B., III.C.), muss in Übereinstimmung mit dem ordnungspolitischen Grundentscheid beurteilt werden (IV.A.3.b.). Dabei sind die im öffentlichen Interesse liegenden Ziele der Innovationsförderung und der Zugangsvermittlung zur Technologie (IV.C.) primär ökonomisch – nicht wertepolitisch zu definieren.<sup>121</sup> Ob diese Ziele erreicht oder verfehlt werden, zeigt sich allerdings erst zu einem wesentlich späteren Zeitpunkt als dem, zu dem die Massnahmen zur Erreichung dieser Ziele getroffen werden. Die durch diese zeitliche Diskrepanz (mit)verursachte Un gewissheit über die zukünftige Entwicklung von Märkten für neue Techno-

---

<sup>120</sup> WHITE HOUSE OFFICE OF SCIENCE AND TECHNOLOGY POLICY, Fact Sheet: Biden-Harris Administration Announces New Actions to Advance Open and Equitable Research, 11.01.2023. Internet: <https://bidenwhitehouse.archives.gov/ostp/news-updates/2023/01/11/fact-sheet-biden-harris-administration-announces-new-actions-to-advance-open-and-equitable-research/> (Abruf 15.03.2025); UNESCO, UNESCO Recommendation on Open Science vom 21. September 2023. Internet: <https://www.unesco.org/en/open-science/about#:~:text=Spanish-,International%20standard%20setting%20instrument,divides%20between%20and%20within%20countries> (Abruf 15.03.2025); OECD. Recommendation of the Council concerning Access to Research Data from Public Funding vom 14. Dezember 2006, Internet: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0347> (Abruf 15.03.2025).

<sup>121</sup> Dabei sind Ausführungen von Prof. Klaus Mathis anlässlich der ersten Jahrestagung von WiRe bemerkenswert. Demnach erfolgen Regulierungen gemäss der «Public Interest Theory» aus Gründen des öffentlichen Interesses. Die «Capture Theory» besage demgegenüber, dass Regulierungen das Ergebnis des Lobbyismus von Interessengruppen sind und nur unter dem Deckmantel des öffentlichen Interesses angestrebt werden. Dazu siehe VON SAAL/SCHWEIZER (FN 71), ZBJV 2025, 49.

logien – und damit auch über das Bestehen eines drohenden Marktversagens – verlangt besondere regulatorische Zurückhaltung.<sup>122</sup> Entsprechend betont auch jener Teil der Literatur, der das ökonomische Konzept des Marktversagens zur Legitimation staatlicher Eingriffe nicht integral übernimmt, dass in dynamischen Technologiemärkten einer «an zu erwartenden Konsequenzen orientierten Wettbewerbs- und Regulierungspolitik enge Grenzen» gesetzt sind, um nicht einer «Illusion der Planbarkeit» oder «unintendierten Handlungsfolgen» zu unterliegen.<sup>123</sup> In Berücksichtigung dieser Argumente nehmen Instrumente der *private governance* in Form des vertraglichen Technologietransfers – ungeachtet ihrer normativen Grenzen – eine zentrale Rolle als *de lege lata* verfügbare Steuerungsmechanismen im Bereich neuer Technologien ein.

## V. Schlussbemerkungen

Die Frage, inwiefern die normative Steuerung neuer Technologien ergänzend zur staatlichen Technologieregulierung durch *private governance* geprägt ist,<sup>124</sup> wird in zwei Richtungen untersucht: Zunächst wird analysiert, inwieweit sich *private governance* als wirksam erweist, um die Entwicklung und Anwendung von ethisch oder gesellschaftlich kontroversen Technologieanwendungen zu verhindern oder einzuschränken. Anschliessend wird untersucht, ob sie geeignet ist, einen breiten und innovationsfördernden Zugang zu Technologien zu ermöglichen. Als Anschauungsbeispiel dient die CRISPR/Cas9-Technologie, eine bahnbrechende Technologie im Spannungsfeld von Innovation und Ethik.

Im Verhältnis von *private governance* und staatlicher Regulierung sind verschiedene Konstellationen zu beobachten. Die Norm- und Regelsetzung der *private governance* ergänzt die staatliche Regulierung, soweit eine sol-

---

<sup>122</sup> HETTICH und KOLMAR bezeichnen die unzureichenden Möglichkeiten der Abschätzung von Handlungsfolgen in dynamischen, innovationsgetriebenen Industrien als «tiefe Unsicherheit». So HETTICH/KOLMAR (FN 73), ZBI 2018, 282, 293.

<sup>123</sup> HETTICH/KOLMAR (FN 72), ZBI 2018, 294; in diesem Sinne stellen VON DER CRONE und MAURER fest, dass bei Zweifeln am Vorliegen eines Marktversagens von einem staatlichen Eingriff abzusehen ist. Dazu VON DER CRONE/MAURER (FN 71), SZW 2011, 535.

<sup>124</sup> ZECH und MÜLLER halten fest: «Eine rein technologierechtliche Regelung kann zwar durch staatliches Recht erfolgen, kann aber ebenso gut in privater Normierung oder wissenschaftlicher Gesetzlichkeit begründet sein.» ZECH/MÜLLER (FN 4), Sicherheit & Recht 2019, 75.

che überhaupt vorhanden ist.<sup>125</sup> Solange es keine staatliche Regulierung einer bestimmten Technologie oder Technologieanwendung gibt, ersetzen die Regeln der *private governance* die staatliche Regulierung. Diese Interimsfunktion gewinnt mit der steigenden Komplexität der Abschätzung der möglichen Folgen neuer Technologien an Bedeutung. Der staatlichen Regulierung fällt es zunehmend schwer in dieser Dynamik, zeitnah einen angemessenen Rechtsrahmen zu schaffen.

Mit der «ethischen Lizenz» wurde ein unter Legitimitätsgesichtspunkten zwar problematisches, aber flexibles Regulierungsinstrument zur Vermeidung unerwünschter Technologieanwendungen beschrieben. Das Beispiel CRISPR/Cas9 zeigt, dass die vertraglich vereinbarten Nutzungsbeschränkungen auch Eingang in den politischen Diskurs zur staatlichen Regulierung gefunden haben. Ob und wie privatautonome Instrumente künftig besser legitimiert oder stärker mit öffentlichen Strukturen kombiniert werden können, bleibt eine offene Frage.

Bei der Untersuchung, welche Bedeutung der *private governance* in Abgrenzung zur staatlichen Regulierung zukommt, um einen offenen Technologiezugang zu erreichen, zeigt sich bei neuen Technologien mit hoher Entwicklungsdynamik, Innovationserwartung und wertebezogener Ambivalenz eine spezifische Herausforderung. Angesichts der Unsicherheit über die Ausgestaltung zukünftiger Technologiemärkte ist bei der staatlichen Regulierung Vorsicht geboten, um ein Regulierungsversagen zu vermeiden. Andererseits erweist sich aber auch die privatautonome Patentverwertung als unzureichendes Normierungsinstrument, um einen gerechten und offenen Technologiezugang zu erreichen. Daher kommt in diesem Kontext die Frage auf, ob gesetzgeberische Eingriffe ins Vertragsrecht angezeigt sind, um das Ziel eines offenen Technologiezugangs zu sichern, ohne die durch Immaterialgüterrechte geschaffenen Innovationsanreize zu schwächen. Im Hinblick auf die Zugangs- und Verteilgerechtigkeit ist zudem zu beachten, dass diese nicht allein vom Technologietransfer, sondern auch von den technischen Kapazitäten abhängt, welche durch regulatorische Rahmenbedingungen und einen funktionierenden

---

<sup>125</sup> TZANKOVA beschreibt das Muster der Komplementarität, wonach *private governance* Lücken füllt, die durch *public governance* entstanden sind. Siehe dazu ZDRAVKA TZANKOVA, Can private governance boost public policy? Insights from public-private governance interactions in the fisheries and electricity sectors, Regulation & Governance 2021.

Wettbewerb mitbestimmt werden.<sup>126</sup> Bei der Beschäftigung mit der Frage gesetzgeberischer Eingriffe ins Vertragsrecht zeigt sich erneut eine Tendenz zur zunehmenden Auflösung der strikten Grenzziehung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht.

---

<sup>126</sup> Vortrag von RETO M. HILTY, IP & Justice: Distributive Perspectives, ATRIP 43rd Congress, 22.–25. Juni 2025.

---

# 5 Jahre European Green Deal

## Eine ökonomische Kritik zur unternehmerischen Nachhaltigkeitsdurchsetzung durch die EU-Nachhaltigkeitsberichterstattung (CSRD) und EU-Lieferkettenrichtline (CS3D)

Stephan Schmid\*

### Inhaltsübersicht

I.	Ausgangspunkt	238
	A. Problemaufriss und Gang der Untersuchung	238
	B. Pluralistische Problemlage und ambitioniertes Regulierungsanliegen	239
	1. Green Deal	239
	2. Unternehmerische Nachhaltigkeitsdurchsetzung	241
	3. Soft Law als Regulierungsvorbilder	242
	4. Herausforderungen	242
	C. Definitionsvorschlag unternehmerische Nachhaltigkeitsdurchsetzung	244
II.	Zentrale europäische Rechtsakte der unternehmerischen Nachhaltigkeitsdurchsetzung	245
	A. Europäische Nachhaltigkeitsberichterstattung	245
	1. Entwicklung	245
	2. Von der NFRD zur CSRD	245
	B. Europäische Lieferkettenregulierung	248
	C. Durchsetzungsregime	250
	1. Überblick	250
	2. Durchsetzungsregime der EU-Lieferkettenregulierung	251

---

\* LL.M., B.Sc., Universitätsassistent und Doktorand am Institut für Internationales Unternehmens- und Wirtschaftsrecht sowie am Zentrum für rechtsvergleichende Unternehmensfinanzierung an der Universität Wien. Eine erweiterte Schriftfassung des Vortrags ist bereits unter dem Titel «Die Anatomie der unternehmerischen Nachhaltigkeitsdurchsetzung: Eine Regulierungstaxonomie und ökonomische Kritik zur Nachhaltigkeitsregulierung durch SFDR, CSRD und CS3D» in der Zeitschrift Österreichisches Juristisches Archiv (ÖJA) 2025/2, 105-169 erschienen.

D.	Parallelbestimmungen in der Schweiz	253
1.	Überblick	253
2.	Allgemeine Transparenzpflichten	253
3.	Besondere Transparenzpflichten	254
E.	Synthese: Unternehmerische Nachhaltigkeitsdurchsetzung als hybrides Regulierungsinstrument	255
III.	Überlegungen zu Effektivität und Effizienz	256
A.	Effektivität	256
1.	Komplexität, Überforderung und Rückzug	256
2.	Überabschreckung und Wohlfahrtsverlust	259
3.	Interessenpluralismus: Zielmaximen für Leitungsorgane gemäss Art. 25 CS3D-Entwurf	260
B.	Effizienz: Kosten-Nutzen-Analyse des «Second, Third oder Fourth Best Approach»	262
1.	Hohe Kostenbelastung	262
2.	Unsichere Vorteile	265
3.	Synthese	265
IV.	Schlussfolgerungen: Unternehmerische Nachhaltigkeitsdurchsetzung als Herausforderung für Gesetzgeber und Markt	266
A.	Sinnvolle Ergänzung im Regulierungspotpourri	266
B.	Überambitionen der EU	267
V.	Thesen	267

## I. Ausgangspunkt

### A. Problemaufriss und Gang der Untersuchung

Die Europäische Union hat 2019 mit dem European Green Deal einen der ambitioniertesten wirtschaftlichen Transformationspläne der europäischen Geschichte vorgelegt. So umstritten sind die verwendeten Regulierungsmittel.

Zentral werden von der EU auch Unternehmen in die Pflicht genommen: Unternehmen und unternehmensnahe Institutionen wie Finanzierer, Verbraucher, Zulieferer sowie Mitbewerber sollen Nachhaltigkeitsagenden durchsetzen. Dieses neuartige Phänomen, welches zur Untersuchung als *unternehmerische Nachhaltigkeitsdurchsetzung* definiert wird, wird im Beitrag näher untersucht.

Nach einer kurzen Vorstellung der europäischen Nachhaltigkeitsberichterstattung sowie Lieferkettenregulierung (II.) folgt eine ökonomische Kritik des

europäischen Regulierungsrahmens, die sowohl dessen Effektivität als auch Effizienz bemisst (III.). Der Beitrag schliesst mit Schlussfolgerungen (IV.) und Thesen (V.).

Aufgrund der Breite der Thematik versteht sich die Untersuchung unter anderem als Landkarte für Folgeuntersuchungen, um die *terra incognita* rechtsgebietsübergreifend, rechtsvergleichend und interdisziplinär ausleuchten zu können.

## **B. Pluralistische Problemlage und ambitioniertes Regulierungsanliegen**

### **1. Green Deal**

Die Europäische Union, folgend EU, möchte mit dem *European Green Deal*<sup>1</sup> die derzeitigen Multikrisen<sup>2</sup> bekämpfen. Nach dieser Strategie soll die EU zu einer fairen und wohlhabenden Gesellschaft mit einer modernen, ressourceneffizienten und wettbewerbsfähigen Wirtschaft wachsen, die im Jahr 2050 keine Netto-Treibhausgasemissionen mehr freisetzt und in der das Wirtschaftswachstum von der Ressourcennutzung abgekoppelt ist. Dabei sollen Naturkapital, die Gesundheit und das Wohlergehen der Menschen geschützt werden. Dieser Übergang soll gerecht und inklusiv geschehen.<sup>3</sup>

Zur Erreichung der hehren Ziele hat die EU einen Regulierungsturbo gezündet: Die ursprüngliche Strategiemitteilung wurde mittlerweile durch eine unüberschaubare Anzahl von über 100 verbindlichen und unverbindlichen

---

<sup>1</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION, Mitteilung der Kommission, Der europäische Grüne Deal, 11.12.2019, COM(2019) 640 final, Dokument 52019DC0640. Siehe zuvor bereits EUROPÄISCHE KOMMISSION, Mitteilung der Kommission, Aktionsplan: Finanzierung nachhaltigen Wachstums, 08.03.2018, COM(2018) 97 final, Dokument 52018DC0097.

<sup>2</sup> Etwa Klima- und Biodiversitätskrise, Inflation, Lieferkettendisruptionen, technische Umbrüche wie Künstliche Intelligenz, international wachsende wirtschaftliche Konkurrenz, Migrationsdruck, Überalterung der Bevölkerung, steigende Transferleistungen, private und staatliche Verschuldung, Energieabhängigkeit von autokratischen Regimen, Fachkräfte- mangel etc.

<sup>3</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION (FN 1), Mitteilung COM(2019) 640 final 2.

Rechtsakten<sup>4</sup> konkretisiert. Hervorzuheben sind die ambitionierten Klimaziele: Demnach sollen die unionsweiten Emissionen bis 2030 um mindestens 55 % gegenüber dem Stand von 1990 gesenkt<sup>5</sup> und bis spätestens 2050 auf netto null reduziert werden.<sup>6</sup> Massnahmen zur Wiederherstellung der Natur<sup>7</sup> und der Stärkung von Verbraucherrechten<sup>8</sup> sowie unternehmerische Sorgfaltspflichten zum Schutz von Mensch und Umwelt in der Aktivitätskette<sup>9</sup> komplementieren und veranschaulichen die Regulierungstrias, für die sich das Akronym «ESG» – «Environmental, Social, Governance» – etabliert hat.<sup>10</sup>

---

<sup>4</sup> Siehe zu den Rechtsakten der EU Art. 288 der konsolidierten Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, unterzeichnet in Lissabon am 13. Dezember 2007, ABI C 326 vom 26. Oktober 2012. Siehe überblicksmäig zu den Rechtsakten die Zeitleiste unter Internet: <https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal> unter Zeitleiste (Abruf 28.11.2024). Zu den wirtschaftsrechtlichen Rechtsakten HOLGER FLEISCHER, Klimaschutz im Gesellschafts-, Bilanz- und Kapitalmarktrecht, DB 2022, 37 ff.; SUSANNE KALSS/JAKOB DEUTSCH, Nachhaltigkeitspflichten für Unternehmen, GesRZ 2022, 323 ff.; SUSANNE KALSS/JAKOB DEUTSCH, Nachhaltigkeit – Aufgaben und Chancen des Gesellschaftsrechts, RWZ 2022, 355 ff.; ALEXANDER SCHOPPER/JOHANNES REHEIS, Aspekte der Nachhaltigkeit im Gesellschaftsrecht, NZ 2022, 530 ff. Weiterführend PHILLIP HELLWEGE/DANIEL WOLF (Hrsg.), Klimakrisenrecht, Tübingen 2024.

<sup>5</sup> Art. 4 Abs. 1 Verordnung (EU) 2021/1119 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Juni 2021 zur Schaffung des Rahmens für die Verwirklichung der Klimaneutralität und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 401/2009 und (EU) 2018/1999 («Europäisches Klimagesetz»), ABI L 243, 9.7.2021, 1. Siehe zuvor EUROPÄISCHE KOMMISSION, Mitteilung der Kommission, «Fit for 55»: auf dem Weg zur Klimaneutralität – Umsetzung des EU-Klimaziels für 2030, 14.7.2021, COM(2021) 550 final, Dokument 52021DC0550.

<sup>6</sup> Art. 2 Abs. 1 Verordnung (EU) 2021/1119 («Europäisches Klimagesetz»).

<sup>7</sup> Verordnung (EU) 2024/1991 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Juni 2024 über die Wiederherstellung der Natur und zur Änderung der Verordnung (EU) 2022/869, ABI L 1991, 29.7.2024 («EU-Renaturierungsgesetz»).

<sup>8</sup> Richtlinie (EU) 2024/825 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Februar 2024 zur Änderung der Richtlinien 2005/29/EG und 2011/83/EU hinsichtlich der Stärkung der Verbraucher für den ökologischen Wandel durch besseren Schutz gegen unlautere Praktiken und durch bessere Informationen, ABI L 825, 6.3.2024; Richtlinie (EU) 2024/1799 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juni 2024 über gemeinsame Vorschriften zur Förderung der Reparatur von Waren und zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinien (EU) 2019/771 und (EU) 2020/1828, ABI L 1799, 10.7.2024.

<sup>9</sup> Richtlinie (EU) 2024/1760 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juni 2024 über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2019/1937 und der Verordnung (EU) 2023/2859, ABI L 1760, 5.7.2024 («EU-Lieferkettengesetz»).

<sup>10</sup> Für alle SCHOPPER/REHEIS (FN 4), NZ 2022, 531.

## 2. Unternehmerische Nachhaltigkeitsdurchsetzung

Zentral macht die EU *Unternehmen* wie auch den Kapitalmarkt zu den Protagonisten zur Erreichung ihrer Ziele, was tiefgreifende Veränderungen von Unternehmens-, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht nach sich zieht.<sup>11</sup> Unternehmen sollen u.a. ermutigt (sic!) werden, wiederverwendbare, langlebige und reparierbare Produkte anzubieten sowie eine nachhaltige Wertschöpfungsstrategie<sup>12</sup> – Stichpunkt Recycling und Kreislaufwirtschaft – zu verfolgen.<sup>13</sup> Unternehmen gelten nicht mehr nur als Hauptverursacher ökologischer und sozialer Probleme, sondern ihnen wird grosses Potenzial für die Entwicklung eines gesamtgesellschaftlichen Wandels zugeschrieben.<sup>14</sup> Insoweit transformiert die EU die Stellung des Unternehmens im marktwirtschaftlichen Gefüge: Anstatt dem von *Friedman* geprägten *Shareholder Value* Ansatz («the business of business is business»)<sup>15</sup> zu folgen, zeichnet sich eine Stärkung zahlreicher Interessensträger ab. Das Verantwortungsprofil von Unternehmen wird interessenpluralistischer, was als *Stakeholder Value* Ansatz beschrieben wird.<sup>16</sup> Unternehmen sollen sich zusätzlich zu ihrer wirtschaftlichen Kertätigkeit als «vorbildliche Bürger» profilieren.<sup>17</sup>

<sup>11</sup> Siehe überblicksmässig **FLEISCHER** (FN 4), DB 2022, 37 ff.; **KALSS/DEUTSCH** (FN 4), GesRZ 2022, 323 ff.; **KALSS/DEUTSCH** (FN 4), RWZ 2022, 355 ff.

<sup>12</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION (FN 1), Mitteilung COM(2019) 640 final 8.

<sup>13</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION (FN 1), Mitteilung COM(2019) 640 final 9.

<sup>14</sup> ANNE-CHRISTIN MITTWOCH, Der aktuelle Richtlinievorschlag für eine Europäische Corporate Sustainability Due Diligence, NR 2022, 149 ff.; siehe auch ALPEREN AFŞIN GÖZLÜGÖL/ WOLF-GEORG RINGE, Private Companies: The Missing Link on The Path to Net Zero, Journal of Corporate Law Studies 22 (2022), 887 ff.; JENS EKKENGA et al., Offene Fragen zur rechtlichen Steuerung nachhaltigen Unternehmertums, NJW 2021, 1509 ff.; TIMO FEST, Nachhaltige Unternehmensführung – Die Perspektive des Vorstands unter besonderer Berücksichtigung von Art. 25 CSDDD-E, AG 2023, 713 ff.

<sup>15</sup> MILTON FRIEDMAN, The social responsibility of business is to increase its profits, New York Times vom 13.9.1970, 17. Demnach leisten Unternehmen den grössten gesellschaftlichen Beitrag dadurch, dass sie ihren eigenen finanziellen Wert steigern.

<sup>16</sup> Siehe den Überblick bei HOLGER FLEISCHER, Shareholders vs. Stakeholders: Aktienrechtliche Fragen, in: Handbuch Corporate Governance, 2. A., Köln/Stuttgart 2009, 185, 190 ff.; HOLGER FLEISCHER, § 2 Shareholder Value versus Stakeholder Value – eine Jahrhundertdebatte und kein Ende?, in: Holger Fleischer/Jens Koch/Klaus Ulrich Schmolke (Hrsg.), Gesellschaftsrecht im Spiegel großer Debatten, Berlin/Boston 2024, 71 ff.

<sup>17</sup> SCHOPPER/REHEIS (FN 4), NZ 2022, 531.

### 3. Soft Law als Regulierungsvorbilder

Regelungsvorbild der *unternehmerischen Nachhaltigkeitsdurchsetzung* sind zahlreiche internationale Vertrags- oder Marktstandards, die sich aufgrund von gesetzgeberischen Versäumnissen – als *Governance gaps* oder *political failure*<sup>18</sup> beschrieben – gebildet haben und welche Unternehmen bisher teils freiwillig befolgen. Beginnend mit der Richtlinie zur nichtfinanziellen Berichterstattung aus 2014<sup>19</sup> zeichnet sich eine Positivierungswelle freiwilliger «soft law»<sup>20</sup> Standards ab. Nach der letzten Legislaturperiode des Europäischen Parlaments, die 2024 endete, stehen Mitgliedstaaten und Unternehmen mittlerweile vor einer europäischen Regulierungsflut: Die Vorgaben zur EU-Taxonomie, zur ESG-Berichterstattung und weiteren kapitalmarktrechtlichen Vorgaben sowie zum EU-Lieferkettengesetz bilden ein Konvolut von bis dato mehreren tausend Seiten, dessen Ende noch nicht absehbar ist.<sup>21</sup>

### 4. Herausforderungen

Als Herausforderungen für den europäischen Gesetzgeber erweisen sich die umfassenden und mit Zielkonflikten behafteten Regulierungsziele, seine nur mithilfe der Privatwirtschaft überwindbaren territorialen und finanziellen Grenzen, sowie Prognoseunsicherheiten hinsichtlich der Höhe negativer Externalitäten und der Kosten und Nutzen von Eingriffen in den Markt.

---

<sup>18</sup> Näher MARC-PHILIPPE WELLER/CHRIS THOMALE, Menschenrechtsklagen gegen deutsche Unternehmen, ZGR 2017, 509, 515; LEONHARD HÜBNER, Unternehmenshaftung für Menschenrechtsverletzungen, Tübingen 2022, 24 ff.

<sup>19</sup> Richtlinie (EU) 2014/95 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2014 zur Änderung der Richtlinie 2013/34/EU im Hinblick auf die Angabe nichtfinanzialer und die Diversität betreffender Informationen durch bestimmte große Unternehmen und Gruppen, ABI L 330, 15.9.2014.

<sup>20</sup> Siehe jüngst monographisch MONA P. LADLER, Soft Law und Sorgfaltspflichten. Strukturprinzipien im Unternehmens- und Wirtschaftsrecht, Wien 2023.

<sup>21</sup> Vgl. auch MORITZ RENNER, Menschenrechts- und umweltbezogene Unternehmensverantwortung zwischen Kapitalmarkt und Lieferkette, ZEuP 2022, 782 f., der von einem Regulierungstsunami spricht.

Der europäische Gesetzgeber nutzt in CSRD<sup>22</sup>, SFDR<sup>23</sup>, Taxonomie-VO<sup>24</sup> sowie der CS3D<sup>25</sup> nicht etwa eine Begriffsdefinition, sondern zahlreiche mehr oder weniger abgestimmte<sup>26</sup> Nachhaltigkeitsbegriffe. Dies ist unbefriedigend: Denn eine unklare Zielkonzeption kann nicht präzise verfolgt werden. Zudem sind als Resultat der pluralistischen Regulierungsziele zahlreiche *Ziel- und Verteilungskonflikte* auszumachen: Exemplarisch herangezogen wird oft die Automobilindustrie wie etwa die neu von Tesla errichtete Batteriefabrik in Brandenburg. Solche Wirtschaftstätigkeiten stellen einen zentralen Wohlstandsfaktor für die deutsche Gesellschaft dar, womit dem «S» in ESG gedient ist. Sie steht aber im Konflikt mit Umweltzielen.<sup>27</sup> Muss ein europäischer Industriebetrieb aufgrund von Umweltschutzbegrenzungen schliessen, könnte dies in sozialer Hinsicht desaströse Auswirkungen haben.<sup>28</sup> Deshalb bleibt prima facie unklar, welches Verhalten nun «nachhaltig» wäre. Die rechtlichen Schwierig-

---

<sup>22</sup> Siehe Art. 2 Nr. 17 BilanzRL 2013/34 i.d.F. CSRD 2022/2464: «Nachhaltigkeitsaspekte» Umwelt-, Sozial- und Menschenrechtsfaktoren sowie Governance-Faktoren, einschließlich Nachhaltigkeitsfaktoren im Sinne von Artikel 2 Nummer 24 der Verordnung (EU) 2019/2088 [SFDR].»

<sup>23</sup> Siehe Art. 2 Nr. 17 («nachhaltige Investition»), 22 («Nachhaltigkeitsrisiko») und 24 («Nachhaltigkeitsfaktoren») SFDR. Unter Nachhaltigkeitsfaktoren werden Umwelt-, Sozial- und Arbeitnehmerbelange, die Achtung der Menschenrechte und die Bekämpfung von Korruption und Bestechung umfasst.

<sup>24</sup> Siehe zu ökologisch nachhaltigen Wirtschaftstätigkeiten Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Taxonomie-VO. Dazu JULIA TOLD, Wirtschaftstransformation durch Nachhaltigkeitsbegriffe, RWZ 2023, 195.

<sup>25</sup> Art. 3 Abs. 1 lit. b–d CS3D.

<sup>26</sup> Kritisch hinsichtlich der vielen Nachhaltigkeitsbegriffe TOLD (FN 24), RWZ 2023, 198: «Diese Mehrbegrifflichkeit wirkt insofern verwirrend, als das Verhältnis der Begrifflichkeiten zueinander nicht geklärt ist.» Die Nachhaltigkeitsbegriffe als Stufenverhältnis begreifend ECKART BUREN, Green Finance, insbesondere Green Bonds, ZGR 2024, 402 f.; siehe auch PHILIPP FIDLER, MiFID II und Nachhaltigkeitspräferenzen in der Anlageberatung, ÖBA 2023, 792 ff.; JENS EKKENGA, Externe Nachhaltigkeitsberichterstattung nach der neuen CSRD, ZHR 2023, 234; MICHAEL NIETSCH, Von der nichtfinanziellen Berichterstattung zur Nachhaltigkeitsberichterstattung – Eine Momentaufnahme zum Vorschlag der Corporate Sustainability Reporting Directive, ZIP 2022, 452.

<sup>27</sup> Ähnlich THILO KUNTZ, Regulierungsstrategien zur Durchsetzung von Gemeinwohlinteressen im Aktienrecht, in: STEFAN GRUNDMANN, HANNO MERKT UND PETER O. MÜLBERT (Hrsg.), Festschrift für Klaus J. Hopt zum 80. Geburtstag am 24. August 2020, Berlin/Boston 2020, 663 f.

<sup>28</sup> JOHN ARMOUR/LUCA ENRIQUES/THOM WETZER, Green Pills: Making Corporate Climate Commitments Credible, Arizona Law Review 65 (2023), 314; SCHOPPER/REHEIS (FN 4), NZ 2022, 531.

keiten, die sich aus der unklaren Zielkonzeption ergeben, werden in Abschnitt III.A.3. näher behandelt.

### **C. Definitions vorschlag unternehmerische Nachhaltigkeitsdurchsetzung**

Da die unternehmerische Nachhaltigkeitsdurchsetzung ein *hybrides Regulierungsinstrument* ist, das mehrere Rechtsdisziplinen mit unterschiedlichen Vokabularen und konzeptionellen Rahmen berührt, soll der Untersuchung eine Definition vorangestellt werden: Mit unternehmerischer Nachhaltigkeitsdurchsetzung *im engsten Sinne* sind diejenigen Regulierungsansätze angesprochen, die dem Unternehmen solche Pflichten auferlegen, wonach das Unternehmen selbst als Durchsetzungsagent für Nachhaltigkeitsziele instrumentalisiert werden soll. Paradebeispiel hierfür ist die allgemeine europäische Lieferkettenregulierung, kurz CS3D, nach der grosse Unternehmen über Vertragsbeziehungen Nachhaltigkeitsziele bei anderen Unternehmen durchsetzen sollen (näher II.B.). Unternehmerische Nachhaltigkeitsdurchsetzung *im engeren Sinn* beschreibt Regulierungsanliegen, die vom Unternehmen selbst ein nachhaltigkeitskonformes Verhalten verlangen, wie beispielsweise Höchstgrenzen für die Schadstoffemission. Die unternehmerische Nachhaltigkeitsdurchsetzung *im weiteren Sinn* umfasst zusätzlich jene Institutionen, die besonderen Einfluss auf das Unternehmen ausüben können, wie beispielsweise Kapitalgeber, Abnehmer, Arbeitnehmer, Versicherer und weitere Teilnehmer im marktwirtschaftlichen Gefüge.

Der Fokus dieses Beitrags liegt auf der unternehmerischen Nachhaltigkeitsdurchsetzung *im engsten Sinne*. Die zwei bedeutendsten Rechtsakte hierfür sind die europäische Nachhaltigkeitsberichterstattung, kurz CSRD, sowie die allgemeine europäische Lieferkettenregulierung, kurz CS3D.

## II. Zentrale europäische Rechtsakte der unternehmerischen Nachhaltigkeitsdurchsetzung

### A. Europäische Nachhaltigkeitsberichterstattung

#### 1. Entwicklung

Die Unternehmensberichterstattung blickt auf eine lange Vergangenheit zurück. Stand vorerst die *finanzielle* Berichterstattung im Jahresabschluss im Fokus, wurde diese sukzessive um *nichtfinanzielle* Inhalte erweitert. Bereits vor den Regulierungsbemühungen der EU haben sich Marktstandards zur nichtfinanziellen Berichterstattung gebildet und weltweit etabliert, wie die Global Reporting Standards und die IFRS Sustainability Disclosure Standards.<sup>29</sup>

#### 2. Von der NFRD zur CSRD

2014 verabschiedete die EU die Richtlinie über nichtfinanzielle Offenlegungspflichten (Non-Financial Reporting Directive), kurz NFRD. Der Erfolg fiel allerdings aufgrund der Konzeption als *Comply-or-Explain* Mechanismus verhalten aus.<sup>30</sup> Deshalb schärfte die EU mit der CSRD – die Anfang 2023 in Kraft trat, aber noch von zahlreichen Mitgliedstaaten umzusetzen ist<sup>31</sup> – nach: Das ESG-Reporting soll von seinem bisherigen Nudging-Charakter in eine Pflicht befördert werden:<sup>32</sup> Dafür soll es (i) detaillierter<sup>33</sup>, (ii) verbindlicher – der *Comply-or-Explain* Mechanismus fällt weg – und (iii) in seinem Anwendungsbereich<sup>34</sup> erweitert werden.<sup>35</sup> Zudem wird (iv) der Bericht durch einen

<sup>29</sup> Siehe etwa JOACHIM HENNREICH, Europäische Standards für die Nachhaltigkeitsberichterstattung – Gold Standard oder Irrweg?, NZG 2023, 1149; siehe zu weiteren freiwilligen Standards GALINA KOLEV/ADRIANA NELIGAN, Nachhaltigkeit in Lieferketten: Eine ökonomische Bewertung von Gesetzesvorschlägen, IW-Policy Paper 5 (2021), 8 ff., frei im Internet abrufbar: <https://hdl.handle.net/10419/232540> (Abruf 29.11.2024).

<sup>30</sup> SEBASTIAN STEUER/TOBIAS HANS TRÖGER, The Role of Disclosure in Green Finance, Journal of Financial Regulation 8 (2022), 9: «toothless tiger».

<sup>31</sup> Die CSRD hätte gemäss Art. 5 Abs. 1 bis 6.7.2024 umgesetzt werden müssen.

<sup>32</sup> NIETSCH (FN 26), ZIP 2022, 451; FLEISCHER (FN 4), DB 2022, 39.

<sup>33</sup> Siehe Art. 19a Abs. 2 lit. a Ziff. iii der BilanzRL i.d.F. CSRD.

<sup>34</sup> Art. 19a BilanzRL i.d.F. CSRD.

<sup>35</sup> So sollen statt bisher 500 fortan 15'000 Unternehmen in Deutschland erfasst werden. Siehe NIETSCH (FN 26), ZIP 2022, 451.

Abschlussprüfer geprüft.<sup>36</sup> Damit soll die Vollständigkeit, Vergleichbarkeit und Verlässlichkeit von Nachhaltigkeitsinformationen verbessert werden.<sup>37</sup>

Die CSRD sieht eine nach Grösse gestaffelte Einführungsphase vor: Schliesslich werden alle europäischen *grossen* sowie *kleine und mittlere Unternehmen* erfasst sein; letztere aber nur, soweit sie kapitalmarktorientiert sind.<sup>38</sup> Ein Unternehmen gilt als gross, wenn es zwei der drei folgenden Grössenmerkmale überschreitet: a) Bilanzsumme > 25 Mio. EUR, b) Netto-umsatzerlöse > 50 Mio. EUR, c) Beschäftigte > 250.<sup>39</sup> Es wird prognostiziert, dass die CSRD die Zahl der betroffenen Unternehmen um den Faktor vier im Gegensatz zur NFRD erhöht und insgesamt ca. 50'000 der EU Unternehmen erfasst.<sup>40</sup> In Österreich steigt die Anzahl betroffener Unternehmen um den Faktor zehn auf 2'000<sup>41</sup> und in Deutschland sogar um den Faktor 30 auf 15'000 Unternehmen.<sup>42</sup> Die CSRD hat aber auch einen *extraterritorialen Anwendungsbereich*: Einerseits sind Drittstaatsunternehmen erfasst, die an einer europäischen Börse notieren.<sup>43</sup> Andererseits fallen auch Mutterunternehmen aus Drittstaaten in den Anwendungsbereich, sofern sie bedeutsame wirtschaftliche Aktivitäten in der EU entfalten.<sup>44</sup> Verantwortlich für die Erstellung sind die Leitungsorgane der Zweigniederlassungen und Tochterunternehmen im Binnenmarkt.<sup>45</sup>

Zu Umfang und Struktur der offenzulegenden Informationen macht die CSRD überschaubare Vorgaben.<sup>46</sup> Zur näheren Spezifizierung arbeitet die

---

<sup>36</sup> Art. 34 BilanzRL i.d.F. CSRD. Zuvor war lediglich zu prüfen, ob der Bericht aufgestellt wurde. Kritisch hinsichtlich der «begrenzten Prüfungssicherheit» EKKENGA (FN 26), ZHR 2023, 261 ff., 266 These 13. Näher auch NIETSCH (FN 26), ZIP 2022, 458 f.

<sup>37</sup> JOSEF BAUMÜLLER et al., Die Einbeziehung der Arbeitnehmervertreter in den Prozess der Nachhaltigkeitsberichterstattung, Aufsichtsrat aktuell 2023, 152.

<sup>38</sup> Art. 5 Abs. 2 BilanzRL i.d.F. CSRD.

<sup>39</sup> Art. 3 Abs. 4 BilanzRL i.g.F.

<sup>40</sup> JOSEF BAUMÜLLER, Corporate Sustainability Reporting, ecolex 2024, 677.

<sup>41</sup> JOSEF BAUMÜLLER/NIKOLAI HARING/STEFAN MERL, Der Kommissionsvorschlag zur Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD), NR 2021, 366 f.

<sup>42</sup> NIETSCH (FN 26), ZIP 2022, 451.

<sup>43</sup> Art. 4 TransparenzRL 2004/109/EG i.d.F. CSRD. Näher JOSEF BAUMÜLLER et al., Die Endfassung der Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD): Überblick und Anwendungsbereich, NR 2022, 510 f.

<sup>44</sup> Art. 40a BilanzRL i.d.F. CSRD. Näher NIETSCH (FN 26), ZIP 2022, 452.

<sup>45</sup> Art. 40c BilanzRL i.d.F. CSRD.

<sup>46</sup> Art. 19a und 29a BilanzRL i.d.F. CSRD.

CSRD mit einem Verweissystem: Sie ermächtigt die Kommission, delegierte Rechtsakte – die sogenannten *European Sustainability Reporting Standards* (ESRS) – zu erlassen. Insgesamt sind zwei bereichsübergreifende<sup>47</sup> sowie zehn thematische Standards zu den Themen Umwelt<sup>48</sup>, Soziales<sup>49</sup> und Governance<sup>50</sup> vorgesehen. Die zur Erstellung beauftragte *Europäische Beratungsgruppe für Rechnungslegung* war dabei überfleissig: Das erste bereits veröffentlichte Set der ESRS sieht derzeit über 1'100 Datenpunkte vor, die ein Unternehmen potenziell offenzulegen hat.<sup>51</sup>

Zur Konkretisierung, welche Datenpunkte erfasst werden müssen, etabliert die CSRD das Prinzip der *kumulativen Materialität*, das die EU irreführend «doppelte Wesentlichkeit» nennt:<sup>52</sup> Unternehmen haben einerseits über die Risiken und Chancen in Zusammenhang mit Nachhaltigkeitsaspekten zu berichten, soweit diese wesentliche finanzielle Auswirkungen auf das Unternehmen haben oder dies zu erwarten ist (*Outside-in-Perspektive*). Andererseits ist über wesentliche Auswirkungen der Unternehmenstätigkeiten auf die Umwelt zu berichten (*Inside-out-Perspektive*).<sup>53</sup> Die doppelte Wesentlichkeit hat damit zwei Dimensionen: die *Wesentlichkeit der Auswirkungen* und die *finanzielle Wesentlichkeit*.<sup>54</sup> Nach Rz. 49 ESRS 1 ist ein Nachhaltigkeitsaspekt unter finanziellen Gesichtspunkten zu erfassen, wenn er wesentliche finanzielle Auswirkungen auf das Unternehmen nach sich zieht oder wenn diese

<sup>47</sup> Anhang I DelVO (EU) 2023/2772: ESRS 1 Allgemeine Anforderungen und ESRS 2 Allgemeine Angaben.

<sup>48</sup> Anhang I der DelVO (EU) 2023/2772: ESRS E1 Klimaschutz (inklusive Treibhausgasbericht), ESRS E2 Umweltverschmutzung, ESRS E3 Wasser- und Meeresressourcen, ESRS E4 Biologische Vielfalt und Ökosysteme und ESRS E5 Ressourcennutzung und Kreislaufwirtschaft.

<sup>49</sup> Anhang I der DelVO (EU) 2023/2772: ESRS S1 Eigene Belegschaft, ESRS S2 Arbeitskräfte in der Wertschöpfungskette, ESRS S3 Betroffene Gemeinschaften, ESRS S4 Verbraucher und Endnutzer.

<sup>50</sup> Anhang I der DelVO (EU) 2023/2772: ESRS G1 Unternehmensführung.

<sup>51</sup> Siehe näher GERHARD PRACHNER, ESRS 1 Allgemeine Anforderungen, in: Stéphanie Mittelbach-Hörmanseder/Katrin Hummel/Georg Schneider (Hrsg.), Handbuch Nachhaltigkeitsberichterstattung, Wien 2024, Rz. 1 ff.; VERA ROTHENBURG/HANNA ROGG, Umsetzung der CSRD-Berichtspflichten – Herausforderungen für den Vorstand, NZG 2024, 1439 ff.

<sup>52</sup> Vgl. NIETSCH (FN 26), ZIP 2022, 454.

<sup>53</sup> ESRS 1 Rz. 14, 21, 37 ff. Siehe dazu NIETSCH (FN 26), ZIP 2022, 454; ANNA ITKIN, Das Prinzip der doppelten Wesentlichkeit – Herzstück der Nachhaltigkeitsberichterstattung, ZFR 2023, 585 ff.

<sup>54</sup> ESRS 1 Rz 37.

nach vernünftigem Ermessen zu erwarten sind (*Outside-in-Perspektive*). Nach Rz. 43 ESRS 1 ist ein Nachhaltigkeitsaspekt hinsichtlich der Auswirkungen wesentlich, wenn er sich auf die wesentlichen tatsächlichen oder potenziellen, positiven oder negativen Auswirkungen des Unternehmens auf Mensch oder Umwelt innerhalb kurz-, mittel- oder langfristiger Zeithorizonte bezieht (*Inside-out-Perspektive*).<sup>55</sup> Diese weiten Berichtspflichten sind ergebnisoffen, d.h., sie erfassen reputationsfördernde und -schädliche Informationen gleichermaßen.<sup>56</sup> Nach der gesetzlichen Konzeption gilt offenbar: «*Wer schreibt, der bleibt*». Unternehmen, die ihre Berichtspflichten erfüllen, dürfen weiter ihren Geschäften nachgehen, selbst wenn diese ESG-Risiken hervorrufen.

## B. Europäische Lieferkettenregulierung

Einen Schritt weiter als die CSRD geht die EU mit der Lieferkettenrichtlinie: Mit ihr werden sowohl europäische als auch drittstaatliche Unternehmen nicht nur angestossen, nachhaltig zu wirtschaften. Die CS3D legt Gesellschaften umfangreiche Sorgfaltspflichten zum Schutz von Umwelt und Menschenrechten auf, die diese in ihrer Lieferkette einerseits selbst zu beachten, andererseits aber auch bei ihren Konzerntochterunternehmen sowie konzernexternen Zulieferern und Abnehmern vertraglich durchzusetzen haben. Dieser *unternehmerische* Durchsetzungsmechanismus ist neuartig und wurde bisher als «Third Party Private Enforcement»<sup>57</sup>, «Wirtschaftliche Durchsetzung»<sup>58</sup> oder «Vertragsmodell»<sup>59</sup> beschrieben.

---

<sup>55</sup> Näher u.a. ALEXANDER REUTER, Pflichtenvermehrung durch ESG – Die neuen Vorgaben der EU als multiple, verbundene und haftungsträchtige Eingriffe, ZIP 2023, 1576 ff.

<sup>56</sup> EKKENGA (FN 26), ZHR 2023, 230 f.

<sup>57</sup> THOMALE/SCHMID, Das Private Enforcement der EU-Lieferkettenrichtlinie, RabelsZ 2024, 432.

<sup>58</sup> JULIA TOLD, CSDDD. Direkte und indirekte Wirkungen, Vortrag am Supply Chain Summit vom 20.6.2024. Internet: <https://www.wko.at/oe/oesterreich/supply-chain-summit> (Abruf 29.11.2024).

<sup>59</sup> PETRA FELZMANN, Nachhaltigkeitsförderung: Vertrags- statt Informationsmodell bei der Unternehmensfinanzierung, in: Simon Ewerz/Leonard Soldo/Adnan Tokic (Hrsg.), Wirtschaft und Methode, Wien 2024, 369 f. Vgl. auch ALEXANDER HELLGARDT, Klimaschutz und Vertragsrecht, in: Phillip Hellwege/Daniel Wolf (Hrsg.), Klimakrisenrecht, Tübingen 2024, 317 ff.

Schlussendlich<sup>60</sup> soll die CS3D für europäische Kapital- und Personengesellschaften<sup>61</sup>, die einen weltweiten Nettoumsatz von mehr als 450 Mio. EUR erzielen und durchschnittlich mehr als 1'000 Beschäftigte haben, gelten.<sup>62</sup> In ihrer Rechtsform vergleichbare Drittstaatengesellschaften werden unabhängig von ihrer Beschäftigtenzahl erfasst, wenn sie 450 Mio. EUR Nettoumsatz in der Union erwirtschaften.<sup>63</sup> Der unmittelbare Anwendungsbereich der CS3D ist allerdings nur bedingt aussagekräftig, worauf noch in der Kritik näher eingegangen wird.<sup>64</sup>

Im Kern werden Unternehmen verpflichtet, nach einem «risikobasierten Ansatz» negative Auswirkungen ihrer Aktivitätskette auf Menschenrechte und Umwelt selbst zu ermitteln und zu bewerten. Zur näheren Ausformung der negativen Auswirkungen nutzt die CS3D ein dynamisches<sup>65</sup> Verweissystem:<sup>66</sup> Ähnlich wie das deutsche LkSG verweist sie auf Verpflichtungen aus völkerrechtlichen Verträgen, die im Anhang der CS3D in bemerkenswertem Umfang aufgezählt werden.<sup>67</sup> Für die Fragen, wie potenzielle negative Auswirkungen zu vermeiden<sup>68</sup> oder tatsächliche negative Auswirkungen abzustellen sind<sup>69</sup>, schreibt die CS3D einen eingehenden Massnahmenkatalog vor, auf den aus

<sup>60</sup> Siehe die «Phase-In» Klausel in Art. 37 CS3D.

<sup>61</sup> Siehe die Definition in Art. 3 Abs. 1 lit. a Ziff. i CS3D, die auf die Anhänge I und II BilanzRL 2013/34 verweist. Anhang I listet für Österreich die AG und GmbH auf; die europäische Gesellschaft ist der AG gleichgestellt gemäss Art. 10 der VO (EG) 2157/2001. Anhang II listet die offene Gesellschaft und Kommanditgesellschaft auf. M.E. werden die Personengesellschaften unabhängig davon, ob es sich um verdeckte Kapitalgesellschaften handelt, erfasst. Ebenso TABEA BAUERMEISTER, Instrumentalisierung als Weltpolizei? Das Unternehmen in den europäischen Bestrebungen um eine CSDD-Richtlinie, in: Ewerz/Soldo/Tokic (FN 59), 400. Vgl. JESSICA SCHMIDT, Die EU-Lieferketten-Richtlinie (CSDDD). Meilenstein oder bürokratische Hydra?, NZG 2024, 860, die nur verdeckte Kapitalgesellschaften als erfasst ansieht.

<sup>62</sup> Art. 2 Abs. 1 lit. a CS3D. Näher BAUERMEISTER (FN 61), 405 ff.

<sup>63</sup> Art. 2 Abs. 2 lit. a CS3D.

<sup>64</sup> Siehe unten III.B.1.

<sup>65</sup> Art. 3 Abs. 2 i.V.m. Art. 34 CS3D.

<sup>66</sup> Vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. b und c CS3D.

<sup>67</sup> Siehe den umfangreichen Anhang der CS3D.

<sup>68</sup> Art. 10 CS3D.

<sup>69</sup> Art. 11 CS3D.

Platzgründen nur verwiesen werden kann.<sup>70</sup> Indem die CS3D beispielsweise Schulungen oder Investitionen für direkte oder sogar indirekte Geschäftspartner<sup>71</sup> nennt, ist sie überaus anspruchsvoll. Diese Kernpflichten der CS3D sind allerdings nicht als Erfolgspflichten, sondern als *Bemühenpflichten* ausgestaltet<sup>72</sup>: Das heisst, Verpflichtete müssen nicht unter allen Umständen gewährleisten, dass keine negativen Auswirkungen auftreten, oder dass diese verhindert oder abgestellt werden.<sup>73</sup> Mit der CS3D hat die EU ihre zuvor existierende, sektorspezifische Lieferkettenregulierung zu den Themen Entwaldung und Konfliktmineralien auf alle grossen Unternehmen, unabhängig von deren Sektor, ausgeweitet.<sup>74</sup>

## C. Durchsetzungsregime

### 1. Überblick

Zahlreiche europäische Rechtsmaterien – wie das Lauterkeits-, Kapitalmarkt-, Kartell-, Produkthaftungs- und Datenschutzrecht kombinieren mittlerweile *Public* und *Private Enforcement*. Puristische Standpunkte, die eine Verhaltenssteuerung nur durch Straf- oder Verwaltungsrecht erreichen wollen, werden damit rechtsrealistisch überholt.<sup>75</sup> Gelingt die Abstimmung, wird der Gesetzgeber für den «*Smart Mix*»<sup>76</sup> an Durchsetzung- und Sanktionsbestimmungen

---

<sup>70</sup> Näher ANNA-MARIA HEIL, Lieferkettenrichtlinie – ein erster Überblick, ÖJZ 2024, 720 ff., 722; SCHMIDT (FN 61), NZG 2024, 863 ff.; CHRISTOPH H. SEIBT/MARLEN VESPER-GRÄSKE, EU-Lieferketten-Richtlinie (CSDDD): Praxishinweise zum Handlungsbedarf, DB 2024, 1532 ff.

<sup>71</sup> Art. 10 Abs. 2 lit. e und Abs. 3, Art. 11 Abs. 3 lit. f und Abs. 4 CS3D.

<sup>72</sup> Vgl. ErwG 19 S 4 CS3D, der den Begriff «Mittelverpflichtungen» verwendet.

<sup>73</sup> ErwG 19 S 2 CS3D.

<sup>74</sup> Siehe näher SUSANNE KALSS, Wie sollen die Verhaltenspflichten nach der Lieferkettensorgfalt-Richtlinie (CSDDD) erfüllt werden – ein rechtspolitischer Zuruf! ZfPW 2024, 198 ff.

<sup>75</sup> THOMALE/SCHMID (FN 57), RabelsZ 2024, 475, m.w.H. Siehe im Gesellschaftsrecht JENS-HEINRICH BINDER, Regulierungsinstrumente und Regulierungsstrategien im Kapitalgesellschaftsrecht, 2012, 557.

<sup>76</sup> Siehe zum Begriff auszugsweise LEONHARD HÜBNER et al., Corporate Sustainability Due Diligence, NZG 2022, 648 FN 23. Vgl. auch Commentary zu Annex I.B.3. der Guiding Principles A/HRC/17/31 by the Human Rights Council of 21 March 2011 on Business and Human Rights: Implementing the United Nations «Protect, Respect and Remedy» Framework, 8: «States should not assume that businesses invariably prefer, or benefit from, State inaction, and they should consider a smart mix of measures – national and international, mandatory and voluntary – to foster business respect for human rights.»

gelobt. Schiessen die gesetzlichen Bemühungen über das Ziel hinaus, trifft ihn der Vorwurf der Überabschreckung («*Over-deterrence*»).

## 2. Durchsetzungsregime der EU-Lieferkettenregulierung

Die CS3D steht paradigmatisch für letzteren Fall: Neben wirksamen und abschreckenden, behördlich festgesetzten Zwangsgeldern in der Höhe von bis zu 5 % des weltweiten, konsolidierten Nettoumsatzes der Konzernmuttergesellschaft<sup>77</sup> sieht sie vor, dass jeder Beschluss über eine verhängte Sanktion folgend im Sinne eines «*Naming and Shaming*» veröffentlicht werden und fünf Jahre<sup>78</sup> lang öffentlich zugänglich bleiben muss. Zusätzlich ist eine Erklärung von der Behörde zu veröffentlichen, wenn eine Gesellschaft die Geldbusse nicht fristgerecht bezahlt.<sup>79</sup> Zudem müssen Mitgliedstaaten sicherstellen, dass öffentliche Auftraggeber die Einhaltung der CS3D als Zuschlagskriterium für öffentliche Mittelzuwendungen berücksichtigen können.<sup>80</sup> Auf privatrechtlicher Seite haben Mitgliedstaaten vorzusehen, dass Opfer Unterlassungsansprüche, auch im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes, durchsetzen können.<sup>81</sup> Zudem befinden sich zwei aufeinander unabgestimmte Bestimmungen in der CS3D, die dasselbe Rechtsschutzziel verfolgen: Einerseits können öffentliche Aufsichtsbehörden Abhilfemaßnahmen<sup>82</sup> von der Gesellschaft an Opfer verlangen, worunter auch eine finanzielle Entschädigung an die Opfer fällt.<sup>83</sup> Andererseits schafft der Unionsgesetzgeber mit Art. 29 CS3D eine Rahmenregelung für einen zivilrechtlichen Haftungstatbestand über Lieferbezie-

---

<sup>77</sup> Siehe im Detail Art. 27 Abs. 1 und 4 CS3D.

<sup>78</sup> So Art. 27 Abs. 5 CS3D. ErwG 76 Satz 7 *leg cit* spricht hingegen von einer dreijährigen Frist.

<sup>79</sup> Art. 27 Abs. 3 lit. b CS3D.

<sup>80</sup> Art. 31 CS3D.

<sup>81</sup> Art. 29 Abs. 3 lit. c CS3D. Siehe auch ErwG 86.

<sup>82</sup> Vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. t CS3D: ««Abhilfe» die Wiederherstellung der Situation oder des Zustands, in der/dem sich die betroffene Person/die betroffenen Personen, die Gemeinschaften oder die Umwelt ohne eingetretene tatsächliche negative Auswirkungen befunden hätten, und die bzw. der in einem angemessenen Verhältnis zur Beteiligung des Unternehmens an den negativen Auswirkungen stehen muss, einschließlich einer finanziellen oder nichtfinanziellen Entschädigung, die das Unternehmen einer oder mehreren von den tatsächlichen negativen Auswirkungen betroffenen Personen bereitstellt, und soweit zutreffend die Erstattung jeglicher den Behörden durch die notwendigen Abhilfemaßnahmen entstandenen Kosten.»»

<sup>83</sup> Art. 12 i.V.m. Art. 25 Abs. 4 und 5 lit. a Ziff. ii CS3D.

hungen *up-stream* sowie Absatzbeziehungen *down-stream* und weitet damit das *Private Enforcement* explizit auf die Lieferkettenregulierung aus.<sup>84</sup> Da die Prozessführung für drittstaatliche Opfer gegen europäische Unternehmen vor europäischen Gerichten einen kaum überwindbaren Kraftakt darstellen, sieht die CS3D prozessuale Vereinfachungen hinsichtlich der Prozesskosten<sup>85</sup> und der Offenlegung von Beweisen in der Beklagtenosphäre sowie der Plausibilität des Tatsachenvorbringens und seiner Substantierung vor.<sup>86</sup> Zudem wird eine Prozessstandschaft geschaffen: Gewerkschaften oder nichtstaatliche Menschenrechts- oder Umweltorganisationen können vom Opfer ermächtigt werden, Klagen zur Durchsetzung der Rechte des mutmasslich Geschädigten zu erheben.<sup>87</sup> Zuletzt sieht die CS3D auch neuartige Durchsetzungsmechanismen vor: Unternehmen müssen in einem Konsultationsverfahren in den konstruktiven Dialog mit Interessenträgern<sup>88</sup> treten.<sup>89</sup> Zudem muss ein Meldemechanismus und Beschwerdeverfahren im Unternehmen geschaffen werden, in dem Betroffene und NGOs berechtigte Bedenken zu tatsächlichen oder potenziellen negativen Auswirkungen der Geschäftstätigkeit des Unternehmens melden können.<sup>90</sup> Die CS3D rückt im Ergebnis mit einem drakonischen Durchsetzungs- und Sanktionsarsenal an, weshalb sie nicht nur als überabschreckend, sondern sogar als «*regulatory-overkill*» qualifiziert wurde. In der Kritik (unterhalb III.A.2.) wird näher behandelt, welche wohlfahrtökonomische Bedenken dies auslöst.

---

<sup>84</sup> Näher ANNA MARIA HEIL/STEPHAN SCHMID, Die finale Fassung der EU-Lieferkettenrichtlinie (CS3D): Überblick und Anregungen für die mitgliedstaatliche Umsetzung mit Fokus auf die privatrechtliche Durchsetzung, JBl 147 (2025), 144 ff.; EVA-MARIA KIENINGER, Zivilrechtliche Haftung für Sorgfaltspflichtverletzungen nach Lieferkettengesetz und Sustainability-Richtlinie, ZIP 2024, 1037 ff.; THOMALE/SCHMID (FN 57), RabelsZ 2024, 474 ff.

<sup>85</sup> Art. 29 Abs. 3 lit. b CS3D: «die Verfahrenskosten sind für Kläger, die ihre Rechte geltend machen, nicht unverhältnismäßig hoch».

<sup>86</sup> Art. 29 Abs. 3 lit. e CS3D. Näher HEIL/SCHMID (FN 84), JBl 147 (2025), *passim*.

<sup>87</sup> Art. 29 Abs. 3 lit. d CS3D.

<sup>88</sup> Legaldefiniert in Art. 3 Abs. 1 lit. n CS3D. Etwa Arbeitnehmer des Unternehmens oder seiner Tochterunternehmen, Verbraucher, Gewerkschaften, Arbeitnehmervertreter, nationaler Menschenrechts- und Umweltorganisationen etc.

<sup>89</sup> Art. 13 CS3D.

<sup>90</sup> Art. 14 CS3D.

## D. Parallelbestimmungen in der Schweiz

### 1. Überblick

In der Schweiz wurden – ebenso wie in der EU – zuletzt verstärkt Anstrengungen unternommen, um Nachhaltigkeitsanforderungen zu verschärfen und an internationale Standards anzupassen.<sup>91</sup> 2020 wurde die «Say on Pay» Regelung der Europäischen Union zur Mitbestimmung der Aktionäre bei der Vergütung der Unternehmensleitung in Art. 732 ff. OR nachgezogen. Vergleichbare Bestimmungen zur Berichterstattung und den Lieferkettenverhaltenspflichten befinden sich seit 2020 im Obligationenrecht. Diese gliedern sich in drei unterschiedliche Nachhaltigkeitsberichterstattungs- und Sorgfaltspflichten:

Erstens machen Art. 964a–964c OR Vorgaben zur *Transparenz über nicht-finanzielle Belange*.<sup>92</sup> Zweitens sind besondere Transparenzvorschriften im Rohstoffsektor gemäss Art. 964d–964i OR vorgesehen. Drittens bestehen gemäss Art. 964j–964l OR Sorgfaltspflichten und Transparenzpflichten hinsichtlich Mineralien und Metallen aus Konfliktgebieten und Kinderarbeit. Die Verordnung über die Berichterstattung über Klimabelange<sup>93</sup> und die Verordnung über Sorgfaltspflichten und Transparenz bezüglich Mineralien und Metallen aus Konfliktgebieten und Kinderarbeit<sup>94</sup> konkretisieren die gesetzlichen Vorgaben.

### 2. Allgemeine Transparenzpflichten

Die nichtfinanzielle Berichterstattung in Art. 964a OR gilt erstmalig für das Geschäftsjahr 2023. Sie bleibt aber hinter den neuen, strengerem Vorgaben der CSRD zurück. Denn die Schweizer Normen basieren auf der Vorgängerregelung zur CSRD, der NFRD.<sup>95</sup> Insbesondere greift Art. 964b Abs. 5 noch auf das *Comply-or-Explain* Prinzip zurück, das heisst es ist nicht zwingend offen-

<sup>91</sup> CLAUDIO NUBER/LAVINIA LIBERTI, Die Nachhaltigkeitsberichterstattung in der Schweiz, in: Stephanie Mittelbach-Hörmanseder/Katrin Hummel/Georg Schneider (Hrsg.), Handbuch Nachhaltigkeitsberichterstattung, Wien 2024, N 3; KATRIN HUMMEL/PATRICIA RUFFING-STRABE, Regulierung der Nachhaltigkeitsberichterstattung: Ein Blick auf die Schweiz, RWZ 2024, 337.

<sup>92</sup> Siehe näher NUBER/LIBERTI (FN 91), N 1 ff.

<sup>93</sup> Verordnung vom 23. November 2022 über die Berichterstattung über Klimabelange (SR 221.434).

<sup>94</sup> Verordnung vom 3. Dezember 2021 über Sorgfaltspflichten und Transparenz bezüglich Mineralien und Metallen aus Konfliktgebieten und Kinderarbeit (VSoTr; SR 221.433).

<sup>95</sup> NUBER/LIBERTI (FN 91), N. 10.

zulegen. Zudem bleiben die inhaltlichen Anforderungen sowie die Reichweite der Berichtspflichten hinter der CSDR zurück, wenngleich auch das Schweizer Modell dem Prinzip der *doppelten Wesentlichkeit* folgt.<sup>96</sup> Zudem ist keine zwingende externe Prüfung vorgesehen.<sup>97</sup> Im Juni 2024 hat der Schweizer Bundesrat allerdings strengere Regeln in Anlehnung an die CSDR für die Berichterstattung vorgeschlagen.<sup>98</sup> Im Unterschied zur EU sollen Unternehmen jedoch die Wahl haben, sich bei der Nachhaltigkeitsberichterstattung entweder am EU-Standard oder an einem anderen gleichwertigen Standard zu orientieren. Bereits ab dem Geschäftsjahr 2024 gibt es somit bereits wieder eine Divergenz zwischen den Berichtspflichten in der EU und in der Schweiz, da in der EU der Anwendungskreis und die Berichtspflichten im Zuge der Verabschiedung der CSDR erheblich erweitert wurden.

### 3. Besondere Transparenzpflichten

Besondere Transparenzpflichten sieht das Schweizer OR für Rohstoffunternehmen vor.<sup>99</sup> Zudem bestehen *Sorgfaltspflichten* betreffend Mineralien und Metalle aus Konfliktgebieten und Kinderarbeit. Diese sind mit den sektoralen Lieferkettenregulierungen der EU zu den Themen Entwaldung<sup>100</sup> und Konfliktmineralien<sup>101</sup> im Ansatz vergleichbar, wenngleich die EU ebendort auf harte Verhaltenspflichten in Form von Ge- und Verboten anstatt auf Transparenz- und Sorgfaltspflichten setzt. Im November 2024 hat die EU zudem eine

---

<sup>96</sup> NÜBER/LIBERTI (FN 91), N. 14.

<sup>97</sup> NÜBER/LIBERTI (FN 91), N. 6.

<sup>98</sup> Internet: <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-101585.html> (Abruf 28.11.2024).

<sup>99</sup> NÜBER/LIBERTI (FN 91), N 26 f.

<sup>100</sup> Verordnung (EU) 2023/1115 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. Mai 2023 über die Bereitstellung bestimmter Rohstoffe und Erzeugnisse, die mit Entwaldung und Waldschädigung in Verbindung stehen, auf dem Unionsmarkt und ihre Ausfuhr aus der Union sowie zur Aufhebung der Verordnung (EU) Nr. 995/2010, ABl L 150, 9.6.2023, 206. Die VO stellt die Nachfolge der EU-Holzhandel-VO dar: Verordnung (EU) Nr. 995/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Oktober 2010 über die Verpflichtungen von Marktteilnehmern, die Holz und Holzerzeugnisse in Verkehr bringen, ABl L 295, 12.11.2010, 23.

<sup>101</sup> Verordnung (EU) 2017/821 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Mai 2017 zur Festlegung von Pflichten zur Erfüllung der Sorgfaltspflichten in der Lieferkette für Unionseinführer von Zinn, Tantal, Wolfram, deren Erzen und Gold aus Konflikt- und Hochrisikogebieten, ABl L 130, 19.5.2017, 1.

Verordnung über ein Verbot von in Zwangarbeit hergestellten Produkten auf dem Unionsmarkt erlassen.<sup>102</sup>

Nach Art. 964j OR haben Unternehmen mit Sitz in der Schweiz in der Lieferkette Sorgfaltspflichten einzuhalten, wenn sie (i) Zinn, Tantal, Wolfram oder Gold enthaltende Mineralien oder Metalle aus Konflikt- und Hochrisikogebieten in den freien Verkehr der Schweiz überführen oder in der Schweiz bearbeiten oder (ii) Produkte oder Dienstleistungen anbieten, bei denen ein begründeter Verdacht besteht, dass sie unter Einsatz von Kinderarbeit hergestellt oder erbracht wurden. Für diese Sorgfaltspflichten verweist Art. 964j Abs. 4 OR wie die CS3D auf die Leitsätze der OECD, weshalb die Sorgfaltsprüfung mit der CS3D vergleichbar ist. Die Schweizer Bestimmungen bleiben aber hinter den europäischen Vorgaben zurück, weil die EU in diesen Sektoren durch die sektorale Lieferkettenregulierung harte Verbote anstatt Sorgfaltspflichten normiert. Lediglich in der wesentlich weiteren allgemeinen Lieferkettenregulierung nach der CS3D setzt die EU auf Sorgfaltspflichten, die Bemühpflichten (*obligation of means*), aber eben keine Erfolgspflichten (*obligation of results*) sind.<sup>103</sup>

## **E. Synthese: Unternehmerische Nachhaltigkeitsdurchsetzung als hybrides Regulierungsinstrument**

Die *unternehmerische Nachhaltigkeitsdurchsetzung im engeren Sinn*, für die die CS3D phänotypisch steht, entpuppt sich als neuartiges, hybrides Regulierungsinstrument: Völkerrechtsvertraglich vereinbarte Grundwerte, die sich genuin an Staaten richten und zumeist breiten Interpretationsspielraum belassen, werden vom EU-Gesetzgeber herangezogen und in Lieferkettenorgsfaltspflichten gegossen, die Unternehmen einzuhalten haben. Bei Nichteinhaltung droht dem Unternehmen ein drakonisches öffentlich-rechtliches sowie privatrechtliches Durchsetzungs- und Sanktionsregime.

Die CS3D – wie auch die CSRD in ihrer *Inside-out-Betrachtungsweise* – geht aber noch einen Schritt weiter: Eine Gesellschaft muss die von der CS3D geschützten Rechtsgüter nicht nur in ihrer eigenen Sphäre beachten, sondern darüberhinausgehend auch bei (i) ihren Tochterunternehmen, (ii) ihren Ge-

<sup>102</sup> Siehe Internet: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/HIS/?uri=CELEX:52022PC0453> (Abruf 28.11.2024).

<sup>103</sup> Vgl. ErwG 73 Satz 4 und 5 CS3D.

schäftspartnern sowie (iii) den Geschäftspartnern ihrer Geschäftspartner Vorkehrungen treffen, dass die völkerrechtlich determinierten Ver- und Gebote in der Aktivitätskette eingehalten werden. Mithilfe von vertrags- und gesellschaftsrechtlichen, sohin privatrechtlichen, Institutionen soll Verteilungsgerichtigkeit (*iustitia distributiva*) erzielt werden.<sup>104</sup> Der EU-Gesetzgeber ermöglicht nicht nur die *Private Environmental Governance*<sup>105</sup>, sondern macht sie verbindlich. Dies löst nicht nur in der ursprünglich von der *iustitia commutativa* geprägten Privatrechtsdogmatik<sup>106</sup> Unbehagen aus, sondern führt auch in ökonomischer Betrachtung zu Skepsis.

### III. Überlegungen zu Effektivität und Effizienz

#### A. Effektivität

##### 1. Komplexität, Überforderung und Rückzug

Auf der ersten Ebene wird untersucht, ob die regulatorischen Massnahmen die angestrebte Wirksamkeit erreichen können. Problematisch ist, dass das Regulierungskonvolut, besonders bei den Nudging-Mechanismen<sup>107</sup>, umfangreich ist, Zielkonflikte in sich trägt und mit Rechtsunsicherheit behaftet ist. Deshalb drängt sich zu den umfangreichen Offenlegungspflichten der CSRD und SFDR die Befürchtung auf, dass die Adressaten von komplexen Begriffen und dem Umfang an Informationen überfordert werden. Informationsüberflutung

---

<sup>104</sup> Siehe grundlegend ARISTOTELES, Nikomachische Ethik, insbesondere Abschnitte V.5.–8., 1130b ff.; HANNES UNBERATH, Die Vertragsverletzung, Tübingen 2007, 80 f.; siehe instruktiv CLAUS-WILHELM CANARIS, Die Bedeutung der *iustitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht, München 1997, 11: «*Iustitia distributiva* ist Gerechtigkeit in Ansehung der Person, *Iustitia Commutativa* Gerechtigkeit ohne Ansehung der Person.»; STEFAN ARNOLD, Vertrag und Verteilung. Die Bedeutung der *iustitia distributiva* im Vertragsrecht, Tübingen 2014. Vgl. auch LORENZ FASTRICH, Soziale Umverteilung durch Privatrecht, in: Andreas Heldrich et al. (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Bd. II, München 2007, 1071.

<sup>105</sup> Grundlegend MICHAEL P. VANDENBERGH, Private Environmental Governance, Cornell Law Review 99 (2013), 129; MICHAEL P. VANDENBERGH, The New Wal-Mart Effect: The Role of Private Contracting in Global Governance, UCLA Law Review 54 (2007), 913.

<sup>106</sup> Vgl. ARNOLD (FN 104), 440 These 5.

<sup>107</sup> Siehe zu einer Kritik an Nudging-Mechanismen an sich HORST EIDENMÜLLER, Liberaler Paternalismus, JZ 2011, 819 f.

(*Information Overload*)<sup>108</sup> beschreibt den Zustand, dass ein Adressat mit einer so grossen Menge heterogener Informationen konfrontiert wird, dass er diese nicht mehr effektiv verarbeiten und deshalb nicht entsprechend reagieren kann.

Indizienbeweise für diese Hypothese liefert eine Konsultation aus 2023 zum am längsten in Kraft stehenden Regulierungsinstrument, der SFDR aus 2019. Auch Offenlegungs-VO genannt, normiert sie, das Finanzmarktteilnehmer<sup>109</sup> und Finanzberater<sup>110</sup> gegenüber Endanlegern darzulegen haben, wie sie Nachhaltigkeitsrisiken<sup>111</sup> und -auswirkungen auf Unternehmensebene hinsichtlich ihrer Investitionsentscheidungsprozesse und Vergütungspolitik berücksichtigen.<sup>112</sup> Auf der Produktebene verlangt die SFDR eine Erklärung in den vorvertraglichen Unterlagen wie z.B. im Prospekt, darüber, ob und – wenn ja – wie in einem Finanzprodukt die wichtigsten nachteiligen Auswirkungen auf Nachhaltigkeitsfaktoren<sup>113</sup> berücksichtigt werden.<sup>114</sup> Etwa 80 % der Befragten gaben an, dass durch die SFDR Rechtsunsicherheit geschaffen wird und der zentrale Begriff «nachhaltige Investition»<sup>115</sup> für sie unklar ist.<sup>116</sup> Damit produziert die SFDR *einerseits* beratungs- und damit kostenintensive Offenlegungs- und Aufklärungspflichten auf Anbieterseite, sie droht *anderseits* aber auch, auf Abneh-

<sup>108</sup> WOLFGANG SCHÖN, «Nachhaltigkeit» in der Unternehmensberichterstattung, ZfPW 2022, 221; THOMAS M. J. MÖLLERS, Green Deal: Greenwashing. Information Overload und der vergessene Good Corporate Citizen als Investor, ZHR 2021, 881 ff.; EKKENGA (FN 26), ZHR 2023, 253.

<sup>109</sup> Siehe die Legaldefinition in Art. 2 Ziff. 1 SFDR. Beispielsweise Versicherungsunternehmen, Wertpapierfirmen, Verwalter alternativer Investmentsfonds, Verwaltungsgesellschaften für Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren etc.

<sup>110</sup> Siehe die Legaldefinition in Art. 2 Ziff. 11 SFDR. Beispielsweise Versicherungsvermittler oder Kreditinstitute oder Wertpapierfirmen, die Anlageberatung anbieten.

<sup>111</sup> Art. 2 Ziff. 22 SFDR: «ein Ereignis oder eine Bedingung in den Bereichen Umwelt, Soziales oder Unternehmensführung, dessen beziehungsweise deren Eintreten tatsächlich oder potenziell wesentliche negative Auswirkungen auf den Wert der Investition haben könnte.»

<sup>112</sup> Art. 3–5 SFDR.

<sup>113</sup> Art. 2 Ziff. 24 SFDR.

<sup>114</sup> Art. 7 Abs. 1 lit. a SFDR.

<sup>115</sup> Art. 2 Ziff. 17 SFDR.

<sup>116</sup> Summary Report on the Open and Targeted Consultations on the SFDR assessment, 14. September 2023–22. Dezember 2023. Internet: [https://finance.ec.europa.eu/document/download/0f2cfde1-12b0-4860-b548-0393ac5b592b\\_en?filename=2023-sfdr-implementation-summary-of-responses\\_en.pdf](https://finance.ec.europa.eu/document/download/0f2cfde1-12b0-4860-b548-0393ac5b592b_en?filename=2023-sfdr-implementation-summary-of-responses_en.pdf) (Abruf 28.11.2024).

merseite gar kein Gehör zu finden.<sup>117</sup> Dieselben Befürchtung treten auch an anderen Stellen auf: Die strengen Anforderungen an Umweltaussagen («Green-Claims») könnten dazu führen, dass etwaige Bemühungen von Unternehmen zur Verringerung des CO<sub>2</sub>-Ausstosses und deren anschliessende Bewerbung als zu kostspielig empfunden und deshalb ad acta gelegt werden.<sup>118</sup> Ein ähnliches Phänomen war wiederum zur SFDR zu erkennen: Im Jahr 2022 wurden zahlreiche gemäss Art. 9 SFDR als «*dark green*» beworbene Produkte vom Markt auf «*light green*» Produkte gemäss Art. 8 SFDR herabgestuft, da die Befürchtung entstand, dem strengen Massstab von Art. 9 Produkten nicht entsprechen zu können.<sup>119</sup> Darüber hinausgehend wird aufgrund der Komplexitätserhöhung und des Haftungsrisikos der Gesellschaft auch angezweifelt, ob mit dem EU-Green Bond Standard den hehren Anliegen der EU gedient ist.<sup>120</sup> Aber nicht nur auf wirtschaftlicher Ebene ist diese (Über-)Forderung zu spüren. Etwa die Hälfte aller Mitgliedstaaten sind bei der Umsetzung der CSRD Ende 2024 säumig.<sup>121</sup>

Die Gesamtbetrachtung zeigt, dass die Erhöhung der offenzulegenden Informationen und Kennzeichnungen nicht zwangsläufig zu einem nachhaltigeren Verhalten führt. Diese Annahme wird durch empirische Untersuchungen gestützt, die zeigen, dass der Grenznutzen zusätzlicher Informationen vielmehr zumeist sinkt.<sup>122</sup> Beispiele aus dem Alltag sind Beipackzettel bei Medikamenten, Allgemeine Geschäftsbedingungen oder Kapitalmarktprospekte, die flüchtig überflogen anstatt eindringlich studiert werden. Im Ergebnis könnte weniger – dafür klarere und kohärentere – Information also sogar mehr sein. Diese Kritik trifft Retail-Adressaten in stärkerem Ausmass als Finanzinstitute, die grosse Ressourcen zur Auswertung von Rohdaten haben. Besondere Bedeutung kommt dementsprechend der Entwicklung von verständlichen *Labels* zu.

---

<sup>117</sup> Lediglich für 48 % der Befragten hat die SFDR erfolgreich Kapital in nachhaltige Investitionen gelenkt.

<sup>118</sup> THOMALE/SCHMID (FN 57), *RabelsZ* 2024, 440 im Anschluss an SEBASTIAN STEUER, Die EU-Regelungsvorhaben zur umweltbezogenen Werbung: Kein Beispiel für «Bessere Rechtssetzung», *GRUR Int.* 2024, 341.

<sup>119</sup> Näher BÜREN (FN 26), *ZGR* 2024, 409, m.w.H.

<sup>120</sup> FELIX BIEDERMANN/ROBIN PICHLER, Der EU Green Bond Standard: Überblick und praxisorientierte Einordnung in den generellen Kontext grüner Anleihen, *DB* 2023, 2682; BÜREN (FN 26), *ZGR* 2024, 430.

<sup>121</sup> Siehe zum Umsetzungsstand Internet: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/NIM/?uri=CELEX:32022L2464> (Abruf 12.05.2025).

<sup>122</sup> EIDENMÜLLER (FN 108), *JZ* 2011, 816, m.w.H.

## 2. Überabschreckung und Wohlfahrtsverlust

Anstatt Unternehmen und dem Markt vorerst Zeit für Innovation und Erprobung der neuartigen Sorgfaltspflichten zu geben, greift die CS3D von Anbeginn auf ein drakonisches Sanktionsarsenal zurück.<sup>123</sup> In dieser Hinsicht übersteigt die CS3D auch ihre mitgliedstaatlichen Regelungsvorbilder. Dabei zeigen erste Erfahrungen aus Deutschland und Frankreich<sup>124</sup>, dass selbst ein milderer Sanktionsrahmen – in Deutschland hat sich der Gesetzgeber auf öffentlich-rechtliche Sanktionen beschränkt<sup>125</sup> – Überabschreckungspotential hat und Gesellschaften wie z.B. der Baukonzern Strabag beginnen, sich aus Drittstaaten zurückzuziehen.<sup>126</sup> Das gilt es aber zu verhindern: Denn wird ein zu strenges Gesetz beschlossen, wird das Ziel, durch Lieferantenbeziehungen ein höheres Sorgfaltsniveau in Drittstaaten zu schaffen, verfehlt, da die Beziehungen zu ausländischen Lieferanten abgebrochen werden.<sup>127</sup> Durch den Abbruch von Vertragsbeziehungen droht die CS3D zu einem Aktivitätsfilter zulasten internationaler Arbeitsteilung zu werden, was zu einem Netto-Wohlstandsverlust führen kann.<sup>128</sup> Schliessen sich in weiterer Folge Abnehmer aus Ländern, in denen es keine vergleichbaren Regelungen gibt, mit den drittstaatlichen Zulieferern zusammen, kann es unter Umständen zu einer Verschlechterung der Menschenrechtslage im Zulieferbetrieb kommen.<sup>129</sup> Ein zu umfassendes Sanktionsarsenal konterkariert damit das eigentliche Regulierungsziel.

<sup>123</sup> Vgl. KALSS (FN 74), ZfPW 2024, 190 f.

<sup>124</sup> GABRIEL FELBERMAYR/KLAUS FRIESENBICHLER/MARKUS GERSCHBERGER/PETER KLIMEK/BIRGIT MEYER, INTERECONOMICS 59 (2024), 31.

<sup>125</sup> Näher ANNA-MARIA HEIL, Lieferkettenverantwortlichkeit vor europäischen Gerichten, Diss. Wien 2025, 170 ff., m.w.H.

<sup>126</sup> Baukonzern Strabag zieht sich aus Afrika zurück, Kurier vom 29.11.2022. Internet: <https://kurier.at/wirtschaft/baukonzern-strabag-zieht-sich-aus-afrika-zurueck/402241416> (Abruf 12.06.2025).

<sup>127</sup> Vgl. PATRICIA SARAH STÖBENER DE MORA/PAUL NOLL, Noch grenzenlose Sorgfalt? Der Richtlinievorschlag zu Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit, EuZW 2023, 22, 24; FELIX BIERBRAUER, Nachhaltigkeitsziele und das Lieferketten gesetz, Wirtschaftsdienst 2022, 345; JENS EKKENGA/KARL BJÖRN ERLEMANN, Lieferketten gesetz, Europäisches Kartellrecht und die Folgen: Effiziente Missbrauchs bekämpfung oder nutzlose Gängelung gesetzestreuer Unternehmen?, ZIP 2022, 59 f.

<sup>128</sup> Näher THOMALE/SCHMID (FN 57), RabelsZ 2024, 468.

<sup>129</sup> GERHARD WAGNER, Haftung für Menschenrechtsverletzungen, RabelsZ 2016, 781.

### 3. Interessenpluralismus: Zielmaximen für Leitungsorgane gemäss Art. 25 CS3D-Entwurf

Interessenpluralismus ist eine besondere Herausforderung für Legislative, Unternehmensleitung und Rechtswissenschaft. Gegensätzliche Verbands- und öffentliche Interessen sind häufig nicht einfach aufzulösen, was bereits die Bankenregulierung infolge der Finanzkrise mehrfach aufgezeigt hat.<sup>130</sup> Darin ging es insbesondere um das Spannungsverhältnis zwischen *Verbands-* und *Gläubigerinteresse*.<sup>131</sup>

Art. 25 Abs. 1 CS3D-Entwurf geht noch über dieses Spannungsverhältnis hinaus und sieht vor, dass die Mitglieder der Unternehmensleitung «bei Ausübung ihrer Pflicht, im besten Interesse des Unternehmens zu handeln, die kurz-, mittel- und langfristigen Folgen ihrer Entscheidungen für Nachhaltigkeitsaspekte berücksichtigen, gegebenenfalls auch die Folgen für Menschenrechte, Klimawandel und Umwelt.» Der Artikel soll hier als Paradebeispiel für gut gemeinte, aber schlecht gemachte Normsetzung dienen.

Während in Deutschland intensiv diskutiert wurde, ob und inwiefern Art. 25 Abs. 1 eine Änderung von § 76 AktG mit sich brächte<sup>132</sup>, sah man dem Vorschlag in Österreich gelassener entgegen.<sup>133</sup> Hintergrund ist, dass § 70 AktG *de lege lata* besagt, dass «der Vorstand [...] die Gesellschaft so zu leiten [hat], wie das Wohl des Unternehmens unter Berücksichtigung der Interessen der Aktionäre und der Arbeitnehmer sowie des öffentlichen Interesses es erfordert.»<sup>134</sup> Öffentliches Interesse ist als Gemeinwohl im Sinne der Förderung

---

<sup>130</sup> Vgl. dazu JENS-HINRICH BINDER, Vorstandshandeln zwischen öffentlichem und Verbandsinteresse – Pflichten- und Kompetenzkollisionen im Spannungsfeld von Bankaufsichts- und Gesellschaftsrecht, ZGR 2013, 760.

<sup>131</sup> BINDER (FN 131), ZGR 2013, 775 ff. Zudem gibt es ein Spannungsverhältnis zwischen der Unternehmenspublizität und dem Diskretions- und Wettbewerbsschutz, näher JENS EKKENGA, Unternehmenspublizität versus Diskretions- und Wettbewerbsschutz im Handels-, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, ZHR 2024, 471.

<sup>132</sup> Siehe die zahlreichen Nachweise bei THOMALE/SCHMID (FN 57), RabelsZ 2024, 461 f. in FN 248.

<sup>133</sup> SUSANNE KALSS/JAKOB DEUTSCH, Nachhaltigkeit – Aufgaben und Chancen des Gesellschaftsrechts, RWZ 2022, 359; siehe aber die Kritik bei SCHOPPER/REHEIS (FN 4), NZ 2022, 534 f.

<sup>134</sup> Zu den Zielvorgaben in Österreich: GEORG ECKERT/ALEXANDER SCHOPPER, AktG-ON. Kommentar zum Aktiengesetz, Wien 2021, § 70 Rz 12 ff.; KALSS/DEUTSCH (FN 134), 358 f.

volkswirtschaftlicher Interessen der Gesamtgesellschaft zu verstehen.<sup>135</sup> Nach gegenwärtigem Verständnis könne darunter aber auch die ökologische und soziale Verantwortung von Unternehmen, und damit die Regelungsanliegen von Art. 25 Abs. 1 CS3D-E subsumiert werden.<sup>136</sup> Auch in Frankreich verpflichtet Art. 1833 Abs. 2 Code Civil seit Inkrafttreten der loi PACTE<sup>137</sup> die Geschäftsführung, die Auswirkungen ihrer Entscheidungen auf Gesellschaft und Umwelt zu berücksichtigen.<sup>138</sup> Die Schweizer Parallelbestimmung ist Art. 717a Abs. 1 OR: «Die Mitglieder des Verwaltungsrates sowie Dritte, die mit der Geschäftsführung befasst sind, müssen ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren.»

Der europäische Vorschlag überzeugt nicht: Der Terminus «berücksichtigen» in Verbindung mit «Nachhaltigkeitsaspekten» ist schwach, weil er weder konkrete Massnahmen vorsieht noch zu etwas verpflichtet. Dies bestätigt die bisherige Erfahrung mit § 70 AktG, der sich als stumpfes Schwert zur Nachhaltigkeitsdurchsetzung erwies, obwohl die Gesetzesmaterialien<sup>139</sup> die Bedeutung der öffentlichen Interessen sogar hervorheben. Zudem würde, durch das Pramat des Unternehmenswohls, jeder Konflikt zwischen Unternehmens- und öffentlichen Interessen zugunsten des letzteren entschieden.<sup>140</sup> Aber selbst, wenn das Pramat des Unternehmenswohl neutralisiert würde und gleichrangig neben öffentlichen Interessen stünde, wäre den hehren Zielen nicht geholfen. Denn wie zuvor dargelegt sind die Nachhaltigkeitsaspekte eine Zielpalette in kleididoskopischem Ausmass («serving too many masters problem»). Dies würde zu unlösbaren Aufgaben führen, da kaum unternehmerische Tätigkeiten denkbar sind, die nicht potenziell nachteilige Auswirkungen für Menschenrechte, Klima oder Umwelt haben können.<sup>141</sup> Die Unternehmensleitung würde inst-

<sup>135</sup> Kommentar AktG-REICH-ROHRWIG, in: Eveline Artmann/Martin Karollus (Hrsg.), Kommentar zum Aktiengesetz. Bd. 2: §§ 70–144 AktG, 6. A., Wien 2018 (zit. Kommentar AktG-VERFASSER), § 70 AktG Rz 101.

<sup>136</sup> So KALSS/DEUTSCH (FN 134), 359.

<sup>137</sup> Loi du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises (JORF Nr. 0119 du 23 mai 2019).

<sup>138</sup> Näher KUNTZ (FN 27), 656 ff.

<sup>139</sup> Siehe den Abdruck bei WALTHER KASTNER, Das österreichische Gesetz über Aktiengesellschaften vom 31. März 1965, Frankfurt a.M./Berlin 1965, 116 (rechte Spalte), zu § 70.

<sup>140</sup> Dies entspricht dem herrschenden Verständnis von § 70 AktG. Dazu Kommentar AktG-REICH-ROHRWIG (FN 135), § 70 AktG Rz 83.

<sup>141</sup> JESSICA SCHMIDT, Sustainable directors' duties?, NZG 2022, 481.

rumentalisiert werden, ohne nähere Determination eine Abwägungsentscheidung treffen zu müssen, was originär Aufgabe des Gesetzgebers ist.<sup>142</sup>

Zuletzt könnte eine solche Leitmaxime auch Fehlanreize, in concreto ein *moral hazard* Problem auslösen: Denn die Unternehmensleitung könnte sich unter Rückgriff auf Gemeinwohlinteressen von jeglicher Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft freizeichnen.<sup>143</sup> Der Geschäftsführung würde pluralistisches Abwägungsermessen eingeräumt werden, dass sich einer gerichtlichen Kontrolle entzöge: Denn während das Gesellschaftsziel der Gewinnmaximierung des Unternehmens und damit der Aktionäre justizierbar ist, wirft der interessplenuralistische Ansatz mehr Rätsel als Klarheit auf.<sup>144</sup> Dementsprechend ist auch überzeugend, dass Art. 25 CS3D-E im Gesetzgebungsverfahren gescheitert ist.<sup>145</sup> An Art. 25 CS3D-Entwurf zeigt sich, wie wichtig es ist, konkrete und klare Pflichten zu etablieren, an welche sich die Geschäftsleitung über die Legalitätspflicht zu halten hat.

## **B. Effizienz: Kosten-Nutzen-Analyse des «Second, Third oder Fourth Best Approach»<sup>146</sup>**

### **1. Hohe Kostenbelastung**

Auf zweiter Ebene wird analysiert, ob die vorgeschlagenen Massnahmen das Ziel – falls überhaupt – in einem angemessenen Kosten-Nutzen-Verhältnis erreichen würden. Die Reichweite und der Umfang der ESG-Pflichten ist enorm: Die Lieferkettenüberwachungspflichten beschränken sich nicht bloss auf vertraglich – sog. «direkt» – verbundene Zulieferer<sup>147</sup>, mit denen eine Geschäftsbeziehung besteht, sondern Unternehmen haben auch «indirekte» Ge-

---

<sup>142</sup> SCHMIDT (FN 141), NZG 2022, 481.

<sup>143</sup> KUNTZ (FN 27), 656 f.; SCHOPPER/REHEIS (FN 4), NZ 2022, 535.

<sup>144</sup> Siehe schon FRIEDRICH KÜBLER, Shareholder Value: Eine Herausforderung für das Deutsche Recht?, in: Manfred Lieb/Ulrich Noack/Harm Peter Westermann (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Zöllner. Zum 70. Geburtstag. Bd. I, Köln/Berlin/Bonn/München 1998, 321 ff., 334 f.

<sup>145</sup> Vgl. GREGOR BACHMANN, Zielsetzung und Governance von Unternehmen im Lichte der Klimaverantwortung, ZHR 187 (2023), 166 ff., 208 These 5.

<sup>146</sup> Angelehnt an HOLGER FLEISCHER, Auf dem Weg zu einem Klimagesellschaftsrecht?, DB 2024, 2410: «Wunderdinge sollte man von einem ‹grünen› Gesellschaftsrecht als third or fourth best solution aber nicht erwarten.»

<sup>147</sup> Art. 3 Abs. 1 lit. f Ziff. i i.V.m. Art. 8 Abs. 1 CS3D.

schäftspartner<sup>148</sup>, also Geschäftspartner ihrer direkten Geschäftspartner, zu überwachen.<sup>149</sup> Zudem treffen die Lieferkettensorgfaltspflichten nicht nur Unternehmen im direkten Anwendungsbereich der CS3D. Regulierungsvorbilder aus Frankreich und Deutschland zeigen, dass es zu einer vertraglichen Weiterreichung von Pflichten an Geschäftspartner kommt. Die CS3D sieht eine Weitergabe, die «*Trickle-down*» oder «*Kaskadeneffekt*»<sup>150</sup> genannt wird, explizit vor.<sup>151</sup> Deshalb treffen bei Einschluss indirekter Geschäftspartner praktisch jede europäische Gesellschaft und damit auch jedes KMU<sup>152</sup> erhebliche Pflichtenlasten und Haftungsrisiken.<sup>153</sup> Verstärkt wird diese Pflichtenlast weiter dadurch, dass im Anhang der CS3D zahlreiche völkerrechtliche Verträge aufgelistet werden, die über 30 verschiedene menschenrechtliche und umweltrechtliche Verbote und Verpflichtungen enthalten, die im Rahmen der Lieferkettensorgfaltspflichten zu ermitteln, verhindern und beheben sind.<sup>154</sup> Zudem sieht die CS3D auch keine Vereinfachung für «sichere» Märkte vor: Eine österreichische Gesellschaft muss auch deutsche oder Schweizer Geschäftspartner prüfen.<sup>155</sup> Derselbe Vorwurf ergeht an die CSRD: Anstatt sich auf die Klimarisiken für Unternehmen zu beschränken, müssen nach der *kumulativen Materialität* hunderte, gegebenenfalls sogar über tausend Datenpunkte erfasst, offengelegt und extern überprüft werden.

Deshalb drängt sich die Frage auf, ob diese Verpflichtungen mehr Kosten als Nutzen erzeugen und damit wohlfahrtökonomisch betrachtet schädlich sind.<sup>156</sup> Nähere Untersuchungen zu dieser schwer quantifizierbaren Frage

<sup>148</sup> Art. 3 Abs. 1 lit. f Ziff. ii i.V.m. Art. 8 Abs. 1 CS3D.

<sup>149</sup> Kritisch THOMALE/SCHMID (FN 57), RabelsZ 2024, 451 f., 491 Thesen 3 und 4.

<sup>150</sup> SCHMIDT (FN 61), NZG 2024, 859 (861).

<sup>151</sup> ErwG 46 Satz 3 ff. CS3D; Art. 10 Abs. 2 lit. b und Art. 11 Abs. 3 lit. c CS3D.

<sup>152</sup> Siehe die Definition in Art. 3 Abs. 1 lit. i CS3D.

<sup>153</sup> THOMALE/SCHMID (FN 57), RabelsZ 2024, 452, m.w.H. Dies greift auch die CS3D in ErwG 69 auf.

<sup>154</sup> Art. 8 bis 11 i.V.m. Anhang I und II CS3D.

<sup>155</sup> Kritisch THOMALE/SCHMID (FN 57), RabelsZ 2024, 470; KALSS (FN 74), ZfPW 2024, 209, m.w.H.

<sup>156</sup> Siehe weiterführend STEUER/TRÖGER (FN 30), Journal of Financial Regulation 8 (2022), 49 f.; SCHÖN (FN 108), ZfPW 2022, 224; EKKENGA (FN 26), ZHR 2023, 246 ff. Siehe die Analyse bei STIFTUNG FAMILIENUNTERNEHMEN (Hrsg.), *Regulatory and financial burdens of EU legislation in four member states*, Bd. I-IV, München/Stuttgart 2022/2023.

sind soweit ersichtlich noch nicht verfügbar oder unplausibel.<sup>157</sup> Die deutsche Bundesregierung ging im Regierungsentwurf zum – im Gegensatz zur CS3D weniger aufwändigen – deutschen Lieferkettengesetz von einem Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft vor jährlich zirka 45 Mio. Euro und einem Verwaltungsaufwand von zirka 5 Mio. Euro aus<sup>158</sup>, was m.E. konservativ bemessen ist. Wesentlich kostspieliger dürfte die Berichterstattung nach der CSRD werden: Hierzu prognostiziert der deutsche Regierungsentwurf einen jährlichen Erfüllungsaufwand von zirka 1,6 Mrd. Euro allein in Deutschland. Darin noch nicht enthalten sind Kosten, die bei nicht von der CSRD erfassten Unternehmen anfallen, aber die Informationen an nachhaltigkeitsberichtspflichtige Vertragspartner liefern müssen (sog. Kaskadeneffekt).<sup>159</sup>

Ob diese Annahmen zutreffend sind, bleibt abzuwarten. Jedenfalls kommen auf Unternehmen bemerkenswerte Kostenbelastungen zu: Unternehmensintern sind Ressourcen für die Sammlung von Datenpunkten und die Erstellung des Berichtes freizumachen. Daneben müssen externe Berater und Prüfer entlohnt werden, da die Bürokratielast ohne spezialisierte Rechtsberater nicht mehr fassbar ist.<sup>160</sup> Der öffentliche Druck auf das Unternehmen ist dabei gross: So entblösst und exponiert sich das Unternehmen vor dem Markt, was zu Kursverlusten an der Börse, Reputationsschäden, zum Verlust von Geschäftschancen und -partnern oder zu Mitarbeiterunzufriedenheit und Talentverlust führen kann. Der Österreicher würde sagen: «*Jedes Schrifterl is a Gift-erl.*» Da die CSRD auch nicht an bisher etablierten Offenlegungsregimen oder integriert, sondern eigene Standards etabliert hat, kann auch nur begrenzt an

---

<sup>157</sup> Siehe REUTER (FN 55), ZIP 2023, 1788 ff.; EKKENGA (FN 26), ZHR 2023, 252.

<sup>158</sup> BUNDESMINISTERIUM FÜR ARBEIT UND SOZIALES, Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Gesetzes über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten, 24.03.2021, 2 f., Internet: [https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetze/Regierungsentwuerfe/reg-sorgfaltspflichtengesetz.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetze/Regierungsentwuerfe/reg-sorgfaltspflichtengesetz.pdf?__blob=publicationFile&v=3) (Abruf 28.11.2024).

<sup>159</sup> BUNDESMINISTERIUM FÜR JUSTIZ UND VERBRAUCHERSCHUTZ, Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2022/2464 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 2022 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 537/2014 und der Richtlinien 2004/109/EG, 2006/43/EG und 2013/34/EU hinsichtlich der Nachhaltigkeitsberichterstattung von Unternehmen, 23.07.2023, 2, Internet: [https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RegE/RegE\\_CSRD.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RegE/RegE_CSRD.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (Abruf 28.11.2024).

<sup>160</sup> Vgl. KALSS (FN 74), ZfPW 2024, 192.

bisherige Erfahrungen aus den *soft-law* Standards zurückgegriffen werden.<sup>161</sup> Die Regulierung kann sich wohlfahrtökonomisch somit als Verteuerungsinstrument und Inflationstreiber entpuppen.<sup>162</sup>

## 2. Unsichere Vorteile

Die EU behauptet in den ErwG mit der CSRD Vorteile für Unternehmen zu erzeugen: Beispielhaft nennt sie die Sensibilisierung zu klimabezogenen Risiken und Chancen, niedrigere Kapitalkosten und die Verbesserung des konstruktiven Dialogs mit allen Interessenträgern.<sup>163</sup> Wenngleich empirische Studien indizieren, dass Unternehmen mit erhöhten CSR-Investitionen<sup>164</sup> beispielsweise nach den ersten Monaten der Corona-Krise geringere Aktienkurseinbrüche erlitten und grösitere Robustheit gegenüber der Krise aufwiesen<sup>165</sup>, ist auch diese Prämisse gewagt. Unterstellt man Unternehmen, nach dem Modellansatz des *homo oeconomicus* zu handeln, so müssten sich diese bisher freiwillig diesen Mechanismen unterwerfen, um diesen «Wettbewerbsvorteil» zu nutzen. Dies ist zahlreich nicht der Fall, weshalb eine differenzierte Betrachtung notwendig ist. Die *Outside-in-Perspektive* kann gegebenenfalls zu einer verbesserten Risikoeinschätzung und folgend erhöhten Resilienz führen. Kein Vorteil ist allerdings bei der *Inside-out-Betrachtung* für Unternehmen erkennbar.

## 3. Synthese

Im Ergebnis lässt sich derzeit noch nicht abschliessend beurteilen, ob die Vorteile der CSRD-Berichterstattung gegenüber ihren Nachteilen überwiegen. Für eine fundierte Bewertung ist es noch zu früh, da bislang weder praktische

---

<sup>161</sup> Kritisch HENNREICH (FN 29), NZG 2023, 1149; NIETSCH (FN 26), ZIP 2022, 460.

<sup>162</sup> EKKENGA (FN 26), ZHR 2023, 254.

<sup>163</sup> Vgl. ErwG 3 und 9 CSDR. Genannt werden stärkere Sensibilisierung und das bessere Verständnis hinsichtlich klimabezogener Risiken und Chancen innerhalb des Unternehmens, die Diversifizierung der Anlegerbasis, die Senkung der Kapitalkosten und die Verbesserung des konstruktiven Dialogs mit allen Interessenträgern.

<sup>164</sup> Die Studie nennt als CSR-Aspekte «relations with employees, suppliers, customers, and the communities in which firms operate». Keine Signifikanz sieht die Studie zur Corporate Governance, worunter diese «executive control of the board, antitakeover provisions, and executive compensation systems» versteht.

<sup>165</sup> WENZHI DING/ROSS LEVINE/CHEN LIN/WENSI XIE, Corporate Immunity to the Covid-19 Pandemic, JFE 141 (2021), 826; PATRICK VELTE, Regulierung der nachhaltigen Corporate Governance?, NZG 2021, 3 (5).

Erfahrungswerte vorliegen noch die nationalen Umsetzungsgesetze zur CSRD flächendeckend verabschiedet wurden.

In der Literatur zeigt sich ein differenziertes Bild: Während wenige Autoren den Nudging Mechanismus – angesichts der politischen Abstimmungsschwierigkeiten und der grossen Herausforderung des Klimawandels – als ge-rechtfertigt ansehen<sup>166</sup>, werden an anderer Stelle die konkrete Ausgestaltung der Rechtsakte<sup>167</sup>, teils aber sogar das Nudging-Konzept als Ganzes infrage gestellt.<sup>168</sup>

Aus meiner Sicht ist zudem zweifelhaft, ob es den *Nudging*-Mechanismus überhaupt noch braucht, da mit der CS3D bereits verbindliche Verhaltenspflichten in Form gesetzlich normierter Sorgfaltspflichten bestehen.

#### **IV. Schlussfolgerungen: Unternehmerische Nachhaltigkeitsdurchsetzung als Herausforderung für Gesetzgeber und Markt**

##### **A. Sinnvolle Ergänzung im Regulierungspotpourri**

Die Klimakrise stellt eine, wenn nicht die grösste, weltumfassende Herausforderung des 21. Jahrhundert dar. Bemühungen, dieses Problem auf globaler politischer Ebene in erforderlichem Ausmass zu lösen, sind bisher gescheitert.<sup>169</sup> Die Weltgemeinschaft kann sich nicht auf wirksame Instrumente wie Emissionshandelssysteme und Pigou-Steuern einigen. Als alternativer, zweit-bester regulatorischer Ansatz bietet sich eine *unternehmerische Nachhaltigkeitsdurchsetzung* an. Dieser neuartige Regulierungsmodus ist im Grundsatz zu befürworten und politisch wie auch wissenschaftlich weiterzuentwickeln.

---

<sup>166</sup> STEUER/TRÖGER (FN 30), Journal of Financial Regulation 8 (2022), 47, hinsichtlich der CSRD.

<sup>167</sup> MARC-PHILIPPE WELLER/NINA BENZ, Klimaschutz und Corporate Governance, ZGR 2022, 573, nennen diesen Regulierungsrahmen unübersichtlich. MÖLLERS (FN 108), ZHR 2021, 901, spricht von einem Regulierungs-Overload. Siehe auch KALSS/DEUTSCH (FN 134), RWZ 2022, 355, «nicht ganz gut abgestimmte Rechtsakte».

<sup>168</sup> RAFAEL HARNOS, ESG beim Vertrieb von Finanzprodukten, ÖBA 2022, 884, mit zahlreichen Nachweisen.

<sup>169</sup> Auszugsweise VANDENBERGH (FN 106), 133, 161, und ARMOUR/ENRIQUES/WETZER (FN 28), 285, je m.w.H.

## B. Überambitionen der EU

Globaler Vorreiter ist die EU mit ihrem European Green Deal. Mit SFDR, Taxonomie-VO, CSDR und CS3D wählt sie aber nicht den Weg einiger konkreter, zielgerichteter hoheitlicher Verhaltenspflichten, um ökologische und soziale Ziele passgenau durchzusetzen. Vielmehr schafft sie einen breitflächigen, undurchsichtigen Katalog an Berichts-, Aufklärungs- sowie Verhaltenspflichten, der so umfassend ist, dass ihm sogar *planwirtschaftliche Tendenzen* nachgesagt werden.<sup>170</sup> Unternehmen stehen vor tausendseitigen, schwer lesbaren Regulierungsvorgaben, die sich diversen umweltbezogenen und sozialen Aspekten widmen und durch Rechtsunsicherheit und Zielkonflikten an Zielerreichung verlieren. Unternehmen müssen umfangreich Informationen offenlegen, die auf Abnehmerseite drohen, weder verständlich noch fassbar oder nützlich zu sein und damit nicht gelesen zu werden.<sup>171</sup> Anstatt das neuartige Regulierungsinstrument behutsam einzuführen und schrittweise auszuweiten, schafft die EU mit CSDR und CS3D Vorgaben, die bisherige *soft-law* Standards sowie mitgliedstaatliche Regulierungsvorbilder übersteigen. Es droht, dass dies Unternehmen überfordert, ohne dass die hehren Ziele erreicht werden. Als Zwischenergebnis muss deshalb zur europäischen Regulierungsstrategie festgehalten werden: «Die Ziele sind gut, die Mittel sind es nicht.»<sup>172</sup>

## V. Thesen

1. Die *unternehmerische Nachhaltigkeitsdurchsetzung* kann als zweitbeste Regulierungsstrategie zum Erreichen der Nachhaltigkeitsziele *beitragen*.
2. Die aktuelle Regulierungsstrategie der EU ist jedoch sowohl überambitioniert als auch in weiten Teilen dysfunktional.
  - a. Art. 25 Abs. 1 CS3D-E zeigt exemplarisch die Inoperabilität und

<sup>170</sup> EKKENGA (FN 26), ZHR 2023, 243, 265 These 5; JENS EKKENGA, Unternehmenspublizität versus Diskretions- und Wettbewerbsschutz im Handels-, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, ZHR 2024, 471, 475, 491. Vgl. auch NIETSCH (FN 26), ZIP 2022, 459 f.: «Die Vereinbarkeit dieser Entwicklung mit den Vorstellungen einer freiheitlich orientierten Marktwirtschaft muss sich erst noch finden.»

<sup>171</sup> Dies erkennt auch ErwG 9 UAbs. 2 CSDR an.

<sup>172</sup> Siehe auszugsweise die mannigfaltige Kritik in der Literatur: siehe zur SFDR SEBASTIAN STEUER, Grüne Transparenz und nachhaltige Verwirrung – Die produktbezogenen Informationsvorschriften der SFDR, ZBB 2022, 31; siehe zur CS3D THOMALE/SCHMID (FN 57), RabelsZ 2024, 472 f., mit zahlreichen Nachweisen in FN 327.

- Ineffektivität von konturlosen Nachhaltigkeitsbestimmungen auf. Nach dieser Vorschrift könnte sich ein Geschäftsführer unter Be- rufung auf Gemeinwohlinteressen gegenüber der Gesellschaft von einer Innenhaftung freizeichnen, was erhebliche haftungs- und go- vernancebezogenen Unsicherheiten mit sich brächte.
- b. Mit dem drakonischen Sanktionsarsenal droht die CS3D ihr eigenes Regulierungsziel zu konterkarieren. Werden Lieferkettenbeziehun- gen abgebrochen, wird das Ziel, durch Lieferantenbeziehungen ein höheres Schutzniveau in Drittstaaten zu schaffen, verfehlt.
  - 3. Eine fundierte Kosten-Nutzen-Prognose der jungen Nachhaltigkeitsre- gulierung ist derzeit nicht möglich. Angesicht der umfassenden Offenle- gungs- und Lieferkettensorgfaltspflichten besteht jedoch die begründete Gefahr, dass die Kosten den Nutzen übersteigen. Aus ökonomischer Sicht droht damit ein wohlfahrtsmindernder Effekt.
  - 4. Eine unreflektierte Übernahme der CSRD und CS3D in der Schweiz ist abzulehnen.

---

# European Green Bonds: rechtliche und ökonomische Bewertung des Regulierungsansatzes

Petra Felzmann\*

## Inhaltsübersicht

I.	Regulatorischer Ansatz der EU zur Nachhaltigkeitsförderung im Überblick	270
II.	Einführung Green Bonds	271
	A. Definition Green Bonds und Abgrenzung	271
	B. Regulatorische Besonderheiten und Rahmenbedingungen	273
III.	Vorgaben aus der EU Green Bond-VO	276
	A. Inhalt im Überblick	276
	B. Verhältnis zur Taxonomie-VO	276
	C. Offenlegungspflichten	278
IV.	Ökonomische Bewertung des Regulierungsansatzes	280
	A. Einordnung des regulatorischen Zugangs	280
	1. Ausgestaltung als Informationsmodell	280
	2. Erhöhung der Transparenz	280
	B. Nachhaltigkeitsbegriff	283
	1. Notwendigkeit eines klar definierten Nachhaltigkeitsbegriffs zur Verhinderung von Greenwashing	283
	2. Enger Nachhaltigkeitsbegriff der Green Bond-VO	284
	C. Erhöhung der Glaubwürdigkeit durch eine externe Kontrolle	286
	D. Durchsetzbarkeit	288
	E. Regulierungskosten	292
	F. Konkurrenz durch die bestehenden Regelungswerke	292
	G. Fazit	294
V.	Zusammenfassung in Thesenform	295

---

\* Dr. iur., BSc Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, Rechtsanwaltsanwärterin in Wien, bis Januar 2025 Universitätsassistentin prae doc am Institut für Unternehmens- und Steuerrecht der Universität Innsbruck.

## I. Regulatorischer Ansatz der EU zur Nachhaltigkeitsförderung im Überblick<sup>1</sup>

Der europäische Gesetzgeber hat zur Erreichung der Ziele des Pariser Klimaübereinkommens<sup>2</sup> im Rahmen des Green Deals<sup>3</sup> mehrere Rechtsakte zur Nachhaltigkeitsförderung erlassen.<sup>4</sup> Beispielhaft ist die Taxonomie-VO<sup>5</sup>, die auf eine Klassifikation von Wirtschaftsaktivitäten gerichtet ist,<sup>6</sup> zu nennen. Diese wurde jüngst um die Green Bond-VO<sup>7</sup> ergänzt, die im Zentrum dieses Beitrags steht.

Der europäische Gesetzgeber wählte bei diesen Rechtsakten einen neuen regulatorischen Zugang: Die Nachhaltigkeitsförderung soll nicht mehr primär durch öffentlich-rechtliche Rechtsakte, sondern im Rahmen des Privatrechts erfolgen.<sup>8</sup> Konkret wird der Schwerpunkt auf den Kapitalmarkt gelegt, denn es werden Informationspflichten vorgesehen, die zu einer Umlenkung der

---

<sup>1</sup> Siehe dazu bereits PETRA FELZMANN, Nachhaltigkeitsförderung: Vertrags- statt Informationsmodell?, in: Simon Ewerz/Leonard Soldo/Adnan Tokic (Hrsg.), Wirtschaft und Methode. Beiträge zur 1. Wirtschaftsprivatrechtlichen Nachwuchstagung, Wien 2024, 335 ff., 345 ff.; JULIA TOLD/PETRA FELZMANN, Kapitalmarktrechtliche Informationspflichten, in: Susanne Augenhofer/Alexander Schopper/Julia Told, Nachhaltigkeit im Unternehmensrecht. Tagungsband zur 2. und 3. Nachhaltigkeitstagung im Unternehmensrecht, Wien/Heidelberg 2025, 35 ff.

<sup>2</sup> Übereinkommen von Paris vom 12. Dezember 2015 (Klimaübereinkommen; SR 0.814.012).

<sup>3</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION, Mitteilung der Kommission, Der europäische Grüne Deal, 11.12.2019, COM(2019) 640 final 2 f.

<sup>4</sup> Siehe dazu im Detail den Beitrag von STEPHAN SCHMID in diesem Tagungsband.

<sup>5</sup> VO (EU) 2020/852 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Juni 2020 über die Einrichtung eines Rahmens zur Erleichterung nachhaltiger Investitionen und zur Änderung der Verordnung (EU) 2019/2088, ABl L 2020/198, 13 (zit. Taxonomie-VO).

<sup>6</sup> Vgl. CLAUS LUTTERMANN, Grüner Paradigmenwechsel für Unternehmensfinanzierung, Vermögensanlage und Bewertungsrecht, RIW 2021, 191 ff., 191; JULIA TOLD, Wirtschaftstransformation durch Nachhaltigkeitsbegriffe, RWZ 2023, 195 ff., 197; CHRISTIAN SCHÖLLER/SARAH PICHLER, Sustainable Finance (II). Ein kurzer Abriss über Nachhaltigkeit am Kapitalmarkt, ecolex 2020, 834 ff., 834 f.; EVA-MARIA SÉGUR-CABANAC/ARMIN ASSADI, Sustainable Finance, ÖBA 2019, 734 ff.

<sup>7</sup> VO (EU) 2023/2631 über europäische grüne Anleihen sowie fakultative Offenlegungen zu als ökologisch nachhaltig vermarkteten Anleihen und zu an Nachhaltigkeitszielen geknüpften Anleihen, ABl L 2023/30 (zit. Green Bond-VO).

<sup>8</sup> TOLD (FN 6), RWZ 2023, 195 f; siehe zur Nachhaltigkeitsförderung im Privatrecht ausführlich ANNE-CHRISTIN MITTWOCH, Nachhaltigkeit und Unternehmensrecht, Tübingen 2022, 58 f; JAN-ERIK SCHIRMER, Nachhaltiges Privatrecht, Habil. Berlin, Tübingen 2023, z.B. 1–11.

Finanzströme auf nachhaltige Investitionen führen sollen.<sup>9</sup> Der europäische Gesetzgeber wird somit nur mittelbar regulatorisch tätig, indem er Informationspflichten vorsieht, die bewirken, dass die Investoren in die Lage versetzt werden, jene Entscheidung zu treffen, die den eigenen Nachhaltigkeitspräferenzen entspricht.<sup>10</sup> Der dabei gewählte regulatorische Ansatz wird als Informationsmodell bezeichnet.<sup>11</sup>

Dieser neue regulatorische Ansatz wird im Rahmen des gegenständlichen Beitrags beispielhaft anhand der Green Bond-VO untersucht. Die Verordnung sieht einerseits die Etablierung des *European Green Bond Standards*<sup>12</sup> vor und enthält andererseits ergänzende Vorschriften zur Emission von *Green Bonds* und *Sustainability Linked Bonds*.<sup>13</sup> Diese Begriffe sollen im Folgenden zur Sicherstellung eines einheitlichen Begriffsverständnisses definiert werden (II.), bevor anschliessend der regulatorische Ansatz der Green Bond-VO näher untersucht wird. Dazu wird die Green Bond-VO zunächst juristisch hinsichtlich ihrer Offenlegungsvorgaben beleuchtet (III.) und in einem weiteren Schritt wird der gewählte Regulierungsansatz ökonomisch bewertet (IV.).

## II. Einführung Green Bonds

### A. Definition Green Bonds und Abgrenzung

*Bonds*, auch Anleihen, zeichnen sich dadurch aus, dass der Kapitalgeber nur eine Gläubiger-, jedoch keine Gesellschafterstellung erhält.<sup>14</sup> Bei der Ausga-

<sup>9</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION, Mitteilung der Kommission, Der europäische Grüne Deal, 11.12.2019, COM(2019) 640 final 1, 3, 18 f; ErwG 8, 9 Taxonomie-VO (FN 5); ErwG 8 VO (EU) 2019/2088 über nachhaltigkeitsbezogene Offenlegungspflichten im Finanzdienstleistungssektor, ABI L 2019/317, 1; siehe dazu auch LAURA SANJATH, Zwischen Prinzipien und Praxis: Der Weg zum EU-Lieferkettengesetz und seine Auswirkungen auf die Wirtschaft, ÖZW 2023, 163 ff., 166; CLAUDIA WUTSCHER, Green means go?! Zu den Möglichkeiten und Grenzen grüner Geldpolitik in der Eurozone, ÖZW 2023, 2 ff., 3; siehe dazu auch DIRK ZETSCHEN LINNE ANKER-SØRENSEN, Regulating Sustainable Finance in the Dark, EBOR 2022, 47 ff., 53.

<sup>10</sup> PATRICK A. HELL, Offenlegung nichtfinanzieller Informationen, Diss. München, Tübingen 2020, 115; TOLD (FN 6), RWZ 2023, 196; siehe zum Informationsmodell auch bereits FELZMANN (FN 1), 345 f.

<sup>11</sup> TOLD (FN 6), RWZ 2023, 196.

<sup>12</sup> Art. 1 lit. a Green Bond-VO.

<sup>13</sup> Art. 1 lit. c Green Bond-VO.

<sup>14</sup> ECKART BUEREN, Green Finance, insbesondere Green Bonds, ZGR 2024, 397 ff., 410.

be von *Green Bonds* verpflichtet sich der Emittent, die Erlöse zur Finanzierung eines nachhaltigen Projekts zu verwenden (*use of proceeds*).<sup>15</sup> Neben den *Green Bonds* werden auch *Social Bonds* sowie *Sustainable Bonds* ausgegeben, die sich dahingehend unterscheiden, ob die Erlöse für ökologisch nachhaltige (*Green Bonds*), soziale (*Social Bonds*) oder allgemeine nachhaltige (*Sustainable Bonds*) Ziele verwendet werden.<sup>16</sup> Davon zu differenzieren sind die *Sustainability Linked Bonds*, bei denen sich die Emittenten zur Erreichung eines spezifischen Nachhaltigkeitsziels (z.B. einer Reduktion der CO<sub>2</sub>-Emissionen um einen bestimmten Prozentsatz) verpflichten.<sup>17</sup>

Der Schwerpunkt wird im Folgenden auf die *Green Bonds* gelegt, denn diese sind – wie später in Kap. III darzulegen ist – im Zentrum der europäischen Gesetzgebung.<sup>18</sup> Innerhalb der *Green Bonds* können weitere Differenzierungen vorgenommen werden. So zeichnen sich sog. *Labelled Green Bonds* dadurch aus, dass die Erlösverwendung für nachhaltige Projekte offengelegt wird.<sup>19</sup> Bei den sog. *Unlabelled Bonds* erfolgt keine spezifische Offenlegung der Eigenschaft als *Green Bonds*, weil diese bereits dem Grunde nach eine nachhaltige Entwicklung unterstützen.<sup>20</sup> Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn die Schuldverschreibung von einem Unternehmen, das auf die Produktion von Solaranlagen gerichtet ist und damit dem Grunde nach eine nachhaltige Tätigkeit verfolgt, ausgegeben

---

<sup>15</sup> Siehe dazu z.B. DIETER BUCHBERGER, Sustainable Finance – Umsetzung des Aktionsplans der Kommission für ein nachhaltiges Finanzwesen, ZFR 2019, 328 ff., 329; KEVIN TALBOT, What Does «Green» Really Mean? How Increased Transparency and Standardization Can Grow the Green Bond Market, Villanova Environmental Law Journal 2017, 127 ff., 128; MICHAEL SCHLITT/LAURA ESMATY, Der Europäische Green Bond Standard: Überblick und erste Würdigung, BKR 2023, 426 ff., 426; Art. 2 Ziff. 5 Green Bond-VO.

<sup>16</sup> RÜDIGER LITTEN, ESG – Wind of Change im Kapitalmarktrecht, BKR 2023, 569 ff., 579; siehe dazu auch die unterschiedlichen Principles der International Capital Market Association für green, social und sustainable bonds: ICMA (Hrsg.), The Principles & related guidance. Internet: <https://www.icmagroup.org/sustainable-finance/the-principles-guidelines-and-handbooks/> (Abruf 30.11.2024).

<sup>17</sup> SCHLITT/ESMATY (FN 15), BKR 2023, 426; LITTEN (FN 16), BKR 2023, 579; ANDREAS ZAHRADNIK/TIBOR VARGA/DAVID CHOMA/SIBA AUF, European Green Bond Standard – Entwurf für eine Verordnung über europäische grüne Anleihen und aktuelle Rechtspraxis, in: Andreas Zahradnik/Christian Richter-Schöller (Hrsg.), Praxishandbuch Nachhaltige Finanzierung, Wien 2023, 34; BUEREN (FN 14), ZGR 2024, 411; Art. 2 Ziff. 6 Green Bond-VO.

<sup>18</sup> Art. 4 Green Bond-VO.

<sup>19</sup> OLAF WEBER/VASUNDHARA SARAVADE, Green Bonds: Current Development and Their Future, CIGI Paper 210 (2019), 4.

<sup>20</sup> TALBOT (FN 15), Villanova Environmental Law Journal 2017, 128.

wird.<sup>21</sup> Eine weitere Unterscheidung ergibt sich auch nach der Art des Emittenten; beispielsweise können *Green Bonds* von Unternehmen (*Corporate Bonds*) oder Gebietskörperschaften (*Municipal Bonds*) ausgegeben werden.<sup>22</sup>

## B. Regulatorische Besonderheiten und Rahmenbedingungen

Der europäische Kapitalmarkt zählt zu den wichtigen Emittenten von *Green Bonds*.<sup>23</sup> Derartige Anleihen sind allerdings kein europäisches Phänomen; der Markt hat seit 2019 weltweit an Bedeutung gewonnen.<sup>24</sup>

Eine gesetzliche Pflicht zur Emission von *Green Bonds* besteht nicht. Unternehmen haben jedoch einen Anreiz zur Ausgabe, weil empirische Studien nahelegen, dass die Ausgabe von *Green Bonds* den Emittenten ermöglicht, von einem sog. *Greenium* zu profitieren.<sup>25</sup> Dieser Begriff setzt sich aus den

---

<sup>21</sup> TALBOT (FN 15), Villanova Environmental Law Journal 2017, 128.

<sup>22</sup> WEBER/SARAVADA (FN 19), CIGI Paper 210 (2019), 5.

<sup>23</sup> THOMAS M. J. MÖLLERS, Green Deal: Greenwashing, Information Overload und der vergessene Good Corporate Citizen als Investor, ZHR 185 (2021), 881 ff., 884; siehe zum wachsenden europäischen Markt für grüne Anleihen auch DION BONGAERTS/DIRK SCHOENMAKER, Green certificates: a better version of green bonds, Policy Contribution 20 (2020), 1 ff.

<sup>24</sup> UBAID UR REHMAN ZIA/HINA ASLAM/ZAHID MAJEED, Financing Pakistan's Low Carbon Development and Climate Resilience through Green Bonds, SDPI Policy Brief 85 (2023), 11; TALBOT (FN 15), Villanova Environmental Law Journal 2017, 131 f, siehe aber zu den Parametern für eine unterschiedliche Wachstumsgeschwindigkeit ASBJORN TORVANGER/ AARON MALTAIS/IULIA MARGINEAN, Green bonds in Sweden and Norway: What are the success factors?, Journal of Cleaner Production 324 (2021) 129177, 1 und 8.

<sup>25</sup> MÖLLERS (FN 23), ZHR 185 (2021), 893; SERGEI GRISHUNI/ALESYA BUKREEVA/SVETLANA SULOEGA/EKATERINA BIROVA, Analysis of Yields and Their Determinants in the European Corporate Green Bond Market, Risks 11 (2023), 1, die ein *Greenium* von ca. drei Basispunkten nachweisen konnten, sofern ein ESG-Rating vorlag. Siehe dazu aber auch die empirischen Ergebnisse von CONG MAA et al., Are Green Bonds Different From Ordinary Bonds? A Statistical and Quantitative Point of View, National Bank of Belgium Working Paper 394 (2020), 1; siehe auch JOHN CARAMICHAEL/ANDREAS RAPP, The Green Corporate Bond Issuance Premium, International Finance Discussion Papers 1346 (2020), 1: «We find that, on average, green bonds have a yield spread that is 8 basis points lower relative to conventional bonds.» Das *Greenium* sei aber ungleich verteilt und trete insbesondere bei grösseren Emittenten auf, während der Effekt bei besonderen Nachhaltigkeitsbemühungen nicht zwingend bestehe (ebd 24); siehe ferner ELETTRA AGLIARDI/ROSSELLA AGLIARDI, Corporate Green Bonds: Understanding the Greenium in a Two-Factor Structural Model, Environmental and Resource Economics 80 (2021), 257 ff., die den Cash Flow des Unternehmens und die Effektivität der Finanzierung als weitere Einflussfaktoren auf den Eintritt oder das Fehlen eines *Greeniums* identifizieren; siehe dazu auch SARAH LA MONACA/KATHERINE SPECTOR/JAMES KOBUS, Financing the Green Transition, Journal of International Affairs 73 (2020), 17 ff., 21; kritisch BÜREN (FN 14), ZGR 2024, 414, der den Eintritt eines *Greeniums* insofern hinterfragt, weil das Kredit- und Marktrisiko schliesslich unabhängig von den Nachhaltigkeitsbemühungen seien.

Wörtern «green» und «premium» zusammen und beschreibt den finanziellen Vorteil, der aus dem Angebot einer nachhaltigen Finanzierung resultiert.<sup>26</sup> Während dieser Effekt bei *Bonds* die zu zahlenden Zinsen aus Sicht des Emittenten reduziert,<sup>27</sup> erhöht er bei Aktien den Preis.<sup>28</sup> Der finanzielle Vorteil in Form des *Greeniums* trägt auch dazu bei, dass die Unternehmen ihre Nachhaltigkeitsbilanz tatsächlich verbessern, und unterstützt somit langfristig eine Erhöhung der Nachhaltigkeitsbemühungen.<sup>29</sup>

Empirische Studien konnten zwar das *Greenium* nicht stets in der genannten Form nachweisen, legen jedoch eine geringere Volatilität und reduzierte Anfälligkeit von *Green Bonds* gegenüber systematischen Risiken nahe.<sup>30</sup> Zudem wurde empirisch bestätigt, dass *Green Bonds* grundsätzlich zur Erhöhung der Nachhaltigkeit des Unternehmens geeignet sind.<sup>31</sup> Dieser Effekt setzt jedoch voraus, dass das Unternehmen nicht in finanziellen Schwierigkeiten ist, weil in letzterem Fall ein kurzfristiges Denken die Erreichung von langfristigen Nachhaltigkeitszielen behindert.<sup>32</sup> Insbesondere indizieren empirische Studien aber auch, dass dieser finanzielle Vorteil und eine Verbesserung

---

<sup>26</sup> MÖLLERS (FN 23), ZHR 185 (2021), 893, m.w.H.

<sup>27</sup> ZHIYONG LI et al., The Interest Costs of Green Bonds: Credit Ratings, Corporate Social Responsibility, and Certification, Emerging Markets Finance & Trade 2020, 2679 ff.; MÖLLERS (FN 23), ZHR 185 (2021), 893.

<sup>28</sup> MÖLLERS (FN 23), ZHR 185 (2021), 893.

<sup>29</sup> JULIEN XAVER DAUBANES/SHEMA FRÉDÉRIC MITALI/JEAN-CHARLES ROCHE, Why Do Firms Issue Green Bonds, MIT CEEPR Working Paper Series 2022-001, 33.

<sup>30</sup> So der Befund von MAA et al. (FN 25), National Bank of Belgium Working Paper 394 (2020), 1; in diese Richtung auch DANYANG XU/YANG HU/SHAEN CORBET/CHUNLIN LANG, Return connectedness of green bonds and financial investment channels in China: Implications for hedging and regulation, Research in International Business and Finance 70 (2024) 102329, 1, deren empirische Nachweise nahelegen, dass *Green Bonds* im Portfolio als «Shock Transmitter» fungieren; in diese Richtung auch JOAO LEITAIO/JOAQUIM FERREIRA/ERNESTO SANTIBANEZ-GONZALEZ, Green bonds, sustainable development and environmental policy in the European Union carbon market, Business Strategy and the Environment 2021 (30), 2077 ff.; kritisch zum Eintritt eines *Greeniums* auch PHILIPP FIDLER, Vorstands- und Geschäftsführerpflichten zur nachhaltigen Unternehmensfinanzierung, GesRZ 2024, 208 ff., 212, der auf die unterschiedlichen Studienergebnisse verweist; zum Eintritt eines *Greeniums* ebenso kritisch BUREN (FN 14), ZGR 2024, 414, m.w.H.

<sup>31</sup> RUBEN ORDONEZ-BORRALLO/NATALIA ORTIZ-DE-MANDOJANA/JAVIER DELGADO-CEBALLOS, Green bonds and environmental performance: The effect of management attention, Corporate Social Responsibility and Environmental Management 31 (2024), 5311 ff., 5321 f.

<sup>32</sup> ORDONEZ-BORRALLO/ORTIZ-DE-MANDOJANA/DELGADO-CEBALLOS (FN 31), Corporate Social Responsibility and Environmental Management 31 (2024), 5321 f.

der Nachhaltigkeit nur dann eintreten, wenn die Nachhaltigkeitsangaben des Unternehmens von einer externen unabhängigen Stelle überprüft wurden.<sup>33</sup>

Diese empirischen Studien legen somit die Notwendigkeit von regulatorischen Vorgaben für die *Green Bonds* offen, die für die EU mit der Erlassung der Green Bond-VO geschaffen wurden.<sup>34</sup> Bis zu den Vorgaben von Seiten der Europäischen Union gab es bereits unverbindliche Empfehlungen von privaten Initiativen<sup>35</sup> wie die *Green Bond Principles*, die von der *International Capital Market Association* herausgegeben werden.<sup>36</sup> Diese Regelungswerke sehen jedoch keinen verpflichtenden Mechanismus zur Überprüfung der Einhaltung der nachhaltigen Erlösverwendung vor, wodurch die Eignung zur Reduktion von *Greenwashing* beeinträchtigt werden kann.<sup>37</sup> Etwas anderes gilt nur bei den *Sustainability Linked Bonds*, weil hier bereits nach der Grundkonzeption ein Sanktionsmechanismus für die Nichtereichung der Nachhaltigkeitsziele vorgesehen ist.<sup>38</sup> Im Folgenden soll der regulatorische Ansatz der EU durch die Darlegung der wesentlichsten Parameter der im November 2023 beschlossenen und seit Dezember 2024 anwendbaren<sup>39</sup> Green Bond-VO untersucht werden.

---

<sup>33</sup> CAROLINE FLAMMER, Green Bonds: Effectiveness and Implications for Public Policy, Environmental and Energy Policy and the Economy 1 (2020), 95 ff., 95 und 122.

<sup>34</sup> Art. 1 lit. a Green Bond-VO; siehe zur regulatorischen Erforderlichkeit auch FLAMMER (FN 33), Environmental and Energy Policy and the Economy 1 (2020), 95 und 122.

<sup>35</sup> HEIDI TUHKANEN, Green bonds: a mechanism for bridging the adaptation gap? SEI Working Paper 2020, 8.

<sup>36</sup> MÖLLERS (FN 23), ZHR 185 (2021), 886; ICMA (Hrsg.), Green Bond Principles. Voluntary Process Guidelines for Issuing Green Bonds, Juni 2021. Internet: [https://www.icmagroup.org/assets/documents/Sustainable-finance/2022-updates/Green-Bond-Principles\\_June-2022-280622.pdf](https://www.icmagroup.org/assets/documents/Sustainable-finance/2022-updates/Green-Bond-Principles_June-2022-280622.pdf) (Abruf 30.11.2024); TALBOT (FN 15), Villanova Environmental Law Journal 2017, 137.

<sup>37</sup> INGA HOGREFE, Dynamiken des Wachstums nachhaltigkeitsbasierter Finanzprodukte: Treiber und Ursachen, BB 2024, 1987 ff., 1988.

<sup>38</sup> Vgl. JENS BERGER/FLORIAN KIY, Klimarisiken in der Finanzberichterstattung nach internationalen Standards, BB 2022, 107 ff., 109.

<sup>39</sup> Art. 72 Green Bond-VO.

### **III. Vorgaben aus der EU Green Bond-VO**

#### **A. Inhalt im Überblick**

Der *European Green Bond Standard* tritt zu den bereits zuvor etablierten freiwilligen Empfehlungen privater Institutionen hinzu.<sup>40</sup> Die Green Bond-VO sieht einheitliche Anforderungen vor, die eingehalten werden müssen, damit die Bezeichnung *European Green Bond* verwendet werden darf.<sup>41</sup> Die Entscheidung, ob diese Bezeichnung verwendet wird, obliegt jedoch den Emittenten.<sup>42</sup> Darüber hinaus enthält die Verordnung Offenlegungsempfehlungen für sonstige *Green Bonds* und *Sustainability Linked Bonds*.<sup>43</sup> Da in diesem Beitrag der regulatorische Ansatz des *European Green Bond Standards* untersucht werden soll, werden letztere freiwillige Offenlegungsempfehlungen nicht im Detail behandelt.

Der Anwendungsbereich der Green Bond-VO knüpft an keinen spezifischen Emittenten an.<sup>44</sup> Dies bedeutet somit, dass die Vorgaben sowohl für Emissionen von privaten Akteuren als auch für jene öffentlich-rechtlicher Gebietskörperschaften gelten.<sup>45</sup> Ebenso können auch Emittenten aus Drittländern den *European Green Bond Standard* heranziehen, sofern sich das Angebot an Investoren aus Mitgliedstaaten richtet.<sup>46</sup>

#### **B. Verhältnis zur Taxonomie-VO**

Die Bezeichnung als *European Green Bond* setzt zunächst voraus, dass die nachhaltige Erlösverwendung in Einklang mit den Vorgaben aus der Taxo-

---

<sup>40</sup> SONIA MARCOS/MARÍA-JESÚS CASTRILLO, Sustainable Finance in Europe: The EU Taxonomy and Green Bond Standard, in: Ibrahim Yasar Gok (Hrsg.), *Handbook of Research on Global Aspects of Sustainable Finance in Times of Crises*, Hershey 2022, 114 ff., 124.

<sup>41</sup> KLAUS PETER FOLLAK, Das geplante EU-Regelwerk für Grüne Anleihen («European Green Bonds – EuGBs»), ÖBA 2022, 362 ff., 363.

<sup>42</sup> FOLLAK (FN 41), ÖBA 2022, 363.

<sup>43</sup> SCHLITT/ESMATY (FN 15), BKR 2023, 428.

<sup>44</sup> MARCOS/CASTRILLO (FN 40), 124; SARA DIETZ, Die Finanzmärkte in der Klimakrise: Zur Grünen Geldpolitik der EZB und den Maßnahmen für ein nachhaltiges Finanzsystem der Kommission, EUR 2022, 443 ff., 448.

<sup>45</sup> FOLLAK (FN 41), ÖBA 2022, 363; DIETZ (FN 44), EuR 2022, 448.

<sup>46</sup> ALEXANDER VORNDRAN, Nachhaltigkeitsbezogene Finanzierungsinstrumente als Baustein in der Unternehmensfinanzierung, BKR 2022, 777 ff., 779.

nomie-VO steht (Art. 4 Green Bond-VO).<sup>47</sup> Durch den Bezug auf die Taxonomie-VO muss die finanzierte nachhaltige Aktivität der Erreichung eines von sechs Umweltzielen (Art. 9 Taxonomie-VO) dienen.<sup>48</sup> Zugleich darf kein anderes Ziel erheblich beeinträchtigt werden und es müssen einerseits Mindeststandards im Hinblick auf die soziale ESG-Dimension sowie andererseits die Vorgaben der delegierten Verordnungen eingehalten werden (Art. 3 Taxonomie-VO).<sup>49</sup> Beispielsweise können sich die Investitionen auf grüne Vermögenswerte wie etwa Photovoltaikanlagen, Kosten zu deren Instandhaltung oder allgemein Investitionen der öffentlichen Hand zur Nachhaltigkeitsförderung (wie z.B. Investitionen zur Förderung des öffentlichen Verkehrs) beziehen (vgl. Art. 4 Green Bond-VO).<sup>50</sup>

Die Verordnung sieht allerdings auch zwei Erleichterungen im Hinblick auf die Erfüllung der Taxonomiekonformität vor: Zunächst wurden die Anforderungen insofern gelockert, als 15 % der Erlöse auf Tätigkeiten entfallen können, welche die Anforderungen der Taxonomie-VO mangels Bestehens technischer Bewertungskriterien nicht tatsächlich, jedoch dem Grunde nach erfüllen (Art. 5 Green Bond-VO).<sup>51</sup> Die Verordnung sieht darüber hinaus eine sog. *Grandfathering*-Periode von sieben Jahren vor; für diesen Zeitraum kann eine Taxonomikonformität auch dann bejaht werden, wenn sich zwischenzeitlich die technischen Rahmenbedingungen ändern (Art. 8 Green Bond-VO).<sup>52</sup>

<sup>47</sup> MARCOS/CASTRILLO (FN 40), 124; SANDRA REICH, Sustainable Finance: Der neue Standard für europäische grüne Anleihen (EU Green Bonds – EuGB), AG Report 2024, R6–R7, R7; SCHLITT/ESMATY (FN 15), BKR 2023, 429.

<sup>48</sup> THORSTEN KUTHE/MEIKE DRESLER-LENZ, Compliance bei der Emission von Green Bonds, CB 2020, 369 ff., 370; ALEXANDER WELLERDT, Europäische Entwicklungen zur Förderung einer nachhaltigen Unternehmensaktivität, NZG 2021, 1344 ff., 1347; SCHLITT/ESMATY (FN 15), BKR 2023, 429.

<sup>49</sup> KUTHE/DRESLER-LENZ (FN 48), CB 2020, 370; WELLERDT (FN 48), NZG 2021, 1347; SCHLITT/ESMATY (FN 15), BKR 2023, 429.

<sup>50</sup> MARCOS/CASTRILLO (FN 40), 124; WELLERDT (FN 48), NZG 2021, 1347.

<sup>51</sup> REICH (FN 47), AG Report 2024, R7; SCHLITT/ESMATY (FN 15), BKR 2023, 429; NIKOS MARAGOPOULOS, Towards a European Green Bond: A European initiative to promote sustainable finance, EBI Working Paper Series 103 (2021), 16; BÜREN (FN 14), ZGR 2024, 426.

<sup>52</sup> SCHLITT/ESMATY (FN 15), BKR 2023, 429; MARAGOPOULOS (FN 51), EBI Working Paper Series 103 (2021), 16; BÜREN (FN 14), ZGR 2024, 426.

## C. Offenlegungspflichten

Neben den inhaltlichen Anforderungen an die Erlösverwendung sieht der europäische Gesetzgeber insbesondere umfassende Offenlegungspflichten vor, die eingehalten werden müssen, wenn die Anleihe als *European Green Bond* bezeichnet wird (Kap. 2 Green Bond-VO).<sup>53</sup> Vor der Emission muss der Emittent ein *Green Bond Framework* veröffentlichen, das die Einhaltung der Vorgaben darlegt (Art. 10 Green Bond-VO).<sup>54</sup> Dabei ist beispielsweise darauf einzugehen, welche Nachhaltigkeitsstrategie verfolgt wird, indem insbesondere die gesetzten Umweltziele angeführt werden sollen.<sup>55</sup> Zudem ist das geförderte Projekt zu beschreiben und darauf einzugehen, inwieweit das gewählte Projekt die Kriterien aus der Taxonomie-VO erfüllt.<sup>56</sup> Während der Laufzeit sind ein Wirkungsbericht (Art. 12 Green Bond-VO) und ein Bericht über die Erlösverwendung (Allokationsbericht, Art. 11 Green Bond-VO) zu veröffentlichen.<sup>57</sup> Letzterer ist jedenfalls jährlich bis zur vollständigen Erlösverwendung und anschliessend bei erheblichen Änderungen zu erstellen (Art. 11 Green Bond-VO).<sup>58</sup> Der Wirkungsbericht beschreibt einmalig<sup>59</sup> die Konsequenzen der erfolgten Erlösverwendung auf die Umwelt (Art. 12 Green Bond-VO).<sup>60</sup> Darüber hinaus setzt die Emission eines *European Green Bonds* stets die Er-

---

<sup>53</sup> Siehe zu den Offenlegungspflichten im Detail auch TOLD/FELZMANN (FN 1), 68 ff.

<sup>54</sup> MARCOS/CASTRILLO (FN 40), 124; MARAGOPOULOS (FN 51), EBI Working Paper Series 103 (2021), 17.

<sup>55</sup> VARGA/AIGNER/KEINRATH (FN 51), Rz. 10.84 f.

<sup>56</sup> VARGA/AIGNER/KEINRATH (FN 51), Rz. 10.84 f.

<sup>57</sup> MARCOS/CASTRILLO (FN 40), 124; SCHLITT/ESMATY (FN 15), BKR 2023, 427 f; MARAGOPOULOS (FN 51), EBI Working Paper Series 103 (2021), 17.

<sup>58</sup> KUTHE/DRESLER-LENZ (FN 48), CB 2020, 372; SANDRA REICH, Der Entwurf zum Standard für europäische Green Bonds, AG Report 2021, R296–R297, R297, SCHLITT/ESMATY (FN 15), BKR 2023, 430; VARGA/AIGNER/KEINRATH (FN 51), Rz. 10.89; ZAHRADNIK/VARGA/CHOMA/AUF (FN 18), 46.

<sup>59</sup> Sofern sich wesentliche Änderungen ergeben, muss erneut ein Wirkungsbericht erstellt werden; VARGA/AIGNER/KEINRATH (FN 51), Rz. 10.91.

<sup>60</sup> REICH (FN 58), AG Report 2021, R297; FOLLAK (FN 41), ÖBA 2022, 363; SCHLITT/ESMATY (FN 15), BKR 2023, 460; ZAHRADNIK/VARGA/CHOMA/AUF (FN 18), 47.

stellung eines Prospekts voraus (Art. 14 Green Bond-VO).<sup>61</sup> In diesen ist auch ein CapEx-Plan im Hinblick auf die Erlösverwendung zu integrieren.<sup>62</sup>

Mit Ausnahme des Wirkungsberichts sind sämtliche Vorgaben einer externen Prüfung zu unterziehen.<sup>63</sup> Im Fall des Berichts über die Erlösverwendung gilt dies allerdings nur für den finalen Bericht (Art. 11 Abs. 4 Green Bond-VO).<sup>64</sup> Das Factsheet ist bereits vor der Emission einer «Voremissionsbewertung» durch einen externen Dritten zu unterziehen (Art. 10 Green Bond-VO).<sup>65</sup> Die Green Bond-VO sieht auch Veröffentlichungspflichten im Hinblick auf Factsheet, Allokations- und Wirkungsberichte inklusive deren Bewertung vor (Art. 15 Green Bonds-VO).<sup>66</sup> Unter anderem ist eine Veröffentlichung auf der Homepage des Emittenten vorzunehmen.<sup>67</sup>

Die externe Bewertung erfolgt im Hinblick auf die Erlösverwendung und die Berücksichtigung der Informationen aus dem Factsheet.<sup>68</sup> Zusätzlich wird die Einhaltung von Formvorschriften kontrolliert.<sup>69</sup> Die Tätigkeit als externer Bewerter setzt eine Registrierung bei der ESMA voraus (Art. 22 Green Bond-VO).<sup>70</sup> Die Green Bond-VO sieht auch detaillierte Vorgaben zur Qualifikation und Organisation der externen Prüfer vor (Art. 23 Green Bond-VO).<sup>71</sup> Diese werden darüber hinaus von der ESMA überwacht, während die Emittenten selbst der Kontrolle durch eine eigene Überwachungsbehörde unterliegen (Art. 44 Green Bond-VO).<sup>72</sup>

Nicht vorgesehen ist in den europäischen Vorgaben, dass die Regelungen zur Erlösverwendung zwingend in den Anleihebedingungen aufgenommen werden müssen, weil sich der europäische Gesetzgeber für ein *Public Enfor-*

---

<sup>61</sup> SCHLITT/ESMATY (FN 15), BKR 2023, 428.

<sup>62</sup> FELIX BIEDERMANN, Anhang 14 VO (EU) 2019/980, in: Carsten Berrar et al. (Hrsg.), EU-ProspektVO 2017 und WpPG. Frankfurter Kommentar, 3. A., Frankfurt am Main 2023, Rz. 17.

<sup>63</sup> MARCOS/CASTRILLO (FN 40), 124.

<sup>64</sup> KUTHE/DRESLER-LENZ (FN 48), CB 2020, 372.

<sup>65</sup> FOLLAK (FN 41), ÖBA 2022, 363.

<sup>66</sup> SCHLITT/ESMATY (FN 15), BKR 2023, 432.

<sup>67</sup> VARGA/AIGNER/KEINRATH (FN 51), Rz. 10.87 und 10.94; BÜREN (FN 14), ZGR 2024, 427.

<sup>68</sup> REICH (FN 58), AG Report 2021, R297.

<sup>69</sup> REICH (FN 58), AG Report 2021, R297.

<sup>70</sup> REICH (FN 58), AG Report 2021, R297; FOLLAK (FN 41), ÖBA 2022, 363.

<sup>71</sup> FOLLAK (FN 42), ÖBA 2022, 363.

<sup>72</sup> SCHLITT/ESMATY (FN 15), BKR 2023, 428; ZAHRADNIK/VARGA/CHOMA/AUF (FN 18), 49; BÜREN (FN 14), ZGR 2024, 427.

*cement* entschieden hat (Art. 49. Green Bond-VO).<sup>73</sup> Dies schliesst aber nicht aus, dass die Vorgaben Vertragsinhalt nach allgemeinen nationalen zivilrechtlichen Grundsätzen werden können, denn schliesslich werden die Anleihebedingungen als eine Art allgemeine Geschäftsbedingungen dem Vertragsabschluss zugrunde gelegt.<sup>74</sup>

## IV. Ökonomische Bewertung des Regulierungsansatzes

### A. Einordnung des regulatorischen Zugangs

#### 1. Ausgestaltung als Informationsmodell

Der europäische Gesetzgeber hat sich dazu entschieden, den *European Green Bond* Standard als freiwillige Option auszugestalten und insoweit keinen anderen Zugang vorzunehmen als die *Green Bond Principles* der ICMA.<sup>75</sup> Letzterer regulatorische Standard der *Green Bonds* sieht inhaltlich ebenso insbesondere Vorgaben zur Emissionserlösverwendung, Projektbewertung, Erlösverwaltung und Berichterstattung vor.<sup>76</sup> Im Detail basiert der *European Green Bond* Standard, wie Kap. III zeigt, vor allem auf Offenlegungspflichten, sodass die europäischen Vorgaben primär als Informationsmodell ausgestaltet sind.<sup>77</sup>

#### 2. Erhöhung der Transparenz

Die regulierungsrechtlichen Vorgaben legen den Fokus auf die Erhöhung von Transparenz.<sup>78</sup> Dadurch birgt der *European Green Bond* Standard das Potential, die Emittenten bei der Emission von nachhaltigen Anleihen zu

---

<sup>73</sup> SCHLITT/ESMATY (FN 15), BKR 2023, 431.

<sup>74</sup> MORITZ RENNER, Die geplante «European Green Bond»-Verordnung und ihre (international-)privatrechtliche Durchsetzung, ZBB 2023, 23 ff., 24; siehe dazu auch TOLD/FELZMANN (FN 1), 80, die sich für eine Einbeziehung aus vertrauenstheoretischen Gründen aussprechen.

<sup>75</sup> CHRISTIAN SCHÖLLER/SARAH PICHLER, Sustainable Finance (Teil 1). Ein kurzer Abriss über Nachhaltigkeit am Kapitalmarkt, ecolex 2020, 739 ff., 742; MARKUS ROTH/JENS EKKENGA, Stewardship und Corporate Governance bei Emission von Green Bonds, AG 2021, 414.

<sup>76</sup> ROTH/EKKENGA (FN 75), AG 2021, 413.

<sup>77</sup> TOLD (FN 6), RWZ 2023, 196; siehe dazu bereits oben I.

<sup>78</sup> WEBER/SARAVADA (FN 19), CIGI Paper 210 (2019), 15; FRANK BRÜCKBAUER/THIBAULT CÉZANNE/KAROLIN KIRSCHENMANN/MICHAEL SCHRÖDER, Does the European Union need another Green Bond Standard? ZEW policy brief 10 (2023), 1; REICH (FN 47), AG Report 2024, R7; siehe dazu auch AZA BISULTANOVAN, Green bonds: historical aspects of implementation, E3S Web of Conferences 458 (2023) 05013, 7; FOLLAK (FN 41), ÖBA 2022, 364.

unterstützen und so insgesamt den Markt für nachhaltige Finanzierungen weiter wachsen zu lassen.<sup>79</sup>

Die Transparenz bei den *Green Bonds* soll neben den bereits beschriebenen Offenlegungspflichten insbesondere durch die Einführung eines einheitlichen Standards erhöht werden.<sup>80</sup> Dadurch werden zentrale Vorgaben geschaffen, welche die Überwachung und Kontrolle erleichtern.<sup>81</sup> Insbesondere wird aber die Vergleichbarkeit und das Vertrauen in die Nachhaltigkeit des betreffenden Produkts gestärkt.<sup>82</sup> Dadurch wird der Abbau von Informationsasymmetrien unterstützt.<sup>83</sup> In der Zukunft kann die Transparenz durch die European Rating-VO<sup>84</sup> noch weiter erhöht werden.<sup>85</sup>

Die Erhöhung der Transparenz durch die Ausgabe von *Green Bonds* lässt sich auch ökonomisch fundieren: Der Vorteil in der Ausgabe von *Green Bonds* besteht darin, dass die Unternehmen ihre Nachhaltigkeitsbemühungen glaubhafter kommunizieren können.<sup>86</sup> Ökonomisch steht dahinter das Konzept von *Signaling*:<sup>87</sup> Durch den Ausweis eines Standards können die Unternehmen die Qualität ihrer Nachhaltigkeitsbemühungen unterstreichen, weil sie Anstrengungen aufwenden müssen, damit sie die Anforderungen der regulatorischen Vorgaben erreichen.<sup>88</sup>

Als Zwischenfazit lässt sich daher festhalten, dass der *European Green Bond* Standard durch die Schaffung von einheitlichen Rahmenbedingungen

<sup>79</sup> MARAGOPOULOS (FN 51), EBI Working Paper Series 103 (2021), 24.

<sup>80</sup> WEBER/SARAVADA (FN 19), CIGI Paper 210 (2019), 16; LI et al. (FN 27), Emerging Markets Finance & Trade 2020, 2690.

<sup>81</sup> WEBER/SARAVADA (FN 19), CIGI Paper 210 (2019), 16; LI et al. (FN 27), Emerging Markets Finance & Trade 2020, 2690.

<sup>82</sup> WEBER/SARAVADA (FN 19), CIGI Paper 210 (2019), 16.

<sup>83</sup> LI et al. (FN 27), Emerging Markets Finance & Trade 2020, 2690.

<sup>84</sup> VO (EU) 2024/3005 über die Transparenz und Integrität von Rating-Tätigkeiten in den Bereichen Umwelt, Soziales und Unternehmensführung (ESG), ABI L 2024/3005.

<sup>85</sup> KARL-PHILIPP WOJCIK/ DARIO ANNOSCIA/SEAN KERR, Report from Brussels: overview of pending and completed legislative initiatives in the area of financial services in the EU – content and state of play, ZBB 2024, 321 ff., 340.

<sup>86</sup> DAUBANES/MITALI/ROCHET (FN 29), MIT CEEPR Working Paper Series 2022-001, Abstract.

<sup>87</sup> ROBERT S. PINDYCK/DANIEL L. RUBINFELD, Microeconomics, 9. A., London 2018, 654.

<sup>88</sup> DAUBANES/MITALI/ROCHET (FN 29), MIT CEEPR Working Paper Series 2022-001, Abstract; ZAHRADNIK/VARGA/CHOMA/AUF (FN 18), 35; CAROLINE FLAMMER, Corporate green bonds, JFE 142 (2021), 499 ff., 499 f.

dem Grunde nach geeignet ist, die Transparenz am Kapitalmarkt zu erhöhen.<sup>89</sup> Mit der Heranziehung kommunizieren die Emittenten deutlich, dass sie die Erlöse taxonomiekonform verwenden und insoweit ein Mindestmass an Nachhaltigkeit einhalten.<sup>90</sup> Gleichzeitig wird die Transparenz insbesondere durch die in Kap. III dargelegten Informationspflichten gefördert. Kritisch kann an dieser Stelle angemerkt werden, dass die Offenlegungspflichten sehr umfassend wirken, denn es sind neben Factsheet und Prospekt jedenfalls jährliche Berichte zu erstellen, die bei der vollständigen Erlösverwendung sogar noch intensiviert werden (Art. 10–14 Green Bond-VO). Diese umfassenden Informationspflichten resultieren zunächst in hohen Informationskosten auf der Seite des die Informationen erteilenden Emittenten.<sup>91</sup> Gleichzeitig bergen sie auch das Risiko, dass der Investor mit einem Informationsüberfluss konfrontiert ist und aus der Fülle der Informationen nicht mehr die für ihn relevanten Aspekte herausfiltern kann.<sup>92</sup> Ob die Informationspflichten ein optimales Ausmass aufweisen, kann ohne entsprechende empirische Methoden nicht abschliessend beantwortet werden; das Risiko von zu hohen Informationskosten

---

<sup>89</sup> Vgl. z.B. WEBER/SARAVADA (FN 19), CIGI Paper 210 (2019), 16.

<sup>90</sup> Vgl. FLAMMER (FN 88), JFE 142 (2021), 499 f.

<sup>91</sup> Vgl. zu den Risiken einer «Überregulierung» PHILIPP JAUD/THOMAS LINDNER, Nachhaltige Finanzierung und Bedeutung für den Kapitalmarkt, in: Christian Richter-Schöller, Andreas Zahradník (Hrsg.), *Praxishandbuch Nachhaltige Finanzierung*, Wien 2023, 15 ff., 32; TODD AAGAARD, Using Non-Environmental Law to Accomplish Environmental Objectives, *Journal of Land Use & Environmental Law* 30 (2014), 35 ff., 46; vgl. auch MAX KOLTER, Nachhaltigkeit durch Transparenz? Berichtspflichten als Unternehmensregulierung, Tübingen 2023, 359; siehe dazu auch allgemein zu den Informationspflichten am Kapitalmarkt SUSANNE KALSS, Das Scheitern des Informationsmodells gegenüber privaten Anlegern, in: Susanne Kalss/Paul Oberhammer (Hrsg.), *Zivilrecht Anlegeransprüche – kapitalmarktrechtliche und prozessuale Fragen – Gutachten*. Verhandlungen des 19. Österreichischen Juristentages, Wien 2015, 7 ff., 22 ff.; siehe dazu auch FELZMANN (FN 1), 371.

<sup>92</sup> MÖLLERS (FN 23), ZHR 185 (2021), 895, m.w.H.; vgl. auch HELL (FN 10), 70 f.; GERALD SPINDLER/LARS KLÖHN, Koreferat zu Markus Rehberg, in: Thomas Eger/Hans-Bernd Schäfer (Hrsg.), *Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtsentwicklung*, Tübingen 2007, 359; MARKUS REHBERG, Das europäische Informationsmodell im Lichte von Behavioral Economics, in: Thomas Eger/Hans-Bernd Schäfer (Hrsg.), *Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtsentwicklung*, Tübingen 2007, 319 f.; KAI WERNER, Ein Publizitätskonzept. Marktteilnehmer- und Marktfunktionsschutz als Parameter einer konzeptionellen Integration von Publizitätspflichten börsennotierter Unternehmen, Diss. Freiburg i.Br., Berlin 2011, 140 und 175, m.w.H.; siehe zu den Informationskosten auch HOLGER FLEISCHER, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht. Eine rechtsvergleichende und interdisziplinäre Abhandlung zu Reichweite und Grenzen vertragsschlussbezogener Aufklärungspflichten*, Habil. Köln 1999, München 2001, 135; siehe dazu auch FELZMANN (FN 1), 371.

ist jedoch angesichts der Fülle an Offenlegungspflichten jedenfalls zu berücksichtigen.<sup>93</sup> Es handelt sich dabei um ein durchaus gewichtiges Problem, denn eine Informationsüberforderung birgt letztlich das Risiko, dass das Ziel der Transparenzerhöhung nicht erreicht werden kann.<sup>94</sup>

## B. Nachhaltigkeitsbegriff

### 1. Notwendigkeit eines klar definierten Nachhaltigkeitsbegriffs zur Verhinderung von Greenwashing

Die Qualität des regulatorischen Ansatzes hängt auch entscheidend von der Definition des Begriffs «nachhaltig» bzw. dem gewählten Nachhaltigkeitsverständnis ab.<sup>95</sup> Ohne ein einheitliches Nachhaltigkeitsverständnis besteht die Gefahr von *Greenwashing*, weil sich hinter dem Begriff «grün» Nachhaltigkeitsbemühungen von unterschiedlicher Qualität verbergen können.<sup>96</sup> *Greenwashing* entsteht gerade bei Fehlen einer klaren Definition, weil in diesem Fall verstärkt die Möglichkeit besteht, Aktivitäten ohne substanziellen Beitrag zur Nachhaltigkeitsförderung als grün zu verkaufen und so den Investor zu täuschen.<sup>97</sup>

Die Gefahr von *Greenwashing* wird aktuell auch dadurch erhöht, dass zwar Standards bestehen, diesen aber unterschiedliche Nachhaltigkeitsdefinitionen zugrunde liegen.<sup>98</sup> Dadurch erhalten die Emittenten die Möglichkeit, jenen freiwilligen Standard zu wählen, der den eigenen Nachhaltig-

<sup>93</sup> Vgl. zu diesem Risiko JAUD/LINDNER (FN 91), 32.

<sup>94</sup> Vgl. PETER BEHRENS, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts, Habil. Hamburg 1984, Frankfurt am Main 1986, 107 f.; siehe zu diesem Risiko im Kontext des nachhaltigkeitsrechtlichen Informationsmodells TOLD/FELZMANN (FN 1), 47 f.

<sup>95</sup> TALBOT (FN 15), *Villanova Environmental Law Journal* 2017, 143 m.w.H.; DAVID GILCHRIST/JING YU/RUI ZHONG, *The Limits of Green Finance: A Survey of Literature in the Context of Green Bonds and Green Loans*, *Sustainability* 13 (2021) 478, 10; FLAMMER (FN 33), *Environmental and Energy Policy and the Economy* 1 (2020), 95 sowie 122; ECHO K. WANG, *Financing Green: Reforming Green Bond Regulation in the United States*, *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law* 12 (2018), 467 ff., 486.

<sup>96</sup> WANG (FN 95), *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law* 12 (2018), 486; NATHALIE RODES/OLIVIER VIETTI/STÉPHANE DÉO, *Green Bonds: Il est urgent de ne plus attendre*, *Revue d'économie financière* 2020, 287 ff., 295.

<sup>97</sup> LLOYD FREEBURN/IAN RAMSAY, *Green bonds: Legal and Policy Issues*, *CMLJ* 15 (2020), 418 ff., 433.

<sup>98</sup> FREEBURN/RAMSAY (FN 97), *CMLJ* 15 (2020), 433 f.

keitsbemühungen am besten entspricht, wodurch kein Anreiz zur Erhöhung der Nachhaltigkeitsförderung besteht.<sup>99</sup>

Eine unzureichende Regulierung und die damit einhergehende Möglichkeit zu *Greenwashing* bergen die Gefahr, dass das sog. *Lemons Problem* von Akerlof eintritt, das dazu führt, dass die Emittenten nur noch durchschnittliche Nachhaltigkeitsbemühungen aufwenden.<sup>100</sup> Die Investoren können anhand der vorhandenen Daten nicht beurteilen, ob ein Angebot wirklich nachhaltig ist oder *Greenwashing* vorliegt; dies hat zur Folge, dass nachhaltige Angebote weniger geschätzt werden, während *Greenwashing* mangels Erkennbarkeit überbezahlt wird.<sup>101</sup>

## 2. Eniger Nachhaltigkeitsbegriff der Green Bond-VO

Nachhaltige Anleihen können verschiedenen Nachhaltigkeitszielen dienen: Im Allgemeinen sind neben den *Green Bonds* auch *Social Bonds* bekannt, die verstärkt auf die soziale Dimension des ESG-Nachhaltigkeitsverständnisses ausgerichtet sind.<sup>102</sup> Der europäische Gesetzgeber hat aber ein engeres Nachhaltigkeitsverständnis gewählt, denn der *European Green Bond Standard* erfasst nur den Bereich der ökologischen Nachhaltigkeit.<sup>103</sup> Für die soziale Dimension der Nachhaltigkeit bestehen somit noch keine regulatorischen Vorgaben, sodass eine entsprechend hohe Gefahr von falschen, nicht überprüfbaren Angaben besteht.<sup>104</sup> Der europäische Gesetzgeber hat sich aber bewusst gegen eine Erweiterung des Nachhaltigkeitsverständnisses entschieden, weil die Taxonomie-VO noch nicht so weit entwickelt ist und im

---

<sup>99</sup> FREEBURN/RAMSAY (FN 97), CMLJ 15 (2020), 433 f.

<sup>100</sup> KARIM HENIDE, Green lemons: overcoming adverse selection in the green bond market, Transnational Corporations 28 (2021), 35 ff., 47 f.; BÜREN (FN 14), ZGR 2024, 417, m.w.H.; YU WANG, Mitigating Greenwashing in the Green Bond Market, Diss., Toronto 2023, 10.

<sup>101</sup> HENIDE (FN 100), Transnational Corporations 28 (2021), 47.

<sup>102</sup> KATHARINA MUNER-SAMMER, Von Ethischem/Grünem Investment zu Sustainable Finance. Ein Streifzug durch die Entwicklung von «Nachhaltigem Investment», CFO aktuell 2020, 164 ff., 165 f.; siehe dazu bereits oben II. A.

<sup>103</sup> MARKUS LANGE, Sustainable Finance: Nachhaltigkeit durch Regulierung? (Teil 2). The menfelder und Regelungsansätze, BKR 2020, 261 ff., 271.

<sup>104</sup> DILETTA LENZI, Corporate Social Bonds: A Legal Analysis, ECFR 2021, 291 ff.

Moment nur die ökologische Dimension von Nachhaltigkeit im Detail regulatorisch ausdifferenziert ist.<sup>105</sup>

Zur Verhinderung von *Greenwashing* ist essentiell, dass klare Vorgaben bestehen, was unter «nachhaltig» zu verstehen ist, weil nur so ein einheitliches Verständnis und Vertrauen in die Begriffsbezeichnung geschaffen werden kann.<sup>106</sup> Positiv hervorzuheben ist daher, dass die Green Bond-VO zumindest für den *European Green Bond* Standard auf einem klar definierten Nachhaltigkeitsverständnis beruht.<sup>107</sup> Als Parameter wird hier die ökologische Nachhaltigkeit herangezogen (Art. 4 Green Bond-VO), die in der Taxonomie-VO sehr klar ausdifferenziert wurde. Einzugestehen ist freilich, dass der Begriff auch mit einer gewissen Komplexität verbunden ist.<sup>108</sup> Der Europäische Gesetzgeber verfolgt hier allerdings insoweit ein einheitliches Konzept, als er den Nachhaltigkeitsbegriff der Taxonomie-VO auch weiteren Rechtsakten zugrunde legt und insoweit einen ersten Schritt zur Etablierung einer zentralen Nachhaltigkeitsdefinition setzt.<sup>109</sup> Für die Zukunft wäre zu hoffen, dass der Anwendungsbereich noch durch die Ergänzung um eine soziale Dimension an Breite gewinnt.<sup>110</sup>

Kritisch anzumerken bleibt aber, dass der *European Green Bond* Standard nur die Nachhaltigkeit der Anleihe betrachtet, aber nichts über die Nachhaltigkeitsbemühungen des Unternehmens aussagt.<sup>111</sup> Die Kriterien der Taxonomiekonformität der Erlösverwendung können auch dann erfüllt sein, wenn ein ansonsten nicht nachhaltiges Unternehmen nur ausnahmsweise in ein nachhal-

<sup>105</sup> KATHARINA PLAVEC, Die Verordnung über europäische grüne Anleihen – Ein Meilenstein auf dem Weg zu einem grünen Finanzmarkt? NR 2022, 306 ff., 307; EU PARLIAMENT: POLICY DEPARTMENT FOR ECONOMIC, SCIENTIFIC AND QUALITY OF LIFE POLICIES, Study: Green Bonds: An assessment of the proposed EU Green Bond Standard and its potential to prevent greenwashing, Luxemburg 2022, 30.

<sup>106</sup> SCOTT BREEN/CATHERINE CAMPBELL, Legal Considerations for a Skyrocketing Green Bond Market, Natural Resources & Environment 31 (2017), 16 ff., 18.

<sup>107</sup> Siehe zur Notwendigkeit eines einheitlichen Nachhaltigkeitsverständnisses TOLD (FN 6), RWZ 2023, 198 f.

<sup>108</sup> ZAHRADNIK/VARGA/CHOMA/AUF (FN 18), 51.

<sup>109</sup> Vgl. ALEXANDER WELLERDT, Legislativvorschlag für eine Verordnung zu Europäischen Green Bonds, EuZW 2021, 834 ff., 841.

<sup>110</sup> Kritisch PLAVEC (FN 105), NR 2022, 307; differenziert EU PARLIAMENT: POLICY DEPARTMENT FOR ECONOMIC, SCIENTIFIC AND QUALITY OF LIFE POLICIES (FN 105), 30.

<sup>111</sup> JOHANNES ORTNER/CLAUDIA SCHLEBACH/CARMEN REDMANN-WIPPEL, EU-Taxonomie, ÖBA 2024, 498; siehe dazu auch BÜREN (FN 14), ZGR 2024, 416 m.w.H.

tiges Projekt investiert.<sup>112</sup> Daher kann als Verbesserungspotential identifiziert werden, dass auch ein ESG-Rating im Hinblick auf das gesamte Unternehmen erstellt wird, damit der Investor besser beurteilen kann, ob das Unternehmen seinen Nachhaltigkeitspräferenzen entspricht.<sup>113</sup> Anhand von einzelnen nachhaltigen Aktivitäten kann der Investor letztlich nicht mit Sicherheit beurteilen, ob das Unternehmen insgesamt ausreichend nachhaltig agiert, weil die *Green Bonds* gerade zum Ausgleich für wenig nachhaltige Aktivitäten ausgegeben werden könnten.<sup>114</sup>

### C. Erhöhung der Glaubwürdigkeit durch eine externe Kontrolle

Die Effektivität des *European Green Bond* Standard hängt entscheidend davon ab, ob die Einhaltung der Vorgaben auch kontrolliert und bestätigt werden kann.<sup>115</sup> Schliesslich soll die Regulierung so ausgestaltet sein, dass *Greenwashing* verhindert werden kann.<sup>116</sup> Dazu müssen insbesondere die Einhaltung der Nachhaltigkeitszusicherungen und die versprochene Erlösverwendung überwacht werden.<sup>117</sup> Vor diesem Hintergrund kann die beim *European Green Bond* Standard vorgesehene externe Überprüfung die Glaubwürdigkeit der *Green Bonds* und die Zuverlässigkeit der Nachhaltigkeitsangaben erhöhen, wodurch letztlich *Greenwashing* verhindert werden kann.<sup>118</sup> Ein valider Nachhaltigkeitsstandard wirkt sich jedenfalls positiv auf die Glaubwürdigkeit der

---

<sup>112</sup> ORTNER/SCHLEBACH/REDMANN-WIPPEL (FN 111), ÖBA 2024, 498.

<sup>113</sup> TORSTEN EHLERS/BENOÎT MOJON/FRANK PACKER, Green Bonds and Carbon Emissions: Exploring the Case for a Rating System at the Firm Level, BIS Quarterly Review, September 2020, 31 ff., 39.

<sup>114</sup> EHLERS/MOJON/PACKER (FN 113), BIS Quarterly Review, September 2020, 39.

<sup>115</sup> Siehe insbesondere BONGAERTS/SCHOENMAKER (FN 23), Policy Contribution 20 (2020), 5, die vor diesem Hintergrund vorschlagen, dass *Green Bonds* nur in Kombination mit einem Zertifikat zur Bestätigung der nachhaltigen Erlösverwendung ausgegeben werden.

<sup>116</sup> WEBER/SARAVADA (FN 19), CIGI Paper 210 (2019), 15; REICH (FN 47), AG Report 2024, R7; FOLLAK (FN 41), ÖBA 2022, 364; ANDREA GIULIO MAINO, Financing the Energy Transition: The Role, Opportunities and Challenges of Green Bonds, OIES Paper ET07 (2022), 17.

<sup>117</sup> WEBER/SARAVADA (FN 19), CIGI Paper 210 (2019), 15; LI et al. (FN 27), Emerging Markets Finance & Trade 2020, 2687; BONGAERTS/SCHOENMAKER (FN 23), Policy Contribution 20 (2020), 4.

<sup>118</sup> ROTH/EKKENGA (FN 75), AG 2021, 415; BRÜCKBAUER/CÉZANNE/KIRSCHENMANN/SCHRÖDER (FN 78), ZEW policy brief 10 (2023), 1.

Nachhaltigkeitsbemühungen<sup>119</sup> und das Image des Unternehmens aus, wovon in weiterer Folge sämtliche Stakeholder und letztlich die Wettbewerbsfähigkeit profitieren.<sup>120</sup>

Die positive Anreizwirkung des dabei gewählten regulatorischen Ansatzes der Green Bond-VO der Überprüfung durch aussenstehende Dritte lässt sich empirisch bestätigen: Studien legen nahe, dass die Kontrolle durch eine aussenstehende Partei erfolgen soll, weil dies die Unabhängigkeit sicherstellt und damit letztlich die Qualität und das Vertrauen in die Nachhaltigkeitsangaben erhöht werden.<sup>121</sup> Die Kontrolle soll bereits vor der Emission erfolgen, weil so das Vertrauen in die Bezeichnung «grün» von Beginn an sichergestellt werden kann.<sup>122</sup> Der externe Prüfer wird zu einer sorgsamen Kontrolle angehalten, weil seine Reputation durch später bekannt werdende *Greenwashing* Fälle gefährdet werden könnte.<sup>123</sup> Empirisch ist aber auch indiziert, dass die externe Bewertung insbesondere dann erforderlich ist, wenn ein Rating fehlt, weil in diesem Fall die Glaubwürdigkeit der Vorgaben durch die externe Bestätigung erhöht wird und dadurch Informationsasymmetrien abgebaut werden.<sup>124</sup>

Trotz der ökonomischen und empirischen Sinnhaftigkeit von externen Kontrollen kann bei der praktischen Umsetzung ein Problem auftreten: So hat Geld bekanntermassen «kein Mascherl», sodass letztlich nicht mit Sicherheit kontrolliert werden kann, ob genau diese Erlöse oder sonstige finanzielle Mittel zur Finanzierung der nachhaltigen Investitionen verwendet werden.<sup>125</sup> Mittelbar ermöglicht aber die Nachhaltigkeitsperformance des Unternehmens eine gewisse Kontrolle, weil die nachhaltige Erlösverwendung dem Grunde

---

<sup>119</sup> BRÜCKBAUER/CÉZANNE/KIRSCHENMANN/SCHRÖDER (FN 78), ZEW policy brief 10 (2023), 1; HOGREFE (FN 37), BB 2024, 1989 f.

<sup>120</sup> HOGREFE (FN 37), BB 2024, 1989 f.

<sup>121</sup> FLAMMER (FN 33), Environmental and Energy Policy and the Economy 1 (2020), 95 sowie 122; WANG (FN 95), Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law 12 (2018), 488; LUKAS JÄGER/MARC RINGEL/DIRK SCHIERECK, Green Bonds als Instrumente der Klimaschutzfinanzierung: Eine Literaturübersicht, ZBB 2021, 209 ff., 214.

<sup>122</sup> WANG (FN 95), Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law 12 (2018), 488.

<sup>123</sup> JÄGER/RINGEL/SCHIERECK (FN 121), ZBB 2021, 214.

<sup>124</sup> MARCO GHITTI/GIANFRANCO GIANFRATE/FLORENCIO LÓPEZ DE SILANES/MARCO SPINELLI, What's in a Shade? The Market Relevance of Green Bonds' External Reviews, The British Accounting Review 2023 101271, 1.

<sup>125</sup> FREEBURN/RAMSAY (FN 97), CMLJ 15 (2020), 435.

nach geeignet ist, nachhaltiges Agieren zu fördern.<sup>126</sup> Problematisch bleibt aber, dass die Kontrolle der Erlösverwendung letztlich erst im Nachhinein erfolgt und damit mit Zeitverzögerung geprüft werden kann, was sich insbesondere nachteilig auf die Sanktionierungsmöglichkeiten auswirkt.<sup>127</sup> Eine Verbesserung könnten hier *Sustainability Linked Bonds* bewirken, denn diese beruhen gerade auf der Idee, dass die Zielerreichung durch ex ante vorgesehene, objektive und messbare *Key Performance Indicators* überprüft werden kann.<sup>128</sup>

Insgesamt zeigt sich somit, dass die Standards für ihre Effektivität die Kontrolle der Einhaltung voraussetzen.<sup>129</sup> In diesem Punkt bieten die Standards der Europäischen Union einen deutlichen Mehrwert im Vergleich zu den bisherigen unverbindlichen Empfehlungen.<sup>130</sup> Die Green Bond-VO sieht eine verpflichtende externe unabhängige Überprüfung insbesondere der Angaben der Erlösverwendung vor (Art. 10 Abs. 3. und Art. 11 Abs. 4 Green Bond-VO). Dennoch drohen praktische Probleme bei der Umsetzbarkeit durch eine fehlende Nachvollziehbarkeit der finanziellen Vermögensflüsse und die Beschränkung auf eine zeitverzögerte Kontrolle im Nachhinein.<sup>131</sup>

## D. Durchsetzbarkeit

Eng in Verbindung mit der Kontrollierbarkeit steht auch die Durchsetzbarkeit. Ein effektiver Standard setzt voraus, dass die Einhaltung der Vorgaben eingefordert werden kann und eine Sanktionierung für den Fall des Verstosses besteht.<sup>132</sup>

---

<sup>126</sup> Vgl. ORDONEZ-BORRALLO/ORTIZ-DE-MANDOJANA/DELGADO-CEBALLOS (FN 31), Corporate Social Responsibility and Environmental Management 31 (2024), 5321 f.

<sup>127</sup> JOHN ARMOUR/LUCA ENRIQUES/THOM WETZER, Green Pills: Making Corporate Climate Commitments Credible, Arizona Law Review 65 (2023), 285 ff., 291 f. und 312 f.

<sup>128</sup> ZAHRADNIK/VARGA/CHOMA/AUF (FN 18), 51; ANDREA MAINO, Sustainability-linked bonds and their role in the energy transition, OIES Paper ET18 (2022), 2 f. und 5; WELLERDT (FN 48), NZG 2021, 1347; FELZMANN (FN 1), 389 f.

<sup>129</sup> TALBOT (FN 15), Villanova Environmental Law Journal 2017, 144, m.w.H.

<sup>130</sup> Kritisch zu den freiwilligen Vorgaben TALBOT (FN 15), Villanova Environmental Law Journal 2017, 144, m.w.H.

<sup>131</sup> Vgl. ARMOUR/ENRIQUES/WETZER (FN 127), Arizona Law Review 65 (2023), 291 f. und 312 f.

<sup>132</sup> WANG (FN 95), Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law 12 (2018), 489; RENNER (FN 74), ZBB 2023, 24.

Hier hat der *European Green Bond* Standard noch Optimierungspotential. Schliesslich ist der Standard primär als freiwilliges Rahmenwerk konzipiert.<sup>133</sup> Zudem sind die europäischen Vorgaben als Informationsmodell ausgestaltet.<sup>134</sup> Der europäische Gesetzgeber hat die Sanktionierung dem *Public Enforcement* überlassen und keine zivilrechtliche Haftungsnorm vorgesehen.<sup>135</sup> Die Kontrolle erfolgt insbesondere durch die für die Prospektaufsicht zuständigen Behörden.<sup>136</sup> Die Green Bond-VO sieht jedoch keine konkreten Vorgaben vor, sondern verpflichtet die Mitgliedstaaten, effektive Verwaltungsmassnahmen zur Sanktionierung von Pflichtenverstößen vorzusehen.<sup>137</sup> Damit droht die Gefahr, dass die Sanktionierung zwischen den Mitgliedstaaten variiert.<sup>138</sup>

Ein ähnliches Ergebnis zeigt sich auch im Rahmen des *Private Enforcement*. Hier obliegt die Ausgestaltung zur Gänze dem nationalen Zivilrecht; in Betracht kommen insbesondere ausserordentliche Kündigungsrechte für den Fall der pflichtwidrigen Erlösverwendung.<sup>139</sup> Eine Haftungsnorm für eine verabredungswidrige Erlösverwendung wurde in der finalen Fassung explizit nicht vorgesehen.<sup>140</sup> Nach nationalen zivilrechtlichen Vorgaben kann aber ein (vertraglicher) Schadenersatz geprüft werden.<sup>141</sup> In Betracht kommt insbesondere auch eine Sanktionierung im Wege der Prospekthaftung.<sup>142</sup> Ein Schadenersatzanspruch aufgrund der Schutzgesetzverletzung ist demgegenüber fraglich.<sup>143</sup> Sofern die Nichteinhaltung der vereinbarten Erlösverwendung Kursrelevanz hat, kann die Verletzung einer Ad-hoc Meldepflicht oder eine

---

<sup>133</sup> WANG (FN 95), Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law 12 (2018), 490.

<sup>134</sup> TOLD (FN 6), RWZ 2023, 196.

<sup>135</sup> Art. 49, 60 Green Bond-VO; siehe dazu auch SCHLITT/ESMATY (FN 15), BKR 2023, 433 f.

<sup>136</sup> SCHLITT/ESMATY (FN 15), BKR 2023, 433.

<sup>137</sup> So explizit Art. 49 Green Bond-VO; siehe dazu auch SCHLITT/ESMATY (FN 15), BKR 2023, 433.

<sup>138</sup> SCHLITT/ESMATY (FN 15), BKR 2023, 433.

<sup>139</sup> SCHLITT/ESMATY (FN 15), BKR 2023, 434.

<sup>140</sup> SCHLITT/ESMATY (FN 15), BKR 2023, 434; MÖLLERS (FN 23), ZHR 185 (2021), 913; BUEREN (FN 14), ZGR 2024, 428.

<sup>141</sup> MÖLLERS (FN 23), ZHR 185 (2021), 913.

<sup>142</sup> MÖLLERS (FN 23), ZHR 185 (2021), 913; RENNER (FN 74), ZBB 2023, 29; SCHLITT/ESMATY (FN 15), BKR 2023, 434; PLAVEC (FN 105), NR 2022, 310; BUEREN (FN 14), ZGR 2024, 429.

<sup>143</sup> SCHLITT/ESMATY (FN 15), BKR 2023, 434; BUEREN (FN 14), ZGR 2024, 429.

Marktmanipulation haftungsbegründend wirken.<sup>144</sup> Zudem droht auch eine Verletzung des UWG durch die irreführenden Nachhaltigkeitsangaben.<sup>145</sup>

Problematisch ist bei der Durchsetzung einer etwaigen Haftung, dass sich der Emittent in der Regel nicht zur Erreichung der nachhaltigen Erlösverwendung verpflichtet, sondern diese nur in Form einer Absichtserklärung zusichert.<sup>146</sup> Dies ergibt sich daraus, dass die Verbindlichkeit der Nachhaltigkeitsbemühungen gerade jenes Kriterium ist, das die *Green Bonds* von den *Sustainability Linked Bonds* differenziert: Bei letzteren sichert der Emittent gerade die Erreichung von Nachhaltigkeitszielen mit der Konsequenz zu, dass sich gewisse finanzielle Parameter (wie etwa der Zinssatz) in Abhängigkeit von der Erreichung der Nachhaltigkeitsziele ändern.<sup>147</sup> Im Umkehrschluss wird die Vertragsauslegung für das Vorliegen einer blossen Absichtserklärung sprechen, wenn im Vertrag keine Sanktionsmöglichkeiten wie Änderungen bei den Rückzahlungsbedingungen oder in den finanziellen Parametern vereinbart wurden.<sup>148</sup> Dies hat für die Durchsetzbarkeit zur Folge, dass kein Erfüllungsanspruch im Hinblick auf die nachhaltige Erlösverwendung möglich ist.<sup>149</sup>

Bei der Durchsetzung des Schadenersatzanspruchs ist darüber hinaus problematisch, dass bei der unzulässigen Erlösverwendung oftmals kein Vermögensschaden, sondern allenfalls ein ideeller Schaden entsteht.<sup>150</sup> Hintergrund ist, dass die unzureichenden Nachhaltigkeitsbemühungen nicht zwangsläufig auch die Rückzahlung des Bonds negativ beeinflussen.<sup>151</sup> Ein Nachteil für den Investor kann allenfalls daraus resultieren, dass der Anleger dadurch seine

---

<sup>144</sup> BÜREN (FN 14), ZGR 2024, 429.

<sup>145</sup> BÜREN (FN 14), ZGR 2024, 429.

<sup>146</sup> JENS EKKENGA/MARKUS ROTH, Zur zweckgebundenen Mittelverwendung des Anleihekapitals aus Green-Bond-Emissionen, WM 2021, 1161 ff., 1170.

<sup>147</sup> Art. 2 Ziff. 6 Green Bond-VO; vgl. EKKENGA/ROTH (FN 146), WM 2021, 1170.

<sup>148</sup> Vgl. EKKENGA/ROTH (FN 146), WM 2021, 1170.

<sup>149</sup> EKKENGA/ROTH (FN 146), WM 2021, 1170.

<sup>150</sup> ARMIN ASSADI/EVA SÉGUR-CABANAC, Greenwashing am Kapitalmarkt – ein Problemaufriss, RdU 2020, 137 ff., 140; PLAVEC (FN 105), NR 2022, 310; PATRICK RASCHNER, Klimaschutz durch Kapitalanlegerschutz? Zur Rolle des Privatrechts auf dem Weg hin zu einer nachhaltigen Wirtschaft beim Investmentgeschäft, in: Johanna Croon-Gestefeld/Stefan Korch/Linda Kuschel/Roee Sarel/Philipp Scholz (Hrsg.), Das Private im Privatrecht – Jahrbuch Gesellschaft Junge Zivilrechtswissenschaft zur Tagung in Hamburg 2020/2021, Baden-Baden 2022, 221 ff., 241 f.

<sup>151</sup> ASSADI/SÉGUR-CABANAC (FN 150), RdU 2020, 140.

eigenen Nachhaltigkeitsziele nicht erreicht.<sup>152</sup> Allerdings können vorzeitige Kündigungsrechte in den Anleihebedingungen aufgenommen werden und so eine gewisse mittelbare Durchsetzbarkeit der Erlösverwendung ermöglichen, indem im Falle der Nichteinhaltung der Vorgaben die Vertragsbeendigung droht.<sup>153</sup> Alternativ kann schadenersatzrechtlich auch eine auf Rückabwicklung gerichtete Naturalrestitution begehrte werden, weil der Investor bei der Nichteinhaltung der vereinbarten Erlösverwendung ein Produkt erwirbt, das den eigenen Nachhaltigkeitspräferenzen nicht entspricht.<sup>154</sup> Der Schaden besteht in diesem Fall in einer nicht gewünschten Vermögensdisposition.<sup>155</sup> Alternativ kann auch die Vereinbarung einer Vertragsstrafe für den Fall einer vertragswidrigen Erlösverwendung Abhilfe schaffen.<sup>156</sup>

Letztlich zeigt sich aber, dass bei der Durchsetzung Schwierigkeiten auftreten können, die geeignet erscheinen, die Effektivität des *European Green Bond Standards* zu beeinträchtigen.<sup>157</sup> Problematisch ist auch, dass sowohl das *Public Enforcement* in der Detailausgestaltung und das *Private Enforcement* vollständig dem nationalen Recht vorbehalten sind, wodurch unterschiedliche Regelungen und damit Rechtsunsicherheiten drohen.<sup>158</sup> Die praktische Durchsetzbarkeit ist darüber hinaus mit dem Problem des Fehlens eines Vermögensschadens konfrontiert, sodass der Schadenersatz nur auf Naturalrestitution in Form von Rückabwicklung aufgrund der ungewollten Vermögenszusammensetzung durch die fehlende Nachhaltigkeit des Produkts gerichtet werden kann.<sup>159</sup>

---

<sup>152</sup> ASSADI/SÉGUR-CABANAC (FN 150), RdU 2020, 140.

<sup>153</sup> ASSADI/SÉGUR-CABANAC (FN 150), RdU 2020, 140; siehe dazu auch LUKAS HERNDL, Sustainable Loans – Chancen und Grenzen im Zivilrecht, ZFR 2023, 321 ff., 326.

<sup>154</sup> PHILIPP FIDLER, MiFID II und Nachhaltigkeitspräferenzen in der Anlageberatung, ÖBA 2023, 789 ff., 799.

<sup>155</sup> FIDLER (FN 154), ÖBA 2023, 799; RIS-Justiz RS0129706.

<sup>156</sup> Siehe dazu ausführlich HERNDL (FN 153), ZFR 2023, 328 f.; FELZMANN (FN 1), 359 ff.

<sup>157</sup> Vgl. dazu allgemein TALBOT (FN 15), Villanova Environmental Law Journal 2017, 144.

<sup>158</sup> Siehe dazu z.B. SCHLITT/ESMATY (FN 15), BKR 2023, 433 f.

<sup>159</sup> FIDLER (FN 154), ÖBA 2023, 799; siehe zur Naturalrestitution beim Vorliegen einer ungewollten Vermögenszusammensetzung RIS-Justiz RS0129706.

## E. Regulierungskosten

Dem Nutzen der Green Bond-VO sind zuletzt auch die Kosten gegenüberzusetzen: Problematisch ist dabei, dass verschärfte Regulierungsanforderungen die Gefahr bergen, dass der Markt für *Green Bonds* zurückgedrängt wird und damit das Angebot an *Green Bonds* nicht mehr die hohe Nachfrage bedienen kann.<sup>160</sup> Der Marktmechanismus spricht zur Vermeidung eines Nachfrageüberhangs eher für geringere Anforderungen an *Green Bonds*, damit ein entsprechend hohes Angebot besteht und letztlich ein grosser Markt für *Green Bonds* geschaffen wird.<sup>161</sup> Schliesslich können zu strenge Vorgaben dazu führen, dass kleinere Unternehmen, die zwar durchaus förderungswürdige Nachhaltigkeitsbemühungen aufweisen, aber die umfangreichen regulatorischen Vorgaben nicht erfüllen können, von der Emission abgehalten werden.<sup>162</sup>

Insbesondere die Pflicht zur Erstellung eines Prospekts und das damit einhergehende Haftungsrisiko bergen die Gefahr, dass die regulatorischen Anforderungen von der Emission von *Green Bonds* abhalten.<sup>163</sup> Die hohen regulatorischen Anforderungen des *European Green Bond Standards* könnten letztlich zu hohen Kosten führen, die eine breite Heranziehung des Regulierungsansatzes verhindern.<sup>164</sup>

## F. Konkurrenz durch die bestehenden Regelungswerke

Abschliessend stellt sich noch die Frage, wie sich der *European Green Bond Standard* zu den bisherigen freiwilligen Rahmenwerken verhält. In concreto sind die *Green Bond Principles* bereits sehr etabliert und weit verbreitet.<sup>165</sup> Die europäischen Vorgaben sollen nun neben letzteren Rahmenwerken bestehen.<sup>166</sup> Der *European Green Bond Standard* muss somit insoweit einen Mehrwert zu

---

<sup>160</sup> FREEBURN/RAMSAY (FN 97), CMLJ 15 (2020), 436.

<sup>161</sup> FREEBURN/RAMSAY (FN 97), CMLJ 15 (2020), 436 f.

<sup>162</sup> HENIDE (FN 100), Transnational Corporations 28 (2021), 60.

<sup>163</sup> SCHLITT/ESMATY (FN 15), BKR 2023, 428; ZAHRADNIK/VARGA/CHOMA/AUF (FN 18), 51 f.

<sup>164</sup> SCHLITT/ESMATY (FN 15), BKR 2023, 435.

<sup>165</sup> BRÜCKBAUER/CÉZANNE/KIRSCHENMANN/SCHRÖDER (FN 78), ZEW policy brief 10 (2023), 5; BÜREN (FN 14), ZGR 2024, 419 m.w.H., der schätzt, dass sich 90 % der *Green Bonds* an den *Green Bond Principles* der ICMA orientieren.

<sup>166</sup> HARALD S. GLANDER/JÖRG MARCINIAK/THOMAS SCHARFENBERG, RdF-EU-Report: Aktuelle Entwicklungen im Aufsichtsrecht für den Kapitalmarkt, RdF 2022, 221 ff., 224.

diesen bestehenden freiwilligen Vorgaben bieten, insbesondere deshalb, weil er sich genauso wie die bisherigen Ansätze durch Freiwilligkeit auszeichnet.<sup>167</sup>

Ein wesentliches Charakteristikum beim *European Green Bond* Standard ist, dass er die Vorgaben in Einklang mit der EU-Taxonomie bringt<sup>168</sup> und der Ansatz somit in den Kontext der anderen Vorgaben zur Nachhaltigkeitsförderung im Rahmen des *European Green Deals* gesetzt wird.<sup>169</sup> Vorteilhaft ist auch, dass der europäische Gesetzgeber in Form einer Verordnung den *European Green Bond* Standard etabliert, wodurch eine Harmonisierung erreicht werden kann.<sup>170</sup>

Inhaltlich bietet der *European Green Bond* Standard im Vergleich zu den *Green Bond Principles* der ICMA den Vorzug einer externen Überprüfung.<sup>171</sup> Als Vorteil der EU könnte sich dabei erweisen, dass dabei die privat- und öffentlich-rechtlichen Dimensionen gewissermaßen kombiniert werden: Während der *European Green Bond* Standard als optional heranzuziehendes Regime einen privatrechtlichen Charakter aufweist, tragen die Durchsetzungsmechanismen eine öffentlich-rechtliche Handschrift.<sup>172</sup> Allerdings könnte gerade aus Sicht der Emittenten die Pflicht zur Aufnahme der Erlösverwendung in den Prospekt abschreckend wirken, weil diesfalls die Gefahr einer Prospekthaftung für fehlerhafte Informationen droht.<sup>173</sup>

---

<sup>167</sup> BRÜCKBAUER/CÉZANNE/KIRSCHENMANN/SCHRÖDER (FN 78), ZEW policy brief 10 (2023), 5; vgl. LUKAS SPIELBERGER, EIB policy entrepreneurship and the EU's regulation of Green Bonds, *Journal of Economic Policy Reform* 2025, 37 ff., der insoweit vom *European Green Bond* Standard als Goldstandard spricht; siehe dazu auch GLANDER/MARCIENIACK/SCHARFENBERG (FN 166), RdF 2022, 224, die darauf hinweisen, dass die Etablierung des *European Green Bond* Standards neben den bereits bestehenden Rahmenwerken abzuwarten bleibe.

<sup>168</sup> Siehe dazu bereits TOLD (FN 6), RWZ 2023, 198; MARAGOPOULOS (FN 51), EBI Working Paper Series 103 (2021), 15.

<sup>169</sup> Vgl. BERND GEIER/KATHARINA HOMBACH, ESG: Regelwerke im Zusammenspiel, BKR 2021, 6 ff., 7 f; WELLERDT (FN 109), EuZW 2021, 841.

<sup>170</sup> MICHAEL PYKA, The EU Green Bond Standard: A Plausible Response to the Deficiencies of the EU Green Bond Market? EBOR 2023, 623 ff., 628.

<sup>171</sup> BRÜCKBAUER/CÉZANNE/KIRSCHENMANN/SCHRÖDER (FN 78), ZEW policy brief 10 (2023), 5; siehe dazu auch die empirischen Ergebnisse zu den positiven Effekten einer externen Zertifizierung FLAMMER (FN 33), *Environmental and Energy Policy and the Economy* 1 (2020), 95 sowie 122; PLAVEC (FN 105), NR 2022, 307.

<sup>172</sup> PYKA (FN 170), EBOR 2023, 636, der vor diesem Hintergrund davon ausgeht, dass dem *European Green Bond* Standard eine dominante Rolle zukommen werde.

<sup>173</sup> BRÜCKBAUER/CÉZANNE/KIRSCHENMANN/SCHRÖDER (FN 78), ZEW policy brief 10 (2023), 5; BÜREN (FN 14), ZGR 2024, 430.

Insgesamt zeigt sich, dass der *European Green Bond Standard* in Wettbewerb mit den privaten Regulierungsstandards steht.<sup>174</sup> Freilich ist der Ausgang dieser Konkurrenz schwer zu prognostizieren: Die Vorgaben zur Durchsetzbarkeit und zur verpflichtenden externen Überprüfung erscheinen geeignet, um den *European Green Bond Standard* als Art «Gold Standard» mit besonders hohem Vertrauen in die Nachhaltigkeitsangaben zu präsentieren.<sup>175</sup> Dennoch könnten gerade die mit diesen hohen Anforderungen einhergehenden Kosten abschreckend wirken und dazu führen, dass Emittenten aus Kostengründen ein anderes freiwilliges Rahmenwerk wählen.<sup>176</sup>

## G. Fazit

Insgesamt zeigt die Bewertung des Regulierungsansatzes des *European Green Bond Standard* ein ambivalentes Bild: *Greenwashing* kann unter anderem durch eine verpflichtende externe Überprüfung unterbunden werden, die eine entsprechende Qualität der Nachhaltigkeitsangaben sicherstellen soll.<sup>177</sup> Die vorgesehene externe Überprüfung erscheint in Kombination mit der Schaffung eines einheitlichen Standards durch die spezifischen Anforderungen an die nachhaltige Erlösverwendung und die umfassende Offenlegungspflicht geeignet, Informationsasymmetrien zu beseitigen und die Transparenz zu erhöhen.<sup>178</sup>

Dennoch ist die Verantwortung für falsche Angaben unklar, weil die europäischen Vorgaben hier nur wenige Parameter enthalten; die Beurteilung nach dem nationalen Recht (insbesondere im Zivilrecht) kann zu divergierenden Ergebnissen zwischen den Mitgliedstaaten und damit Rechtsunsicherheiten führen.<sup>179</sup> Ein einheitlicher Durchsetzungsmechanismus ist aber gerade essentiell,

---

<sup>174</sup> PYKA (FN 170), EBOR 2023, 636.

<sup>175</sup> So auch bereits BRÜCKBAUER/CÉZANNE/KIRSCHENMANN/SCHRÖDER (FN 78), ZEW policy brief 10 (2023), 5; PYKA (FN 170), EBOR 2023, 639.

<sup>176</sup> So auch BUEREN (FN 14), ZGR 2024, 430; BRÜCKBAUER/CÉZANNE/KIRSCHENMANN/SCHRÖDER (FN 78), ZEW policy brief 10 (2023), 5.

<sup>177</sup> HENIDE (FN 100), Transnational Corporations 28 (2021), 54; JÄGER/RINGEL/SCHIERECK (FN 121), ZBB 2021, 214; Art. 10 Abs. 3 und Art. 11 Abs. 4 Green Bond-VO.

<sup>178</sup> HENIDE (FN 100), Transnational Corporations 28 (2021), 57; LI et al. (FN 27), Emerging Markets Finance & Trade 2020, 2690.

<sup>179</sup> Vgl. HENIDE (FN 100), Transnational Corporations 28 (2021), SCHLITT/ESMATY (FN 15), BKR 2023, 433 f.

um die Effektivität der Vorgaben sicherzustellen.<sup>180</sup> Die spärlichen *Enforcement* Vorschriften können somit als Schwachpunkt der regulatorischen Vorgaben des *European Green Bond* Standards identifiziert werden.<sup>181</sup> Insbesondere sollte die Durchsetzung um die privatrechtliche Dimension erweitert werden, weil so die Effektivität der Vorgaben erhöht werden könnte.<sup>182</sup>

Bei der Beurteilung des Regulierungsansatzes fällt ebenso negativ ins Gewicht, dass infolge der umfassenden Offenlegungspflichten hohe Regulierungskosten drohen, welche die Emittenten von der Emission eines *Green Bonds* abhalten könnten.<sup>183</sup> Zugleich verfügt der *European Green Bond* Standard über einen engen Anwendungsbereich durch die Fokussierung auf den Bereich der ökologischen Nachhaltigkeit, sodass der Regulierungsansatz nicht für sämtliche Nachhaltigkeitsbemühungen eines Unternehmens geeignet erscheint; als Verbesserungspotential kann daher insbesondere die Erweiterung um die soziale Dimension identifiziert werden.<sup>184</sup>

## V. Zusammenfassung in Thesenform

1. Die im *European Green Bond* Standard vorgesehenen umfassenden Offenlegungspflichten erscheinen geeignet, um die Transparenz zu erhöhen und Informationsasymmetrien zu beseitigen, wodurch Nachhaltigkeitsbemühungen glaubwürdig kommuniziert werden können.<sup>185</sup>
2. Positiv hervorzuheben ist bei der Ausgestaltung der Offenlegungspflichten, dass der Gesetzgeber den Begriff der «Nachhaltigkeit» insofern definiert, als er an das durch die Taxonomie-VO konkretisierte Nachhaltigkeitsverständnis anknüpft.<sup>186</sup> Gleichzeitig wird das Vertrauen in die offengelegten Informationen durch die verpflichtende externe Überprüfung erhöht, wodurch der *European Green Bond* Standard einen Mehrwert zu den bisherigen Rahmenbedingungen bietet.<sup>187</sup>

<sup>180</sup> HENIDE (FN 100), *Transnational Corporations* 28 (2021), 58.

<sup>181</sup> Vgl. HENIDE (FN 100), *Transnational Corporations* 28 (2021), 58.

<sup>182</sup> PYKA (FN 170), EBOR 2023, 640; siehe zum *private enforcement* nach nationalem Recht auch SCHLITT/ESMATY (FN 15), BKR 2023, 434.

<sup>183</sup> ZAHRADNIK/VARGA/CHOMA/AUF (FN 18), 51 f.

<sup>184</sup> PYKA (FN 170), EBOR 2023, 640.

<sup>185</sup> Oben IV.A.2. m.w.H.

<sup>186</sup> Oben IV.B.2. m.w.H.

<sup>187</sup> Oben IV.C. m.w.H.

3. Kritisch anzumerken ist allerdings, dass infolge der umfassenden Offenlegungspflichten hohe Regulierungskosten drohen, welche die Emittenten von der Heranziehung des *European Green Bond Standards* abhalten könnten.<sup>188</sup>
4. Problematisch ist auch, dass die Durchsetzbarkeit der Erlösverwendung oft schwer umzusetzen sein wird. Dies gilt dann, wenn sie nur als Absichtserklärung formuliert ist und somit eine Erfüllungspflicht ausscheidet. Ebenso erweist sich die Berechnung eines Schadens als schwierig.<sup>189</sup>
5. Insgesamt ist die Annahme des *European Green Bond Standards* am Kapitalmarkt unsicher und die regulatorischen Rahmenbedingungen sind ambivalent zu beurteilen.<sup>190</sup> Der Vorteil der erhöhten Glaubwürdigkeit durch die umfassenden Offenlegungspflichten und externe Überprüfung<sup>191</sup> könnte durch die hohen Regulierungskosten konterkariert werden.<sup>192</sup>

---

<sup>188</sup> Oben IV.E. m.w.H.

<sup>189</sup> Oben IV.D. m.w.H.

<sup>190</sup> Oben IV.G. m.w.H.

<sup>191</sup> Oben IV.A.2. und IV.C. m.w.H.

<sup>192</sup> Oben IV.E. m.w.H.

---

# EU-Digitalvorschriften und partizipatorische Regulierung

Lena Hornkohl\*/Barbara Justen\*\*

## Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	298
II.	Konsultationen	299
	A. P2B-VO	300
	B. DSA	302
	C. DMA	304
	D. DSGVO	308
	E. DA	311
	F. DGA	313
	G. Zwischenfazit	314
III.	Regulierungsdialoge	314
	A. DSA	316
	B. DMA	316
	C. P2B, DSGVO, DA	318
	D. DGA	318
	E. Zwischenfazit	318
IV.	Evaluierungen	319
	A. P2B-VO	319
	B. DSA	320
	C. DMA	321
	D. DSGVO	323
	E. DA	324
	F. DGA	324
	G. Zwischenfazit	324

---

\* Ass.-Prof. Dr., LL.M., Assistenzprofessorin (Tenure Track) für Europarecht am Institut für Europarecht, Internationales Recht und Rechtsvergleichung der Universität Wien; Habilitandin an der Universität Heidelberg.

\*\* Ehem. Studienassistentin für Europarecht am Institut für Europarecht, Internationales Recht und Rechtsvergleichung der Universität Wien.

V.	Transparenzmassnahmen	325
A.	P2B-VO	325
B.	DSA	326
C.	DMA	327
D.	DSGVO	329
E.	DA	330
F.	DGA	331
G.	Zwischenfazit	331
VI.	Fazit	332

## I. Einleitung

Die digitale Landschaft wird zunehmend von mächtigen Technologieunternehmen dominiert, die oft erhebliche Hindernisse für VerbraucherInnen und Unternehmen darstellen. Diese Marktstrukturen führen zu einem erhöhten Risiko für Individuen – Verbraucher und andere Unternehmen –, rechtswidrigen Praktiken von digitalen (Gross-)Unternehmen ausgesetzt zu sein und gar durch sie geschädigt zu werden. Die EU hat auf diese Herausforderungen mit einer Reihe unterschiedlicher regulatorischer Ansätze reagiert.<sup>1</sup> Die EU-Digitalrichtlinien und -verordnungen bieten dabei auch ein breites Spektrum an Mechanismen, um die demokratische und partizipatorische Entscheidungsfindung und Regulierung im digitalen Raum zu stärken. Dies gilt zum einen für die von der Digitalregulierung betroffenen Unternehmen, aber auch für diejenigen Personen, die letztendlich von der Nichteinhaltung der Regularien betroffen sind.<sup>2</sup> Die EU-Digitalregulierung kann als Zeitalter der partizipatorischen Regulierung beschrieben werden.<sup>3</sup>

Dieser Beitrag analysiert EU-Digitalsekundärrechtsakte mit Fokus auf Mechanismen partizipativer Regulierung und deren Einfluss auf digitale Politik. Öffentliche Konsultationen, Regulierungsdialoge, Evaluierungen und Transparenzmechanismen fördern eine demokratischere digitale Gesellschaft und

---

<sup>1</sup> Siehe die Rechtsakte unter [https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age\\_en](https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age_en) (Abruf 04.06.2025).

<sup>2</sup> Siehe auch VIKAS KATHURIA, The Rise of Participative Regulation in Digital Markets, *Journal of European Competition Law and Practice* 13 (2022), 537 ff., 539.

<sup>3</sup> Siehe auch HANAN HABER/EVA HEIMS, How participatory regulation is changing the nature of policymaking. Internet: <https://blogs.lse.ac.uk/europablog/2021/01/13/how-participatory-regulation-is-changing-the-nature-of-policymaking/> (Abruf 04.06.2025).

können die Machtbalance zwischen Öffentlichkeit und grossen Plattformen verbessern. Der Beitrag untersucht, welche EU-Vorschriften besonders geeignet sind, um eine aktive Beteiligung von Unternehmen, Dritten und der Zivilgesellschaft zu ermöglichen. Dabei werden innovative Lösungen vorgeschlagen und potenzielle Schlupflöcher analysiert, um ein wirksames Gegengewicht zur Marktmacht digitaler Giganten zu schaffen.

Mit Fokus auf individuelle Rechte bietet der Beitrag praxisnahe Hinweise, wie sich verschiedene Akteure an der Durchsetzung digitaler Regelungen beteiligen können. Dies soll die Akteure befähigen, bestehende Machtstrukturen in Frage zu stellen, politische Entscheidungsprozesse zu beeinflussen und einen integrativeren und gerechteren digitalen Marktplatz zu fördern.

Dieser Beitrag untersucht rechtsaktübergreifend, wie diese Richtlinien und Verordnungen als Instrumente der partizipatorischen Regulierung genutzt werden können. Damit schliesst sich der Beitrag an vereinzelte Untersuchungen an, die jedoch rechtsaktspezifisch sind.<sup>4</sup> Der vorliegende Beitrag analysiert die folgenden Rechtsakte exemplarisch für die Regelungen im digitalen Binnenmarkt. Zunächst nehmen wir die P2B-Verordnung als einen der ersten Digitalen Rechtsakte in den Blick, dann folgt das Digital Services Package bestehend aus Digital Services Act und Digital Markets Act. Sodann nehmen wir das Datenrecht in den Blick, die Datenschutz-Grundverordnung, den Data Act und den Data Governance Act.

## II. Konsultationen

Konsultationen sind ein zentraler Bestandteil im Gesetzgebungsprozess und bei unverbindlichen Massnahmen in der EU.<sup>5</sup> Gemäss Art. 11 EUV ist die Europäische Kommission verpflichtet, umfassende Anhörungen der Betroffenen durchzuführen, um sicherzustellen, dass die Massnahmen der EU kohärent und transparent sind. Konsultationen treten in diesen Zusammenhang.<sup>6</sup> Die

---

<sup>4</sup> Vgl. KATHURIA (FN 2), 537; INÊS NEVES, No enforcement without representation: how participatory democracy can strengthen the Digital Markets Act, European Competition Journal 20 (2024), 675 ff.

<sup>5</sup> Umfassend dazu BERT FRAUSSEN et al., Conceptualizing consultation approaches: identifying combinations of consultation tools and analyzing their implications for stakeholder diversity, Policy Sciences (53) 2020, 473 ff.

<sup>6</sup> KOMMISSION, Better Regulation Guidelines, SWD(2021) 305 final, 13.

Kommission hebt sie vor allem in ihren Leitlinien für eine bessere Regulierung (*Better Regulation Guidelines*) hervor.<sup>7</sup>

In der EU werden Konsultationen in der Regel als öffentliche Konsultationen oder als zielgerichtete Konsultation mit Interessengruppen geführt.<sup>8</sup> An öffentlichen Konsultationen kann jedermann teilnehmen. In der Regel wird dafür das «*Have Your Say*» Webportal der Europäischen Union benutzt.<sup>9</sup> Die öffentlichen Konsultationen können Transparenz und Rechenschaftspflicht fördern und eine möglichst breite öffentliche Zustimmung und Unterstützung für eine Initiative sicherstellen<sup>10</sup>, die dem partizipatorischen Demokratieverständnis, welches in diesem Beitrag untersucht werden soll, am weitestgehenden entspricht. Bei zielgerichteten Konsultationen hingegen werden nur bestimmte, genau definierte Interessengruppen zur Teilnahme an der Konsultation eingeladen;<sup>11</sup> die breite Öffentlichkeit wird nicht zugelassen. Dabei geht es der Kommission darum, sich um Fachwissen in einem bestimmten, oft sehr technischen Bereich zu bemühen.<sup>12</sup> Es besteht jedoch die Gefahr, dass einige Interessengruppen einen privilegierten Zugang erhalten. Daher ist eine Vorauswahl der Teilnehmer an der Konsultation anhand klarer und transparenter Kriterien erforderlich.<sup>13</sup> Beide Konsultationsarten dienen jedenfalls der Transparenz, ermöglichen die Einbindung von Stakeholdern und sonstigen Betroffenen und gewährleisten eine fundierte Entscheidungsfindung.

## A. P2B-VO

Die P2B-VO beinhaltet keine Regelungen zu Konsultationen zur Veränderung oder Weiterentwicklung des Rechtstextes. Die P2B-VO ist aber deshalb interessant, da vor Erlass der Verordnung umfassend auf Konsultationen zu-

---

<sup>7</sup> KOMMISSION, Better Regulation Guidelines, SWD(2021) 305 final.

<sup>8</sup> KOMMISSION, Better Regulation Guidelines, SWD(2021) 305 final, 13 ff.

<sup>9</sup> Internet: [https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say\\_en](https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say_en) (Abruf 04.06.2025).

<sup>10</sup> KOMMISSION, Better Regulation Guidelines, SWD(2021) 305 final, 19.

<sup>11</sup> KOMMISSION, Better Regulation Guidelines, SWD(2021) 305 final, 19.

<sup>12</sup> KOMMISSION, Better Regulation Guidelines, SWD(2021) 305 final, 15.

<sup>13</sup> So schon KOMMISSION, Stakeholder Consultation Guidelines 2014, 11. Internet: [https://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/docs/scgl\\_pc\\_questionnaire\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/docs/scgl_pc_questionnaire_en.pdf) (Abruf 04.06.2025).

rückgegriffen wurde<sup>14</sup>, um Transparenz und Wirksamkeit ihrer Regelungen zu sichern, und die Konsultationsmassnahmen umfassend wahrgenommen wurden.<sup>15</sup> Dies ist vor allem relevant, da die P2B-VO und die damit einhergehende Konsultation anstossend für die weiteren Digitalregulierungen in der EU war.

Neben einer generellen öffentlichen Konsultation mit einer sehr hohen Teilnehmerzahl,<sup>16</sup> wurden verschiedene Workshops und Fokusgruppen zu dedizierten Themen veranstaltet, die der zielgerichteten Konsultation mit Interessengruppen im Sinne der *Better Regulation Guidelines* der Kommission zuzuordnen ist.

Bei der öffentlichen Konsultation wurden innerhalb der 13-wöchigen Frist 1036 Antworten eingereicht; ein grosser Teil davon aus Deutschland und Belgien. Die Rückmeldungen deckten ein breites Spektrum an Problemfeldern ab – von Transparenz von Ranking-Algorithmen über Verständlichkeit von AGBs bis hin zu effektiven Streitbeilegungsmechanismen.<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> Insbesondere zu: EUROPÄISCHE KOMMISSION, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten, 26.04.2018, COM(2018) 238 final, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX%3A52018PC0238> (Abruf 04.06.2025).

<sup>15</sup> Überblick bei <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/platform-business-trading-practices> (Abruf 04.06.2025). Dazu ausführlich HANNES WAIS, B2B-Klauselkontrolle in der Plattformökonomie: Der Kommissionsvorschlag für eine Verordnung über Online-Vermittlungsdienste, EuZW 2019, 221; ausserdem die Stellungnahmen zum Vorschlagsentwurf. Internet: [https://eur-lex.europa.eu/procedure/DE/2018\\_112](https://eur-lex.europa.eu/procedure/DE/2018_112) (Abruf 04.06.2025). Erreichte Änderungen betreffen v.a. die Formulierung hinsichtlich der Pflicht der Anbieter von Online-Vermittlungsdiensten zur Angabe von Gründen für die Einschränkung, Aussetzung oder Beendigung ihrer Vermittlungsdienste in deren AGB; dazu auch MATTHÄUS UITZ, Die EU-Platform-to-Business-VO Wien 2023, 30 ff.

<sup>16</sup> KOMMISSION, Synopsis Report on the Public Consultation on the Regulatory Environment for Platforms, Online Intermediaries and the Collaborative Economy, vgl. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/results-public-consultation-regulatory-environment-platforms-online-intermediaries-data-and-cloud> (Abruf 04.06.2025).

<sup>17</sup> Für eine umfassende Auswertung der Ergebnisse siehe <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/results-public-consultation-regulatory-environment-platforms-online-intermediaries-data-and-cloud> (Abruf 04.06.2025).

Die Workshops behandelten spezifische Schwerpunkte, wie z.B. Ranking-Transparenz<sup>18</sup>, AGB-Gestaltung<sup>19</sup>, effektive Streitbeilegung<sup>20</sup> oder datenbezogene Aspekte in «Business-to-Platform»-Handelspraktiken<sup>21</sup>. Die Zielgruppe variierte dabei und deckte damit ein breites Spektrum von Interessenträgern ab, sowohl gewerbliche Nutzer und Plattformbetreiber als auch Sachverständige oder Hochschulen.<sup>22</sup> In Fokusgruppen mit Plattformbetreibern und gewerblichen Nutzern wurde ein direkter Austausch von Erfahrungen und Bedürfnissen gefördert, um mögliche Lösungsansätze zu finden und zu testen.<sup>23</sup>

## B. DSA

Im DSA sind Konsultationen zentral für verschiedene Prozesse, insbesondere in Bezug auf die Ausarbeitung des DSA selbst<sup>24</sup> und die Weiterentwicklung bestehender Regelungen<sup>25</sup>.

---

<sup>18</sup> <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ranking-transparency-guidelines-framework-eu-regulation-platform-business-relations-explainer> (Abruf 04.06.2025).

<sup>19</sup> <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/terms-and-conditions-and-algorithms-platform-business-trading-practices> (Abruf 04.06.2025).

<sup>20</sup> <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/unfair-platform-business-p2b-trading-practices-effective-dispute-resolution-and-fundamental-right> (Abruf 04.06.2025).

<sup>21</sup> KOMMISSION, Business-to-business relationships in the online platforms environment -data access, (re-)use and portability, Report of an engagement workshop hosted by the European Commission. Vgl. auch <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/data-related-aspects-business-platform-trading-practices-workshop-report> (Abruf 04.06.2025).

<sup>22</sup> Internet: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/de/policies/platform-business-trading-practices> (Abruf 04.06.2025) mit weiterführenden Links zu den einzelnen Workshops.

<sup>23</sup> <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/terms-and-conditions-and-algorithms-platform-business-trading-practices>; <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/online-platforms-points-view-and-exchanges-workshop-reports> (Abruf 04.06.2025).

<sup>24</sup> Vgl. z.B. die öffentliche Konsultation zum Digital Services Act Package von Juni bis September 2020, bei welcher über 2.800 Rückmeldungen eingereicht wurden. Interessanterweise kam hier ein Grossteil des Inputs von Privaten und nur ein geringer Prozentsatz von öffentlichen Stellen oder aus Wissenschaft und Forschung. Siehe dazu ausführlich <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/summary-report-open-public-consultation-digital-services-act-package> (Abruf 04.06.2025).

<sup>25</sup> Z.B. die Konsultation zu den Vorschriften für den Zugang von Forschern zu Online-Plattformen im Rahmen des DSA, welche im November/Dezember 2024 stattfand und in Form eines delegierten Rechtsakts den Datenzugang von Forschern zu VLOPs und VLOSEs präzisieren soll. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/de/news/commission-launches-public-consultation-rules-researchers-access-online-platform-data-under-digital> (Abruf 04.06.2025).

Nach Art. 34 DSA müssen sehr grosse Online-Plattformen (sog. Very Large Online Platforms, VLOPs) und sehr grosse Online-Suchmaschinen (sog. Very Large Online Search Engines, VLOSEs) systemische Risiken – etwa durch rechtswidrige Inhalte oder algorithmische Systeme – jährlich analysieren und bewerten.<sup>26</sup> Daran anschliessend schreibt Art. 35 Abs. 1 DSA Risikominde rungsmassnahmen wie AGB-Änderungen vor.<sup>27</sup> Hierzu kann die Kommission in Zusammenarbeit mit den Koordinatoren für digitale Dienste nach Art. 35 Abs. 3 DSA Leitlinien herausgeben, um insbesondere bewährte Verfahren vorzustellen und mögliche Massnahmen zu empfehlen, z.B. durch Verhaltenskodizes. Diese Konsultationen dienen sowohl VLOPs und VLOSEs, um Grenzen möglicher Risikominde rungsmassnahmen aufzuzeigen, als auch z.B. von Hassrede betroffenen Bürgern oder Nichtregierungsorganisationen, z.B. Free-Speech Organisationen, ihre Standpunkte und möglicherweise für sie hilfreiche Risikomassnahmen zu unterstreichen. Beispielhaft können hier die schon durch geführte Konsultation zu den Leitlinien für die Minderung systemischer Risiken bei Wahlen<sup>28</sup> oder die Konsultationen zu Jugendschutz-Leitlinien<sup>29</sup> genannt werden. Auch im Hinblick auf spezifische Wahlen – zuletzt im November 2024 für die Präsidentschafts- und Parlamentswahlen in Rumänien – wurden vorab Konsultationen mit VLOPs und VLOSEs durch geführt.<sup>30</sup> Dabei lag der Fokus auf der Einhaltung der im DSA vorgesehenen Verpflichtungen, um Risiken wie insbesondere Fehlinformation möglichst gering zu halten. Neben VLOPs und VLOSEs kamen dabei auch der rumänische Koordinator für digitale Dienste, die zuständigen staatlichen Behörden und Organisationen der Zivilgesellschaft zu Wort, um ein möglichst umfassendes Bild der Risiken und Lösungsansätze zu erarbeiten.<sup>31</sup>

---

<sup>26</sup> Dazu u.a. HANS BORSEN/RICHARD FALK, Neue Compliance-Pflichten nach dem Digital Services Act, MMR 2024, 32 ff., 34.

<sup>27</sup> Ausführlich MICHAEL DENGA, in: BJÖRN STEINRÖTTER (Hrsg.), Europäische Plattformregulierung, Teil 1: Digital Service Act, Baden-Baden 2023, § 6 N 48–52.

<sup>28</sup> <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/digital-services-act-summary-report-public-consultation-guidelines-providers-very-large-online> (Abruf 04.06.2025).

<sup>29</sup> [https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/14352-Schutz-Minderjähriger-Leitlinien\\_de](https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/14352-Schutz-Minderjähriger-Leitlinien_de) (Abruf 04.06.2025).

<sup>30</sup> <https://eulawlive.com/commission-hold-roundtable-with-very-large-online-platforms-and-search-engines-in-the-context-of-elections-in-romania/> (Abruf 04.06.2025).

<sup>31</sup> Ausführlich dazu <https://digital-strategy-ec-europa-eu.uaccess.univie.ac.at/en/news/commission-convenes-very-large-online-platforms-and-search-engines-monitor-election-readiness> (Abruf 04.06.2025).

Interessanterweise geht ErwG 90 DSA sogar über die Regelung in Art. 35 Abs. 3 DSA hinaus und empfiehlt, dass VLOPs und VLOSEs in Bezug auf ihr Konzept für die Risikobewertung und -minderung Nutzervertreter betroffener Gruppen und Experten konsultieren sollen. Solche Konsultationen könnten die demokratische Partizipation erweitern, wurden bisher jedoch nicht durchgeführt.

Daneben erwähnt Art. 62 Abs. 6 DSA die Möglichkeit der Konsultation durch das Gremium für digitale Dienste, um zusätzliches Expertenwissen einzubeziehen. Diese Konsultationen sind den gezielten Konsultationen im Sinne der *Better Regulation Guidelines* der Kommission zuzuordnen. Die Ergebnisse der Konsultation werden öffentlich zur Verfügung gestellt.

Darüber hinaus sieht der DSA an einigen Stellen vor, dass die Kommission delegierte oder Durchführungsrechtsakte i.S.v. Art. 290 f. AEUV erlassen kann, z.B. zu Formalvorgaben und Einzelheiten der Transparenzberichte nach Art. 24 Abs. 6 DSA.<sup>32</sup> Art. 87 Abs. 4 DSA sieht in Bezug auf Konsultationen etwa vor, dass die von den einzelnen Mitgliedstaaten benannten Sachverständigen im Einklang mit den in der Interinstitutionellen Vereinbarung vom 13. April 2016 über bessere Rechtsetzung enthaltenen Grundsätzen<sup>33</sup> zu konsultieren sind. Diese Verfahren sind jedoch nicht mit den Konsultationen i.S.v. *Better Regulation Guidelines* der Kommission gleichzusetzen.<sup>34</sup>

## C. DMA

Der DMA betont ebenfalls die Bedeutung der Konsultationen in verschiedenen Bereichen.

---

<sup>32</sup> Eine Konsultation zu einem solchen Durchführungsrechtsakt fand z.B. im Dezember 2023 und Januar 2024 zur Erstellung eines verbindlichen Musters für die Transparenzberichte statt. [https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/14027-Gesetz-über-digitale-Dienste-Transparenzberichte-detaillierte-Vorschriften-und-Muster\\_de](https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/14027-Gesetz-über-digitale-Dienste-Transparenzberichte-detaillierte-Vorschriften-und-Muster_de) (Abruf 04.06.2025). Eine Konsultation zu einem delegierten Rechtsakt fand im April und Mai 2023 zum Datenzugang statt. Besonders auffällig bei dieser Konsultation war die hohe Anzahl an Rückmeldungen aus den USA (29 von 133 Einreichungen). Siehe dazu Internet: [https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13817-Delegated-Regulation-on-data-access-provided-for-in-the-Digital-Services-Act\\_de](https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13817-Delegated-Regulation-on-data-access-provided-for-in-the-Digital-Services-Act_de) (Abruf 04.06.2025).

<sup>33</sup> Interinstitutionelle Vereinbarung zwischen dem Europäischen Parlament, dem Rat der Europäischen Union und der Europäischen Kommission über bessere Rechtsetzung vom 13.04.2016, L 123/1, Anhang.

<sup>34</sup> Siehe KOMMISSION, Better Regulation Guidelines, SWD(2021) 305 final, 13, 14.

Aufgrund der Nähe der DMA-Verfahren zur kartellrechtlichen Praxis<sup>35</sup> kennt der DMA ähnlich wie das Kartellrecht die Möglichkeit, «Dritte» zu konsultieren, bevor bestimmte Entscheidungen erlassen oder Massnahmen getroffen werden. So ermöglicht Art. 19 Abs. 2 DMA die Einbindung Dritter in Marktuntersuchungen, während Art. 29 Abs. 4 eine Konsultation vor einem Nichteinhaltungsbeschluss vorsieht. Ähnlich wie im Kartellrecht sind diese Konsultationen am ehesten mit den zielgerichteten Konsultationen der *Better Regulation Guidelines* der Kommission zu vergleichen. Diese zielgerichteten Konsultationen dienen der Einbindung von Interessengruppen, um Marktgegebenheiten besser zu verstehen. Bisher wurden solche Konsultationen jedoch nur spärlich durchgeführt.<sup>36</sup> Vor allem etwaige Verfahren wegen Nichteinhaltung des DMA stehen derzeit noch am Anfang.<sup>37</sup>

Einige Vorschriften des DMA setzen Marktuntersuchungen voraus, für die Konsultationen erforderlich sind. So wird die Einführung neuer oder zusätzlicher Verpflichtungen für Torwächter (Art. 12 DMA) konsultativ begleitet.

Für den DMA wurden entsprechend der Vorgaben der *Better Regulation Guidelines*<sup>38</sup> schon öffentliche Konsultationen in einigen Bereichen durchgeführt, die nicht explizit im DMA erwähnt wurden. Bis dato wurden für die Erstellung der Vorlage für die Compliance-Berichte<sup>39</sup> der Torwächter nach Art. 11 DMA sowie für die Vorlage für die Berichterstattung über Techniken

---

<sup>35</sup> Dazu LENA HORNKOHL, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Köln, Art. 5 DMA im Erscheinen.

<sup>36</sup> Siehe z.B. DMA.100204 – Consultation on the proposed measures for requesting interoperability with Apple's iOS and iPadOS operating systems. Internet: [https://digital-markets-act.ec.europa.eu/dma100204-consultation-proposed-measures-requesting-interoperability-apples-ios-and-ipados-operating\\_en](https://digital-markets-act.ec.europa.eu/dma100204-consultation-proposed-measures-requesting-interoperability-apples-ios-and-ipados-operating_en) (Abruf 04.06.2025).

<sup>37</sup> Siehe z.B. das laufende Verfahren zu Meta's «Pay or Consent»-Modell KOMMISSION, Kommission sieht im «Pay or consent»-Modell von Meta einen möglichen Verstoss gegen das Gesetz über digitale Märkte, 1.7.2024, IP/24/3582.

<sup>38</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION, Better Regulation Guidelines, SWD(2021) 305 final, 15, 16.

<sup>39</sup> Vgl. <https://digital-markets-act-cases.ec.europa.eu/reports/compliance-reports> (Abruf 04.06.2025). [https://digital-markets-act.ec.europa.eu/template-compliance-report-under-digital-markets-act-published-2023-10-09\\_en](https://digital-markets-act.ec.europa.eu/template-compliance-report-under-digital-markets-act-published-2023-10-09_en) (Abruf 04.06.2025); ausführlich dazu ALBA RIBERA MARTÍNEZ, The European Commission's (Draft) Template for DMA Compliance Reports: Sailing Through Rough Seas. Internet: <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2023/06/08/the-european-commissions-draft-template-for-dma-compliance-reports-sailing-through-rough-seas/> (Abruf 04.06.2025).

zur Erstellung von Verbraucherprofilen<sup>40</sup> nach Art. 15 DMA durchgeführt.<sup>41</sup> Im Rahmen der Konsultation für die Compliance-Berichte gab es 38 Rückmeldungen, die wertvolle Hinweise lieferten, wie die Berichte präzise und nachvollziehbar gestaltet werden können.<sup>42</sup> Bei der Konsultation für die Vorlage für die Berichterstattung über Techniken zur Erstellung von Verbraucherprofilen gab es 31 Rückmeldungen. Die Konsultation half, klare Vorgaben für die Berichterstattung zu entwickeln und auf die Bedenken bezüglich Datenschutz und Transparenz einzugehen.<sup>43</sup>

Interessanterweise wurden für viele weitere Vorlagen – die Vorlage für einen Antrag auf Regulierungsdialog<sup>44</sup> nach Art. 8 Abs. 3 DMA, die Vorlage für einen Antrag auf Aussetzung nach Art. 9 DMA, die Vorlage für einen Antrag auf Befreiung nach Art. 10 DMA und die Vorlage zu Informationen über Transaktionen nach Art. 14 DMA – keine öffentlichen Konsultationen durchgeführt.

Neben den schon durchgeführten klassischen öffentlichen Konsultationen hat die Kommission einige Workshops durchgeführt,<sup>45</sup> die als Konsultationen im weiteren Sinne und als erweiterte Form der zielgerichteten Konsultation mit Interessengruppen zu verstehen sind.<sup>46</sup> Vor allem Compliance-Workshops helfen, Lösungen für die Einhaltung des DMA zu erläutern und Stakeholder-

---

<sup>40</sup> Vgl. [https://digital-markets-act.ec.europa.eu/document/download/c1c0965f-f81d-488b-9ee8-2875b353280e\\_en?filename=Article%2015%20DMA%20Template%20%28consumer%20profiling%20report%29.pdf](https://digital-markets-act.ec.europa.eu/document/download/c1c0965f-f81d-488b-9ee8-2875b353280e_en?filename=Article%2015%20DMA%20Template%20%28consumer%20profiling%20report%29.pdf) (Abruf 04.06.2025). Ausführlich zu den Ergebnissen ALBA RIBERA MARTÍNEZ, The Progressive Expansion of the DMA's Terms and Compliance: The Template on the Audited Description of Consumer Profiling under Article 15 DMA. Internet: <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2024/02/12/the-progressive-expansion-of-the-dmas-terms-and-compliance-the-template-on-the-audited-description-of-consumer-profiling-under-article-15-dma/> (Abruf 04.06.2025).

<sup>41</sup> Überblick bei [https://digital-markets-act.ec.europa.eu/consultations\\_en](https://digital-markets-act.ec.europa.eu/consultations_en) (Abruf 04.06.2025).

<sup>42</sup> [https://digital-markets-act.ec.europa.eu/consultation-template-compliance-report\\_en](https://digital-markets-act.ec.europa.eu/consultation-template-compliance-report_en) (Abruf 04.06.2025).

<sup>43</sup> [https://digital-markets-act.ec.europa.eu/consultation-template-relating-reporting-consumer-profiling-techniques\\_en](https://digital-markets-act.ec.europa.eu/consultation-template-relating-reporting-consumer-profiling-techniques_en) (Abruf 04.06.2025).

<sup>44</sup> Dazu auch siehe unten bei III.B.

<sup>45</sup> Überblick bei [https://digital-markets-act.ec.europa.eu/events\\_en](https://digital-markets-act.ec.europa.eu/events_en) (Abruf 04.06.2025).

<sup>46</sup> Siehe dazu auch [https://commission.europa.eu/law/law-making-process/planning-and-proposing-law\\_en](https://commission.europa.eu/law/law-making-process/planning-and-proposing-law_en) (Abruf 04.06.2025).

Feedback zu sammeln.<sup>47</sup> Gerade im Kontext der Workshops betont die Kommission, dass die Sichtweise Dritter entscheidend sei, um zu beurteilen, ob die Einhaltung des DMA durch die Torwächter wirksam ist, ob die technischen und vertraglichen Lösungen praktikabel und transparent sind und ob sie letztlich für Dritte und die Gesellschaft insgesamt Vorteile, Wahlmöglichkeiten und Chancen bieten.<sup>48</sup> Der partizipatorische Gedanke kommt hier besonders zum Vorschein.

Darüber hinaus gibt Art. 46 DMA der Kommission die Kompetenz, Durchführungsverordnungen zu erlassen. Auf dieser Grundlage hat die Kommission bereits eine Prozessuale Durchführungsverordnung<sup>49</sup> erlassen, die zum Beispiel das Recht der Parteien auf Anhörung und Akteneinsicht regelt und das Meldeformular im Benennungsverfahren für potenzielle Torwächter enthält. Ohne ein im DMA dezidiertes Mandat dafür zu haben, jedoch im Sinne der *Better Regulation Guidelines* der Kommission,<sup>50</sup> wurde auch vor Erlass dieser Prozessualen Durchführungsverordnung konsultiert, um Stakeholder-Feed-

---

<sup>47</sup> Siehe z.B. zum letzten Compliance Workshop zu Booking [https://digital-markets-act.ec.europa.eu/events-poolpage/booking-dma-compliance-workshop-2024-11-25\\_en](https://digital-markets-act.ec.europa.eu/events-poolpage/booking-dma-compliance-workshop-2024-11-25_en) (Abruf 04.06.2025). Zu weiteren Workshops ausführlich: ALBA RIBERA MARTÍNEZ, Microsoft's DMA Compliance Workshop. Internet: <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2024/03/27/microsofts-dma-compliance-workshop-the-power-of-no-the-odd-new-kid-on-the-block/> (Abruf 04.06.2025); ALBA RIBERA MARTÍNEZ, ByteDance's DMA Compliance Workshop. Internet: <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2024/03/25/bytedances-dma-compliance-workshop-the-power-of-no-a-walk-in-the-park/> (Abruf 04.06.2025); ALBA RIBERA MARTÍNEZ, Alphabet's DMA Compliance Workshop. Internet: <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2024/03/22/alphabets-dma-compliance-workshop-the-power-of-no-a-gargantuan-task-ahead-and-a-dual-role-in-balancing-interests/> (Abruf 04.06.2025); ALBA RIBERA MARTÍNEZ, Apple's DMA Compliance Workshop. Internet: <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2024/03/19/apples-dma-compliance-workshop-the-power-of-no-breaking-apart-the-bundle/> (Abruf 04.06.2025).

<sup>48</sup> Siehe z.B. zum letzten Compliance Workshop zu Booking [https://digital-markets-act.ec.europa.eu/events-poolpage/booking-dma-compliance-workshop-2024-11-25\\_en](https://digital-markets-act.ec.europa.eu/events-poolpage/booking-dma-compliance-workshop-2024-11-25_en) (Abruf 04.06.2025).

<sup>49</sup> Durchführungsverordnung (EU) 2023/814 der Kommission vom 14. April 2023 zur Festlegung detaillierter Vorschriften für die Durchführung bestimmter Verfahren durch die Kommission nach der Verordnung (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates, ABI L 102, 17.4.2023, 6–19.

<sup>50</sup> KOMMISSION, Better Regulation Guidelines, SWD(2021) 305 final, 15, 16.

back zu spezifischen Anforderungen einzuholen.<sup>51</sup> Trotz geringer Rückmeldequote (29 Beiträge) führten die Konsultationen zu wesentlichen Anpassungen, insbesondere zur erweiterten Einsichtnahme in Kommissionsakte.<sup>52</sup>

## D. DSGVO

Konsultationen spielen eine zentrale Rolle bei der Weiterentwicklung der DSGVO.

Derzeit befindet sich eine Verordnung zur Verbesserung der Durchsetzung der DSGVO im Gesetzgebungsprozess.<sup>53</sup> Berichte verschiedener zivilgesellschaftlicher Organisationen<sup>54</sup> und der Multi-Interessenträger-Expertengruppe zur DSGVO<sup>55</sup> weisen auf schwerwiegende Durchsetzungsmängel der DSGVO hin, vor allem in Bezug auf Beschwerderechte und bei der Zusammenarbeit von Aufsichtsbehörden. Das Europäische Parlament,<sup>56</sup> der Europäische Daten-

---

<sup>51</sup> Vgl. [https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13540-Digital-Markets-Act-implementing-provisions\\_en](https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13540-Digital-Markets-Act-implementing-provisions_en) (Abruf 04.06.2025). Siehe dazu ausführlich ALBA RIBERA MARTÍNEZ, The First Implementing Regulation of the DMA <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2023/04/17/the-first-implementing-regulation-of-the-dma-2-may-2023-designation-day/> (Abruf 04.06.2025).

<sup>52</sup> Das ergibt sich v.a. aus dem Vergleich des Art. 7 des Entwurfs mit der endgültigen Fassung; beide abrufbar unter [https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13540-Digital-Markets-Act-implementing-provisions\\_en](https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13540-Digital-Markets-Act-implementing-provisions_en) (Abruf 04.06.2025).

<sup>53</sup> Zum Verfahrensstand EPRS, Newly proposed rules to strengthen GDPR enforcement in cross-border cases. Internet: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2024/757612/EPRS\\_BRI\(2024\)757612\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2024/757612/EPRS_BRI(2024)757612_EN.pdf) (Abruf 04.06.2025); siehe auch [https://www.edpb.europa.eu/system/files/2024-10/edpb\\_statement\\_20241007\\_additional\\_procedural\\_rules\\_gdpr\\_enforcement\\_en\\_0.pdf](https://www.edpb.europa.eu/system/files/2024-10/edpb_statement_20241007_additional_procedural_rules_gdpr_enforcement_en_0.pdf) (Abruf 04.06.2025).

<sup>54</sup> Internet: <https://www.iccl.ie/digital-data/iccl-2023-gdpr-report/>; <https://edri.org/our-work/5-years-of-the-gdpr-national-authorities-let-down-european-legislator/>; <https://www.accessnow.org/wp-content/uploads/2022/07/GDPR-Complaint-study.pdf>; <https://www.beuc.eu/position-papers/two-years-gdpr-cross-border-data-protection-enforcement-case-consumer-perspective> (Abruf 04.06.2025).

<sup>55</sup> Internet: <https://ec.europa.eu/transparency/expert-groups-register/screen/expert-groups/consult?lang=de&groupID=3537> (Abruf 04.06.2025).

<sup>56</sup> Internet: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0111\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0111_EN.html) (Abruf 04.06.2025).

schutzausschuss<sup>57</sup> und letztendlich auch die Kommission<sup>58</sup> haben diese Bedenken bestätigt. Nach einer öffentlichen Konsultation<sup>59</sup> stützte sich die Kommission explizit auf deren Ergebnisse für ihren Verordnungsvorschlag.<sup>60</sup> Derzeit ist der Ausgang des Gesetzgebungsprozesses noch offen.<sup>61</sup>

Zwei Konsultationsmassnahmen wurden dabei besonders hervorgehoben: Die Multi-Interessenträger-Expertengruppe, bestehend aus Vertretern der Zivilgesellschaft, der Wirtschaft und der Wissenschaft sowie aus Angehörigen der Rechtsberufe,<sup>62</sup> sowie die öffentliche Konsultation.<sup>63</sup>

Bei der DSGVO soll daneben massgeblich zum Tertiärrecht und sonstigem *Soft Law* konsultiert werden. Nach Art. 92 und 93 DSGVO ist die Kommission zum Erlass delegierter und Durchführungsrechtsakte i.S.v. Art. 290, 291 AEUV befugt, z.B. zur Bestimmung der Informationen, die durch Bildsymbole darzustellen sind, und der Verfahren für die Bereitstellung standardisierter Bildsymbole nach Art. 12 Abs. 8 DSGVO.<sup>64</sup> ErwG 166 DSGVO unterstreicht

---

<sup>57</sup> Internet: [https://www.edpb.europa.eu/news/news/2022/edpb-adopts-wish-list-procedural-aspects-first-eu-data-protection-seal-and-statement\\_en](https://www.edpb.europa.eu/news/news/2022/edpb-adopts-wish-list-procedural-aspects-first-eu-data-protection-seal-and-statement_en) (Abruf 04.06.2025).

<sup>58</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION, Mitteilung an das Europäische Parlament und den Rat, Datenschutz als Grundpfeiler der Teilhabe der Bürgerinnen und Bürger und des Ansatzes der EU für den digitalen Wandel – zwei Jahre Anwendung der Datenschutz-Grundverordnung, 24.06.2020, COM(2020) 264 final.

<sup>59</sup> Für weitere Details und eine ausführliche Statistik siehe [https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13745-Further-specifying-procedural-rules-relating-to-the-enforcement-of-the-General-Data-Protection-Regulation\\_en](https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13745-Further-specifying-procedural-rules-relating-to-the-enforcement-of-the-General-Data-Protection-Regulation_en) (Abruf 04.06.2025).

<sup>60</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung zusätzlicher Verfahrensregeln für die Durchsetzung der Verordnung (EU) 2016/679, 04.07.2023, COM(2023) 348 final, 8.

<sup>61</sup> Zum aktuellen Stand des Verfahrens siehe [https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/en/procedure-file?reference=2023/0202\(COD\)](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/en/procedure-file?reference=2023/0202(COD)) (Abruf 04.06.2025).

<sup>62</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung zusätzlicher Verfahrensregeln für die Durchsetzung der Verordnung (EU) 2016/679, 04.07.2023, COM(2023) 348 final, 9. Diese ist als Massnahme der zielgerichteten Konsultation mit Interessengruppen einzuordnen.

<sup>63</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung zusätzlicher Verfahrensregeln für die Durchsetzung der Verordnung (EU) 2016/679, 04.07.2023, COM(2023) 348 final, 9, 10.

<sup>64</sup> Möglichkeiten für delegierte Rechtsakte oder Durchführungsrechtsakte finden sich in den Art. 12 Abs. 8, Art. 28 Abs. 7, Art. 40 Abs. 9, Art. 43 Abs. 8, Art. 43 Abs. 9, Art. 45 Abs. 3 und 5, Art. 46 Abs. 2 lit. c und d, Art. 47 Abs. 3, Art. 61 Abs. 9, Art. 67 DSGVO, werden aber äußerst spärlich genutzt. Als eines der wenigen Beispiele siehe z.B. den Durchführungsbeschluss (EU) 2021/914 oder die Angemessenheitsbeschlüsse für Japan und das Vereinigte Königreich (EU 2019/419 und 2021/1773).

dafür die besondere Bedeutung von angemessenen Konsultationen, gerade auch auf Sachverständigenebene, und hebt damit vor allem das Potential von zielgerichteten Konsultation mit Interessengruppen hervor.

Daneben sollen Konsultationen nach Art. 70 Abs. 4 DSGVO vor allem vom Europäischen Datenschutzausschuss bei der Wahrnehmung der nach Art. 70 Abs. 1 DSGVO übertragenen Aufgaben, z.B. Bereitstellung von Leitlinien, um die Einheitlichkeit der Datenschutzpraktiken in der EU zu gewährleisten, durchgeführt werden.<sup>65</sup> In der Vergangenheit führten diese Konsultationen<sup>66</sup> zur praxisnäheren Gestaltung der Leitlinien.<sup>67</sup>

Ausserdem weist ErwG 99 DSGVO ebenso – etwas elaborierter als im DSA vorgesehen – auf eine Konsultation hin, die durch Verbände oder andere Vereinigungen, die bestimmte Kategorien von Verantwortlichen oder Auftragsverarbeitern vertreten, durchgeführt werden sollen, bevor Verhaltenskodizes nach Art. 40 DSGVO entwickelt werden.<sup>68</sup> Bei den genannten Verhaltensregeln handelt es sich um ein Instrument der Selbstregulierung unter der DSGVO, das neben die Zertifizierung nach Art. 42 DSGVO tritt und etwa den Umgang mit einzelnen Datenverarbeitungsbereichen in bestimmten Branchen oder für bestimmte Produkte erleichtern soll.<sup>69</sup> ErwG 99 DSGVO sieht beim

---

<sup>65</sup> Dazu umfassend EUGEN EHMANN/MARTIN SELMAYR, DSGVO, 3. A., München 2024, Einleitung N 114, 115.

<sup>66</sup> Überblick bei [https://www.edpb.europa.eu/our-work-tools/general-guidance/public-consultations-our-guidance\\_en](https://www.edpb.europa.eu/our-work-tools/general-guidance/public-consultations-our-guidance_en) (Abruf 04.06.2025). Hervorzuheben sind dabei insbesondere die Leitlinien 1/2024 zur Verarbeitung personenbezogener Daten nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO (Ergebnisse der Konsultation noch nicht absehbar); Leitlinien 1/2018 zur Zertifizierung, bei der im Rahmen der Konsultation die Kriterien für Zertifizierungen nach Art. 42 und 43 DSGVO präziser und praxisnaher gestaltet wurden; oder die aktuell laufende Konsultation zur Leitlinie 2/2024 zu Art. 48 DSGVO.

<sup>67</sup> Dies insb. bei den Leitlinien 1/2018 zur Zertifizierung und die Leitlinien 2/2019 zur Verarbeitung personenbezogener Daten. Dazu u.a. [https://www.edpb.europa.eu/our-work-tools/documents/public-consultations/2018/guidelines-12018-certification-and-identifying\\_en](https://www.edpb.europa.eu/our-work-tools/documents/public-consultations/2018/guidelines-12018-certification-and-identifying_en) (Abruf 04.06.2025).

<sup>68</sup> Zum Erlass der Verhaltenskodizes auch [https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb\\_guidelines\\_201901\\_v2.0\\_codesofconduct\\_de.pdf](https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines_201901_v2.0_codesofconduct_de.pdf) (Abruf 04.06.2025) und [https://edpb.europa.eu/system/files/2022-10/edpb\\_guidelines\\_codes\\_conduct\\_transfers\\_after\\_public\\_consultation\\_de.pdf](https://edpb.europa.eu/system/files/2022-10/edpb_guidelines_codes_conduct_transfers_after_public_consultation_de.pdf) (Abruf 04.06.2025).

<sup>69</sup> VERA JUNGKIND, in: Heinrich Amadeus Wolff/Stefan Brink/Anja von Ungern-Sternberg (Hrsg.), BeckOK Datenschutzrecht, 49. A., München 2024 (zit. DSGVO/DA BeckOK-VERFASSER), Art. 40 DSGVO N 1, 6.

Erstellen der Verhaltensregeln<sup>70</sup> vor, dass die Verbände oder Vereinigungen «die maßgeblichen Interessenträger, möglichst auch die betroffenen Personen, konsultieren und die Eingaben und Stellungnahmen, die sie dabei erhalten, berücksichtigen.»<sup>71</sup> Dies wird jedoch in der Literatur mehr als Empfehlung denn als Vorgabe angesehen.<sup>72</sup> Die faktische Verpflichtung ergibt sich erst aus der EDSA-Leitlinie, welche Informationen über den Umfang der durchgeföhrten bzw. Begründung der unterbliebenen Konsultation voraussetzt.<sup>73</sup> Durch diese Konsultationen kann insbesondere garantiert werden, dass die von den Verbänden und Vereinigungen vertretenen Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter mit in den Erlass der Verhaltensregeln eingebunden sind.

Weitere Konsultationen wurden bisher im Rahmen der regelmässigen Evaluationsberichte<sup>74</sup> durchgeföhr. <sup>75</sup>

## E. DA

Konsultationsanforderungen sind vor allem in Kap. VIII des DA im Rahmen des Erlasses von spezifizierten Interoperabilitätsregeln vorgesehen. Das Kapitel regelt Interoperabilitätsmindestanforderungen i.S.v. Art. 2 Nr. 40 DA für

---

<sup>70</sup> Das Instrument der Verhaltensregeln war auch in den Vorgängerbestimmungen (Art. 27 DS-RL bzw. § 6 Abs. 4 DSG 2000) schon vorgesehen, wurde aber kaum wahrgenommen. Zumindest in Österreich und Deutschland kam es jeweils nur zu zwei genehmigten Verhaltensregeln. Der Grund dafür dürfte in den bislang nur unzureichenden Anreizen zur Ausarbeitung derselben und dem aufwendigen Genehmigungsverfahren gelegen sein. Die DSGVO soll dieses Manko ausgleichen, indem z.B. der Einhaltung von genehmigten Verhaltensregeln bei der Festsetzung von Geldbussen als mildernd angesehen wird. Ausführlich dazu ARTIKEL-29-DATENSCHUTZGRUPPE, Leitlinien vom 3. 10. 2017 für die Anwendung und Festsetzung von Geldbussen im Sinne der VO (EU) 2016/679 (WP253) 16 f.

<sup>71</sup> Das geschah bisher z.B. durch die Deutsche Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit, welche im Rahmen der Entwicklung eines Verhaltenskodex für die Pseudonymisierung Konsultationen mit Unternehmen und Arbeitnehmervertretern durchgeföhr hat (näher <https://www.gdd.de/themen/verhaltensregeln/pseudonymisierung/> (Abruf 04.06.2025)).

<sup>72</sup> Z.B. bei THOMAS STROHMAIER, in: Rainer Knyrim (Hrsg.), DatKomm. DSGVO und DSG. Praxiskommentar zum Datenschutzrecht, Wien 2024, Art. 40 DSGVO N 24.

<sup>73</sup> EDSA, Leitlinien 1/2019 über Verhaltensregeln und Überwachungsstellen gemäss der Verordnung (EU) 2016/679 N 28.

<sup>74</sup> Dazu unten IV.D.

<sup>75</sup> Die Ergebnisse der Konsultation zum zweiten Bericht über die DSGVO können unter [https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/14054-Bericht-über-die-Datenschutz-Grundverordnung/feedback\\_de?p\\_id=32488371](https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/14054-Bericht-über-die-Datenschutz-Grundverordnung/feedback_de?p_id=32488371) (Abruf 04.06.2025) abgerufen werden, hatten aber bislang keinen ersichtlichen Einfluss.

den vereinfachten Datenaustausch zwischen unterschiedlichen Systemen und Datenbanken und gibt der Kommission im Zusammenspiel mit europäischer Normierung verschiedene Befugnisse zum Erlass von Durchführungsrechtsakten, die mit Konsultationen einhergehen sollen.<sup>76</sup>

Art. 33 Abs. 5 DA gibt der Kommission die Befugnis, im Wege von Durchführungsrechtsakten gemeinsame Spezifikationen im Hinblick auf die Erleichterung der Interoperabilität von Daten für Teilnehmer an Datenräumen, die anderen Teilnehmern Daten oder Datendienste anbieten, zu erlassen. Vorrang hat jedoch eine Normierung von Spezifikationen i.S.v. Art. 33 Abs. 5 DA durch europäische Normungsorganisationen.<sup>77</sup> Wird dennoch die Kommission mit einem Durchführungsrechtsakt tätig, hebt Art. 33 Abs. 7 DA die Konsultation u.a. mit Interessenträgern hervor. Dies ist besonders deshalb relevant, da ansonsten im Rahmen der Normungsorganisationen als Massnahmen der Selbstregulierung durch die Beteiligung von Interessenverbänden, aber im Fall des Europäischen Instituts für Telekommunikationsnormen auch Netzbetreiber, Diensteanbieter, Forschungsinstitutionen und Hersteller sowie Betroffene an der Normierung beteiligt sind.<sup>78</sup> Diese können zumindest im Rahmen der Konsultation dafür sorgen, dass die Interoperabilitätsvorgaben den technischen und wirtschaftlichen Entwicklungen entsprechen.

Eine dem Art. 33 Abs. 7 DA vergleichbare Regelung sieht Art. 36 Abs. 8 DA für spezifische Interoperabilitätsanforderungen an sog. intelligente Verträge (*smart contracts*) vor, welche für die Ausführung von Datenweitergabevereinbarungen im Anwendungsbereich der Datenverordnung genutzt werden können. Dort kann ebenfalls die Kommission anstelle der Normungsorganisationen mit Durchführungsrechtsakten tätig werden, soll aber Interessenträger konsultieren.

Weiters sieht Art. 35 Abs. 5 DA vor, dass die Kommission Durchführungsrechtsakte betreffend offener Interoperabilitätsspezifikationen i.S.v. Art. 2 Nr. 42 DA und harmonisierte Normen für die Interoperabilität von Datenverarbeitungsdiensten i.S.v. Art. 2 Nr. 43 DA erlassen kann. Ebenfalls in diesem Kontext wird in Art. 35 Abs. 6 DA die Konsultation mit Interessenträgern be-

---

<sup>76</sup> Umfassend siehe DSGVO/DA BeckOK-SCHMIDT (FN 69), Art. 33 DA N 1 ff.

<sup>77</sup> Dazu grundlegend LENA HORNKOHL, Europäische Normungsorganisationen, in: HATJE/MÜLLER-GRAFF (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht, Band 1: Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht, Baden-Baden 2022, 1797.

<sup>78</sup> Siehe HORNKOHL (FN 77), 1807 ff.

sonders hervorgehoben. Da die offenen Interoperabilitätsspezifikationen und harmonisierte Interoperabilitätsnormen primär durch Selbstregulierungsinitiativen geschaffen werden sollen,<sup>79</sup> ist bei Eingreifen der Kommission auch an eine Beteiligung der ansonsten in der Selbstregulierung der Normungsorganisationen Tätigwerdenden zu denken.

## F. DGA

Im DGA spielen Konsultationen nach Art. 25 DGA eine explizite Rolle bei der Gestaltung eines europäischen Einwilligungsformulars für Datenaltruismus i.S.v. Art. 2 Nr. 16 DGA. Nach dem DGA soll das Konzept des Datenaltruismus die Verfügbarkeit von Daten für die nicht gewinnorientierte Verarbeitung erhöhen und so ausreichend grosse Datensätze schaffen, die für eine effektive Datenanalyse und maschinelles Lernen erforderlich sind.<sup>80</sup> Das europäische Einwilligungsformular für Datenaltruismus soll dabei Rechtsunsicherheiten abbauen und die nicht erwerbszweckverfolgenden datenaltruistischen Organisationen entlasten, indem das Einholen von datenschutzrechtlichen Einwilligungen in allen Mitgliedstaaten mittels einheitlichen Formats ermöglicht wird.<sup>81</sup> Art. 25 Abs. 1 DGA unterstreicht die Konsultation mit Interessengruppen.<sup>82</sup> Diese könnten hier vor allem von den datenaltruistischen Organisationen, aber auch Datenschutzorganisationen oder anderen Organisationen der Zivilgesellschaft wahrgenommen werden.

Im Rahmen einer öffentlichen Konsultation zur Europäischen Datenstrategie wurde auch ein Abschnitt mit Fragen zum DGA diskutiert. Zu diesen Fragen wurden 772 Rückmeldungen verzeichnet, bei denen ein klarer Konsens zu erkennen war, dass hinsichtlich der Standardisierung und Interoperabilität noch einige grösere Lücken bestehen. Dabei scheinen vor allem die Finanzie-

---

<sup>79</sup> DSGVO/DA BeckOK-SCHMIDT (FN 69), Art. 35 N 2.

<sup>80</sup> Umfassend SARAH RACHUT, Datenaltruismus unter dem Data Governance Act, ZD 2024, 248.

<sup>81</sup> RACHUT (FN 80), 251.

<sup>82</sup> Siehe z.B. die Konsultationen zum Datenaltruismus. Internet: [https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/14094-Datenaltruismus-Regelwerk-für-Organisationen-für-die-Erhebung-von-Daten-im-allgemeinen-Interesse\\_de](https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/14094-Datenaltruismus-Regelwerk-für-Organisationen-für-die-Erhebung-von-Daten-im-allgemeinen-Interesse_de); [https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/14095-Datenaltruismus-Einwilligungsformular-für-die-Erhebung-von-Daten-im-allgemeinen-Interesse\\_de](https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/14095-Datenaltruismus-Einwilligungsformular-für-die-Erhebung-von-Daten-im-allgemeinen-Interesse_de) (Abruf 04.06.2025).

rung der Festlegung von Standards und die entsprechende Testung derselben problematisch zu sein.<sup>83</sup>

## **G. Zwischenfazit**

Die systematische Einbindung von Konsultationen in die EU-Digitalregulierung stärkt Transparenz und Partizipation, verbessert die Qualität der Rechtsakte und erhöht deren Akzeptanz. Dennoch zeigt die Analyse, dass Konsultationen oft nur für delegierte Rechtsakte oder Leitlinien verpflichtend sind, während sie im Rahmen der *Better Regulation* Initiative flexibel eingesetzt werden. Die Verantwortung für Konsultationen liegt primär bei der Kommission, während regulierte Unternehmen nur in Ausnahmefällen selbst Konsultationen durchführen müssen.

Die Beteiligung an Konsultationen variiert stark, wobei einige Länder – insbesondere Deutschland und Belgien – überproportional vertreten sind. Niedrige Teilnahmequoten können jedoch dazu führen, dass nur bestimmte Interessengruppen mit ausreichend Ressourcen Einfluss nehmen können. Zudem bleibt der tatsächliche Einfluss der Konsultationen begrenzt: Während einzelne Definitionen oder Detailregelungen angepasst werden, führen sie selten zu substanziellem inhaltlichen Änderungen.

Die Untersuchung verdeutlicht die Unterschiede zwischen Konsultationen zum ursprünglichen Rechtsakt (z.B. P2B-VO, DSA) und solchen zu späteren Ergänzungen (z.B. DSGVO-Verfahrensregelungen oder Interoperabilitätsvorgaben des DA). Um eine wirklich inklusive und wirksame partizipatorische Regulierung zu gewährleisten, bedarf es weiterer struktureller Verbesserungen, insbesondere im Hinblick auf eine breitere Beteiligung und stärkeren Einfluss auf die inhaltliche Ausgestaltung der Regelungen.

## **III. Regulierungsdialoge**

Regulierungsdialoge sind eine Massnahme der partizipatorischen Regulierung, die den Austausch zwischen Regulierungsbehörden und Unternehmen

---

<sup>83</sup> Zu den Ergebnissen der gesamten Konsultation siehe <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/summary-report-public-consultation-european-strategy-data> (Abruf 04.06.2025).

fördert. Sie dienen weniger der Einbindung Dritter, sondern der Ausarbeitung unternehmensspezifischer Verpflichtungen.<sup>84</sup>

Die EU-Digitalsekundärrechtsakte bieten sich besonders für Regulierungsdialoge an.<sup>85</sup> Zum einen besteht in der Digitalregulierung eine grosse Informationsasymmetrie zwischen der Regulierungsbehörde – allen voran der EU Kommission – und den regulierten Unternehmen, z.B. in Bezug auf verfügbare Daten oder komplexe Technologien.<sup>86</sup> Zum anderen entwickeln sich die entsprechenden Technologien stetig fort und brauchen somit eine laufende Rückkopplung in der Regulierung, die sich einfacher im Dialog ermitteln lässt. Gleichzeitig kann ein Regulierungsdialog auch den regulierten Unternehmen – die in der Vergangenheit z.B. in Kartellverfahren vielfach verfolgt wurden und lange Gerichtsverfahren durchgeführt haben<sup>87</sup> – mehr Sicherheit über die Einhaltung der Vorschriften geben, ihnen Mitgestaltungsmöglichkeiten erlauben und somit etwaige lange Prozesse vermeiden.<sup>88</sup> Dies mag auch aus Verhältnismässigkeitsgründen im Hinblick auf mögliche mit Verstössen

---

<sup>84</sup> Siehe dazu z.B. KONSTANTINA BANIA/THEANO KARANIKIOTI, Compliance with the DMA: The Need for Interpretative Guidelines and a Proper Regulatory Dialogue. Internet: <https://theplatformlaw.blog/2022/01/19/compliance-with-the-dma-the-need-for-interpretative-guidelines-and-a-proper-regulatory-dialogue/> (Abruf 04.06.2025); vgl. auch CERRE, The European proposal for a Digital Markets Act: A first assessment, 2021, 26.

<sup>85</sup> Umfassend KATHURIA (FN 2), 544 ff.

<sup>86</sup> LUIΣ CABRAL et al., The EU Digital Markets Act: A Report from a Panel of Economic Experts, 28. Internet: [https://ide.mit.edu/wp-content/uploads/2021/02/jrc122910\\_external\\_study\\_report\\_-\\_the\\_eu\\_digital\\_markets\\_act.pdf](https://ide.mit.edu/wp-content/uploads/2021/02/jrc122910_external_study_report_-_the_eu_digital_markets_act.pdf) (Abruf 04.06.2025).

<sup>87</sup> Bekanntestes Beispiel ist hier wohl die Google Shopping-Saga, welche mit dem EuGH, C-48/22 P, 10.9.2024 (ECLI:EU:C:2024:726), final entschieden wurde. Streitgegenstand war hier ein Kommissionsbeschluss vom Juni 2017, mit welchem die Kommission eine Geldbusse in Höhe von 2,4 Mrd. Euro wegen Bevorzugung des eigenen Preisvergleichsdienstes bei Suchergebnissen verhängte (Beschluss C(2017) 4444 final der Kommission vom 27. Juni 2017 in einem Verfahren nach Art. 102 AEUV und Art. 54 EWR-Abkommen (Sache AT.39740 – Google Search [Shopping]). Google und Alphabet riefen im September 2017 daraufhin das EuG an, welches die Klage im Wesentlichen abwies und den Kommissionsbeschluss unter Beibehaltung der ursprünglichen Geldbusse in Höhe von 2,4 Mrd. Euro überwiegend bestätigte (Urteil vom 10. November 2021, Google und Alphabet/Kommission (Google Shopping) (T-612/17, EU:T:2021:763). Das daraufhin am EuGH eingebrachte Rechtsmittel wurde abgewiesen und das Urteil des EuG bestätigt (EuGH, C-48/22 P, 10.9.2024, ECLI:EU:C:2024:726).

<sup>88</sup> KAY JEBELLI, A Digital Market Regulator Fit for the Digital Age, 13.10.2021, Disruptive Competition Project. Internet: <https://www.project-disco.org/european-union/101321-a-digital-market-regulator-fit-for-the-digital-age/> (Abruf 04.06.2025).

gegen die Vorschriften der Digitalregulierungen einhergehende Bussgelder angemessen erscheinen.<sup>89</sup>

## A. DSA

Im DSA sind Regulierungsdialoge insbesondere nach Art. 36 DSA zur Förderung der Zusammenarbeit zwischen Plattformen und Aufsichtsbehörden bei der Bewältigung von Krisensituationen, z.B. bewaffnete Konflikte, terroristische Handlungen, Naturkatastrophen oder Pandemien,<sup>90</sup> vorgesehen. In solchen Situationen kann die Kommission VLOPs und VLOSEs auffordern, zusätzliche Krisenreaktionsmechanismen nach Art. 36 Abs. 1 DSA zu ergreifen.<sup>91</sup> In dem Rahmen kann die Kommission nach Art. 36 Abs. 6 DSA von sich aus oder auf Ersuchen des VLOPs oder VLOSEs «in einen Dialog treten», um festzustellen, ob die geplanten oder durchgeführten Krisenreaktionsmechanismen angesichts der besonderen Umstände des jeweiligen VLOPs oder VLOSEs «wirksam und verhältnismässig sind, um die verfolgten Ziele zu erreichen». Durch diesen Dialog kann insbesondere sichergestellt werden, dass die Krisenmechanismen den VLOPs und VLOSEs möglich sind, aber auch ihren Rechten und berechtigten Interessen gebührend Rechnung tragen.<sup>92</sup> Gleichzeitig können die VLOPs und VLOSEs durch ihre direkten Erfahrungen mit Nutzern während der Krisensituationen wertvolle Informationen liefern, um wirksame Krisenmechanismen zu etablieren.

## B. DMA

Der DMA verankert Regulierungsdialoge als Mechanismus zur Konkretisierung und Durchsetzung von einigen DMA-Verpflichtungen für benannte Torwächter. Art. 8 Abs. 2 und 3 DMA sieht Dialoge zur Anpassung von DMA-Verpflichtungen vor, um sicherzustellen, dass die Einhaltung der Regeln effizient und

---

<sup>89</sup> KATHURIA (FN 2), 546.

<sup>90</sup> Unter Krisenfälle sind nach Art. 36 Abs. 2 DSA aussergewöhnliche Umstände zu verstehen, die zu einer schwerwiegenden Bedrohung der öffentlichen Sicherheit oder der öffentlichen Gesundheit in der Union oder in wesentlichen Teilen der Union führen können, vgl. auch ErwG 91 DSA.

<sup>91</sup> Zu möglichen Krisenreaktionsmechanismen siehe die Aufzählung in ErwG 91 DSA.

<sup>92</sup> So auch ErwG 91 DSA.

praktikabel erfolgt.<sup>93</sup> Dabei handelt es sich um die Verpflichtungen aus Art. 6 und 7 DMA, insbesondere die Interoperabilitätspflichten. Sie werden durch den Dialog zwischen der Kommission und den Torwächtern insoweit spezifiziert, dass wirksame Umsetzungsmassnahmen festgelegt werden können.<sup>94</sup>

Zum einen kann ein Torwächter nach Art. 8 Abs. 3 DMA bei der Kommission um die Einleitung eines Verfahrens ersuchen, «ob das Ziel der betreffenden Verpflichtung durch die Maßnahmen, die der Torwächter zur Gewährleistung der Einhaltung der Artikel 6 und 7 zu ergreifen beabsichtigt oder ergriffen hat, in Anbetracht der besonderen Umstände des Torwächters wirksam erreicht wird.» Die Torwächter können so die Kommission um ihre Meinung zu den dargelegten Massnahmen bitten und in einem Austausch mit der Kommission besser verstehen, welche Massnahmen von ihnen verlangt werden. Die Kommission ist nicht verpflichtet, sondern hat Ermessen, in diesen Dialog zu treten. Der Torwächter muss jedenfalls nach Art. 8 Abs. 3 DMA einen begründeten Antrag einreichen, in dem er erklärt, warum die von ihm geplanten oder ergriffenen Massnahmen mit dem DMA vereinbar sind, sowie eine nicht vertrauliche Fassung des Antrags, die an Dritte nach Art. 8 Abs. 6 DMA weitergegeben wird. Dies verdeutlicht auch neben dem regulatorischen Dialog, dass der DMA hier eine weitere partizipatorische Regulierung unter Zuhilfenahme der Ansichten Dritter auch zu den Verpflichtungen in Art. 6 und 7 DMA vorsieht.

Zum anderen ist auch Art. 8 Abs. 2 DMA dem regulatorischen Dialog im hier eingangs dargelegten Sinne zuzuordnen. Nach Art. 8 Abs. 2 DMA kann der Torwächter die Einleitung eines Verfahrens i.S.v. Art. 20 DMA zur Spezifizierung der Verpflichtungen nach Art. 6 und 7 DMA beantragen. Die Kommission kann auch von sich aus ein Verfahren auf den Erlass einer Spezifikationsentscheidung einleiten. Das Verfahren ist ausgelegt auf den Erlass eines Durchführungsrechtsakts, in dem Massnahmen festgelegt werden, die der jeweilige Torwächter ergreifen muss, um den Verpflichtungen nach Art. 6 und 7 DMA nachzukommen. Vor allem bei der Beantragung eines solchen Spezifikationsverfahrens verlangt Art. 8 Abs. 2 DMA durch den Verweis auf Art. 8 Abs. 3 DMA einen mit Gründen versehenen Schriftsatz des Torwäch-

---

<sup>93</sup> Vgl. KATHURIA (FN 2), 542; GIORGIO MONTI, Procedures and Institutions in the DMA, CERRE Issue Paper, Dezember 2022, 8.

<sup>94</sup> RUPPRECHT PODSZUN/PHILIPP BONGARTZ/ALEXANDER KIRK, Digital Markets Act – Neue Regeln für Fairness in der Plattformökonomie, NJW 2022, 3251.

ters. Dieser kann als Ausgangspunkt eines Dialoges mit der Kommission zur weiteren Spezifizierung der Verpflichtungen aus Art. 6 und 7 DMA gesehen werden.

### **C. P2B, DSGVO, DA**

In diesen Rechtsakten sind nach aktuellem Stand keine solchen Regulierungsdialoge vorgesehen.

### **D. DGA**

Im DGA unterstützen Regulierungsdialoge die Entwicklung von Standards und die Zusammenarbeit zwischen Akteuren. Zentral ist dabei Art. 22 DGA, welcher der Kommission die Möglichkeit eröffnet, mittels delegierter Rechtsakte ein sogenanntes *Rulebook* bzw. nähtere Ausführungsbestimmungen zum Datenaltruismus zu erlassen. Während Abs. 1 die konkreten inhaltlichen Be- standteile des Regelwerks festlegt, betont Abs. 2, dass die Erarbeitung dieses Regelwerks in enger Zusammenarbeit mit datenaltruistischen Organisationen und einschlägigen Interessenträgern zu erfolgen hat. Dies soll – wie allgemein die Art. 16 ff. – die Vertrauensbildung gegenüber betroffenen Personen und Dateninhabern fördern.<sup>95</sup> Fraglich scheint hier aber einerseits, ob diese Be- stimmung eine Schaffung neuer Vorgaben erlaubt, oder lediglich die Konkre- tisierung von bereits bestehenden; andererseits, welche Organisationen bzw. Interessenträger konkret mitwirken sollen.<sup>96</sup>

### **E. Zwischenfazit**

Regulierungsdialoge spielen eine zentrale Rolle in den dynamischen Regu- lierungsrahmen des DMA und DSA, die den Kern der EU-Digitalregulierung bilden. Ihre Bedeutung ergibt sich aus der Notwendigkeit, Regelungen an die sich schnell entwickelnden digitalen Märkte anzupassen, um deren Aktualität und Wirksamkeit zu gewährleisten. Während frühere Rechtsakte wie die P2B-

---

<sup>95</sup> Vgl. ErwG 46 DGA; HK DGA-Hennemann, in: Louisa Specht-Riemenschneider/Moritz Hennemann (Hrsg.), *Data Governance Act. Handkommentar*, Baden-Baden 2023 (zit. HK DGA-VERFASSER), Art. 22 DGA N 3.

<sup>96</sup> Ausführlich dazu DANIEL TOLKS, *Die finale Fassung des Data Governance Act*, MMR 2022, 448; KRISTINA SCHREIBER/PATRICK POMMERENING/PHILIPP SCHOEL, *Der neue DGA*, Baden-Baden 2024, § 4 N 45.

Verordnung oder die DSGVO weniger auf solche Dialoge setzen, scheint ihre Rolle in neueren Regulierungen zuzunehmen – möglicherweise als Reaktion auf die spezifischen Herausforderungen der digitalen Wirtschaft.

Ein wesentlicher Aspekt ist die bestehende Informationsasymmetrie: Plattformbetreiber und grosse digitale Akteure verfügen über weitreichendere Kenntnisse ihrer eigenen algorithmischen Systeme als die Regulierungsbehörden. Die Einbindung dieser Unternehmen im Rahmen von Regulierungsdialogen kann daher helfen, realistische und effektive Vorgaben zu entwickeln. Gleichzeitig wirft dies die kritische Frage auf, inwieweit regulierte Akteure an der Ausgestaltung der sie betreffenden Verpflichtungen mitwirken sollten.

Die konkrete Ausgestaltung der Regulierungsdialoge variiert je nach Rechtsrahmen. Im DSA sind sie insbesondere für Krisensituationen vorgesehen, im DMA dienen sie der Konkretisierung von Verpflichtungen, und im DGA helfen sie bei der Entwicklung eines Regelwerks. Trotz möglicher Kritik an der Beteiligung der regulierten Unternehmen sind Regulierungsdialoge ein wesentlicher Mechanismus für Partizipation und Flexibilität in der Digitalregulierung – ein Ansatz, der sich künftig weiterentwickeln dürfte.

## IV. Evaluierungen

Evaluierungen der Rechtsakte sind essenziell für die EU-Digitalvorschriften, um ihre Wirksamkeit sicherzustellen und Anpassungen zu ermöglichen. Besonders im digitalen Bereich, wo Technologien und Geschäftsmodelle sich rasch wandeln, verhindern sie eine schnelle Veralterung der Regularien. Evaluierungen binden regulierte Unternehmen, Mitgliedstaaten und die Zivilgesellschaft ein, etwa durch Berichte oder Erfahrungswerte. Häufig geht der Evaluierung durch die Kommission eine Selbstevaluierung der Unternehmen voraus.

### A. P2B-VO

Die P2B-VO sieht diverse Evaluierungen zur Überprüfung ihrer Mechanismen vor. Drei Jahre nach Inkrafttreten wird die Verordnung durch die Kommission evaluiert (Art. 18 P2B-VO). Ziel ist es dabei, festzustellen, ob die Verordnung ihren Beitrag zur Transparenz und Fairness im Verhältnis zwischen Plattformen und gewerblichen Nutzern erfüllt. Die regelmässige Überprüfung der Verordnung im dreijährigen Turnus wird durch die Einbindung

von Stellungnahmen, Berichten und Expertengruppen (Art. 18 Abs. 4 P2B-VO) ergänzt, um eine umfassende Analyse der Auswirkungen der Verordnung zu ermöglichen.

Dabei führt Abs. 2 eine nicht abschliessende Liste von Themen an, die bei der Evaluation zu berücksichtigen sind, und Abs. 3 normiert die Pflicht der Mitgliedstaaten, ihnen vorliegende einschlägige Informationen der Kommission für die Ausarbeitung des Evaluationsberichts zur Verfügung zu stellen. Abs. 4 nennt die Quellen, die bei der Evaluierung zu berücksichtigen sind, u.a. Stellungnahmen und Berichte der Expertengruppe für die Beobachtungsstelle für die Online-Plattformwirtschaft<sup>97</sup> oder der Inhalt der nach Art. 17 P2B-VO erarbeiteten Verhaltenskodizes.

Wie effektiv die Vorgaben zu den Evaluierungsintervallen sind, ist allerdings fraglich. So hätte z.B. die erste Evaluierung bereits mit dem 13. Januar 2022 erfolgen sollen, wurde aber mit etwa 20 Monaten Verspätung erst im September 2023 vorgelegt. Wie sich die bürokratische Überlastung der Kommission auf die weiteren Evaluierungen auswirken wird, bleibt abzuwarten.<sup>98</sup>

## B. DSA

Der DSA setzt auf mehrstufige Evaluierungsmechanismen, darunter unabhängige Audits, staatliche Aufsicht und eine regelmässige Überprüfung durch die EU-Kommission. Im Vordergrund stehen nach Art. 91 Abs. 1 UAbs. 1 DSA bis zum 18. Februar 2027 die Evaluierung durch die Kommission von Auswirkungen auf «die Entwicklung und das Wirtschaftswachstum kleiner und mittlerer Unternehmen». Nach dieser ersten grossen Evaluierung soll eine solche alle fünf Jahre stattfinden. Der entsprechende Evaluierungsbericht der Kommission wird jeweils dem Europäischen Parlament sowie dem Rat der EU vorgelegt. Falls erforderlich, können Anpassungen oder neue Regelungen vorgeschlagen werden.

---

<sup>97</sup> Siehe z.B. den Abschlussbericht der ersten Expertengruppe vom Februar 2021: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/final-reports-eu-observatory-online-platform-economy> (Abruf 04.06.2025).

<sup>98</sup> LARS PFEIFFER, Datenzugang in der Plattformökonomie: Regulierungsinstrumente in P2B-VO, DMA und DSA, in: JOHANNES BUCHHEIM/VIKTORIA KRAETZIG/JULIANE K. MENDELSOHN/BJÖRN STEINRÖTTER (Hrsg.): Plattformen. Grundlagen und Neuordnung des Rechts digitaler Plattformen, Baden-Baden 2024, 53 ff., 75 ff.

Bis zum 17. November 2025 sind nach Art. 91 Abs. 1 UAbs. 2 DSA die zusätzlichen Verpflichtungen in Bezug auf den Umgang mit systemischen Risiken für Anbieter von VLOPs und VLOSEs nach Art. 33 DSA sowie die Interaktion des DSA mit anderen Digitalrechtsakten zu evaluieren.

Bis zum 17. November 2027 und danach alle fünf Jahre wird die Verordnung durch die Kommission überprüft (Art. 91 Abs. 2 DSA). Dabei wird u.a. untersucht, ob die Zielsetzungen der Verordnung erreicht werden und ob Anpassungen erforderlich sind, um neue Herausforderungen zu adressieren. Die entsprechenden Berichte sind von der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss zu richten und nach Art. 91 Abs. 3 DSA kann ein angepasster Verordnungsvorschlag beigefügt werden.

### **C. DMA**

Der DMA verpflichtet die Kommission zu überwachen, dass die Gatekeeper die Verhaltensregeln und Durchsetzungsmassnahmen des DMA tatsächlich einhalten.<sup>99</sup> Die Kommission muss dem Europäischen Parlament und dem Rat ausserdem einen Jahresbericht über die Durchführung der Verordnung vorlegen.<sup>100</sup>

Zudem überprüft sie nach Art. 4 Abs. 2 UAbs. 1 DMA regelmässig, mindestens jedoch alle drei Jahre, ob Unternehmen die Torwächter-Kriterien gem. Art. 3 Abs. 1 DMA nach wie vor erfüllen. Im Rahmen dessen wird auch die Funktionsweise des DMA bewertet, um festzustellen, ob dessen Ziele erreicht werden und welche Auswirkungen er auf Unternehmen und Endnutzer hat. Die Ergebnisse dieser Untersuchungen sollen insbesondere Aufschluss darüber geben, ob Änderungen des DMA erforderlich sind.<sup>101</sup> Diese regelmässige Evaluierung gewährleistet, dass die umfangreiche Adressatenschaft als Torwächter, die mit weitreichenden Eingriffen und Verpflichtungen verbunden ist, aktuell und zielgerichtet bleibt. Sofern notwendig, kann die Kommission nach Art. 4 Abs. 2 UAbs. 3 DMA Bestätigungs-, Änderungs- oder Aufhebungsbeschlüsse treffen.

---

<sup>99</sup> Art. 26 DMA.

<sup>100</sup> Art. 35 DMA. Diese Verpflichtung war im ursprünglichen Gesetzesentwurf nicht enthalten und erst im Laufe des Gesetzgebungsprozesses in den DMA aufgenommen.

<sup>101</sup> Art. 53 DMA.

Nicht nur bestehende Torwächter, auch neue werden regelmässig überprüft und evaluiert. Die Kommission überprüft nach Art. 4 Abs. 2 UAbs. 2 DMA ausserdem mindestens einmal jährlich, ob neue Unternehmen, die zentrale Plattformdienste bereitstellen, die Torwächter-Anforderungen aus Art. 3 Abs. 1 DMA erfüllen.<sup>102</sup>

Art. 12 und 19 DMA erlauben der Kommission, in Folge von Marktuntersuchungen<sup>103</sup> Ergänzungen und Änderungen an den vorgeschriebenen Verpflichtungen oder am Anwendungsbereich des DMA vorzunehmen. Art. 12 enthält die Ermächtigung, den Anforderungskatalog der Art. 5–7 DMA in einem vereinfachten Verfahren zu ergänzen. Das ist mit Blick auf die raschen Änderungen auf den Digitalmärkten durchaus sinnvoll, allerdings kann mitunter kritisiert werden, dass auch der Erlass solcher delegierter Rechtsakte – insbesondere aufgrund der vorgeschriebenen Marktuntersuchungen – recht zeitaufwändig ist.<sup>104</sup> Ausserdem ist die Änderung des Basisrechtsakts im Hinblick auf das Demokratieprinzip nicht unbedenklich; Ergänzungen stehen aber keine grundlegenden Bedenken entgegen.<sup>105</sup> Art. 19 DMA erlaubt die Anpassung des Anwendungsbereichs des DMA in personeller (Aufnahme weiterer Plattformdienste) oder sachlicher (Ergänzung bestehender Verpflichtungen bzw. u.U. die Aufnahme neuer Verpflichtungen) Hinsicht. Auch dieses Vorgehen bedarf aber vorab einer eingehenden Marktuntersuchung. Interessanterweise

---

<sup>102</sup> Problematisch sind hierbei aber die noch recht unklaren Kriterien, z.B. hinsichtlich der Bestimmung bzw. Erhebung der Nutzerzahlen; zum Versuch mancher Plattformen, die Berechnung der Nutzerzahlen dahingehend zu manipulieren, dass der Schwellenwert nicht erreicht wird, siehe <https://www.heise.de/news/Digital-Services-Act-Nutzerzahlen-bei-Porno-Plattformen-in-der-EU-brechen-ein-10290219.html> (Abruf 04.06.2025).

<sup>103</sup> Beispielahaft dazu die Marktuntersuchungen zu Microsoft und Apple im Februar 2024: [https://digital-markets-act.ec.europa.eu/commission-closes-market-investigations-microsofts-and-apples-services-under-digital-markets-act-2024-02-13\\_en](https://digital-markets-act.ec.europa.eu/commission-closes-market-investigations-microsofts-and-apples-services-under-digital-markets-act-2024-02-13_en) (Abruf 04.06.2025); <https://eulawlive.com/general-court-to-hear-case-concerning-action-against-commissions-decision-closing-market-investigation-against-microsoft-under-the-dma/> (Abruf 04.06.2025).

<sup>104</sup> Ausführlich dazu BUNDESKARTELLAMT (Hrsg.), Digital Markets Act: Perspektiven des (internationalen) Wettbewerbsrechts. Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht 7. Oktober 2021, Bonn 2021, 29.

<sup>105</sup> DANIELA SEELIGER, in: Rupprecht Podszun (Hrsg.), Handkommentar DMA, Baden-Baden 2023 (zit. HK DMA-VERFASSE), Art. 12 N 7; vgl. auch MATTHIAS RUFFERT, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta. Kommentar, 6. A., München 2022, Art. 290 AEUV N 11 f.

kennt der DMA aber auch delegierte Rechtsakte, die keine Marktuntersuchung voraussetzen, z.B. in Art. 3 Abs. 6 und Abs. 7.

Gemäss Art. 53 Abs. 1 DMA ist die Kommission verpflichtet, bis zum 3. Mai 2026 und danach alle drei Jahre einen Bericht zur Wirksamkeit des DMA an das Europäische Parlament, den Rat und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss vorzulegen. Dieser Bericht überprüft, ob die Verordnung weiterhin effektiv die Probleme im Zusammenhang mit Gatekeepern adressiert und ob regulatorische Anpassungen notwendig sind. Gemäss ErwG 77 DMA soll diese Regelung sicherstellen, dass der DMA auf dem aktuellen Stand bleibt und eine wirksame und ganzheitliche regulatorische Lösung zur Bewältigung der im Zusammenhang mit Gatekeepern auftretenden Probleme darstellt.

## D. DSGVO

Die DSGVO sieht umfassende Evaluierungen vor, um die Effektivität der Datenschutzmassnahmen sicherzustellen. Jährliche Berichte des Europäischen Datenschutzausschusses (Art. 71 DSGVO) dokumentieren den Stand der Datenschutzpraxis und identifizieren Verbesserungspotenziale.<sup>106</sup> Art. 33 DSGVO verpflichtet Unternehmen zur Dokumentation und Meldung von Datenschutzverletzungen. Diese Daten dienen als Grundlage für die Feststellung von Schwachstellen und die Identifizierung notwendiger regulatorischer Anpassungen.

Art. 59 sieht jährliche Berichte jeder Aufsichtsbehörde vor, welche dem nationalen Parlament, der Regierung und anderen nach dem mitgliedstaatlichen Recht bestimmten Behörden übermittelt und der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden sollen.

Die DSGVO selbst wurde erstmals im Mai 2020 einer grossen Überprüfung und Bewertung unterzogen.<sup>107</sup> Danach ist eine solche Berichterstattung alle vier Jahre durch die Kommission vorgesehen.<sup>108</sup>

---

<sup>106</sup> Überblick mit allen Berichten bei: [https://www.edps.europa.eu/annual-reports\\_en](https://www.edps.europa.eu/annual-reports_en) (Abruf 04.06.2025).

<sup>107</sup> Siehe dazu den ersten Kommissionsbericht zur DSGVO. Internet: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0264> (Abruf 04.06.2025); dabei lag der Fokus der Ergebnisse primär auf der (einheitlichen) Umsetzung der VO in den Mitgliedstaaten.

<sup>108</sup> Das ist zuletzt im Juli 2024 geschehen: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0264> (Abruf 04.06.2025); dabei wurde v.a. die wirksame Durchsetzung und die wirksame Zusammenarbeit von Regulierungsbehörden auf nationaler und EU-Ebene diskutiert.

## **E. DA**

Art. 49 DA sieht vor, dass bis zum 12. September 2028 eine umfassende Bewertung der Verordnung durch die Kommission erfolgt. Im Rahmen dieser Evaluierung soll ein ausführlicher Bericht erstellt werden, welcher dem Europäischen Parlament, dem Rat und dem Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss vorgelegt wird. Die notwendigen Informationen für diesen Bericht werden im Wesentlichen von den Mitgliedstaaten geliefert und umfassen beispielsweise die Auswirkungen des DA auf Datennutzung und Innovation, Datenzugang, etwaige Ausnahmen für bestimmte Unternehmen, die Aktualität der Liste missbräuchlicher Vertragsklauseln oder die Interaktion des DA mit anderen EU-Rechtsakten. Auf dieser Basis kann die Kommission dann Änderungen der Verordnung anregen.

## **F. DGA**

Der DGA integriert Evaluierungen zur Verbesserung der Zusammenarbeit und zur Überprüfung der Zielerreichung. Art. 35 DGA verpflichtet die Kommission, 39 Monate nach Inkrafttreten bzw. 24 Monate nach Geltungsbeginn (24. September 2025) eine Bewertung der Verordnung vorzunehmen, in der die Umsetzung und Effektivität der Verordnung geprüft werden. Diese Berichte sind an die Mitwirkung der Mitgliedstaaten gebunden, die alle erforderlichen Informationen bereitstellen müssen. Diese schnelle Überprüfung ist angesichts des dynamischen Umfelds im Bereich der Datenintermediäre und der grundsätzlichen Kritik am DGA besonders wichtig.<sup>109</sup> Allerdings unterliegen nach Art. 37 DGA bestimmte Datenvermittlungsdienste erst ab dem Berichtsstichtag den in Kap. 3 normierten Pflichten, sodass eine Bewertung der Anwendungspraxis in diesen Fällen quasi ins Leere läuft.<sup>110</sup>

## **G. Zwischenfazit**

Evaluierungen sind essenziell für die Überprüfung der Wirksamkeit und Aktualität von Digitalregulierungen und beinhalten eine starke partizipatorische Komponente. Die verpflichtende Einbindung verschiedener Akteure, ins-

---

<sup>109</sup> HK DGA-HENNEMANN (FN 95), Art. 35 DGA N 4; MORITZ HENNEMANN/LUKAS V. DITFURTH, Datenintermediäre und Data Governance Act, NJW 2022, 1905.

<sup>110</sup> HK DGA-HENNEMANN (FN 95), Art. 35 DGA N 3.

besondere auch Massnahmen der Selbstevaluation (welche jedoch eher der Einhaltung der Vorschriften gilt), trägt zur Transparenz und Akzeptanz der Regelungen bei. Dennoch bestehen Herausforderungen: Die Intervalle der Evaluierungen sind ohne erkennbaren Grund sehr uneinheitlich, und die praktische Umsetzung könnte durch die begrenzten Kapazitäten erschwert werden. Insbesondere die Überlastung der Kommission<sup>111</sup> wirft Zweifel auf, ob Evaluierungen tatsächlich zu zeitnahen Anpassungen der Regulierungen führen können. Eine effiziente Strukturierung der Evaluierungsprozesse wäre daher wünschenswert, um die angestrebte kontinuierliche Verbesserung der Digitalrechtsakte sicherzustellen.

## **V. Transparenzmassnahmen**

Transparenz ist ein zentrales Prinzip zahlreicher Digitalvorschriften der EU. Sie soll sicherstellen, dass Nutzer, regulierte und dritte Unternehmen und Regulierungsbehörden auf europäischer und nationaler Ebene ein besseres Verständnis der Funktionsweise digitaler Dienste und ihrer potenziellen Auswirkungen auf Gesellschaft und Wirtschaft erhalten. In den verschiedenen Regelwerken spielen die vorgeschriebenen Transparenzmassnahmen wie Offenlegungs-, Auskunfts- und Berichtspflichten der regulierten Unternehmen eine maßgebliche Rolle, um Vertrauen zu fördern, Rechtsklarheit zu schaffen und die Kontrolle über Daten und Plattformen zu verbessern.

### **A. P2B-VO**

Die P2B-VO ist an sich auf Transparenz als Mittel zum Schutz der gewerblichen Natur von Plattformbetreibern ausgelegt und verzichtet nahezu vollständig auf die Untersagung einzelner Geschäftspraktiken, sieht aber vereinzelt besondere Transparenzbedingungen für bestimmte Verhaltensweisen vor.<sup>112</sup> Betreiber von Online-Vermittlungsdiensten und Suchmaschinen müssen innerhalb ihrer AGB angeben, wie Daten verwendet und weitergegeben werden und ob es Unterschiede im Zugang zu Daten gibt (Art. 7 Abs. 3 P2B-VO). Dabei ist eine differenzierte Behandlung in Form einer Selbstbevorzugung des

---

<sup>111</sup> Siehe oben IV.A.

<sup>112</sup> Vgl. PFEIFFER (FN 98), 62; CHRISTIAN ALEXANDER, Transparenz in der Plattformwirtschaft, GRUR Int. 2023, 14 (15).

Plattformbetreibers nicht untersagt, es wird lediglich mehr Transparenz über das Vorliegen einer solchen Ungleichbehandlung eingefordert.<sup>113</sup> Diese Regelung zielt darauf ab, gewerblichen Nutzern ein besseres Verständnis der Plattformpraktiken zu ermöglichen, ohne jedoch spezifische Zugangsrechte zu den Daten vorzusehen. Auch hier werden die Funktionsweisen von Ranking-Mechanismen offengelegt, wobei die Plattformen jedoch nicht verpflichtet sind, ihre Algorithmen im Detail zu veröffentlichen.

## B. DSA

Der DSA führt gestaffelte Transparenzpflichten für unterschiedliche Anbietergruppen ein, abhängig von ihrer Rolle und Reichweite. Von allgemeinen Pflichten für alle Vermittlungsdienste bis hin zu spezialisierten Anforderungen für VLOPs und VLOSEs sieht der DSA diverse Transparenzmassnahmen vor. Gemäss Art. 15 Abs. 1 DSA müssen Anbieter jährlich Berichte vorlegen, die Informationen über die Anzahl und Art gemeldeter illegaler Inhalte sowie die getroffenen Massnahmen enthalten. Auch der Einsatz automatisierter Moderationstechniken ist offenzulegen. Plattformen müssen den Nutzern mitteilen, warum ihnen bestimmte Anzeigen angezeigt werden (Art. 26 Abs. 1 DSA). Dazu gehört die Offenlegung von Zielgruppenkriterien, der Identität des Werbetreibenden und der Algorithmen für die Werbeselektion. Besonders VLOPs müssen offenlegen, welche Daten und Kriterien für Empfehlungen genutzt werden (Art. 27 Abs. 2 DSA). Nutzer haben das Recht, auf nicht-personalisierter Empfehlungssysteme wie eine chronologische Sortierung zurückzugreifen. Um gesellschaftliche Auswirkungen wie Desinformation oder Polarisierung zu untersuchen, müssen VLOPs externen Forschern Zugang zu relevanten Daten gewähren (Art. 40 DSA). Auch der *Digital Services Coordinator* (DSC) und die Europäische Kommission können Datenzugang einfordern.<sup>114</sup> Plattformen müssen außerdem transparente und zugängliche Beschwerdeverfahren bereitstellen (Art. 20 DSA). Diese Verpflichtungen sind besonders streng, wenn sich die Dienste primär an Minderjährige richten.<sup>115</sup>

---

<sup>113</sup> CHRISTOPH BUSCH, Mehr Fairness und Transparenz in der Plattformökonomie?, GRUR Int. 2019, 794.

<sup>114</sup> PFEIFFER (FN 98), 71.

<sup>115</sup> MARKUS RÖSSEL, Digital Services Act – Eingehende Analyse und Überprüfung der regulatorischen Neuerungen aus dem Trilog und potentieller Lücken, AfP 2023, Rz. 31.

Darüber hinaus sieht Art. 37 DSA vor, dass VLOPs und VLOSEs mindestens einmal jährlich auf eigene Kosten einem unabhängigen externen Audit unterzogen werden müssen. Ziel ist es, die Einhaltung der Verpflichtungen aus dem DSA zu überprüfen. Falls Mängel festgestellt werden, müssen die Plattformen Korrekturmassnahmen ergreifen. Die Ergebnisse dieser Audits werden der Öffentlichkeit und den Aufsichtsbehörden zugänglich gemacht. In dem Zusammenhang geht es aber weniger um Anpassung des DSA selber, sondern um Einhaltung der Vorschriften.

Neben dieser externe Evaluierung tritt die Verpflichtung von VLOPs und VLOSEs gem. Art. 34 und 35 DSA, regelmässige Risikoanalysen durchzuführen; der Fall liegt insoweit ähnlich. Diese Analysen müssen sich auf Risiken wie Desinformation, Wahlbeeinflussung, Schutz von Minderjährigen, Diskriminierung und illegale Inhalte beziehen. Die Ergebnisse dieser Analysen müssen dann der EU-Kommission und dem zuständigen Koordinator für digitale Dienste gemeldet werden.

### C. DMA

Der DMA legt den Fokus auf Torwächter, um Transparenz und Fairness im Wettbewerb zu gewährleisten. Einige inhaltliche Verpflichtungen sind auf Transparenz ausgelegt. Alle benannten Torwächter müssen den in der Verordnung festgelegten Verpflichtungen nachkommen,<sup>116</sup> wobei einige dieser Verpflichtungen weiter spezifiziert werden können.<sup>117</sup> Sie sind außerdem verpflichtet, regelmässig Berichte über die Massnahmen vorzulegen, die sie ergriffen haben, um die Einhaltung der Bestimmungen zu gewährleisten.<sup>118</sup> Die Kommission kann nach einer vorherigen Marktuntersuchung die Verordnung ergänzen und die Verpflichtungen der Torwächter aktualisieren.

Torwächter sind beispielsweise gem. Art. 5 Abs. 9 und 10 DMA verpflichtet, Werbetreibenden auf Anfrage kostenlose tägliche Berichte über ihre Anzeigen zu liefern. Die Massnahme erhöht die Nachvollziehbarkeit der Werbepraktiken. Gem. Art. 6 Abs. 5 DMA müssen Gatekeeper außerdem sicherstellen, dass die Kriterien für das Ranking von Inhalten fair, transparent und diskriminierungsfrei sind. Änderungen an diesen Kriterien sind zeitnah zu

---

<sup>116</sup> Insbesondere die Art. 5, 6, 7, 13, 14 und 15 DMA.

<sup>117</sup> Vgl. Art. 6 und 8 DMA.

<sup>118</sup> Vgl. Art. 11 DMA für Vorschriften zu den Compliance-Berichten.

kommunizieren.<sup>119</sup> Auch die Bedingungen, unter denen Drittunternehmen Zugang zu Plattformen erhalten, müssen nachvollziehbar und diskriminierungsfrei sein (Art. 6 Abs. 11 DMA). Diese Verpflichtung kann aber durch Art. 8 DMA noch weiter ausgestaltet werden. Daneben sind Gatekeeper gem. Art. 7 DMA verpflichtet, technische Informationen bereitzustellen, um die Entwicklung interoperabler Dienste durch Dritte zu ermöglichen.

Die materiellen Verhaltensregeln in den Art. 5 bis 7 DMA werden durch mehrere Berichterstattungspflichten ergänzt. Zentral ist dabei Art. 11 DMA, in dem die Torwächter verpflichtet werden, der Kommission innerhalb von sechs Monaten nach ihrer Benennung einen Bericht über die Massnahmen vorzulegen, die sie zur Einhaltung der Verhaltensregeln ergriffen haben.<sup>120</sup> Außerdem müssen sie der Kommission eine nicht vertrauliche Zusammenfassung des Berichts vorlegen, die verpflichtend jährlich zu aktualisieren ist und die sowohl auf der Website des Gatekeepers als auch auf derjenigen der Kommission zu veröffentlichen ist. Zusätzlich besteht eine Meldepflicht für jeden beabsichtigten Zusammenschluss im digitalen Bereich (Art. 14 DMA). Diese Pflicht ist zwar nicht mit einer Anmeldung im Sinne der Fusionskontrollverordnung gleichzusetzen, kann jedoch als Grundlage dafür dienen, dass ein Mitgliedstaat die Kommission ersucht, eine Untersuchung gemäss Art. 22 Fusionskontrollverordnung einzuleiten.<sup>121</sup> Schliesslich müssen die Torwächter gem. Art. 15 DMA der Kommission eine unabhängig geprüfte Beschreibung aller Techniken und Algorithmen zur Erstellung von Verbraucherprofilen vorlegen, die sie bei den wichtigsten Plattformdiensten anwenden. Diese Beschreibung muss mindestens einmal jährlich aktualisiert werden und die Gatekeeper sind verpflichtet, eine Zusammenfassung dieser Beschreibung zu veröffentlichen.<sup>122</sup>

---

<sup>119</sup> So zumindest HK DMA-HEINZ (FN 105), Art. 12 N 105.

<sup>120</sup> Vgl. <https://digital-markets-act-cases.ec.europa.eu/reports/compliance-reports> (Abruf 04.06.2025) für die bisher veröffentlichten Compliance Reports.

<sup>121</sup> Vgl. ANNE WITT, The Digital Markets Act – Regulating the Wild West, CML Rev. 60 (2023), 625 ff.

<sup>122</sup> Internet: <https://digital-markets-act-cases.ec.europa.eu/reports/consumer-profiling-reports> (Abruf 04.06.2025).

Um die Einhaltung der DMA-Verpflichtungen zu überprüfen, sind Torwächter dazu verpflichtet, regelmässige Compliance-Berichte<sup>123</sup> vorzulegen. Diese Berichte sollen detailliert und transparent darlegen, welche Massnahmen die Unternehmen ergriffen haben, um die Einhaltung der im DMA festgelegten Verpflichtungen sicherzustellen. Die erstmalige Vorlage dieser Berichte war zum 7. März 2024 vorgesehen, mit anschliessenden jährlichen Aktualisierungen.<sup>124</sup> Die Europäische Kommission stellt hierfür ein spezifisches Template zur Verfügung, welches den Torwächtern als Leitfaden dienen soll.<sup>125</sup> Die eingereichten Compliance-Berichte spielen eine wesentliche Rolle bei der Evaluierung des DMA. Sie ermöglichen es der Kommission, die tatsächliche Umsetzung und Wirksamkeit der festgelegten Verpflichtungen zu überwachen und fortlaufend zu bewerten. Durch die Veröffentlichung nicht-vertraulicher Fassungen<sup>126</sup> dieser Berichte wird zudem Transparenz geschaffen und es wird Dritten ermöglicht, Feedback zu geben und potenzielle Verstöße zu melden. Dies trägt dazu bei, die Ziele des DMA – faire und offene digitale Märkte – effektiv zu erreichen.

## D. DSGVO

Die DSGVO hebt Transparenz als zentrale Säule des Datenschutzes hervor. Nutzer haben das Recht, umfassend und verständlich über die Verarbeitung ihrer Daten informiert zu werden, einschliesslich der Zwecke, Kategorien und Dauer der Datenspeicherung sowie ihrer Rechte. Diese Verpflichtungen ergeben sich insbesondere aus den Art. 12 bis 14 DSGVO. Durch hohe An-

---

<sup>123</sup> ALBA RIBERA MARTÍNEZ, The European Commission’s Stick-Without-A-Carrot DMA Enforcement: Five Non-Compliance Procedures to Capture Blatant Infringements. Internet: <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2024/05/17/the-european-commissions-stick-without-a-carrot-dma-enforcement-five-non-compliance-procedures-to-capture-blatant-infringements/> (Abruf 04.06.2025); ALBA RIBERA MARTÍNEZ, Full (Regulatory) Steam Ahead: Gatekeepers Issue the First Wave of DMA Compliance Reports. Internet: <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2024/03/11/full-regulatory-steam-ahead-gatekeepers-issue-the-first-wave-of-dma-compliance-reports/> (Abruf 04.06.2025); die einzelnen Compliance Reports sind ausserdem abrufbar unter <https://digital-markets-act-cases.ec.europa.eu/reports/compliance-reports> (Abruf 04.06.2025).

<sup>124</sup> Vgl. Art. 11 DMA.

<sup>125</sup> Internet: [https://digital-markets-act.ec.europa.eu/template-compliance-report-under-digital-markets-act-published-2023-10-09\\_en](https://digital-markets-act.ec.europa.eu/template-compliance-report-under-digital-markets-act-published-2023-10-09_en) (Abruf 04.06.2025).

<sup>126</sup> Internet: <https://digital-markets-act-cases.ec.europa.eu/reports/compliance-reports> (Abruf 04.06.2025).

forderungen an die Klarheit und Zugänglichkeit von Informationen und das Recht auf Auskunft/Offenlegung und Löschung soll eine aktive Steuerung der eigenen digitalen Identität ermöglicht werden (Art. 13 und 14 DSGVO).

Zusätzlich haben betroffene Personen gemäss Art. 15 DSGVO das Recht auf Auskunft über ihre gespeicherten personenbezogenen Daten, einschliesslich der Verarbeitungszwecke, der Empfänger und der geplanten Speicherdauer. Darüber hinaus ist in Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO festgelegt, dass personenbezogene Daten in einer rechtmässigen, fairen und transparenten Weise verarbeitet werden müssen. Diese Grundsätze der Datenverarbeitung verpflichten Unternehmen dazu, offen und nachvollziehbar mit personenbezogenen Daten umzugehen.

Ein weiterer wichtiger Transparenzaspekt ergibt sich aus den Art. 33 und 34 DSGVO: Bei Datenschutzverletzungen sind Unternehmen demnach verpflichtet, die Betroffenen und die zuständigen Aufsichtsbehörden unverzüglich, spätestens aber innerhalb von 72 Stunden zu informieren, um ein hohes Mass an Rechenschaftspflicht zu gewährleisten.

## E. DA

Die Transparenzpflichten des Data Act fördern einen fairen und offenen Umgang mit Daten. Hersteller vernetzter Geräte sind verpflichtet, Nutzer klar und verständlich darüber zu informieren, welche Daten erhoben werden, zu welchen Zwecken diese genutzt werden und welche Parteien darauf zugreifen können.<sup>127</sup> Unternehmen, die Daten anfordern, müssen ihre Verwendungszwecke offenlegen, die Datenverarbeitung transparent machen und die Rechte der Nutzer deutlich kommunizieren, um fundierte Entscheidungen zu ermöglichen.<sup>128</sup> Verträge über den Zugang zu Daten müssen klar formuliert sein und dürfen keine unangemessenen Bedingungen enthalten, die eine Partei unverhältnismässig benachteiligen.<sup>129</sup>

Wenn öffentliche Stellen Daten anfordern, müssen sie den Zweck der Anfrage, die geplante Nutzung und die Dauer der Datennutzung klar darlegen.<sup>130</sup> Zudem müssen Unternehmen, die Daten bereitstellen, eine transparente und

---

<sup>127</sup> Art. 3 DA.

<sup>128</sup> Art. 4 DA.

<sup>129</sup> Art. 5 DA.

<sup>130</sup> Art. 8 DA.

faire Kostenstruktur gewährleisten, die diskriminierungsfrei und nachvollziehbar ist.<sup>131</sup> Anbieter von Datenverarbeitungsdiensten wie Cloud- oder Edge-Lösungen sind verpflichtet, technische Anforderungen, Standards, Schnittstellen sowie mögliche Kosten und Hürden bei der Portierung von Daten offenzulegen.<sup>132</sup> Diese Massnahmen zielen darauf ab, Vertrauen in den Umgang mit Daten zu stärken, faire Wettbewerbsbedingungen zu schaffen und Nutzern sowie Unternehmen eine bessere Kontrolle über ihre Daten zu ermöglichen.

## F. DGA

Der DGA stellt Transparenz in den Mittelpunkt, um den fairen und sicheren Umgang mit Daten zu gewährleisten. Öffentliche Stellen, Datentreuhänder und datenaltruistische Organisationen müssen klare und verständliche Informationen über die Nutzung und Weitergabe von Daten bereitstellen.<sup>133</sup> Datentreuhänder sollen Neutralität und Transparenz sicherstellen, etwa durch Offenlegung von Datenverarbeitungskriterien und Schutzmassnahmen. Vermittlungsdienste und datenaltruistische Organisationen unterliegen Berichtspflichten, die eine nachvollziehbare und rechtssichere Datenverwaltung gewährleisten. Art. 12 und 20 DGA fordern faire, transparente und nichtdiskriminierende Praktiken sowie regelmässige Überprüfungen der Rechtskonformität.<sup>134</sup> Organisationen, die Daten altruistisch oder für das Gemeinwohl bereitstellen, müssen umfassend über Zwecke und Rechte informieren, um das Vertrauen der Nutzer zu stärken.

## G. Zwischenfazit

Transparenzvorschriften sind ein zentrales Element aller untersuchten Digitalregulierungen, da sie eine wesentliche Voraussetzung für partizipatorische Regulierung darstellen. Ohne Einblick in die regulierten Bereiche wäre es für Unternehmen, die Zivilgesellschaft und andere Akteure kaum möglich, Digitalregulierungen effektiv mitzugestalten und ihre Einhaltung zu überwachen.

---

<sup>131</sup> Art. 9 DA.

<sup>132</sup> Art. 13 DA.

<sup>133</sup> HK DGA-SPECHT-RIEMENSCHNEIDER (FN 95), Art. 5 DGA N 46.

<sup>134</sup> HEIKO RICHTER, Looking at the Data Governance Act and Beyond: How to Better Integrate Data Intermediaries in the Market Order for Data Sharing, GRUR Int. 2023, 458 ff.

Die untersuchten Rechtsakte unterscheiden sich in der konkreten Ausgestaltung ihrer Transparenzvorgaben aber wesentlich. Während die P2B-VO Transparenz als Verhaltenspflicht für Unternehmen definiert, sind in anderen Regelwerken Offenlegungs- und Berichtspflichten vorherrschend. Auch die Adressaten und Zielgruppen der Verpflichtungen variieren: Im DMA besteht eine Offenlegungspflicht gegenüber Werbetreibenden und der Kommission, während sie in anderen Rechtsakten meist auf Nutzer oder Aufsichtsbehörden abzielt. Ebenso unterscheiden sich die Transparenzanforderungen inhaltlich – von Datennutzung (DSGVO, DA, DGA) über Geschäftsbedingungen (P2B-VO) bis hin zu illegalen Inhalten (DSA) oder Massnahmen zur Einhaltung regulatorischer Vorgaben (DMA).

Diese Unterschiede verdeutlichen, dass Transparenz in der Digitalregulierung kein einheitliches Konzept ist, sondern kontextspezifisch ausgestaltet wird. Dennoch bleibt sie ein essenzielles Instrument, um Vertrauen zu schaffen, Regulierung durchzusetzen und eine effektive Beteiligung relevanter Akteure zu ermöglichen.

## VI. Fazit

Die untersuchten EU-Regulierungsakte weisen alle starke Elemente der partizipatorischen Demokratie auf, die jedoch unterschiedlich ausgeprägt und ausgestaltet sind. In allen Rechtsakten sind vor allem Konsultationen, Evaluierungen und Transparenzmassnahmen zu finden, die alle Mitwirkungsmöglichkeiten unter Einbeziehung der regulierten Unternehmen, Dritter und der Zivilgesellschaft beinhalten. Von ihnen wurde auch zum Teil schon Gebrauch gemacht. Vor allem in den Kernakten zur digitalen Wende, dem DSA und DMA sind zudem Regulierungsdialoge vorgesehen, die eine Flexibilisierung der Vorgaben der Rechtsakte unter Einbeziehung der Mitwirkung der regulierten Unternehmen erlauben.

Die Ausgestaltung der partizipatorischen Elemente folgt dennoch keinem roten Faden. In jedem Regulierungsinstrument unterscheiden sich die Ausrichtungen und der Umfang der partizipatorischen Regulierungsmechanismen. Dies entstammt nicht allein den unterschiedlichen Zielrichtungen der EU-Digitalrechtsakte, sondern ist auch an einer inkonsequenteren Verfolgung partizipatorischer Regulierungsinstrumente der Ko-Gesetzgeber gelegen, die keinen *Blueprint* verfolgt. Vielmehr zeigen sich die einzelnen Massnahmen

als vereinzelte Ausprägung eines guten Willens der Verankerung partizipatorischer Regulierung.

Die Annahme und Auswirkungen lassen sich nur im Ansatz analysieren. Teilweise werden partizipatorische Elemente rege wahrgenommen, z.B. die Konsultationen bei Erlass der P2B Verordnung oder Evaluierungen der DSGVO. In einigen Bereichen zeigt sich aber auch eine stark einseitige oder begrenzte Wahrnehmung der Massnahmen, z.B. der dürftigen Inanspruchnahme von Konsultationsmassnahmen und deren nur geringfügigen Einflussnahme auf die tatsächliche Ausgestaltung z.B. von Durchführungsverordnungen.



---

# Online-Plattformen als Regulierungsgegenstand

## Unionsrecht als Vorlage für die Schweiz?

Anna-Katharina Leitz\*

### Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	335
II.	Struktur und Inhalt des DSA	338
	A. Sachlicher Anwendungsbereich	338
	B. Territorialer Anwendungsbereich	339
	C. Ausgewählte Sorgfaltspflichten	340
	1. Kontaktstelle, gesetzlicher Vertreter und Transparenzberichte	340
	2. Regelungen zur Moderation von Inhalten	340
	3. Kennzeichnung von Werbung und Transparenz von Empfehlungssystemen	342
	4. Besondere Vorgaben für VLOPs und VLOSEs	343
	D. Durchsetzung	344
	E. Kritik	345
III.	Erste Erfahrungen mit dem DSA	345
	A. Umsetzung des DSA in der EU betreffend VLOPs und VLOSEs	345
	B. <i>De facto</i> «Brussels Effect» des DSA in der Schweiz?	347
IV.	<i>De jure</i> «Brussels Effect» des DSA: Pläne für eine Schweizer Regulierung	351
V.	Bewertung und Fazit	352

### I. Einleitung

Fast jeder oder jede mit einem internetfähigen Gerät benutzt heutzutage Online-Plattformen. Die Europäische Union setzte lange Zeit vorrangig auf Förderung solcher Online-Plattformen, insbesondere mit der Haftungsfreistellung

---

\* Ass. iur., Maître en droit, wissenschaftliche Assistentin und Doktorandin bei Prof. Dr. Peter G. Picht, Universität Zürich.

für Inhalte Dritter in der Richtlinie 2000/31/EG.<sup>1</sup> 20 Jahre später hat sich die Ausgangslage verändert, es gibt inzwischen eine Reihe von Risiken, die mit den gross gewordenen Online-Plattformen assoziiert werden. Dazu gehört die Verbreitung von rechtswidrigen Online-Inhalten, darunter Hassrede, terroristische und diskriminierende Inhalte, und von Desinformation.<sup>2</sup> Zudem binden die Anbieter von Online-Plattformen ihre Nutzer immer mehr an sich, was sich beispielsweise in der Verweildauer ausdrückt (die Rede ist auch von «Rabbit Holes»), sie sammeln grosse Mengen an personenbezogenen Daten und können so ihr Geschäftsmodell besser auf ihre Nutzerinnen zuschneiden und diese zu ihren Zwecken manipulieren.<sup>3</sup> Zudem können Plattformanbieter Inhalte löschen oder den Zugang zur Online-Plattform einschränken, ohne dass den Betroffenen wirksame Rechtsmittel zur Verfügung stehen.<sup>4</sup> Gerade jüngere Nutzerinnen setzen schliesslich vermehrt auf Online-Plattformen anstelle von traditionellen Medien.<sup>5</sup>

Die Europäische Kommission legte im Dezember 2020 im Rahmen ihrer Digitalstrategie<sup>6</sup> neben dem Entwurf für einen Digital Markets Act auch einen Entwurf für den Digital Services Act vor.<sup>7</sup> In einem zügigen Verfahren von nicht einmal zwei Jahren entstand ein umfangreicher Rechtsakt zur Regulierung von Online-Plattformen. Der Digital Services Act trat mit einigen Aus-

---

<sup>1</sup> Art. 12–15 Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt, ABl L 178/1, 17.07.2000. Siehe auch Hofmann/Raue DSA-HOFMANN/RAUE, in: Franz Hofmann/Benjamin Raue (Hrsg.), Digital Services Act, Baden-Baden 2023, (zit. Hofmann/Raue DSA-VERFASSER), Einleitung N 2. Zur Rechtslage in den USA siehe BAKOM (Hrsg.), BAKOM-Bericht. Intermediäre und Kommunikationsplattformen. Auswirkungen auf die öffentliche Kommunikation und Ansätze einer Governance, 17.11.2021 (zit. BAKOM), 44 f.

<sup>2</sup> ErwG 2, 9, 12 DSA.

<sup>3</sup> Mit empirischen Belegen TORSTEN GEROTT, Das Gesetz über digitale Dienste nach den Trilog-Verhandlungen, CR 2022, 516 ff., N 2.

<sup>4</sup> CHRISTIAN KUSS/DANIEL LEHMANN, Digital Services Act – Entwurf eines einheitlichen Rechtsrahmens für die EU-Digitalwirtschaft, Der Betrieb DB 2021, 605.

<sup>5</sup> EMEK (Hrsg.), Streamingdienste und Plattformen: Herausforderungen für Medien und Öffentlichkeit in der Schweiz, 27.04.2020, 8 ff.

<sup>6</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION, Mitteilung der Kommission, Eine neue Industriestrategie für Europa, 10.03.2020, COM(2020) 102 final, Ziff. 3.1.

<sup>7</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über einen Binnenmarkt für digitale Dienste (Gesetz über digitale Dienste) und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG, 15.12.2020, COM(2020) 825 final.

nahmen am 17. Februar 2024 in Kraft.<sup>8</sup> Der Rechtsakt ist als Verordnung unmittelbar in den Mitgliedstaaten der EU anwendbar.<sup>9</sup>

Ziel der Verordnung ist ein sicheres, vorhersehbares und vertrauenswürdiges Online-Umfeld zur Förderung von Innovation sowie zum Schutz von Grundrechten, insbesondere den Grundsatz des Verbraucherschutzes sowie das Recht auf Meinungs- und Informationsfreiheit, die unternehmerischen Freiheit und das Recht auf Nichtdiskriminierung.<sup>10</sup> Dies demonstriert das Spannungsfeld zwischen dem Schutz der unternehmerischen Freiheit der Plattformanbieter und dem Grundrechtsschutz der Nutzerinnen.<sup>11</sup> Es handelt sich um eine sog. Risikoregulierung, die die Gefahren von Online-Plattformen adressieren soll.<sup>12</sup>

Die Schweiz identifiziert ähnliche Risiken im Zusammenhang mit Online-Plattformen, einerseits die Verbreitung von rechtswidrigen Inhalten und von Desinformation, andererseits fehlende Transparenz bzgl. der Nutzerrechte.<sup>13</sup> Der Bundesrat plant daher ein Gesetz für grosse Kommunikationsplattformen zum Schutz der betroffenen Kommunikationsgrundrechte.<sup>14</sup>

Der vorliegende Beitrag vergleicht die verschiedenen Regulierungsansätze der EU und der Schweiz. Im Vordergrund stehen die Normen des DSA, bei denen auch die Schweiz einen Regelungsbedarf sieht, also besonders grosse Anbieter.<sup>15</sup> Der nächste Abschnitt widmet sich der Darstellung der wichtigsten Vorschriften des DSA (II.). Interessant erscheint in diesem Zusammenhang, ob der DSA bereits jetzt eine faktische Wirkung für die Schweiz aufgrund einer extraterritorialen Anwendung erzielt oder ob ein tatsächlicher Regelungsbe-

---

<sup>8</sup> Art. 93 Abs. 2 UAbs. 1 DSA, Ausnahmen siehe Art. 93 Abs. 2 UAbs. 2 DSA.

<sup>9</sup> Art. 288 Abs. 2 AEUV.

<sup>10</sup> Art. 1 Abs. 1, ErwG 3 DSA.

<sup>11</sup> Hofmann/Raue DSA-HOFMANN/RAUE (FN 1), Einleitung N 65.

<sup>12</sup> Vgl. FRANK JANNING, Der Staat der Konsumenten. Plädoyer für eine politische Theorie des Verbraucherschutzes, in: Roland Czada/Reinhard Zintl (Hrsg.), Politik und Macht, Politische Vierteljahrsschrift. Sonderheft 34/2003, 151 ff., 168.

<sup>13</sup> BAKOM (FN 1), 3 ff. Vgl. zu Deepfakes DANIEL VOGLER/ADRIAN RAUCHFLEISCH/GABRIELE DE SETA, Wahrnehmung von Deepfakes in der Schweizer Bevölkerung, in: Murat Karaboga et al. (Hrsg.), Deepfakes und manipulierte Realitäten. Technologiefolgenabschätzung und Handlungsempfehlungen für die Schweiz, Zollikon 2024, 125 ff.

<sup>14</sup> Vgl. Bundesrat, Pressemitteilung vom 5.4.2023. Internet: <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-94116.html> (Abruf 06.06.2025).

<sup>15</sup> Spezielle Vorschriften, z.B. für Anbieter von Online-Marktplätzen (Art. 29–32 DSA) oder die Haftungsfreistellung (Art. 4–8 DSA), bleiben somit ausser Betracht.

darf besteht (III.). Sodann ist auf die geplante Schweizer Plattformregulierung einzugehen und sind mögliche Perspektiven aufzuzeigen (IV.). Der letzte Abschnitt enthält eine Bewertung samt Fazit (V.).

## II. Struktur und Inhalt des DSA

Der DSA richtet sich an Anbieter von Online-Plattformen und verpflichtet sie zur Einhaltung bestimmter Sorgfaltspflichten.

### A. Sachlicher Anwendungsbereich

Online-Plattformen sind Intermediäre oder Vermittler für fremde Informationen ohne zentrale inhaltliche Steuerung.<sup>16</sup> Der DSA richtet sich nicht nur an Online-Plattform, sondern nimmt anhand verschiedener Kategorien eine pyramidenhafte Zunahme der Sorgfaltspflichten vor.<sup>17</sup>

Auf unterster Stufe adressiert der Rechtsakt allgemein Vermittlungsdienste, welche Dienstleistungen der Informationsgesellschaft<sup>18</sup> erbringen. Vermittlungsdienste leisten technisch betrachtet entweder eine reine Durchleitung, Caching oder Hosting-Dienste.<sup>19</sup> Art. 11–15 DSA sehen Sorgfaltspflichten für alle Anbieter von Vermittlungsdiensten vor.

Ein Hosting-Dienst speichert bereitgestellte Informationen einer Nutzerin in ihrem Auftrag.<sup>20</sup> Art. 16–18 DSA sehen weitere Sorgfaltspflichten für Anbieter von Hosting-Diensten vor. Eine Unterkategorie dieser Hosting-Dienste wiederum sind Online-Plattformen, die bereitgestellte Informationen des Nutzers nicht nur speichern, sondern auch verbreiten, solange es sich nicht um eine Nebenfunktion eines anderen Diensts handelt.<sup>21</sup> Hier gibt es weitere Sorgfaltspflichten in Art. 19–28 DSA zu beachten, mit Ausnahme für Kleinst- oder

---

<sup>16</sup> Hofmann/Raue DSA-HOFMANN (FN 1), Art. 3 N 45, 47.

<sup>17</sup> Vgl. bildliche Darstellung GREGOR SCHMID/MAX GREWE, Digital Services Act: Neues «Grundgesetz für Onlinedienste»?, MMR 2021, 279 ff.

<sup>18</sup> Zum Begriff siehe Art. 1 Abs. 1 lit. b Richtlinie (EU) 2015/1535: «[J]ede in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung».

<sup>19</sup> Art. 3 lit. g DSA. Vgl. auch Hofmann/Raue DSA-HOFMANN (FN 1), Art. 3 N 41 f., 61.

<sup>20</sup> Art. 3 lit. g iii DSA.

<sup>21</sup> Beispiele siehe ErwG 13 DSA.

Kleinunternehmen.<sup>22</sup> Online-Plattformen sind beispielsweise Social Media-Plattformen, App Stores oder Online-Marktplätze, für letztere sieht der DSA weitere Sorgfaltspflichten vor.<sup>23</sup> Separat definiert ist die Online-Suchmaschine, ebenfalls ein Vermittlungsdienst.<sup>24</sup> Aufgrund dieses breiten Anwendungsbereichs ohne Unterscheidung der Plattformtypen bezeichnet man den DSA auch als horizontale Plattformregulierung.<sup>25</sup>

Handelt es sich um sehr grosse Online-Plattformen (VLOPs) oder sehr grosse Online-Suchmaschinen (VLOSEs), gelten die weiteren Vorschriften der Art. 33–43 DSA. Für diese Kategorie müssen die Online-Plattformen oder Online-Suchmaschinen zunächst die quantitative Schwelle von durchschnittlich monatlich mind. 45 Mio. aktiven Nutzern<sup>26</sup> in der EU erreichen und die Europäische Kommission muss sie per Beschluss formell als solche benennen.<sup>27</sup> VLOPs und VLOSEs werden als systemrelevante *de facto* öffentliche Räume gesehen.<sup>28</sup>

## B. Territorialer Anwendungsbereich

Der DSA gilt für Vermittlungsdienste, die für Nutzerinnen mit Niederlassungsort oder Sitz in der Union angeboten werden, unabhängig vom Niederlassungsort des Diensteanbieters.<sup>29</sup> Das Marktorientprinzip, bereits im Rahmen der Datenschutz-Grundverordnung etabliert, soll sicherstellen, dass die Verordnung Vermittlungsdienste erfasst, die eine erhebliche Anzahl von Nutzern in der EU haben oder auf Tätigkeiten in einem oder mehreren Mitgliedstaaten

---

<sup>22</sup> Art. 19 Abs. 1 DSA i.V.m. Empfehlung 2003/361/EG, wonach Unternehmen mit weniger als 50 Beschäftigten und einem Jahresumsatz von weniger als 10 Mio. Euro von den Regelungen ausgenommen sind, solange sie nicht als VLOP oder VLOSE designiert wurden.

<sup>23</sup> Vgl. Art. 29–32 DSA; siehe auch SCHMID/GREWE (FN 17), MMR 2021, 279.

<sup>24</sup> Art. 3 lit. j DSA. Vgl. zum Begriff Hofmann/Raue DSA-HOFMANN (FN 1), Art. 3 N 63 ff., 92 ff.

<sup>25</sup> Hofmann/Raue DSA-HOFMANN/RAUE (FN 1), Einleitung N 14.

<sup>26</sup> Definition siehe Art. 3 lit. p DSA.

<sup>27</sup> Art. 33 Abs. 1 und 4 DSA, ausführlicher Hofmann/Raue DSA-KAESLING (FN 1), Art. 33 ff. N 12 ff.

<sup>28</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION, Impact Assessment. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC, 15.12.2020, SWD(2020) 348 final, Ziff. 27.

<sup>29</sup> Art. 2 Abs. 1 DSA.

ausgerichtet sind.<sup>30</sup> Der DSA richtet sich somit nicht an die Schweiz; allerdings müssen sich Schweizer Diensteanbieter an den DSA halten, wenn sich ihre Vermittlungsdienste an EU-Bürger richten oder auf die EU oder einzelne Mitgliedstaaten ausgerichtet sind.

## **C. Ausgewählte Sorgfaltspflichten**

### **1. Kontaktstelle, gesetzlicher Vertreter und Transparenzberichte**

Anbieter von Vermittlungsdiensten müssen eine zentrale Kontaktstelle für Behörden und Nutzerinnen benennen.<sup>31</sup> Besitzen sie keine Niederlassung in der EU, müssen sie zudem eine juristische oder natürliche Person als gesetzliche Vertretung benennen, welche zusätzlich für Verstöße gegen Pflichten des Plattformanbieters haftet.<sup>32</sup>

Anbieter von Online-Plattformen müssen zudem mindestens einmal jährlich einen sog. Transparenzbericht zur durchgeführten Moderation von Inhalten<sup>33</sup> öffentlich zur Verfügung stellen, bei VLOPs und VLOSEs alle sechs Monate.<sup>34</sup> Dieser beinhaltet u.a. Angaben zu behördlichen Anordnungen und ihrer Nachkommenszeit, zu den Meldungen rechtswidriger und AGB-widriger Inhalte, zu Entscheidungen aufgrund des internen Beschwerdemanagementsystems oder zur Verwendung automatisierter Mittel zur Moderation von Inhalten.<sup>35</sup> Damit soll ein engmaschiges Monitoring über die Umsetzung der Vorgaben zur Moderation von Inhalten erfolgen.<sup>36</sup>

### **2. Regelungen zur Moderation von Inhalten**

Der DSA macht für die Moderation von Inhalten verschiedene Verfahrensvorgaben. Viele dieser Sorgfaltspflichten knüpfen an den Begriff des rechtswidrigen Inhalts in Art. 3 lit. h DSA an, dieser verweist dafür allgemein auf das

---

<sup>30</sup> Vgl. Art. 3 lit. d und e DSA, ausführlicher Müller-Terpitz/Köhler DSA-MÜLLER-TERPITZ, in: Ralf Müller-Terpitz/Markus Köhler (Hrsg.), Digital Services Act, Kommentar, München 2024 (zit. Müller-Terpitz/Köhler DSA-VERFASSER), Art. 2 N 6 ff.

<sup>31</sup> Art. 11 und 12 DSA.

<sup>32</sup> Art. 13 Abs. 1 und 3 DSA.

<sup>33</sup> Begriff definiert in Art. 3 lit. t DSA.

<sup>34</sup> Art. 15 Abs. 1 Satz 1, Art. 42 Abs. 1 DSA.

<sup>35</sup> Art. 15 Abs. 1 lit. a–e DSA, Art. 24 Abs. 1, Art. 42 Abs. 2 DSA.

<sup>36</sup> Hofmann/Raue DSA-RAUE (FN 1), Art. 15 N 1 f.

Unionsrecht und das Recht der Mitgliedstaaten.<sup>37</sup> Der DSA definiert also die Rechtswidrigkeit nicht selbst, sondern nur den Umgang mit solchen Inhalten. Es gilt der Grundsatz, was offline verboten ist, soll auch online verboten sein.<sup>38</sup>

Zunächst müssen Anbieter von Hosting-Diensten ein Meldesystem für rechtswidrige Inhalte einrichten. Über diese Meldungen ist zeitnah, sorgfältig, frei von Willkür und objektiv zu entscheiden.<sup>39</sup> Es ist eine Begründung mit entsprechendem Mindestinhalt nach Art. 17 Abs. 1 und 3 DSA erforderlich. Dies gilt auch für AGB-widrige Inhalte. Daneben gibt es sog. vertrauenswürdige Hinweisgeber, deren Meldungen vorrangig und unverzüglich zu bearbeiten sind.<sup>40</sup>

Anbieter von Online-Plattformen haben Nutzerinnen zusätzlich ein internes, elektronisches und kostenfreies Beschwerdemanagementsystem gegen Entscheidungen anzubieten, die Inhalte entfernen oder Konten von Nutzerinnen sperren.<sup>41</sup> Auch hier gilt die Pflicht einer zeitnahen, diskriminierungsfreien, sorgfältigen und nicht willkürlichen Bearbeitung mit einer begründeten Entscheidung.<sup>42</sup> Die Entscheidung ist nicht allein aufgrund automatisierter Mittel zu treffen.<sup>43</sup> Daneben können Nutzer gegen Entscheidungen und bei nicht mit dem internen Beschwerdemanagementsystem gelösten Beschwerden zur Beilegung von Streitigkeiten eine zertifizierte aussergerichtliche Streitbeilegungsstelle wählen.<sup>44</sup> Die Kosten der aussergerichtlichen Streitbeilegung tragen die Anbieter von Online-Plattformen, Nutzerinnen tragen höchstens eine Schutzgebühr.<sup>45</sup> Während der Mechanismus verpflichtend ist, ist eine Entscheidung nicht bindend.<sup>46</sup>

Schliesslich ist die Erbringung von Diensten für Nutzerinnen für einen angemessenen Zeitraum nach Warnung auszusetzen, wenn diese häufig und offensichtlich rechtswidrige Inhalte bereitstellen. Ebenso ist zu verfahren für

---

<sup>37</sup> Beispiele siehe ErwG 12 DSA.

<sup>38</sup> ErwG 12 DSA.

<sup>39</sup> Art. 16 Abs. 1, 6 DSA.

<sup>40</sup> Art. 22 Abs. 1 DSA.

<sup>41</sup> Art. 20 Abs. 1 DSA.

<sup>42</sup> Art. 20 Abs. 4 Satz 1 und Abs. 5 DSA.

<sup>43</sup> Art. 20 Abs. 6 DSA.

<sup>44</sup> Art. 21 Abs. 1 UAbs. 1 DSA.

<sup>45</sup> Art. 21 Abs. 5 DSA.

<sup>46</sup> Art. 21 Abs. 2 UAbs. 3 DSA.

meldende Personen, die häufig offensichtlich unbegründete Meldungen oder Beschwerden einreichen. Diese Entscheidungen sollen vor missbräuchlicher Verwendung der Melde- und Beschwerdesysteme schützen und sind entsprechend den Vorgaben im DSA sorgfältig und objektiv zu treffen, wobei die AGB entsprechende Beispiele enthalten sollen.<sup>47</sup>

### **3. Kennzeichnung von Werbung und Transparenz von Empfehlungssystemen**

Werbung ist im DSA definiert als vom Plattformanbieter auf der Online-Plattform gegen Entgelt gezeigte Informationen, die Botschaften von juristischen oder natürlichen Personen verbreiten, unabhängig von der Verfolgung eines gewerblichen oder nichtgewerblichen Zwecks.<sup>48</sup> Für Werbung besteht eine Kennzeichnungspflicht, es sind der Name des Werbenden und gegebenenfalls die für die Werbung zahlenden Personen zu nennen und es ist über die wichtigsten Parameter zu informieren, weshalb eine konkrete Werbung einer Nutzerin angezeigt wird.<sup>49</sup> Zudem darf Werbung nicht auf Profiling unter Verwendung bestimmter, sensibler Kategorien wie politische Meinungen oder religiöse Überzeugungen erfolgen.<sup>50</sup> Ferner müssen Nutzerinnen ihre Inhalte mittels einer Funktion der Plattform als kommerzielle Kommunikation kennzeichnen können, um ihre jeweiligen Pflichten nach anderen Gesetzen zu erfüllen.<sup>51</sup> Dies soll Nutzern wie etwa Influencerinnen die Einhaltung eigener Informationspflichten nach anderen Gesetzen ermöglichen.<sup>52</sup> Anbieter von VLOPs und VLOSEs müssen zudem ein durchsuchbares Werbearchiv öffentlich zur Verfügung stellen, dass die Werbeanzeigen des letzten Jahres enthält.<sup>53</sup>

Empfehlungssysteme sind zumindest teilautomatisierte Systeme, welche Nutzerinnen Informationen auf der Online-Plattform vorschlagen oder priorisieren.<sup>54</sup> Anbieter von Online-Plattformen müssen für diese Systeme die wich-

---

<sup>47</sup> Art. 23 DSA.

<sup>48</sup> Art. 3 lit. r DSA.

<sup>49</sup> Art. 26 Abs. 1 DSA.

<sup>50</sup> Art. 26 Abs. 3 DSA i.V.m. Art. 9 DSGVO.

<sup>51</sup> Art. 26 Abs. 2 DSA.

<sup>52</sup> Hofmann/Raue DSA-GRISSE (FN 1), Art. 26 N 50 f.

<sup>53</sup> Art. 39 DSA.

<sup>54</sup> Art. 3 lit. s DSA.

tigsten Parameter und deren relative Gewichtung in ihren AGB angeben, die zur Bestimmung von Informationen eingesetzt werden.<sup>55</sup> Beispielsweise muss allgemein erläutert werden, wie ein Ranking oder ein Feed zustande kommt oder wieso eine bestimmte Werbung angezeigt wird.<sup>56</sup> Anbieter von VLOPs und VLOSEs müssen zudem eine Option zur Verfügung stellen, die nicht auf Profiling personenbezogener Daten beruht.<sup>57</sup>

#### 4. Besondere Vorgaben für VLOPs und VLOSEs

Für Anbieter von VLOPs und VLOSEs gelten nach ihrer Benennung noch weitere Pflichten. Diese folgen einem risikobasierten Regulierungsansatz mit Risikoermittlung, -analyse und -bewertung sowie einem Prüf- und Sanktionsmechanismus.<sup>58</sup>

Zunächst müssen die Anbieter mindestens einmal jährlich eine Risikobewertung sog. systemischer Risiken vornehmen. Dazu gehören folgende Risiken: einerseits die Verbreitung rechtswidriger Inhalte über die Dienste sowie andererseits tatsächliche oder vorhersehbare nachteilige Auswirkungen (i) auf die Ausübung von Grundrechten, (ii) auf die gesellschaftliche Debatte, auf Wahlprozesse und auf die öffentliche Sicherheit und (iii) in Bezug auf geschlechtsspezifische Gewalt, auf den Schutz der öffentlichen Gesundheit, auf Minderjährige und auf schwerwiegende Folgen für das körperliche und geistige Wohlbefinden einer Person.<sup>59</sup> Zur letzten Kategorie zählt auch die Verbreitung von Desinformation, welche nicht unbedingt rechtswidrig sein muss,<sup>60</sup> aber dennoch negative gesellschaftliche Auswirkungen haben kann.<sup>61</sup> Die Risikobewertung umfasst eine Analyse der Empfehlungssysteme und Algorithmen, der Systeme zur Moderation von Inhalten, der AGB, der Systeme zur Auswahl und Anzeige von Werbung sowie der datenbezogenen Praxis.<sup>62</sup> Die ermittelten Risiken sind durch geeignete, verhältnismässige und angemessene

---

<sup>55</sup> Art. 27 Abs. 1 und 2 DSA.

<sup>56</sup> Hofmann/Raue DSA-GRISSE (FN 1), Art. 27 N 14.

<sup>57</sup> Art. 38 DSA.

<sup>58</sup> Hofmann/Raue DSA-KAESLING (FN 1), Vorw. Art. 33 ff. N 7 f.

<sup>59</sup> Art. 34 Abs. 1 DSA.

<sup>60</sup> Hofmann/Raue DSA-HOFMANN (FN 1), Art. 3 N 82.

<sup>61</sup> ErwG 83 f. DSA.

<sup>62</sup> Art. 34 Abs. 2 DSA.

Massnahmen zu reduzieren, beispielsweise durch Anpassung der Gestaltung der Dienste, der AGB, der algorithmischen Systeme oder der Werbesysteme.<sup>63</sup>

Ferner müssen Anbieter von VLOPs und VLOSEs jährlich auf eigene Kosten eine unabhängige Prüfung durchführen lassen, die u.a. die Einhaltung ihrer Sorgfaltspflichten prüft.<sup>64</sup> Das Verfahren erinnert an die Prüfung durch unabhängige Wirtschaftsprüfer. Zudem müssen sie eine vom operativen Geschäft unabhängige Compliance-Abteilung einrichten, die genügend Befugnisse und Ressourcen hat, die Einhaltung des DSA zu überprüfen.<sup>65</sup>

## D. Durchsetzung

Der DSA setzt primär auf die behördliche Durchsetzung durch den Mitgliedstaat, in dem sich die Hauptniederlassung des Diensteanbieters befindet.<sup>66</sup> Für Anbieter von VLOPs und VLOSEs ist zudem die Europäische Kommission zuständig, für die besonderen Sorgfaltspflichten der Art. 33 ff. DSA ausschliesslich.<sup>67</sup> Diese Zentralisierung bei der Kommission ist eine Reaktion auf die rein mitgliedstaatliche Durchsetzung der DSGVO und soll die qualitative und quantitative Vollaufsicht über VLOPs und VLOSEs ermöglichen.<sup>68</sup> Für die Durchsetzung und Beaufsichtigung dieser Online-Plattformen kann die Kommission u.a. Auskünfte verlangen, Personen befragen und Durchsuchungen vornehmen.<sup>69</sup> Bei Nichteinhaltung der Sorgfaltspflichten kann sie Geldbussen anordnen.<sup>70</sup> Alternativ kann sie Verpflichtungszusagen der Plattformanbieter akzeptieren, mit denen diese Verhaltensanpassungen zusagen.<sup>71</sup> Auf der anderen Seite können Nutzerinnen von Online-Plattformen nach Art. 54 DSA in Verbindung mit dem nationalen Recht Schadenersatz verlangen, wenn ihnen ein kausaler Schaden entstanden ist.

---

<sup>63</sup> Art. 35 Abs. 1 DSA.

<sup>64</sup> Art. 37 Abs. 1 DSA.

<sup>65</sup> Art. 41 Abs. 1 DSA.

<sup>66</sup> Art. 56 Abs. 1 DSA.

<sup>67</sup> Art. 56 Abs. 2, 3 DSA

<sup>68</sup> Hofmann/Raue DSA-RADEMACHER (FN 1), Vorw Art. 49 ff. N 6.

<sup>69</sup> Art. 67–69 DSA.

<sup>70</sup> Bei Nichteinhaltung des DSA können diese bis zu 6 % des Jahresumsatzes eines Plattformanbieters betragen, vgl. Art. 74 Abs. 1 DSA.

<sup>71</sup> Art. 71 Abs. 1 DSA.

## E. Kritik

Eine derart umfassende Regulierung ist auch Kritik ausgesetzt, gerade aufgrund der im Raum stehenden Grundrechte von Nutzerinnen und Plattformanbietern: Ein vielfach vorgebrachter Punkt betrifft das sog. «Overblocking». Demnach würden Diensteanbieter Inhalte lieber bei geringen Zweifeln an der Legalität sperren, um einem Haftungsrisiko zu entgehen. Damit könnten sie die Meinungsfreiheit der Nutzerinnen einschränken.<sup>72</sup> Hier besteht gerade auch in den USA die Sorge, dass Plattformanbieter weltweit ihre Richtlinien an europäische Vorgaben anpassen.<sup>73</sup> Gleichzeitig ist hier eine differenzierende Sicht wichtig, da ein effektives Vorgehen gegen Rechtsverstöße auch die Meinungsfreiheit anderer Nutzerinnen schützen kann.<sup>74</sup> Ferner gilt die präventive Risikoüberwachung, etwa für Desinformation, für Anbieter von VLOPs und VLOSEs als zu weit und ausufernd. Kritiker befürchten hier aufgrund unbestimmter Rechtsbegriffe zu grosse Eingriffsmöglichkeiten für die Europäische Kommission.<sup>75</sup> Sicher ist, dass sowohl von Plattformanbietern als auch von den durchsetzenden Behörden aufgrund der Grundrechtsrelevanz Fingerspitzengefühl gefragt ist, um den DSA zum Erfolg zu verhelfen.

## III. Erste Erfahrungen mit dem DSA

Die folgende Betrachtung untersucht schwerpunktmässig Anbieter von VLOPs und VLOSEs, da sich die Schweizer Regulierung vermutlich ebenfalls nur an grosse Plattformen richten soll.

### A. Umsetzung des DSA in der EU betreffend VLOPs und VLOSEs

Bei den folgenden Online-Plattformen handelt es sich nach einer Designation durch die Kommission u.a. um VLOPs bzw. VLOSEs: Google Search

---

<sup>72</sup> Ausführlich ALEXANDER PEUKERT, Zu Risiken und Nebenwirkungen des Gesetzes über digitale Dienste (Digital Services Act), KritV 2022, 57, 63 ff.

<sup>73</sup> DAWN CARLA NUNZIATO, The Digital Services Act and the Brussels Effect on Platform Content Moderation, CJIL 24 (2023), 115 ff., 120 ff.

<sup>74</sup> Müller-Terpitz/Köhler DSA-HOLZNAGEL (FN 30), Art. 20 N 11 f.

<sup>75</sup> PEUKERT (FN 72), KritV 2022, 75 ff.; a.M. Müller-Terpitz/Köhler DSA-BEYERBACH (FN 30), Art. 34 N 31 ff.

und YouTube von Alphabet, Facebook und Instagram von Meta, LinkedIn und Bing von Microsoft, TikTok von ByteDance und X (vormals Twitter).<sup>76</sup>

Die Europäische Kommission ergriff bereits eine Reihe von Massnahmen und richtete zahlreiche Auskunftsersuchen an VLOPs und VLOSEs, beispielhaft betreffend den Datenzugang für Forschende,<sup>77</sup> den Umgang mit generativer KI, auch im Zusammenhang mit Wahlen,<sup>78</sup> oder die Empfehlungssystemen.<sup>79</sup>

Gegenüber Meta eröffnete die Europäische Kommission bereits zwei Verfahren und untersucht den Umgang des Plattformanbieters mit Werbung, Desinformation und politischen Inhalten, den Meldemechanismus sowie den Schutz von Minderjährigen auf Facebook und Instagram.<sup>80</sup> Betreffend X kommt die Kommission zum Schluss, dass die Online-Plattformen mit ihren verifizierten Accounts Nutzer täuscht, das Werbearchiv intransparent sei und sie Forschenden keinen ausreichenden Datenzugang gewährt.<sup>81</sup> Ferner eröffnete sie gegenüber TikTok zwei Verfahren und prüft den Schutz von Minderjährigen, das Werbearchiv und den Datenzugang für Forschende.<sup>82</sup> Darüber hinaus bemängelte die Kommission bei der Einführung von TikTok Lite in Spanien und Frankreich eine fehlende Risikoeinschätzung.<sup>83</sup> Daraufhin ver-

<sup>76</sup> Der vorliegende Beitrag konzentriert sich auf diese Online-Plattformen. Aktuelle Liste aller VLOPs und VLOSE sowie aller bisherigen Massnahmen einsehbar unter <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/list-designated-vlops-and-vloses>.

<sup>77</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION, Pressemitteilung vom 18.01.2024. Internet: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/commission-sends-requests-information-17-very-large-online-platforms-and-search-engines-under> (Abruf 06.06.2025).

<sup>78</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION, Pressemitteilung vom 14.03.2024. Internet: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/commission-sends-requests-information-generative-ai-risks-6-very-large-online-platforms-and-2-very> (Abruf 06.06.2025).

<sup>79</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION, Pressemitteilung vom 02.10.2024. Internet: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/commission-sends-requests-information-youtube-snapchat-and-tiktok-recommender-systems-under-digital> (Abruf 06.06.2025).

<sup>80</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION, Zusammenfassung vom 30.04.2024. Internet: <https://ec.europa.eu/newsroom/dae/redirection/document/105265> (Abruf 06.06.2025); EUROPÄISCHE KOMMISSION, Pressemitteilung vom 16.05.2024. Internet: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_24\\_2664](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_24_2664) (Abruf 06.06.2025).

<sup>81</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION, Pressemitteilung vom 12.07.2024. Internet: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_24\\_3761](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_24_3761) (Abruf 06.06.2025).

<sup>82</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION, Zusammenfassung vom 19.02.2024. Internet: <https://ec.europa.eu/newsroom/dae/redirection/document/102958> (Abruf 06.06.2025).

<sup>83</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION, Entscheidung vom 22.04.2024, DSA.100121. Internet: <https://ec.europa.eu/newsroom/dae/redirection/document/108626> (Abruf 06.06.2025).

pflichtete sich TikTok, dass TikTok Lite Rewards Programm in der EU dauerhaft einzustellen.<sup>84</sup> LinkedIn verpflichtete sich nach einem Auskunftsersuchen, Werbung basierend auf sensiblen Daten wie sexueller Orientierung oder politischen Meinungen freiwillig einzustellen, was im Gegensatz zu Art. 26 Abs. 3 DSA stand.<sup>85</sup>

Hier zeigt sich, dass eine fortgesetzte und enge Aufsicht der VLOPs und VLOSEs erforderlich ist, um die Einhaltung der Vorgaben des DSA zu kontrollieren. Insbesondere im Vorfeld von europäischen und nationalen Wahlen oder sonstigen besonderen Ereignissen kommt es bisher zu schnellen Reaktionen von Behördenseite, die in einem ständigen Austausch mit den Plattformanbietern stehen.

## B. ***De facto «Brussels Effect» des DSA in der Schweiz?***

Die Vorschriften des DSA sind in der EU seit Februar 2024 in Kraft. Vor Erlass einer Schweizer Regulierung erscheint es interessant, zu untersuchen, ob der DSA einen *de facto «Brussels Effect»* hat. Setzen die Plattformanbieter den DSA freiwillig für die Schweiz um?

Der Brussels Effect bezeichnet das Phänomen, dass einseitig regulatorische Massnahmen der EU ausserhalb des eigentlichen Anwendungsbereich zur Anwendung gelangen.<sup>86</sup> Dies kann entweder *de jure* durch eine Übernahme solcher Gesetze durch andere Länder geschehen oder *de facto* durch freiwillige Übernahme als Standard durch Unternehmen.<sup>87</sup> Erklären lässt sich der Brussels Effect mit der Marktgrösse der EU, der Kapazität zur Schaffung von regulatorischem Einfluss, dem Wille zu strengen Vorschriften, der Mög-

---

<sup>84</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION, Entscheidung vom 05.08.2024, DSA.100121. Internet: <https://ec.europa.eu/newsroom/dae/redirection/document/108453> (Abruf 06.06.2025).

<sup>85</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION, Pressemitteilung vom 07.06.2024. Internet: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/statement-commissioner-breton-steps-announced-linkedin-comply-dsa-provisions-targeted-advertisement> (Abruf 06.06.2025).

<sup>86</sup> Grundlegend ANU BRADFORD, The Brussels Effect, Northwestern University Law Review 107 (2012), 1. Siehe ferner ADAM CANDEUB, The Digital Services Act, the First Amendment, and deputised surveillance, Journal of Media Law 16 (2024), 65 ff.; THALES MARTINI BUENO/RENAN GADONI CANAAN, The Brussels Effect in Brazil: Analysing the impact of the EU digital services act on the discussion surrounding the fake news bill, Telecommunications Policy 48 (2024) 102757; DAWN CARLA NUNZIATO (FN 73), CJIL 24 (2023), 115 ff.; PETER GEORG PICTH et al., Schweizer DMA-Brussels-Effekt?, Zürich 2024. Internet: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4981400](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4981400) (Abruf 06.06.2025).

<sup>87</sup> BRADFORD (FN 86), Northwestern University Law Review 107 (2012), 6.

lichkeit zur Regulierung unbeweglicher Objekte wie Verbraucherinnen und der Unteilbarkeit von Standards, etwa aus technischen oder ökonomischen Gründen.<sup>88</sup> Oft zitiertes Beispiel für einen Rechtsakt mit *Brussels Effect* ist die DSGVO.<sup>89</sup>

In Bezug auf die Schweiz können die Marktgrösse und die Sprachnähe für eine freiwillige Anwendbarkeit sprechen. Es kommt aber auch auf die technische Umsetzbarkeit lokaler Unterschiede, die Kosten, die Erforderlichkeit nationaler Institutionen und gegenteilige Regelungen für die Plattformanbieter an.<sup>90</sup>

Die zu prüfende Hypothese lautet, dass grosse Plattformanbieter den DSA zumindest teilweise freiwillig für Schweizer Nutzerinnen umsetzen könnten. Die Einhaltung bestimmter DSA-Pflichten kann anhand der vorhandenen Nutzungsbedingungen (auch AGB) der Plattformanbieter oder in ihren Online-Plattformen geprüft werden. Ferner erläutern manche Plattformanbieter auf ihren Webseiten die Umsetzung der DSA-Vorgaben und nehmen zu einer überschüssenden Umsetzung Stellung, gerade für die EFTA-Staaten. Die nachfolgende Untersuchung erhebt keinerlei Anspruch auf Vollständigkeit, sondern zeigt lediglich ausgewählte Befunde. Untersucht werden die oben genannten, bereits designierten sechs Anbieter von VLOPs und VLOSEs (siehe III.A.) und ihre Nutzungsbedingungen.<sup>91</sup>

Alle Plattformanbieter bieten soweit aus den AGB ersichtlich einen Mechanismus zur Meldung von Drittinhalten sowie einen Beschwerdemechanismus im Zusammenhang mit Entscheidungen der Plattformanbieter an. Der Mel-

---

<sup>88</sup> BRADFORD (FN 86), Northwestern University Law Review 107 (2012), 11 ff.

<sup>89</sup> CHRISTIAN PEUKERT/STEFAN BECHTOLD/MICHAIL BATIKAS/TOBIAS KRETSCHMER, Regulatory Spillovers and Data Governance: Evidence from the GDPR, Marketing Science 41 (2022), 746 ff.; ANU BRADFORD, The Brussels Effect: How the European Union Rules the World, New York 2020, Kap. 5. Für die Schweiz vgl. THOMAS STEINER, Zwischen Autonomie und Angleichung, in: Michael Widmer (Hrsg.), Datenschutz Rechtliche Schnittstellen, Zürich 2023, 51 ff.

<sup>90</sup> MARTIN HUSOVEC/JENNIFER URBAN, Will the DSA have the Brussels Effect?, 21.02.2024, <https://verfassungsblog.de/will-the-dsa-have-the-brussels-effect/>.

<sup>91</sup> Nutzungsbedingungen Google <https://policies.google.com/terms?hl=de-CH&fg=1>; Nutzungsbedingungen LinkedIn <https://de.linkedin.com/legal/preview/user-agreement>; Nutzungsbedingungen und Richtlinien von Facebook und Instagram [https://de-de.facebook.com/policies\\_center/](https://de-de.facebook.com/policies_center/); Microsoft-Servicevertrag <https://www.microsoft.com/de-de/services-agreement/#page-top>; Nutzungsbedingungen TikTok <https://www.tiktok.com/legal/page/sea-terms-of-service/de>; Nutzungsbedingungen X <https://x.com/de/tos>.

demechanismus im DSA stellt besondere Anforderungen bei rechtswidrigen Inhalten; ob hier die Plattformanbieter anders verfahren als bei Meldungen AGB-widriger Inhalte ergibt sich nicht aus den AGB. Dass es solche Mechanismen gibt, ist nicht erstaunlich, da der DSA hier kein Novum kreiert, sondern Bestehendes reguliert.<sup>92</sup> Das bedeutet aber nicht, dass die Plattformanbieter inhaltlich bei den Meldungen oder Beschwerden in der Schweiz und in der EU gleich agieren und die Verfahrensgarantien auch in der Schweiz umsetzen. Beispielhaft ist dies bei Meta zum Thema Missbrauch der Meldemechanismen in den AGB zu sehen, wo die AGB-Fassung für Deutschland deutlich ausführlicher ist als die Schweizer Fassung.<sup>93</sup> Dies dürfte mit den Pflichten zur Darlegung des Umgangs mit der Moderation von Inhalten in Art. 14 Abs. 1 und 23 Abs. 4 DSA zusammenhängen, die Unterschiede in den AGB könnten aber eine unterschiedliche Behandlung von Meldungen und Beschwerden widerstrengen. Hier bedürfte es ggf. konkreterer Schweizer Regelungen.

Dagegen ist eine Prüfung von Plattformentscheidungen durch ausserechtliche Streitbeilegungsmechanismen für Schweizer Nutzerinnen bei keiner Plattform möglich. Lediglich Meta bietet mit dem Oversight Board eine interne Prüfungsmöglichkeit.<sup>94</sup> Hier ist die Kostentragungspflicht für Plattformanbieter sicher der Grund, von einer freiwilligen Übernahme abzusehen. Ähnliche Befunde beschreiben PICHT et al. im Hinblick auf einen ausserechtlichen Streitbeilegungsmechanismus, der im Digital Markets Act für gewerbliche Nutzer vorgesehen ist.<sup>95</sup>

Die Transparenzpflicht für Werbung halten Plattformanbietern freiwillig ein: Nutzerinnen erhalten in der Regel auf den Online-Plattformen angezeigt, wieso sie eine bestimmte Werbung sehen. Die Einrichtung eines Werbearchivs für die Schweiz erfolgt bei der Hälfte der Dienste, bei Meta ist immerhin poli-

---

<sup>92</sup> Vgl. Müller-Terpitz/Köhler DSA-HOLZNAGEL (FN 30), Art. 20 N 3.

<sup>93</sup> Die deutschen Nutzungsbedingungen von Meta unterscheiden sich hier beispielsweise von den Schweizer, diese passen sich je nach IP-Adresse des Endgeräts dynamisch an. Hierauf bereits hinweisend PICHT et al. (FN 86), 13.

<sup>94</sup> Meta Transparency Center. Internet: <https://transparency.meta.com/de-de/oversight/appealing-to-oversight-board> (Abruf 06.06.2025).

<sup>95</sup> PICHT et al. (FN 86), 15 und 18.

tische Werbung einsehbar.<sup>96</sup> Zudem stellen alle Social Media-Plattformen Informationen zu ihren Empfehlungssystemen und den angebotenen Optionen zur Verfügung.

Die Pflicht, eine Option für Empfehlungssysteme ohne Personalisierung anzubieten, etwa für den sog. Feed bei Social Media-Plattformen, setzen Meta und TikTok nur für die EU um.<sup>97</sup> Ein Verbot der Adressierung von personalisierter Werbung an Minderjährige wird ebenfalls nur in der EU umgesetzt.<sup>98</sup> Allerdings plant Meta aktuell einen sog. Teens Account, der weltweit verfügbar sein soll.<sup>99</sup>

Während die Plattformanbieter Transparenzpflichten also bereits über-  
obligatorisch umsetzen, scheuen sie kostenintensive Massnahmen wie eine aussergerichtliche Streitbeilegung oder die Einschränkung personalisierter Werbung. Hier besteht durch Geolokalisierung überhaupt die technische Möglichkeit, unterschiedliche Optionen in unterschiedlichen Ländern anzubieten. Massnahmen, die möglicherweise die Funktionalität oder Einnahmen der Online-Plattform mindern, sind also eher nicht freiwillig in der Schweiz zu finden. So ist beispielsweise TikTok Lite in der Schweiz verfügbar.<sup>100</sup>

---

<sup>96</sup> Werbearchive auch für die Schweiz: Google Ads Transparency Center. Internet: <https://adtransparency.google.com/?region=CH>; LinkedIn Anzeigenbibliothek. Internet: <https://www.linkedin.com/ad-library/>; TikTok Anzeigenbibliothek. Internet: [https://library.tiktok.com/ads?region=CH&start\\_time=1664575200000&end\\_time=1731168954208&adv\\_name=&adv\\_biz\\_ids=&query\\_type=&sort\\_type=last\\_shown\\_date,desc](https://library.tiktok.com/ads?region=CH&start_time=1664575200000&end_time=1731168954208&adv_name=&adv_biz_ids=&query_type=&sort_type=last_shown_date,desc); Meta Werbebibliothek. Internet: [https://www.facebook.com/ads/library/?active\\_status=active&ad\\_type=political\\_and\\_issue\\_ads&country=CH&media\\_type=all&source=nav-header](https://www.facebook.com/ads/library/?active_status=active&ad_type=political_and_issue_ads&country=CH&media_type=all&source=nav-header). Dagegen die Schweiz nicht einbeziehend: Microsoft Ad Library. Internet: <https://adlibrary.ads.microsoft.com/>; Anzeigenarchiv <https://ads.twitter.com/ads-repository> (Abruf aller angegebenen Internetquellen 06.06.2025).

<sup>97</sup> Pflicht aus Art. 38 DSA. Vgl. Meta zur Umsetzung des DSA. Internet: <https://about.fb.com/news/2023/08/new-features-and-additional-transparency-measures-as-the-digital-services-act-comes-into-effect> (Abruf 06.06.2025); TikTok zur Umsetzung des DSA. Internet: <https://newsroom.tiktok.com/de-de/unsere-einhaltung-des-digital-services-act> (Abruf 06.06.2025). Für weitere Plattformanbieter sind dazu keine Angaben verfügbar.

<sup>98</sup> Pflicht aus Art. 28 Abs. 2 DSA. Vgl. Meta zur Umsetzung des DAS. Internet: <https://about.fb.com/news/2023/08/new-features-and-additional-transparency-measures-as-the-digital-services-act-comes-into-effect> (Abruf 06.06.2025); TikTok zur Umsetzung des DAS. Internet: <https://newsroom.tiktok.com/de-de/unsere-einhaltung-des-digital-services-act> (Abruf 06.06.2025).

<sup>99</sup> <https://about.fb.com/news/2024/09/instagram-teen-accounts> (Abruf 06.06.2025).

<sup>100</sup> Vgl. Google Play Store für die Schweiz. Internet: [https://play.google.com/store/apps/details?id=com.zhiliaoapp.musically.go&hl=de\\_CH](https://play.google.com/store/apps/details?id=com.zhiliaoapp.musically.go&hl=de_CH) (Abruf 06.06.2025).

Teilweise ist also bereits ein *de facto* Brussels Effect zu erkennen, wenn Massnahmen wenig Kosten verursachen und technisch mit verhältnismässigem Aufwand umzusetzen sind. Grundsätzlich müsste aber eine Schweizer Regulierung erfolgen, wenn der DSA umfassender zur Anwendung gelangen soll.

#### IV. *De jure «Brussels Effect» des DSA: Pläne für eine Schweizer Regulierung*

Der Bundesrat hat die Ausarbeitung einer Vernehmlassungsvorlage bis 31. März 2024 in Auftrag gegeben, diese liegt aber zum Zeitpunkt der Vollendung dieses Beitrags noch nicht vor. Bisher bekannt sind die folgenden Aspekte:

Die Regulierung soll «grossen Kommunikationsplattformen» adressieren.<sup>101</sup> Es sollen wohl nur Anbieter von VLOPs und VLOSEs im Sinne des DSA erfasst werden, sprich es gibt keinen horizontalen Ansatz. Nach einem BAKOM-Bericht zeichnen sich Kommunikationsplattformen dadurch aus, dass ihre Betreiber als Intermediäre keine Inhalte für die Online-Plattformen produzieren, sie jedoch die Informationssuche und die Kommunikation von eigenen Inhalten der Nutzerinnen ermöglichen und so zum öffentlichen kommunikativen Austausch beitragen.<sup>102</sup> Möglicher Regelungsadressat sind also Suchmaschinen, soziale Netzwerke, Multimedia-Plattformen und Blogging-Dienste, Online-Marktplätze und Bewertungs-Plattformen dagegen eher nicht.

Geplant sind ähnlich wie im DSA bestimmte Sorgfaltspflichten für die Plattformanbieter. Genannt sind bisher die Veröffentlichung von Transparenzberichte, die Einrichtung von Kontaktstellen und Rechtsvertretern in der Schweiz, Begründungspflichten bei Löschungen von Inhalten, die Einführung eines Beschwerdemechanismus bei Löschung von Inhalten oder Sperrung eines Kontos, die Etablierung einer unabhängigen Schweizer Schlichtungsstelle, finanziert durch die Online-Plattformen, die Kennzeichnung von Werbung, bei zielgruppenspezifischer Werbung mit Veröffentlichung der wichtigsten Parameter für die Ausspielung von Werbung, und die Ermöglichung von niederschwelligen Meldungen bei Aufrufen zu Hass, Gewaltdarstellungen

---

<sup>101</sup> BUNDESRAT, Pressemitteilung vom 05.04.2023. Internet: <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-94116.html> (Abruf 06.06.2025).

<sup>102</sup> BAKOM (FN 1), 2.

und Drohungen, welche die Plattformanbieter prüfen und bearbeiten.<sup>103</sup> Damit konzentriert sich der Bundesrat auf die Sorgfaltspflichten für Anbieter von Hosting-Diensten und Online-Plattformen.

Inzwischen hat der Bundesrat weitere Details bekanntgegeben. So soll es eine Risikobewertung der Online-Plattformen geben.<sup>104</sup> Zudem soll über die Rolle von algorithmischen Empfehlungssystemen und ihre Auswirkung auf gesellschaftliche Debatten und Wahlprozesse berichtet werden. Für die Durchsetzung ist die Einführung einer Plattformaufsicht vorgesehen, die die Einhaltung der Sorgfaltspflichten prüft und dann über entsprechende Sanktionsmöglichkeiten bei Verstößen verfügt.<sup>105</sup> Hier deutet sich zumindest an, dass der Bundesrat auch einige der besonderen Sorgfaltspflichten für VLOPs und VLOSEs übernehmen könnte, das genaue Ausmass ist bisher noch nicht bekannt.

## V. Bewertung und Fazit

Der DSA galt manchen schon vor Erlass als «Verfassung des Internets»<sup>106</sup> und beinhaltet eine weitgehende, horizontale Plattformregulierung. Der Bundesrat sieht ebenfalls Handlungsbedarf in Bezug auf Online-Plattformen. Dies überrascht, ist die Schweizer Haltung doch oft zuwartend und geprägt von eigenen Lösungen. Eine vergleichbare Regelung wie den DMA lehnt der Bundesrat beispielsweise unter Verweis auf das Kartellgesetz und einen erwarteten *de*

---

<sup>103</sup> BUNDES RAT, Pressemitteilung vom 05.04.2023. Internet: <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-94116.html> (Abruf 06.06.2025).

<sup>104</sup> Stellungnahme des Bundesrates vom 14.02.2024 zu 23.4429. Interpellation Tschopp Jean. Demokratie und Datenschutz. Welches Recht gilt in Bezug auf die sehr grossen Online-Plattformen? Internet: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20234429> (Abruf 10.06.2025).

<sup>105</sup> Stellungnahme des Bundesrates vom 14.08.2024 zu 24.3415. Interpellation Tschopp Jean. Plattformen und KI. Rechte der Nutzerinnen und Nutzer. Internet: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20243415> (Abruf 10.06.2025).

<sup>106</sup> <https://europe-calling.de/en/europe-calling-dsa-deal> (Abruf 06.06.2025).

*facto* Brussels Effect ab.<sup>107</sup> Auch der unionsrechtliche AI Act soll zunächst nicht für die Schweiz übernommen werden.<sup>108</sup>

Grundsätzlich ist es zwar bereits heute möglich, nach geltendem Straf- und Zivilrecht gegen Anbieter von Online-Plattformen vorzugehen.<sup>109</sup> Allerdings erschweren Anonymität und Internationalität die Durchsetzung bei rechtswidrigen Inhalten und es fehlen spezielle Regelungen zu legaler Desinformation.<sup>110</sup> Mit traditioneller Rechtsdurchsetzung über Behörden und Gerichte erscheint es angesichts der Menge an Inhalten schwierig, gegen möglichst viele rechtswidrige Inhalte vorzugehen. Weiterhin gibt es bereits eine Selbstregulierung der Plattformanbieter, beispielsweise in Form von sog. Community Standards für Inhalte, Meldemechanismen und der Einsatz von Fact Checkern.<sup>111</sup> Hinzu kommt wie gezeigt stellenweise der *de facto* Brussels Effect. Trotzdem zeigt auch die Schweiz einen Regulierungswillen und will zumindest Teile des DSA übernehmen. Dieses Befürworten einer DSA-ähnlichen Plattformregulierung erklärt sich auch mit Blick auf die im Raum stehenden Grundrechte, insbesondere die Meinungäußerungs- und die Informationsfreiheit, und den Schutz demokratischer Werte und Prozesse wie Wahlen. Es zeigt, wie ernst der Bundesrat die gesamtgesellschaftlichen Auswirkungen der Plattformökonomie einschätzt. Plattformanbieter sind daher wie im DSA geschehen in die Rechtsdurchsetzung einzubinden, sie sollen aufgrund der Grundrechtsrelevanz aber anders als bisher beaufsichtigt werden (sog. «enforced self-regulation»).<sup>112</sup> Allerdings ist hier abzuwarten, wie sehr sich die Schweizer Vernehmlassungsvorlage an den europäischen Vorgaben zur beaufsichtigten Risikoanalyse und -bewertung mit anschliessender Risikominderung anschliesst. Aber auch in der EU steht der Beweis noch aus, dass es sich hier nicht nur um einen zahnlosen Papier tiger handelt.

---

<sup>107</sup> Stellungnahme des Bundesrates vom 17.05.2023 zu 23.3069. Motion Marti Min Li. Digital Markets Act für die Schweiz. Internet: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20233069> (Abruf 10.06.2025).

<sup>108</sup> BUNDESRAT, Pressemitteilung vom 12.02.2025. Internet: <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-104110.html> (Abruf 06.06.2025).

<sup>109</sup> Ausführlich BAKOM (FN 1), 50 f., 55 ff., 66 f.

<sup>110</sup> BAKOM (FN 1), 56 ff., 66 f.

<sup>111</sup> Vgl. auch BAKOM (FN 1), 50 ff.

<sup>112</sup> Vgl. Hofmann/Raue DSA-KAESLING (FN 1), Vorw. Art. 33 ff. N 10.

Gleichzeitig soll die Schweizer Regulierung nur ausgewählte grosse und internationale Unternehmen treffen, auf eine umfassende horizontale Regulierung wird mangels erforderlicher Gefahrenabwehr verzichtet. Normadressat sind nach bisherigen Erkenntnissen also nur einige wenige ausländische Unternehmen. Der *de jure* Brussels Effect in der Schweiz wird daher auch nur beschränkt sein.

Welche Lehren lassen sich final vom DSA für die Schweizer Regulierung ziehen? Der Erfolg der Schweizer Regulierung hängt ähnlich wie beim DSA vom politischen Willen ab, neben inhaltlichen Vorgaben auch auf eine starke Durchsetzung zu setzen.<sup>113</sup> Dies unterstreichen die gezeigten ersten Durchsetzungserfolge der Europäischen Kommission (siehe III.A.). Zwar mag es einen gewissen *de facto* Brussels Effect für die Schweiz bei europäischen Durchsetzungsmassnahmen nach dem DSA geben, wenn die Schweiz ein DSA-ähnliches Regime vorsieht. Verlassen sollte sie sich aber darauf nicht.

Die effektive Durchsetzung kann durch unterschiedliche Massnahmen erfolgen: Eine empirische Untersuchung von *Drolsbach/Pröllochs* betreffend Social Media-Plattformen in der EU zeigt, dass die Moderation von Inhalten sehr unterschiedlich ausfallen kann, etwa was die Anzahl Entscheidungen oder den Einsatz von Automatisierung betrifft.<sup>114</sup> Hierbei geht es nicht um eine inhaltliche Überwachung einzelner Massnahmen, sondern vielmehr ein Monitoring des allgemeinen Umgangs mit rechtswidrigen Inhalten, um strukturelle Defizite zu entdecken.<sup>115</sup> So ermittelt inzwischen die Europäische Kommission, weil X beispielsweise sein Team, dass Inhalte moderiert, um 20 % verkleinerte.<sup>116</sup> Dabei können Transparenzberichte ein guter Anhaltspunkt sein, die dann eine tiefergehende behördliche Prüfung erlauben.

Hinzuweisen ist weiterhin auf die Vorteile, die die Pflichten betreffend Risikoabschätzung und -minderung für Anbieter von VLOPs und VLOSEs mit sich bringen: Bemerkenswert schnell konnte die Kommission eine Ein-

---

<sup>113</sup> Ähnlich CHAYANIS AUEAMNUAY/CARMEN BERJÓN/STELLA GALEHR/LUCA GRAF/ANDREAS HEINEMANN, Digital Regulation in the European Union, EuZ 2024, C 1, C 12.

<sup>114</sup> Vgl. CHIARA DROLSBACH/NICOLAS PRÖLLOCHS, Content Moderation on Social Media in the EU: Insights From the DSA Transparency Database, Companion Proceedings of the Association for Computing Machinery Web Conference 2024, 939 ff.

<sup>115</sup> Dies ist in Art. 24 Abs. 5 DSA vorgesehen.

<sup>116</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION, Pressemitteilung von 08.05.2024. Internet: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/commission-requests-information-x-decreasing-content-moderation-resources-under-digital-services> (Abruf 06.06.2025).

stellung von TikTok Lite erreichen, auch weil sie nicht die Schädlichkeit dieser App nachweisen musste. Diese *ex ante*-Pflicht zwingt Plattformbetreiber, Risiken selbst zu erkennen und zu minimieren, und verschiebt damit die primäre Beweistragungspflicht von beaufsichtigenden Behörden zu den Plattformanbietern.

Auch kann eine Nähe zur EU-Regulierung bei der Durchsetzung förderlich sein: Zunächst ist es aus Sicht der Plattformanbieter vorteilhaft, wenn einzelne Länder der EU folgen, anstatt eigene nationale Regelungen aufzustellen, die die Compliancepflichten für Unternehmen erhöhen. Eine Erstreckung des EU-Mechanismus dürfte in der Regel (technisch) einfacher umzusetzen sein als die Einrichtung eines Schweizer Sonderwegs. Die Nähe zum DSA könnte dazu beitragen, die Standortattraktivität der Schweiz zu bewahren und die Umsetzung durch die Plattformanbieter zu fördern.

Die Schweiz könnte auch auf Ebene des Tertiärrechts von der EU profitieren: Die Kommission kann Durchführungsverordnungen und Leitlinien erlassen. Beispielsweise veröffentlichte die Kommission für die Transparenzberichte ein Muster, das ab 1. Juli 2025 für diese zu verwenden ist und zur Harmonisierung der Berichte führen soll.<sup>117</sup> Sie führt hier u.a. eine Kategorisierung von illegalen Inhalten ein. Ferner will die Kommission für den besonderen Schutz von Minderjährigen Leitlinien erlassen. Dafür führte sie bereits eine Sondierung durch und plant nun, die Leitlinien 2025 zu publizieren.<sup>118</sup> Hier bietet sich ggf. eine Orientierung an solchen Mustern aus Effizienzgründen für Behörden und Online-Plattformen an.

Darüber hinaus bietet sich eine nähere Zusammenarbeit zwischen der Schweizer Plattformaufsicht und der Kommission (ggf. auch den Mitgliedstaaten) an: Dies könnte beispielsweise den Aufwand bei einzelnen Verfahren verringern, die Beweisführung erleichtern und Verpflichtungszusagen auf die Schweiz erstrecken. Die Kapazitäten einer Schweizer Behörde könnten zudem

---

<sup>117</sup> Durchführungsverordnung (EU) 2024/2835 der Kommission vom 4. November 2024 zur Festlegung von Vorlagen für die Transparenzberichtspflichten der Anbieter von Vermittlungsdiensten und der Anbieter von Online-Plattformen gemäss der Verordnung (EU) 2022/2065 des Europäischen Parlaments und des Rates, C/2024/7005, ABl L, 2024/2835, 5.11.2024, inklusive Muster und Ausfüllhilfen. Internet: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/implementing-regulation-laying-down-templates-concerning-transparency-reporting-obligations> (Abruf 06.07.2025).

<sup>118</sup> [https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/14352-Schutz-Minderjähriger-Leitlinien\\_de](https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/14352-Schutz-Minderjähriger-Leitlinien_de) (Abruf 06.06.2025).

verstärkt für Schweizer Sonderfälle wie nationale Wahlen eingesetzt werden. Dafür böte sich ein Abkommen an, wie es bereits für die Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörden besteht.<sup>119</sup>

Noch ist nicht absehbar, ob sich der DSA über den EU-Binnenmarkt hinaus zum globalen Standard für das Internet entwickelt. Mit Blick auf die Schweiz zeichnet sich aber ein deutlicher *de jure* Brussels Effect für «grossen Kommunikationsplattformen» ab. Allerdings sollte die Schweiz Entwicklungen bei allen Plattformkategorien im Blick behalten. Der schnelle Aufstieg des Online-Marktplatzes Temu, gegen den sich verschiedenstliche Kritik richtet, ist ein Beispiel, dass Abwarten in einer digitalisierten Welt möglicherweise nicht immer ratsam ist.<sup>120</sup>

---

<sup>119</sup> Abkommen vom 17. Mai 2013 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts (SR 0.251.268.1).

<sup>120</sup> Siehe JANIQUE WEDER, Temu ist ein Genie und Wahnsinn in einem, NZZ vom 16.11.2024, 23; Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 31.10.2024. Internet: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/commission-opens-formal-proceedings-against-temu-under-digital-services-act> (Abruf 06.06.2025).

---

# Regulatorische Möglichkeiten zum Schutz der Privatsphäre bei CBDC

Fabia Stöcklin\*

## Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	358
II.	Central Bank Digital Currency	358
	A. Definition von CBDC	358
	B. w- und r-CBDC	359
	C. Struktureller Aufbau eines CBDC-Systems	361
	D. Aktueller Stand der Entwicklung	361
III.	Der Schutz der Privatsphäre bei CBDC	361
	A. Die Bedeutung der Privatsphäre für die Entwicklung von CBDC	361
	B. Die Privatsphäre im Zahlungsverkehr	362
IV.	Trade-Off: Privatsphäre vs. öffentliche Sicherheit	364
V.	Möglichkeiten der Regulierung	367
	A. Erhebung und Speicherung der Daten	367
	B. Datenzugriff	368
	C. Technische Ausgestaltung	371
	D. Soft Law	372
	E. Flexibilität und Vorausplanung	372
VI.	Und die Schweiz?	373
	A. Rechtslage de lege lata	373
	B. Forschungsprojekte der SNB	375
VII.	Fazit und Ausblick	376

---

□ MLaw, LL.M. (Edinburgh), Advokatin, wissenschaftliche Mitarbeiterin und Doktorandin an der Universität Basel.

## I. Einleitung

Seit Jahren ist im Geschäftsverkehr ein stetiger Rückgang von Bargeldzahlungen zu beobachten.<sup>1</sup> Angestossen durch die Digitalisierung hat sich diese Entwicklung durch die Massnahmen während der Covid-19-Pandemie und die technischen Innovationen im Bereich der Kryptographie in kurzer Zeit noch einmal stark beschleunigt.<sup>2</sup> Als Reaktion darauf sind Zentralbanken weltweit mit zunehmender Dringlichkeit damit beschäftigt, Möglichkeiten für eine neue Form von Geld in Gestalt von digitalem Zentralbankengeld (CBDC) zu erkunden.<sup>3</sup>

Um CBDC in naher Zukunft erfolgreich in das bestehende Finanzsystem integrieren zu können, ist die Erarbeitung eines detaillierten Regelwerks unumgänglich, welches die CBDC-Infrastruktur, Emission und Nutzung regelt. Ganz nach dem Motto «Where consumer data is collected, consumer data should be protected» steht bei der aktuell geführten Diskussion um die sinnvollste Ausgestaltung eines CBDC-Designs der Schutz der Privatsphäre der Nutzer bzw. der Datenschutz im Zentrum.<sup>4</sup> Dies nimmt der folgende Beitrag zum Anlass, die Anforderungen an den Schutz von Personendaten in Bezug auf CBDC aufzzeigen und im Sinne eines Überblicks verschiedene Möglichkeiten vorzustellen, wie die Zentralbanken planen, mit den resultierenden Herausforderungen in der Praxis umzugehen.

## II. Central Bank Digital Currency

### A. Definition von CBDC

CBDC ist die Abkürzung für digitales Zentralbankengeld (bzw. Central Bank Digital Currency). Der Begriff umfasst die in einer Staatswährung denominierten

---

<sup>1</sup> MARC GLOWKA/ANNEKE KOSSE/ROBERT SZEMERE, Digital payments make gains but cash remains. Bank for International Settlements: Committee on Payments and Market Infrastructures Brief Nr. 1, Basel 2023.

<sup>2</sup> Zur Entwicklung während der Pandemie ausführlich BARBORA TAMELE et al., Catch me (if you can): assessing the risk of SARS-CoV-2 transmission via euro cash, ECB Occasional Paper Series 259 (2021).

<sup>3</sup> Eine aktuelle Übersicht über sämtliche CBDC-Projekte und länderspezifischen Entwicklungen findet sich auf <https://www.atlanticcouncil.org/cbdctracker/> (Abruf 16.2.2025).

<sup>4</sup> G7 (Hrsg.), Public Policy Principles for Retail Central Bank Digital Currencies (CBDCs), London 2021, 7 f.

Passiven einer Zentralbank in digitaler Form, unter Ausschluss der traditionellen Sichtguthaben.<sup>5</sup> Damit handelt es sich bei CBDC um ein gesetzliches Zahlungsmittel, welches dank der direkten Deckung durch die Zentralbank keinem Kredit- oder Liquiditätsrisiko unterliegt und sich so wesentlich von den privat emittierten Kryptowährungen wie beispielsweise Bitcoin oder Ethereum unterscheidet.<sup>6</sup> CBDC kann in Form eines Kontos oder eines Tokens gestaltet werden und entweder in einem klassischen elektronischen Zahlungssystem oder einer Blockchain bzw. in auf sonstiger Kryptographie basierenden Registern (sog. DLT) erfasst werden.<sup>7</sup>

## B. w- und r-CBDC

Einige Zentralbanken planen, CBDC lediglich an Institutionen auszugeben, die bereits heute zur Eröffnung eines Kontos bei der Zentralbank legitimiert sind (sog. w-CBDC). Dies sind in erster Linie (Gross-)Banken und juristische Personen des öffentlichen Rechts. W-CBDC existiert in Form von Einlagen, die Zentralbanken ihren Geschäftspartnern in einem elektronischen Kontensystem zuschreiben. In der Schweiz ist w-CBDC bereits heute wirtschaftlich und rechtlich möglich, da Sichtguthaben i.S.v. Art. 10 WZG als gesetzliches Zahlungsmittel gelten.<sup>8</sup> Im aktuellen Pilotprojekt Helvetia III hat die Schweizerische Nationalbank zudem gemäss eigenen Worten erstmals «reale» w-CBDC an ausgewählte Banken herausgegeben. Der wesentliche Unterschied zu den bisherigen Sichtguthaben besteht darin, dass im Rahmen des Pilotprojekts tokenisiertes Zentralbankgeld auf derselben Dritt-

---

<sup>5</sup> COMMITTEE ON PAYMENTS AND MARKET INFRASTRUCTURES, Central bank digital currencies, Bank for International Settlements, Basel 2018, 3 f.

<sup>6</sup> BIS, Central bank digital currencies: foundational principles and core features, Report Nr. 1, Basel 2020, 3.

<sup>7</sup> ECB CRYPTO-ASSETS TASK FORCE, Crypto-Assets: Implications for financial stability, monetary policy, and payments and market infrastructures, Occasional Paper Series 223, Frankfurt am Main 2019, 32.

<sup>8</sup> CORINNE ZELLWEGER-GUTKNECHT, in: Martin Plenio/Myriam Senn (Hrsg.), Nationalbankgesetz. Bundesgesetz über die Währung und die Zahlungsmittel (NBG/WZG). Kommentar, Zürich 2020, Art. 5 NBG N 22; DAVID ANDOLFATTO, Assessing the Impact of Central Bank Digital Currency on Private Banks, Working Paper 2018-25, Federal Reserve Bank of St. Louis, St. Louis 2018, 2.

plattform verfügbar gemacht wird, auf der auch die tokenisierten Vermögenswerte gehalten werden.<sup>9</sup>

Andere Nationen verfolgen hingegen das ambitionierte Ziel, CBDC künftig mit Hilfe ihrer Zentralbanken der breiten Öffentlichkeit zur Nutzung zur Verfügung zu stellen (sog. r-CBDC).<sup>10</sup> Das Interesse an r-CBDC ist in den letzten Jahren kontinuierlich gestiegen und es werden vermehrt Möglichkeiten für eine erfolgreiche Implementierung in der Praxis getestet.<sup>11</sup> Grund dafür sind insbesondere die positiven Auswirkungen von r-CBDC auf eine umfassende finanzielle Inklusion sowie das Potential für schnellere und günstigere Zahlungsabwicklungen über die Landesgrenzen hinaus.<sup>12</sup>

Der folgende Beitrag wird sich ausschliesslich auf r-CBDC fokussieren, da eine Aufarbeitung der rechtlichen Möglichkeiten, wie der Schutz der Privatsphäre individueller Personen mit den herrschenden gesetzlichen Bestimmungen zum Schutz der Allgemeinheit vereinbart werden kann, zu weitaus kontroverseren Diskussionen geführt hat als dies im Interbank-Zahlungsverkehr bei w-CBDC der Fall war.

---

<sup>9</sup> THOMAS JORDAN, Project Helvetia III – The SNB’s pilot for wholesale CBDC, Schweizerische Nationalbank, Rede vom 6.6.2024 am BIS Innovation Summit.

<sup>10</sup> BIS INNOVATION HUB, Project Aurum – A Prototype for Two-tier Central Bank Digital Currency (CBDC), 4; 11 Länder haben r-CBDC bereits landesweit eingeführt und auch China ist momentan daran, den digitalen Renminbi in mehreren grösseren Städten einzuführen, siehe BIS INNOVATION HUB, Project Tourbillon – Exploring privacy, security and scalability for CBDCs, Final Report, Bank for International Settlements, Basel 2023, 6, m.w.H.

<sup>11</sup> COMMITTEE ON PAYMENTS AND MARKET INFRASTRUCTURES (FN 5), 6 f.; CHRISTIAN BARONTINI/HENRY HOLDEN, Proceeding with caution – a survey on central bank digital currency, BIS Papers 101, Bank for International Settlements, Basel 2019, 1 ff. Siehe zu ersten Initiativen in Schwellenländern z.B. MARIO BERGARA/JORGE PONCE, Central Bank Digital Currency: The Uruguayan e-Peso Case, in: Ernest Gnan/Donato Masciandaro (Hrsg.), Do We Need Central Bank Digital Currency? Economics, Technology and Institutions, Wien 2018, 82 ff.; SABRINA ROCHEMONT/ORLA WARD, Understanding Central Bank Digital Currencies (CBDC), März 2019, 21 f.

<sup>12</sup> KAREN CROXSON et al., Platform-based business models and financial inclusion, BIS Working Papers 986, Basel 2022; BRANDON TAN, Central Bank Digital Currency and Financial Inclusion, Working Paper 23/69, International Monetary Fund, Washington DC 2023; COMMITTEE ON PAYMENTS AND MARKET INFRASTRUCTURES et al., Central bank digital currencies for cross-border payments, Report to the G20, Bank for International Settlements, Basel 2021.

## C. Struktureller Aufbau eines CBDC-Systems

Bezüglich der Ausgabe von r-CBDC gibt es grundsätzlich zwei Möglichkeiten. Bei einem einstufigen Modell stellt die jeweilige Zentralbank selbst die Infrastruktur bereit, gibt CBDC direkt an die Bevölkerung heraus und wickelt die entsprechenden Zahlungen ab (sog. one-tier structure). Denkbar ist aber auch ein zweistufiges Modell, in welchem Intermediäre in der Gestalt von Geschäftsbanken oder anderen Zahlungsdienstanbietern zwischengeschaltet werden (sog. two-tier structure).<sup>13</sup> Wichtig ist bei einem solchen Modell, dass weiterhin unmittelbar die Zentralbank haftbar bleibt, ansonsten handelt es sich nicht mehr um CBDC. Eine Haftung der Geschäftsbanken, selbst wenn diese wiederum zu hundert Prozent durch Bareinlagen bei der Zentralbank gedeckt ist, reicht nicht aus, um die Voraussetzungen für das Vorliegen von CBDC zu erfüllen.<sup>14</sup>

## D. Aktueller Stand der Entwicklung

Momentan erforschen 134 Staaten aktiv die Einführung von CBDC, 66 davon befinden sich bereits in fortgeschrittenen Phasen der Entwicklung, darunter auch die Schweiz (siehe auch VI.B). Drei Länder haben sogar bereits den nächsten Schritt gewagt und CBDC als Zahlungsmittel in ihre Finanzsysteme integriert: Jamaika, Nigeria und die Bahamas.<sup>15</sup>

# III. Der Schutz der Privatsphäre bei CBDC

## A. Die Bedeutung der Privatsphäre für die Entwicklung von CBDC

Das Recht auf Privatsphäre garantiert einen von äusseren Eingriffen geschützten Bereich individueller Persönlichkeitsentfaltung. Das Menschenrecht erlaubt es, persönliche Daten geheim zu halten oder nur einer ausgewählten Gruppe von Personen anzuvertrauen. Durch die fortschreitende Digitalisierung kommt dem Schutz der Privatsphäre in der heutigen Zeit besondere Be-

---

<sup>13</sup> Vgl. BIS INNOVATION HUB (FN 10), Project Aurum, 4.

<sup>14</sup> Man spricht in diesem Zusammenhang auch von «Synthetic CBDC», siehe BIS (FN 6), foundational principles, 4.

<sup>15</sup> Internet: <https://www.atlanticcouncil.org/cbdctracker> (Abruf 16.2.2025).

deutung zu. Diese Signifikanz zeigt sich auch bei der Entwicklung von CBDC deutlich. Die Ausgabe von CBDC erlaubt es den Zentralbanken und verschiedenen Staatsbehörden in der Theorie, eine Unmenge personenbezogener Daten zu bearbeiten. So wurden beispielsweise bei einem chinesischen Pilotprojekt, das sich mit der Emission von digitalen Yuan befasste, innerhalb weniger Monate bereits Daten von über 500 Millionen Transaktionen gesammelt und ausgewertet.<sup>16</sup> Angesichts solcher Zahlen vermag deshalb auch das Ergebnis einer gross angelegten Umfrage der Europäischen Zentralbank nicht zu erstaunen. Offensichtlich stellt für die Bevölkerung der EU-Staaten der Schutz ihrer Privatsphäre – und damit einhergehend ein angemessener Datenschutz – das Hauptkriterium dar, wenn es um die Entscheidung geht, ob eine Nutzung von CBDC in Zukunft eine denkbare Alternative zu den heute existierenden Zahlungsmitteln ist oder nicht. Damit wird der Datenschutz als wichtiger eingestuft als die Benutzerfreundlichkeit, das Fehlen von Zusatzkosten, Garantien oder eine Möglichkeit zur Offline-Nutzung des Systems.<sup>17</sup> Um eine Akzeptanz für CBDC in der breiten Bevölkerung zu schaffen, ist es demzufolge unumgänglich, ein geeignetes CBDC-Design inklusive einem entsprechenden Rechtsrahmen zu entwickeln, welche in Kombination die Privatsphäre der CBDC-Nutzer angemessen schützen.

## B. Die Privatsphäre im Zahlungsverkehr

Im heutigen Geschäftsverkehr variiert der Level an Privatsphäre je nach gewählter Zahlungsmethode stark. Zahlungen können entweder (i) vertraulich sein, indem nur ausgewählten Parteien Einblick in persönliche Daten gewährt wird (z.B. Kreditkartenzahlungen), (ii) pseudonymisiert werden, indem Iden-

---

<sup>16</sup> AJAY MOOKERJEE, What if Central Banks Issued Digital Currency?, Harvard Business Review Digital Article vom 15.10.2021. Internet: <https://hbr.org/2021/10/what-if-central-banks-issued-digital-currency> (Abruf 10.06.2025).

<sup>17</sup> EZB, Report on the public consultation on a digital euro, Frankfurt am Main 2021 (zit. EZB, Report); EZB, Exploring Anonymity in Central Bank Digital Currencies, In Focus Nr. 4, Frankfurt am Main 2019, 1 ff. (zit. EZB, Exploring Anonymity). Die Bank of England kommt in einer Umfrage auf ähnliche Resultate, siehe BANK OF ENGLAND, The digital pound: Technology Working Paper, London 2023. Zu erwähnen ist an dieser Stelle allerdings der sog. «privacy paradox», wonach Personen zwar grosse Bedenken in Bezug auf den Schutz ihrer Daten äussern, sich dies jedoch nicht in ihrem täglichen Verhalten widerspiegelt, siehe SUSAN ATHEY/CHRISTIAN CATALINI/CATHERINE TUCKER, The Digital Privacy Paradox: Small Money, Small Costs, Small Talk, NBER Working Paper Series 23488, Cambridge, MA 2017.

tifikatoren zur Ermittlung individueller Personen dienen (z.B. Bitcoin-Transaktionen) oder (iii) gänzlich anonym bleiben, indem die Parteien grundsätzlich nicht identifizierbar sind (z.B. Bargeldzahlungen).<sup>18</sup>

Mit der Ausnahme von Bargeld erfordern heute aufgrund der KYC-Vorschriften sämtliche Zahlungsmittel eine mehr oder weniger umfangreiche Offenlegung von Daten bei der Errichtung eines Kontos, sei dies bei einer Geschäftsbank oder bei Privatanbietern von Kryptowährungen (sog. Onboarding). Zusätzliche Daten werden bei jeder vorgenommenen Transaktion gesammelt. Diese können Auskunft über die Identität des Bezahlenden und des Zahlungsempfängers sowie zusätzliche Identifikatoren wie Konto- oder Telefonnummern und Token-Adressen geben. Überdies werden Transaktionsdaten inklusive der Höhe und dem Zeitpunkt der Überweisung sowie regelmässig auch weitere Randdaten bearbeitet.<sup>19</sup> Diese Fülle an erhobenen Daten lässt wiederum Rückschlüsse auf Transaktionsabläufe, allgemeine Verhaltensmuster und demografische Daten der Nutzer zu. Bei einem Grossteil dieser Daten handelt es sich um Personendaten, welche sich auf eine bestimmte oder bestimmbare natürliche Person beziehen.<sup>20</sup>

Um ihre designierten Pflichten bestimmungsgemäss zu erfüllen, benötigen – abhängig von der spezifischen Ausgestaltung des CBDC-Designs sowie der jeweiligen Infrastruktur – verschiedenste Akteure (Teil-)Zugriff auf die erhobenen CBDC-Daten. Dazu gehören sicherlich einerseits staatliche Institutionen wie beispielsweise die betroffene Zentralbank und die Finanzaufsichtsbehörden, andererseits aber auch weitere Akteure wie etwa die Geschäftsbanken, sonstige als Intermediäre fungierende Zahlungssystemanbieter, mobile Netzwerkprovider, Kundendienste, technische Supportteams und Konsumen-

---

<sup>18</sup> BIS, Central bank digital currencies: system design and interoperability, Report Nr. 2, Basel 2021, 8.

<sup>19</sup> Für eine grafische Übersicht siehe KIERAN MURPHY et al., Central Bank Digital Currency Data Use and Privacy Protection, Fintech Note, Note/2024/004, International Monetary Fund, 2024, 6.

<sup>20</sup> In der Schweiz wären solche Daten entweder unter Art. 5 lit. a DSG (Personendaten) oder Art. 5 lit. c DSG (besonders schützenswerte Personendaten) zu subsumieren.

tenschutzorganisationen.<sup>21</sup> Zusätzlich kann je nach CBDC-System die Gegenpartei bei einer Transaktion Zugriff auf persönliche Daten erhalten.<sup>22</sup>

#### **IV. Trade-Off: Privatsphäre vs. öffentliche Sicherheit**

Die Nutzung von aus CBDC-Transaktionen stammenden Daten ist letztlich wie jede andere Datenbearbeitung ein Trade-Off und kann – je nach konkreter Ausgestaltung der Infrastruktur – grosse Gemeinsamkeiten mit traditionellen Zahlungssystemen aufweisen, insbesondere wenn Grossbanken als Intermediäre fungieren.<sup>23</sup> Trotzdem lohnt sich eine Interessensabwägung zwischen dem Schutz der Privatsphäre und anderen öffentlichen sowie privaten Interessen im Hinblick auf CBDC. Insbesondere die Sicherheit des Finanzsystems ist hierbei zu berücksichtigen, da eine Priorisierung des Schutzes der Privatsphäre des Einzelnen häufig zu deren Lasten erfolgt. Denn nur mittels einer Bearbeitung personenbezogener Daten können Schutzmechanismen wie KYC-Vorschriften Wirkung entfalten und gesetzliche Bestimmungen zur Verhinderung von Finanz- und Wirtschaftsdelikten eingehalten werden. Um hier regulierungs-technisch eine gute Balance zwischen privaten und öffentlichen Interessen zu finden, müssen zuerst sämtliche Gründe analysiert werden, die für bzw. gegen die Bekanntgabe und Nutzung von CBDC-Daten an einzelne beteiligte Akteure sprechen.<sup>24</sup>

Mit einer verhältnismässigen, regulierten Nutzung von CBDC-Daten können bedeutende ökonomische, soziale und rechtliche Mehrwerte geschaffen werden. Durch einen Zugang der Staatsbehörden zu den von CBDC-Transaktion stammenden Daten kann die Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung und der Geldwäscherei (AML/CFT) erheblich erleichtert und grundsätzlich mehr Transparenz hinsichtlich verdächtiger Transaktionen geschaffen wer-

---

<sup>21</sup> Eine Übersicht findet sich in DIGITAL EURO ASSOCIATION, Privacy and Central Bank Digital Currencies, 2023, 5; THOMPSON HANGEN, We Know What's in Your Wallet: Data Privacy Risks of a Central Bank Digital Currency, *Federal Communications Law Journal* 75 (2022), 83 ff., 101.

<sup>22</sup> CHARLES KAHN/JAMES MCANDREWS/WILLIAM ROBERDS, Money is Privacy, *International Economic Review* 46 (2005), 377 ff.

<sup>23</sup> MURPHY et al. (FN 19), 7.

<sup>24</sup> Zu den Vorteilen einer Einführung von r-CBDC im Allgemeinen DAVID CHAUM/CHRISTIAN GROTHOFF/THOMAS MOSER, How to issue a central bank digital currency, SNB Working Paper 3/2021, Schweizerische Nationalbank, Zürich 2021, 2 f., m.w.H.

den.<sup>25</sup> Gleichzeitig könnten auch Steuerhinterziehungen effektiver erfasst werden. Dies würde die Sicherheit und Reputation des Finanzmarktes bedeutend stärken. Aus diesem Grund haben viele Staaten bereits heute entsprechende Schutzvorschriften in ihrem Recht verankert.<sup>26</sup> Weiter kann die Nutzung von CBDC-Daten der Reduzierung von Informationsasymmetrien dienen und mittels detaillierter Datenanalysen Schwächen im heutigen Finanzsystem besser aufzeigen.<sup>27</sup> Den Zentralbanken würde sich die Möglichkeit eröffnen, wirtschaftliche Entwicklungen noch präziser und in Echtzeit zu beobachten, was wiederum zu informierteren geld- und fiskalpolitischen Entscheidungen führen dürfte. Gleichzeitig hätte dies auch einen positiven Einfluss auf die Marktstabilität und die Wettbewerbsfähigkeit des Wirtschaftsstandorts Schweiz.<sup>28</sup> Ein weiterer wichtiger Vorteil und genereller Motivator bei der Entwicklung von CBDC ist die erhoffte Verbesserung der finanziellen Eingliederung (sog. Inklusion).<sup>29</sup> Durch ein besseres Nutzerverständnis könnten noch bestehende Lücken identifiziert und bestenfalls geschlossen werden. Neben den staatlichen Behörden könnten CBDC-Daten – auch in anonymisierter Form – zusätzlich von Geschäftsbanken und Kaufleuten genutzt werden. Sämtliche Daten, die Auskunft über Konsumpräferenzen und Zahlungsverhalten geben, dienen der Schaffung von zielgerichteteren Dienstleistungsangeboten und sind so auch für die Privatwirtschaft von grossem Interesse.<sup>30</sup>

---

<sup>25</sup> Befürwortend z.B. THE FEDERAL RESERVE (Hrsg.), Detecting Synthetic Identity Fraud in the US Payment System, Payments Fraud Insights, 2019.

<sup>26</sup> Siehe für die Schweizer Gesetzgebung ausführlicher VI.A.

<sup>27</sup> MURPHY et al. (FN 19), 1, 7.

<sup>28</sup> BIS INNOVATION HUB, Projekt Mariana – Cross-border exchange of wholesale CBDCs using automated market-makers, Final Report, Basel 2023, 26; MURPHY et al. (FN 19), 1.

<sup>29</sup> Dazu etwa ASHLEY LANNQUIST/BRANDON TAN, Central Bank Digital Currency's Role in Promoting Financial Inclusion, Fintech Note 2023/011, International Monetary Fund, Washington, DC 2023; COMMITTEE ON PAYMENTS AND MARKET INFRASTRUCTURES/WORLD BANK, Payment Aspects of Financial Inclusion in the Fintech Era, Bank for International Settlements, Basel 2020.

<sup>30</sup> VIKRAM HAKSAR et al., Towards a Global Approach to Data in the Digital Age, Staff Discussion Note 2021/05, International Monetary Fund, Washington, DC 2021; TAYO TUNYATHON KOONPRASERT et al., Central Bank Digital Currency Adoption: Inclusive Strategies for Intermediaries and Users, Fintech Note 2024/005, International Monetary Fund, Washington, DC 2024; MURPHY et al. (FN 19), 12.

Während die Nutzung von durch CBDC-Transaktionen erhobenen Daten also zweifellos Vorteile mit sich bringen dürfte, müssen auch die datenschutzrechtlichen Risiken umfassend berücksichtigt werden.

Durch die teilweise höchstpersönliche Natur der bearbeiteten Daten stellt jede unrechtmässige Bearbeitung ein mit potentiell erheblichen Konsequenzen verbundenes Risiko dar. Konsumentenmanipulationen, Diskriminierungen und in die Privatsphäre eingreifende Werbung sind als Folgen etwa denkbar. Erlangen unberechtigte Dritte Zugang zu CBDC-Daten, drohen unter anderem Finanzbetrüge, Fälschungen und Identitätsdiebstähle. Die Übermittlung von Daten bei internationalen CBDC-Zahlungen birgt eigene Gefahren, welche es länderspezifisch zu beachten gilt, insbesondere im Hinblick auf tiefere datenschutzrechtliche Mindeststandards und die Verwendung der Daten zu staatlichen Überwachungszwecken.<sup>31</sup> Weiter kann argumentiert werden, dass durch den Zusammenfluss einer solchen Datenmenge die Zentralbanken in einem noch grösseren Masse als bisher das Ziel von Cyberattacken sein werden. Könnte tatsächlich ein Hackerangriff erfolgreich durchgeführt werden, wäre dies nicht nur fatal im Hinblick auf die betroffenen Daten, sondern hätte auch Auswirkungen auf das Vertrauen der Bevölkerung in die betroffene Zentralbank und den Finanzmarkt generell. Die wirtschaftlichen Konsequenzen wären erheblich.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass zwar zahlreiche volkswirtschaftliche Argumente für die Bearbeitung von CBDC-Daten durch verschiedene Akteure sprechen, die dadurch entstehenden Risiken aber keineswegs unterschätzt werden dürfen. Je nach Intensität des Eingriffs in die Privatsphäre und die Datenschutzrechte sind nicht nur individuelle Personen in mehr oder weniger konkreter Weise betroffen, sondern es droht das Versagen einer ganzen Volkswirtschaft, falls das Vertrauen der Bevölkerung in die Zentralbank unwiderruflich geschädigt wird.

Um den genannten Risiken entgegenzuwirken, bedarf es einer ausgewogenen und sorgfältigen Regulierung, welche stark vom gezogenen Fazit der vorgestellten Interessensabwägung geprägt sein dürfte.

---

<sup>31</sup> Vgl. dazu auch das Bundesgesetz vom 18. Dezember 2015 über den internationalen automatischen Informationsaustausch in Steuersachen (AIAG, SR 653.1), das den (automatischen) Austausch von Steuerdaten mit ausländischen Behörden umfassend regelt.

## V. Möglichkeiten der Regulierung

Geld ist ein soziales Konstrukt, das vom Vertrauen der Bevölkerung abhängt. Um dieses Vertrauen in CBDC zu wecken bzw. zu stärken, ist ein solider Rechtsrahmen unerlässlich.<sup>32</sup> Dieser sollte einerseits bestmöglich den Schutz der Privatsphäre und damit einhergehend einen umfassenden Datenschutz gewährleisten, andererseits aber auch die der Sicherheit dienenden gesetzlichen Vorschriften umsetzen. Die Ausgestaltung eines solchen Regelwerks hängt zwangsläufig stark vom gewählten CBDC-Design, der nationalen Rechtslage und der jeweiligen Infrastruktur ab, weshalb es keine regulatorische Einheitslösung geben wird.

Eine auf den Schutz der Privatsphäre ausgerichtete Regulierung kann an verschiedenen Punkten anknüpfen. Während manche staatlichen Forschungsprojekte den Fokus bereits auf die Erhebung der Daten legen, möchten andere den Schutz der Personendaten durch einen eingeschränkten Datenzugriff der Berechtigten sicherstellen. Weiter spielen auch technische Überlegungen und die Ausgestaltung des CBDC-Systems eine wichtige Rolle. Im Folgenden wird ein Überblick über die verschiedenen verfolgten Ansätze gegeben, um zu zeigen, wie eine Regulierung in der Praxis aussehen könnte und welche Faktoren insbesondere beachtet werden sollten.

### A. Erhebung und Speicherung der Daten

Eine Regulierung kann ansetzen bei der Frage, ob CBDC-Daten in ihrer Gesamtheit, teilweise oder gar nicht abgespeichert werden sollten.<sup>33</sup>

Ein interessanter Ansatz einer teilweisen Datenspeicherung stellt die Idee dar, die Erhebung und anschliessende Speicherung der Daten an die Höhe einer Transaktion zu koppeln (sog. threshold approach). Damit könnte man ausgewählte Personendaten erst ab einem erreichten Schwellenwert erheben,

---

<sup>32</sup> AGUSTIN CARSTENS, Legitimacy, privacy, integrity, choice: towards a legal framework for central bank digital currencies, Bank for International Settlements, Rede vom 27.9.2023 an der BIS Innovation Hub Financial Stability Institute Konferenz. Internet: <https://www.bis.org/spee-ches/sp230927.htm> (Abruf 07.06.2025).

<sup>33</sup> Dabei spielt wiederum auch das CBDC-Design eine wichtige Rolle, da z.B. Blockchains inhärent so ausgestaltet sind, dass die Löschung von einmal in irgendeiner Weise abgespeicherten Daten später praktisch nicht möglich ist; siehe MICHELE FINCK, Blockchain and the General Data Protection Regulation. Panel for the Future of Science and Technology, Brüssel 2019, 72.

um den gesetzlichen Bestimmungen zur Bekämpfung von Wirtschafts- und Finanzdelikten zu entsprechen, und gleichzeitig Transaktionen in niedriger Höhe eine bargeldähnliche Anonymität gewähren. Für einen solchen Ansatz haben sich bisher beispielsweise China und Nigeria entschieden und für Alltagstransaktionen die Eröffnung eines CBDC-Kontos lediglich mittels Angabe einer Telefonnummer ermöglicht.<sup>34</sup> Denkbar wäre überdies die Einführung eines zusätzlichen bzw. alternativen Schwellenwerts, der auf die Anzahl ge-tätigter Transaktionen abstellt. Auf jeden Fall müsste der Umfang von nicht nachvollziehbaren Zahlungen unterhalb einer bestimmten finanziellen Mindestgrenze gesetzlich festgelegt werden.<sup>35</sup> Zur Vermeidung von Gesetzesum-gehungen wäre es zusätzlich angebracht, die Anzahl möglicher CBDC-Konten pro Person auf sinnvolle Weise einzuschränken.<sup>36</sup>

Häufig wird auch die Möglichkeit von komplett anonymen digitalen Zah-lungen diskutiert, bei welchen die Daten überhaupt nicht abgespeichert werden bzw. nicht wiederherstellbar sind.<sup>37</sup> Dadurch könnte eine grössere Ähnlichkeit zwischen CBDC und Bargeld geschaffen werden. Technisch müsste allerdings ein effektiver Weg gefunden werden, um Doppelzahlungen zu vermeiden. Ein zusätzlicher Nachteil wäre, dass Fehlzahlungen unmöglich rückgängig ge-macht werden könnten, was kaum zu einem erhöhten Vertrauen in das neue Zahlungssystem beitragen dürfte. Aus den genannten Gründen scheint dieser Ansatz daher bislang wenig Zuspruch erhalten zu haben.

## B. Datenzugriff

Sämtliche abgespeicherten Personendaten bedürfen eines angemessenen Da-tenschutzes. Ein solcher kann erzielt werden, indem entweder grundsätzlich niemandem ohne spezielle Genehmigung Zugriff auf die Daten gewährt wird oder wenn, dann nur ausgewählten Akteure zu einem bestimmten Zweck.

Von einem rein technischen Standpunkt aus betrachtet liegt die optimale Balance zwischen der Gewährleistung einer umfassenden Privatsphäre und

---

<sup>34</sup> MURPHY et al. (FN 19), 7. Allerdings muss erwähnt werden, dass für den Erwerb einer Tele-fonnummer wiederum das Vorzeigen einer ID notwendig ist. Ausserdem hat soweit ersicht-lich bisher keines der erwähnten Länder ihr CBDC-System an internationalen Standards gemessen.

<sup>35</sup> Diese Ansicht vertritt auch die DIGITAL EURO ASSOCIATION (FN 21), Privacy, 9.

<sup>36</sup> Allgemein dazu EZB (FN 17), Report, 10.

<sup>37</sup> DIGITAL EURO ASSOCIATION (FN 21), Privacy, 6.

der Befolgung der geltenden AML/CFT-Vorschriften in einem CBDC-Design, welches eine Nachverfolgung des Geldflusses ohne gleichzeitige Offenlegung privater Informationen erlaubt.<sup>38</sup> Dazu müsste jede Transaktion verschlüsselt und anonymisiert erfolgen, sodass niemand ohne Weiteres Zugriff auf die Daten hätte. Die bei CBDC-Transaktionen generierten Daten könnten dann den Vorschriften entsprechend verschlüsselt gespeichert und nur in gesetzlich vorgesehenen Situationen entschlüsselt werden.<sup>39</sup> Dieser Ansatz zielt darauf ab, CBDC mit sämtlichen Charakteristika des Bargelds – mit Ausnahme der physischen Form – auszustatten. Es müsste im Einzelfall geprüft werden, ob sich eine solche Regelung mit den geltenden AML/CFT-Vorschriften unbeschränkt vereinbaren liesse oder ob hier ebenfalls mit Schwellenwerten gearbeitet werden müsste bzw. könnte (siehe dazu bereits V.A.).

Möchte man bestimmten Personen und Behörden die Bearbeitung von CBDC-Daten hingegen grundsätzlich gestatten, bedarf es von Beginn weg einer klaren Regelung der Zugriffsbefugnisse. Eine solche dürfte stark vom spezifischen Zahlungssystem und der jeweiligen Infrastruktur abhängen. So hätte eine Zentralbank bei der direkten Ausgabe von CBDC an die Bevölkerung Zugang zu sämtlichen personen- und transaktionsbezogenen Daten. Anders wäre dies unter Umständen bei einem zweistufigen Modell, in welchem in erster Linie Intermediäre für die Bearbeitung der Daten verantwortlich sind. Je nach konkreter Systemausgestaltung kann die Zentralbank trotzdem ein Daten-Backup über jede ergangene Transaktion sowie die betroffenen Personen erhalten (sog. hybrid model) oder es wird von der Zentralbank lediglich der Kontosaldo der einzelnen Intermediäre erfasst (sog. intermediated model). Besonders die letztgenannte Variante dürfte die Datensicherheit erheblich verbessern, da insgesamt weniger Personen auf die Daten zugreifen können, die Daten nicht zentriert gespeichert werden und die Geschäftsbanken bereits heute über eine bewährte Infrastruktur verfügen.<sup>40</sup> Diese Argumente haben sicher dazu beigebracht, dass sich die meisten Staaten zurzeit auf die Entwicklung eines zweistufigen CBDC-Modells konzentrieren.<sup>41</sup> So haben einige Länder bereits kon-

---

<sup>38</sup> RACHEL CUMMINGS et al., The Strange Case of Privacy in Equilibrium Models, Protokoll der ACM Conference on Economics and Computation, 2015.

<sup>39</sup> DIGITAL EURO ASSOCIATION (FN 21), Privacy, 6.

<sup>40</sup> RAPHAEL AUER/RAINER BOEHME, Central bank digital currency: the quest for minimally invasive technology, BIS Working Paper 948, Basel 2021; MURPHY et al. (FN 19), 7.

<sup>41</sup> MURPHY et al. (FN 19), 7.

krete Konzepte entwickelt, welche es den Zentralbanken verunmöglichen, auf jegliche zur Identifikation einer Person dienenden Daten zuzugreifen. Einen solchen Ansatz verfolgen zurzeit etwa die Bank of England<sup>42</sup> und die Europäische Zentralbank<sup>43</sup>. Technisch möglich machen dies beispielsweise wechselnde Nutzer-Pseudonyme, welche nur von dem AML/CFT-Behörden und den Intermediären konkreten Personen zugeordnet werden können.<sup>44</sup>

Die Europäische Zentralbank ging bei ihrem Projekt sogar noch einen Schritt weiter und erforschte die Möglichkeit von automatisierten elektronischen Zahlungen, bei welchen weder die Zentralbank, die Intermediäre noch die AML/CFT-Behörden Zugriff auf die CBDC-Daten erhalten, es sei denn, die Endnutzer würden dies explizit erlauben. Zu diesem Zweck wurde mit «Anonymitätsgutscheinen» («anonymity vouchers») experimentiert, die jeder Person über eine gewisse Zeitperiode hinweg eine limitierte Anzahl CBDC-Transaktionen erlauben, welche nicht von den AML/CFT-Behörden überprüft werden können.<sup>45</sup> Bemängelt wurde bei diesem Ansatz, dass für solche Anonymitätsgutscheine rasch ein Schwarzmarkt entstehen dürfte, womit die Bekämpfung von Finanz- und Wirtschaftsdelikten deutlich erschwert statt erleichtert wird. Ausserdem gilt die Anonymität nur gegenüber den AML/CFT-Behörden, nicht jedoch für die beteiligten Geschäftsbanken.<sup>46</sup> Dadurch unterscheidet sich diese Herangehensweise im Resultat auch vom eingangs vorgestellten Schwellenwertansatz (siehe V.A.).

Unabhängig von den direkt am Zahlungsprozess involvierten Akteuren und den jeweiligen AML/CFT-Behörden sollte es sicherlich Ziel der Regulierung sein, gemäss dem «Need-to-know»-Prinzip den Datenzugang von Dritten soweit möglich einzuschränken. Häufig ist dies auch in den jeweiligen nationalen Datenschutzgesetzen explizit vorgesehen. Möglich wäre dies technisch beispielsweise mittels sog. chain snipping, wobei nur die Daten der konkreten Transaktion anstelle des gesamten Transaktionsverlaufs für die Mitwirkenden

---

<sup>42</sup> BANK OF ENGLAND/HM TREASURY, Response to the Bank of England and HM Treasury Consultation Paper – The digital pound: A new form of money for households and businesses?, 2024.

<sup>43</sup> Internet: [https://www.ecb.europa.eu/euro/digital\\_euro/faqs/html/ecb.faq\\_digital\\_euro.de.html](https://www.ecb.europa.eu/euro/digital_euro/faqs/html/ecb.faq_digital_euro.de.html) (Abruf 16.2.2025).

<sup>44</sup> EZB (FN 17), Report, 10.

<sup>45</sup> EZB (FN 17), Exploring Anonymity, 1, 6.

<sup>46</sup> CHAUM/GROTHOFF/MOSER (FN 24), SNB Working Paper, 28.

offengelegt werden.<sup>47</sup> Wird aus irgendeinem Grund auf solche Vorkehrungen verzichtet, sollte auf jeden Fall zumindest eine Mitbestimmungsmöglichkeit der Nutzer im Sinne einer Opting-Out-Option bezüglich des Datenzugriffs Dritter vorgesehen werden.<sup>48</sup>

## C. Technische Ausgestaltung

Durch die Entwicklungen in den letzten Jahren im Bereich der Kryptographie werden zurzeit laufend neue Methoden entwickelt, um Privatsphäre im Finanzsystem zu gewährleisten.<sup>49</sup> Jede Regulierung sollte deshalb in dieser Hinsicht eine gewisse Flexibilität aufweisen, um den zum Datenzugriff berechtigten Akteuren einen angemessenen Ermessensspielraum zu gewähren, damit diese im Einzelfall rasch ihre Systeme an neuartige technische Entwicklungen oder auch akute Sicherheitsrisiken anpassen zu können.<sup>50</sup> Ansonsten droht eine Regelwerk, das stets dem technischen Fortschritt hinterherhinkt.

Technisch gibt es verschiedenste Ansätze, wie der Schutz der Privatsphäre der CBDC-Nutzer sichergestellt bzw. verbessert werden kann. Diese zielen entweder auf die Software oder die Hardware ab.<sup>51</sup> Beispiele hierfür sind unter anderem Nachrichten-basierende CBDC, klassische symmetrische Verschlüsselungen mit einer Public Key-Infrastruktur,<sup>52</sup> eine fortgeschrittene Pseudonymisierung mittels Ringsignaturen<sup>53</sup> oder sog. Zero Knowledge Proofs<sup>54</sup>.<sup>55</sup>

---

<sup>47</sup> EZB (FN 17), Report, 9.

<sup>48</sup> MEREDITH BOCK, Biometrics and Banking: Assessing the Adequacy of the Gramm-Leach-Bliley Act, North Carolina Banking Institute, Bd. 24, Art. 14, Chapel Hill 2020, 309 ff., 315 f.

<sup>49</sup> WORLD ECONOMIC FORUM, Privacy and Confidentiality Options for Central Bank Digital Currency, Digital Currency Governance Consortium White Paper Series 6/8, 2021.

<sup>50</sup> So auch TARIK HANSEN/KATYA DELAK, Security Considerations for a Central Bank Digital Currency, FEDs Notes, Federal Reserve Board, 2022.

<sup>51</sup> DIGITAL EURO ASSOCIATION (FN 21), Privacy, 6.

<sup>52</sup> RICHARD TURRIN, Cashless: China's Digital Currency Revolution, Folsom 2021.

<sup>53</sup> SERHACK, Mastering Monero: The future of private transactions, 2018.

<sup>54</sup> Zero Knowledge Proofs können einen Fakt garantieren (z.B. ob auf einem Konto genügend finanzielle Mittel vorhanden sind), ohne Informationen über diese Tatsache preiszugeben (z.B. die konkrete Höhe des Banksaldos); MASSIMO BERTACCINI, Cryptography Algorithms: A Guide to Algorithms in Blockchain, Quantum Cryptography, Zero-knowledge Protocols, and Homomorphic Encryption, 2022.

<sup>55</sup> Für mehr technische Lösungsansätze siehe z.B. LUKAS STAUB, Datenschutzrecht, in: Corinne Zellweger-Gutknecht/Dominik Tschudi/Kevin MacCabe (Hrsg.), Kryptowerte, Basel 2024, 477 ff., 496 ff.

Möglich sind selbstverständlich auch Kombinationen aus mehreren Komponenten. So können beispielsweise traditionelle Software-basierende Technologien mit einer physischen Separierung der Datenspeicherorte kombiniert werden, um den Schutz der Privatsphäre zu maximieren.<sup>56</sup>

Dieser technische Schutz erstreckt sich allerdings nicht auf die widerrechtliche Datennutzung durch grundsätzlich berechtigte Personen – dazu sind regulatorisch zusätzliche Kontrollinstrumente einzuführen.

## D. Soft Law

Trotz der weltweit zunehmenden Bedeutung von CBDC existieren noch keine international anerkannten datenschutzrechtlichen Standards, welche spezifisch auf CBDC-Infrastrukturen zugeschnitten sind.<sup>57</sup> Verschiedene Institutionen haben jedoch Richtlinien erlassen, in welchen schrittweise dargelegt wird, wie grundsätzlich verantwortungsvoll mit bestehenden und zukünftigen Risiken im digitalen Zahlungsverkehr umgangen werden kann und interne Kontrollmechanismen zur Verhinderung von Machtmisbräuchen – wozu auch die unbefugte Datennutzung zählt – eingeführt werden können.<sup>58</sup> Diese Standards können als Basis für ein spezifisches CBDC-Regelwerk dienen.

## E. Flexibilität und Vorausplanung

Aufgrund der neuartigen Technologien im Zusammenhang mit CBDC-Systemen bestehen zurzeit noch zahlreiche ungeklärte Fragen. Dies kann im Folgenden exemplarisch kurz an zwei Beispielen aufgezeigt werden:

Während die Idee von CBDC als Alternative zu den klassischen Zahlungsmitteln erst in den letzten Jahren aufgekommen ist, existieren viele der Technologien, welche im Zusammenhang mit CBDC-Designs und Infrastrukturen diskutiert werden, schon seit Jahren. Demzufolge können einige der für bereits bestehende Zahlungssysteme etablierten Schutzmechanismen – allenfalls in adaptierter Form – übernommen werden.<sup>59</sup> Dies trifft jedoch auf DLT-basierte

---

<sup>56</sup> So etwa der Vorschlag von CHAUM/GROTHOFF/MOSER (FN 24), SNB Working Paper.

<sup>57</sup> HANSEN (FN 21), 85.

<sup>58</sup> So etwa das National Institute of Standards and Technology, die International Organization for Standardization und die International Electrotechnical Commission. Für eine übersichtliche Liste solcher Richtlinien siehe HANSEN/DELAK (FN 50), FEDs Notes.

<sup>59</sup> HANSEN/DELAK (FN 50), FEDs Notes.

rende Systeme nur bedingt zu. Kurz gesagt erlaubt es die sog. Distributed Ledger Technology, Daten dezentral auf einer Vielzahl unabhängiger Computer zu speichern und zu bearbeiten. Dadurch fehlt es an einer zentralen Kontrollinstanz. DLT ist eine relativ neuartige Technologie, weshalb die Gefahr besteht, dass aufgrund einer unzureichenden Informationslage in konkreten Risikosituationen nicht adäquat reagiert werden kann. Aus diesem Grund wird mitunter die Meinung vertreten, dass zum heutigen Zeitpunkt eine angemessene Evaluation der Datensicherheit bei CBDC-Systemen überhaupt (noch) nicht durchgeführt – geschweige denn reguliert – werden kann.<sup>60</sup>

Ein weiteres Thema, dass immer wieder Schlagzeilen macht, ist die zukünftige Bedrohung der Datensicherheit durch Quantencomputer. Die absolute Mehrheit der Blockchain-Infrastrukturen basiert auf einer asymmetrischen Kryptographie. Ausgehend von einer erfolgten Transaktion kann ein Quantencomputer mit der notwendigen Leistungsfähigkeit von den bekannten Public Keys die Private Keys entschlüsseln und so an Personendaten gelangen. Während sich die Technologie für solche Computer noch in der Entwicklungsphase befindet, hindert nichts jemanden daran, die erforderlichen Daten in verschlüsselter Form bereits jetzt zu sammeln und zu einem späteren Zeitpunkt zu dechiffrieren. Diese zukünftige Gefährdung personenbezogener Daten sollte auf jeden Fall bei der Wahl des CBDC-Designs berücksichtigt und bestenfalls auch in einem Regelwerk entsprechend adressiert werden.<sup>61</sup>

Es ist essentiell, einen Konsens zu finden, wie mit solchen Unklarheiten umgegangen werden kann und wer für solche Entscheidungen die Verantwortung trägt. Eine entsprechende gesetzliche Regelung wäre auch in dieser Hinsicht zu begrüßen.

## VI. Und die Schweiz?

### A. Rechtslage de lege lata

Der Schutz der Privatsphäre ist nicht nur gesellschaftlich erwünscht, sondern in der Schweiz auch gesetzlich vorgesehen. So ist das Menschenrecht sowohl

---

<sup>60</sup> Siehe zum Ganzen HANSEN/DELAK (FN 50), FEDs Notes.

<sup>61</sup> DIGITAL EURO ASSOCIATION (FN 21), Privacy, 7 f. Systeme mit quantenresistenter Kryptographie existieren bereits, haben sich in bisherigen Pilotprojekten allerdings als langsam und nur eingeschränkt einsetzbar erwiesen, vgl. BIS INNOVATION HUB (FN 10), Project Tourbillon, 4.

auf nationaler wie auch auf internationaler Ebene verankert, beispielsweise in Art. 17 UNO-Pakt II, in Art. 8 EMRK und in Art. 13 BV. Der Datenschutz als Teilaспект der Privatsphäre wird zusätzlich im Datenschutzgesetz sowie zahlreichen kantonalen Verordnungen geregelt. Zu beachten ist allerdings stets, dass der uneingeschränkte Schutz der Privatsphäre nicht gänzlich deckungsgleich ist mit dem Datenschutz des DSG, welcher eine Datenbearbeitung nach Massgabe des anwendbaren Rechts anstrebt.<sup>62</sup>

Die SNB ist zum Schutz der Privatsphäre verpflichtet und untersteht überdies dem Schweizerischen Datenschutzgesetz.<sup>63</sup> Von Geschäftsbanken bearbeitete Personendaten unterliegen zusätzlich dem schweizerischen Bankkundengeheimnis.<sup>64</sup> Die Zuweisung der datenschutzrechtlichen Verantwortlichkeit hängt von der konkreten Systemausgestaltung ab.<sup>65</sup> Grundsätzlich existiert also in der Schweiz bereits eine allgemeine rechtliche Grundlage, auch wenn diese bei ihrer Erarbeitung Entwicklungen wie die Blockchain-Technologie noch nicht explizit berücksichtigt hat.<sup>66</sup>

Das Recht auf Privatsphäre gilt jedoch nicht absolut, sondern kann in gewissen Situationen eingeschränkt werden, namentlich etwa durch AML/CFT-Vorschriften.<sup>67</sup> Diese finden sich im GwG, dem StGB sowie in ergänzenden Bestimmungen in weiteren Gesetzen und Verordnungen. Darüber hinaus hält sich die Schweiz an anerkannte internationale Standards und hat diverse multilateralen Übereinkommen ratifiziert.<sup>68</sup>

Die Schweiz befindet sich demzufolge wie die meisten Staaten in einem Spannungsverhältnis zwischen dem vorgeschriebenen Schutz der Privatsphäre und den Bestimmungen zum Schutz des Finanzmarktes. Es gilt nun, innerhalb

---

<sup>62</sup> STAUB (FN 55), 485.

<sup>63</sup> Art. 2 Abs. 1 lit. b DSG.

<sup>64</sup> Art. 47 BankG.

<sup>65</sup> CORNELIA STENGEL/ROMAN AUS DER AU, Blockchain: Eine Technologie für effektiven Datenschutz?, sic! 2018, 439 ff., 446; FINCK (FN 33), 44. Für eine ausführliche Diskussion über die Zuweisung der Verantwortlichkeit für die Datenbearbeitung auf einer Blockchain siehe STAUB (FN 55), 487 ff.

<sup>66</sup> STAUB (FN 55), 480.

<sup>67</sup> Vgl. Art. 36 BV.

<sup>68</sup> Besonders relevant sind die internationalen FATF-Standards, vgl. FATF, International standards on combating money laundering and the financing of terrorism & proliferation – the FATF recommendations, Paris 2023. Für eine Übersicht über sämtliche gesetzliche Regelungen siehe <https://www.eda.admin.ch/eda/de/home/aussenpolitik/finanzplatz-und-wirtschaft/kampf-korruption-geldwaescherei-terrorimus.html> (Abruf 10.06.2025).

der gesetzlichen Schranken eine Regulierung basierend auf einer durchdachten Infrastruktur zu entwerfen, welche bestmöglich sämtlichen betroffenen Interessen gerecht wird (siehe zur Interessensabwägung auch bereits IV.).<sup>69</sup>

### B. Forschungsprojekte der SNB

Die SNB partizipiert seit Jahren an Pilotprojekten zur Erforschung von CBDC, scheint sich momentan allerdings in erster Linie auf die Möglichkeiten einer Ausgabe von w-CBDC zu fokussieren.<sup>70</sup> Nach einer Risikoabwägung sind hingegen für die Einführung von r-CBDC aus Sicht der SNB zumindest zum heutigen Zeitpunkt keine überzeugenden Argumente ersichtlich.<sup>71</sup> Nicht ausgeschlossen ist jedoch die Ausgabe von r-CBDC in mittel- bis langfristiger Zukunft, weshalb die SNB weiter aktiv Entwicklungen in diesem Bereich vorantreibt.

Erwähnenswert im Zusammenhang mit dem Thema Datenschutz ist insbesondere das im Jahr 2023 abgeschlossene Projekt Tourbillon, bei welchem sich die SNB gemeinsam mit der Bank für Internationalen Zahlungsausgleich spezifisch mit dem Schutz der Privatsphäre bei der Emission von r-CBDC auseinandergesetzt hat.<sup>72</sup> Das Projekt untersuchte die Möglichkeit, mittels sog. Blindsighten<sup>73</sup> den bezahlenden Privatpersonen Anonymität zu gewähren,

---

<sup>69</sup> Zu beachten sind in diesem Zusammenhang auch die in Art. 7 DSG festgehaltenen Prinzipien «Privacy by Design» und «Privacy by Default». Diese verpflichten die Datenverantwortlichen, die Datenbearbeitung einerseits technisch und organisatorisch so auszugestalten, dass die Datenschutzvorschriften eingehalten werden können, und andererseits mittels geeigneter Voreinstellungen sicherzustellen, dass die Bearbeitung auf das für den Verwendungszweck notwendige Mindestmaß beschränkt wird.

<sup>70</sup> Siehe dazu JORDAN (FN 9), Project Helvetia III. Eine Übersicht über sämtliche Projekte, welche die SNB gemeinsam mit der BIS durchführt bzw. durchgeführt hat findet sich auf <https://www.snb.ch/en/the-snb/mandates-goals/international-cooperations/multilateral/bis-innovation#t30> (Aufruf 10.06.2025).

<sup>71</sup> THOMAS JORDAN, Towards the future monetary system, Schweizerische Nationalbank, Rede an der SNB-Konferenz vom 8.4.2024, abrufbar unter [https://www.snb.ch/en/publications/communication/speeches/2024/ref\\_20240408\\_tjn](https://www.snb.ch/en/publications/communication/speeches/2024/ref_20240408_tjn) (Aufruf 10.06.2025).

<sup>72</sup> BIS INNOVATION HUB (FN 10), Project Tourbillon.

<sup>73</sup> Blindsighten erlauben es dem Nutzer, eine Signatur zu erhalten (hier von der Zentralbank), ohne dass die unterzeichnende Partei den signierten Inhalt kennt (hier z.B. die Identität des Nutzers), vgl. DAVID CHAUM, Blind signatures for untraceable payments, in: David Chaum/Ronald L. Rivest/Alan T. Sherman (Hrsg.), Advances in Cryptology: Proceedings of Crypto 82, Santa Barbara 1983, 199 ff.

während die Identitäten der Kaufleute den Geschäftsbanken bekannt waren.<sup>74</sup> Die Zentralbank hatte in diesem Szenario überhaupt keinen Zugriff auf persönliche Daten, konnte aber die Menge an CBDC im Umlauf überwachen und diese Information für ihre Geldpolitik nutzen.<sup>75</sup> Den Geschäftsbanken kam die Aufgabe zu, die Einhaltung sämtlicher AML/CFT-Vorschriften einzuhalten.

Dieser Ansatz ist insofern interessant, als dass nicht alle CBDC-Nutzer in Bezug auf den Umgang mit ihren Daten gleichbehandelt werden. Welche Abgrenzungskriterien hier zur Anwendung gelangen würden und ob das Recht auf Anonymität für Privatpersonen unbeschränkt gelten könnte, wurde offen gelassen und müsste sicherlich vor einer Implementierung noch ausführlicher diskutiert und gesetzlich geregelt werden.

Vorerst bleibt abzuwarten, ob die SNB ihre Forschung in diesem Bereich weiterverfolgen wird und ob gegebenenfalls bei einer Ausgabe von r-CBDC in der Zukunft auf ein solches System zurückgegriffen wird.

## VII. Fazit und Ausblick

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass jede CBDC-Regulierung abhängig sein wird von der konkreten Systemausgestaltung, der zur Verfügung stehenden Infrastruktur, den technischen Möglichkeiten, dem spezifischen nationalen Recht sowie dem Stellenwert, den die Privatsphäre in der Gesellschaft einnimmt. Der Einfluss all dieser Faktoren macht es schwierig, allgemeine Aussagen über die ideale Ausgestaltung eines Regelwerks zu machen.

Die dargestellten Ansätze zeigen jedoch, dass sich die Einhaltung von Sicherheitsbestimmungen wie den AML/CFT-Vorschriften und ein angemessener Schutz der Privatsphäre nicht grundsätzlich gegenseitig ausschliessen müssen.<sup>76</sup>

Allgemein kann eine Tendenz zu einem zweistufigen CBDC-Modell beobachtet werden, was die Nutzung der bereits etablierten Sicherheitssysteme der Geschäftsbanken sowie eine Verteilung der Personendaten auf verschiedene

---

<sup>74</sup> Für eine Beschreibung des technischen Ablaufs siehe BIS INNOVATION HUB (FN 10), Project Tourbillon, 17 ff.

<sup>75</sup> Das Projekt basiert auf einem vorgeschlagenen Konzept von DAVID CHAUM/THOMAS MOSER, eCash 2.0: inalienably private and quantum-resistant to counterfeiting, 2022. Dies basiert wiederum auf Überlegungen in CHAUM/GROTHOFF/MOSER (FN 24), SNB Working Paper.

<sup>76</sup> Zur Diskussion in der Lehre bezüglich des Verhältnisses zwischen Datenschutzrecht und Blockchain-Technologie siehe auch STAUB (FN 55), 479, m.w.H.

Speicherorte erlaubt. Diese Entwicklung ist insbesondere in Anbetracht der Tatsache begrüssenswert, dass die Geschäftsbanken häufig bereits in Besitz einer beträchtlichen Menge der betroffenen Personendaten sind, da die meisten Leute bereits vor der Einführung von CBDC-Inhaber eines Bankkontos gewesen sein dürften.

Letztlich bleibt abzuwarten, wie sich die vorgestellten Konzepte losgelöst von einzelnen Pilotprojekten in einer Volkswirtschaft bewähren werden. Interessanterweise haben bisherige praktische Erfahrungen gezeigt, dass oftmals die Gefahr eines Zirkelschlusses besteht: Je besser sowohl die Privatsphäre einerseits und die Sicherheit des Finanzmarktes andererseits geschützt werden sollen, desto komplexer fällt in der Regel die CBDC-Infrastruktur aus. Dies führt wiederum zu neuen potenziellen Schwachpunkten im System, welche zu widerrechtlichen Zwecken ausgenützt werden können.<sup>77</sup> Wie mit dieser Problematik umgegangen wird, muss einzelfallweise entschieden werden, dürfte jedoch in Zukunft bei den Datenverantwortlichen noch zu einigem Kopfzerbrechen führen.

In der Schweiz ist man sich grundsätzlich einig, dass es noch bedeutend mehr praktische Untersuchungen benötigt, bevor die Einführung von r-CBDC ernsthaft in Betracht gezogen werden kann. Trotzdem ist es wichtig, sich regulatorische Fragen bereits im Entwicklungsstadium zu stellen, um später kostenintensive Anpassungen am System vermeiden zu können.

Abschliessend lässt sich festhalten, dass ein transparenter Umgang mit den CBDC-Daten essentiell sein wird, um die Unterstützung der Bevölkerung für dieses neue Zahlungsmittel zu gewinnen. Nur wenn die Nutzer einzuschätzen vermögen, wer zu welchen Zwecken und mit welchen Konsequenzen auf ihre Daten zugreifen können wird, kann das für eine erfolgreiche Einführung notwendige Vertrauen in r-CBDC aufgebaut werden.

---

<sup>77</sup> So gesehen z.B. bei der Variante EC2 in Projekt Tourbillon, siehe BIS INNOVATION HUB (FN 10), Project Tourbillon, 26.



---

# Regulierung digitaler Gesundheitsanwendungen

## Überprüfung von Datenschutz- und Cybersicherheitsanforderungen in Vergütungsentscheidungen digitaler Gesundheitsanwendungen

Benjamin Wyss\*/Carl Rudolf Blankart\*\*

### Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	379
II.	Methodik	385
III.	Ausgangslage und regulatorischer Kontext	387
	A. Inverkehrbringung (Marktzugang)	387
	B. Vorstellung länderspezifischer Vergütungsprozesse	389
	1. Deutschland – separates System	389
	2. Schweiz – traditionelles Paradigma	391
IV.	Ergebnisse	393
	A. Rechtliche Grundlagen und Zuständigkeiten	393
	B. Fähigkeiten und Ressourcen der Regulierungsbehörden	394
	C. Internationale Standards und Entwicklungen	395
V.	Diskussion	396
VI.	Fazit und Policy Empfehlungen	400

### I. Einleitung

Die Zahl der digitalen Gesundheitsanwendungen und deren Anwendungsfälle nimmt kontinuierlich zu.<sup>1</sup> Weltweit lassen sich Verbesserungen in allen Phasen

---

\* M.A. & MiM., Doktorand, Kompetenzzentrum für Public Management, Universität Bern und wissenschaftlicher Mitarbeiter, Swiss Institute for Translational and Entrepreneurial Medicine (sitem-insel).

\*\* Prof. Dr., Professor für Regulatory Affairs, Kompetenzzentrum für Public Management, Universität Bern und Director Regulation, Swiss Institute for Translational and Entrepreneurial Medicine (sitem-insel).

<sup>1</sup> REBECCA MATHIAS/PETER McCULLOCH/ANASTASIA CHALKIDOU/STEPHEN GILBERT, Digital health technologies need regulation and reimbursement that enable flexible interactions and groupings, npj Digital Medicine 148 (2024), 1.

des Versorgungsprozesses durch dGAs beobachten.<sup>2</sup> Verschiedene Autoren haben die vielfältigen Vorteile und Chancen der Digitalisierung im Gesundheitswesen aufgezeigt.<sup>3</sup>

Die verstärkte Nutzung digitaler Technologien, die Produktion und Verknüpfung immer sensiblerer Daten bringen jedoch auch Risiken mit sich.<sup>4</sup> Generell rücken zwei dringende Herausforderungen in den Fokus: die Sicherstellung von Cybersicherheit und Datenschutz.<sup>5</sup> Jedes mit einem Netzwerk oder Informationssystem verbundene Gerät birgt potenziell das Risiko, gehackt zu werden.<sup>6</sup> Cybersicherheit sowie Datenschutz sind übergreifende Themen, die nicht nur den Gesundheitssektor, sondern alle Branchen betreffen. Im Gesundheitswesen spielt das Thema jedoch eine besondere Rolle, da die gesammelten Daten oft als besonders schützenswert gelten (Art. 5 lit. c. Ziff. 2 DSG). Der Gesundheitssektor hat in den letzten Jahren zahlreiche Vorfälle von Cyberaktivitäten erlebt, und die signifikant zunehmende Zahl an Hackerinnen ist aktiver denn je.<sup>7</sup>

---

<sup>2</sup> ATHEER AWAD et al., Connected healthcare: Improving patient care using digital health technologies, *Advanced Drug Delivery Reviews* 178 (2021), 2.

<sup>3</sup> Vgl. ferner MEIRUI ZHONG/DAN QIANG/JINXIAN WANG/WEIZENG SUN, Improving health and reducing health inequality: An innovation of digitalization?, *Social Science & Medicine* 348 (2024); RHYS GRAY/PRAVEEN INDRARATNA/NIGEL LOVELL/SZE-YUAN Ooi, Digital health technology in the prevention of heart failure and coronary artery disease, *Cardiovascular Digital Health Journal* 3 (2022).

<sup>4</sup> Weitere Risiken vgl. auch REINHARD JEINDL/CLAUDIA WILD, Framework zur Unterstützung von Refundierungsentscheidungen zu digitalen Gesundheitsanwendungen (mHealth) und dessen (retrospektive) Anwendung an ausgewählten Beispielen. AIHTA Projektbericht Nr. 134, Wien 2020.

<sup>5</sup> Vgl. ferner DAVID KOTZ/CARL A. GUNTER/SANTOSH KUMAR/JONATHAN WEINER, Privacy and Security in Mobile Health: A Research Agenda, *Computer* 49 (2016); DANIELE GIANANTI, Cybersecurity and the Digital-Health: The Challenge of This Millennium. *Healthcare* 9 (2021); LYNNE COVENTRY/DAWN BRANLEY, Cybersecurity in healthcare: A narrative review of trends, threats and ways forward. *Maturitas* 113 (2018); ALBERTO SARDI/ALESSANDRO RIZZI/ENRICO SORANO/ANNA GUERRIERI, Cyber Risk in Health Facilities: A Systematic Literature Review, *Sustainability* 12 (2020).

<sup>6</sup> NICOLE E. THOMASIAN/ELI Y. ADASHI, Cybersecurity in the Internet of Medical Things, *Health Policy and Technology* 10 (2021), 2.

<sup>7</sup> BRENDAN KELLY et al., Cybersecurity considerations for radiology departments involved with artificial intelligence, *European Radiology* 33 (2023), 8835.

Die steigenden Risiken der Cybersicherheit im Gesundheitswesen stellen ernst zunehmende Gefahren für die Patientensicherheit dar.<sup>8</sup> Vorfälle wie Malware-Attacken, Ransomware-Angriffen und Datenverletzungen beeinträchtigen den Betrieb im Gesundheitswesen, können Patientendaten offenlegen und das Vertrauen zwischen Gesundheitsdienstleisterinnen und ihren Patienten belasten. Die Folgen dieser Bedrohungen beschränken sich nicht nur auf die Gesundheit der Patientinnen, sondern können auch finanzielle Konsequenzen für die Organisationen und somit für die Versorgungssicherheit einer Region haben.<sup>9</sup> Darüber hinaus stehen Gesundheitsorganisationen und Fachkräfte vor potenziellen rechtlichen und reputationsbezogenen Konsequenzen, was die kritische Bedeutung der Priorisierung von Cybersicherheitsmaßnahmen unterstreicht.<sup>10</sup>

Datenschutz, Datensicherheit und Cybersicherheit sind eng miteinander verbundene Begriffe, die die Sicherheit von Daten und Informationen aus unterschiedlichen Perspektiven behandeln. Im Datenschutz wird die grundrechtlich geschützte Privatsphäre (Art. 13 BV und Art. 8 EMRK) einzelner Personen auf den Kontext der Datenverarbeitung, -speicherung und -kommunikation angewandt. Insbesondere personenbezogene Daten – alle, mit denen eine Person identifiziert werden kann – müssen «sicher», also vertraulich und integer verarbeitet werden und für den Nutzer verfügbar sein. Die Bearbeitung von Daten muss für den Nutzer transparent sein. In der Schweiz regelt das Datenschutzgesetz den Datenschutz, in der EU die Datenschutz-Grundverordnung.

Der Begriff der Datensicherheit wird im DSG nicht direkt definiert. Die «Verletzung der Datensicherheit» hingegen ist in Art. 5 lit. h DSG beschrieben als «*Verletzung der Sicherheit, die dazu führt, dass Personendaten unbeabsichtigt oder widerrechtlich verlorengehen, gelöscht, vernichtet oder verändert werden oder Unbefugten offengelegt oder zugänglich gemacht werden*». Gemäss dieser indirekten Definition dient die Datensicherheit dazu, die er-

---

<sup>8</sup> NIKI O'BRIEN/SAIRA GHAFUR/MIKE DURKIN, Cybersecurity in health is an urgent patient safety concern: We can learn from existing patient safety improvement strategies to address it, *Journal of Patient Safety and Risk Management* 26 (2021), 6.

<sup>9</sup> Vgl. ferner AHMED ARAFA/HAYTHAM A. SHEERAH/ SHADA ALSALAMAH, Emerging Digital Technologies in Healthcare with a Spotlight on Cybersecurity: A Narrative Review, *Information* 14 (2023).

<sup>10</sup> ARAFA/SHEERAH/ALSALAMAH (FN 10), 2.

wähnten unerwünschten Ereignisse zu verhindern.<sup>11</sup> Cybersicherheit beschäftigt sich mit Fragen der Datensicherheit aus einer systemischen Perspektive. «Sicher» sind digitale Prozesse gemäss Art. 3 lit. a CyRV dann, wenn «*die Datenbearbeitung, insbesondere der Datenaustausch zwischen Personen und Organisationen, über Informations- und Kommunikationsinfrastrukturen wie beabsichtigt funktioniert*». Da Cybersicherheit einen nie definitiv erreichten Zustand beschreibt, reguliert der Gesetzgeber im Regelfall lediglich die Pflichten, angemessene Massnahmen zu treffen und diese regelmässig im Rahmen eines Risikomanagements zu überprüfen. Dazu gehören alle Schritte, die «*der Prävention, der Bewältigung von Vorfällen und der Verbesserung der Resilienz gegenüber Cyberrisiken dienen*» (Art. 6 lit. a CyRV). Im Bereich Datensicherheit geht es primär darum, Manipulation, Datenverlust oder unbefugten Zugriff auf Daten zu verhindern; Informationssicherheit beschreibt die Unversehrtheit eines informations- und kommunikationstechnischen Systems. Ein Cybervorfall liegt dann vor, wenn «*ein unbeabsichtigtes oder von Unbefugten beabsichtigtes Ereignis dazu führt, dass die Vertraulichkeit, Integrität, Verfügbarkeit oder Nachvollziehbarkeit von Daten beeinträchtigt ist oder es zu Funktionsstörungen kommen kann*» (Art. 3b CyRV). Zum Ergreifen von Massnahmen zur Stärkung der Cybersicherheit sind neben öffentlichen Einrichtungen auch private Unternehmen, die etwa an kritischen Infrastrukturen wie dem Gesundheitswesen beteiligt und zunehmend auch Hersteller von Produkten für den Einsatz in diesen Infrastrukturen sind, verpflichtet.<sup>12</sup> Es gibt ausserhalb der USA nur wenig Forschungsarbeiten, die untersuchen, wie Regulierung Systeme im Gesundheitswesen widerstandsfähiger gegen Cyberangriffe machen könnte. In ihrem systematischen Literaturüberblick bezeichnen SARDI und Kollegen die Evidenzlage als dürfsig.<sup>13</sup> Im Kontext dieser Arbeit sprechen wir vereinfachend von den Anforderungen an Datenschutz und Cybersicherheit.

Die Einführung neuer digitaler Technologien neben Pharmazeutika, Medizintechnologien oder anderen medizinischen Interventionen bedeutet daher,

---

<sup>11</sup> BSK DSG/BGÖ-CHRISTA STAMM-PFISTER, in: Gabor P. Blechta/David Vasella (Hrsg.), Datenschutzgesetz und Öffentlichkeitsgesetz, Basler Kommentar, Basel 2024 (zit. BSK DSG/BGÖ-VERFASSER), Art. 8 DSG N 2.

<sup>12</sup> Vgl. ferner NELE ACHTEN, Cybersicherheit im Gesundheitswesen regulieren, CSS Analysen zur Sicherheitspolitik 296 (2021).

<sup>13</sup> SARDI/RIZZI/SORANO/GUERRIERI (FN 5), 8.

dass die Vorschriften zur Einhaltung und Erstattung an die neuen digitalen Eigenschaften angepasst werden müssen. Die Begrifflichkeiten der digitalen Gesundheitsanwendungen- und Technologien werden in der Literatur intensiv diskutiert. Diese werden jedoch je nach Kontext unterschiedlich verwendet, und es gibt noch keine explizite oder einheitliche Definition.<sup>14</sup> Dies gilt insbesondere für den Schweizer Markt und das Schweizer Recht.<sup>15</sup> Im Allgemeinen müssen Definitionen und Systematiken im spezifischen Kontext, Land oder Prozess interpretiert werden. Wenig überraschend wurde der Begriff «digitale Gesundheitsanwendung» in den deutschsprachigen Ländern vor allem durch die Definition in § 33a SGB V geprägt. Der deutsche Begriff «digitale Gesundheitsanwendung – DiGA» gilt jedoch nur im deutschen Kontext und beschreibt als Legaldefinition erstattungsfähige digitale Gesundheitsanwendungen der EU-MDR-Risikoklassen I bis IIb. Hinzu kommen verschiedene vom Gesetzgeber zugrunde gelegte Kriterien, die kumulativ erfüllt werden müssen. In der Schweiz hat das Bundesamt für Gesundheit (BAG) eine breit gefasste Definition postuliert: «*Unter digitalen Gesundheitsanwendungen (dGA) werden Produkte verstanden, welche zur Gesundheitsförderung, zur Unterstützung und Information von Patientinnen und Patienten, oder zu medizinischen Zwecken dienen und digitale Technologien nutzen*».<sup>16</sup>

Aus regulatorischer Sicht ist eine prozedurale Sichtweise entscheidend, das heisst, bestimmte Produkttypen zu definieren und zu differenzieren, die jeweils bestimmte Prozesse, Verfahren und Verantwortlichkeiten initiieren. Unser Verständnis ist dabei in Abbildung 1 dargestellt. Bei der Definition des Begriffs orientieren wir uns an internationalen Richtlinien und bestehenden Definitionen – zum Beispiel an der Medical Device Coordination Group für «*Medical Device Software*».<sup>17</sup>

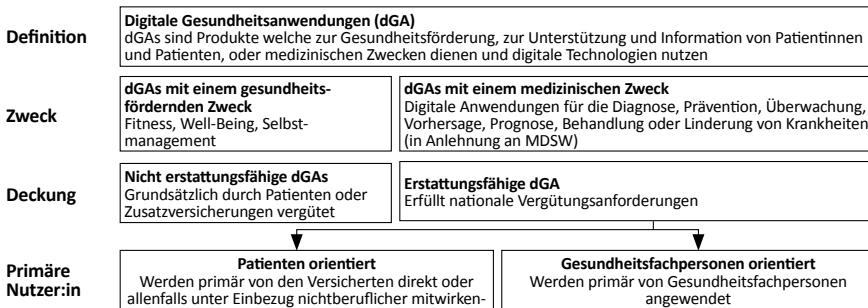
---

<sup>14</sup> Näheres bei REINHARD JEINDL/CLAUDIA WILD, Technologiebewertung digitaler Gesundheitsanwendungen für Refundierungsentscheidungen, Wiener Medizinische Wochenschrift 174 (2024); AMY VON HUBEN/MARIN HOWELL/KIRSTEN HOWARD/JOSEPH CARRELLO/SARAH NORRIS, Health technology assessment for digital technologies that manage chronic disease: a systematic review, International Journal of Technology Assessment in Health Care 37 (2021).

<sup>15</sup> STEFAN KOHLER/ANGELINA RAU, Vergütung von digitalen Gesundheitsanwendungen (DiGA) in der Schweiz, LSR 2023, 13 ff., 15.

<sup>16</sup> BAG (Hrsg.), Faktenblatt: Vergütung von digitalen Gesundheitsanwendungen im Rahmen der OKP, November 2024, 1.

<sup>17</sup> MDCG (Hrsg.), Guidance on Qualification and Classification of Software in Regulation (EU) 2017/745 – MDR and Regulation (EU) 2017/746 – IVDR, Oktober 2019.



*Abbildung 1. Konzeptioneller Rahmen zum Verständnis digitaler Gesundheitstechnologien (eigene Darstellung)*

Anmerkungen: *dGA = Digitale Gesundheitsanwendung, MDSW = Medizinproduktesoftware gemäss der Leitlinie zur Qualifikation und Klassifizierung von Software in der Verordnung (EU) 2017/745; Der Unterschied in der Länge der Kästen unter «Erstattungsfähigkeit» ist beabsichtigt. Er verdeutlicht, dass nicht erstattungsfähige dGAs sowohl gesundheitsfördernde als auch medizinische Zwecke umfassen können, während erstattungsfähige DHTs ausschliesslich auf medizinische Zwecke beschränkt sind – jedoch auch innerhalb dieser Kategorie nicht alle für eine Erstattung infrage kommen.*

Grundsätzliches Unterscheidungsmerkmal von dGAs ist die Vergütungentscheidung, da dies dGA von normalen medizinischen oder gesundheitsfördernden Apps primär unterscheidet und dGAs somit zu einem eigenständigen und rechtlich spezifischeren Teil des Gesundheitssystems macht. Darüber hinaus gibt es weitere Dimensionen oder Merkmale, nach denen dGAs grundlegend differenzierbar sind. Diese Unterscheidungsmerkmale sind nicht weniger relevant, können jedoch nicht gleichzeitig in den Kontext der Abgrenzung eines Medizinprodukts oder gar einer gesetzlichen Leistungspflicht gebracht werden. Schlussendlich sprechen wir von erstattungsfähigen dGAs im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung, die entweder primär patientenorientiert sind oder sich an Gesundheitsfachpersonen orientieren. In dieser Studie betrachten wir erstattungsfähige, patientenorientierte dGAs.

Im Bereich der translationalen Medizin existieren jedoch weitere Herausforderungen, unter anderem die Umsetzung klinischer Studien in die medizi-

nische Praxis.<sup>18</sup> Das heisst die «erfolgreiche» Einführung und Verbreitung von dGAs ist nicht nur abhängig von der Einhaltung aller gesetzlichen Anforderungen, sondern insbesondere auch Faktoren wie Vergütung und Preisgestaltung.<sup>19</sup> Dieser Schritt des Marktzuganges und der Vergütung wird oft als vierte Hürde (englisch: «Fourth Hurdle») bezeichnet.<sup>20</sup> In verschiedenen Ländern ist beobachtbar, wie Datenschutz und Cybersicherheit in diese Prozesse der vierten Hürde mitaufgenommen werden.<sup>21</sup>

Während zahlreiche Studien die Vorteile von dGAs untersucht haben, bleibt die Rolle und Bedeutung von Datenschutz und Cybersicherheit in Vergütungsentscheidungen wenig untersucht. Mit dieser Studie möchten wir zur Literatur über die Gewährleistung von Datenschutz und Cybersicherheit in der Gesundheitsbranche beitragen. Konkret betrachten wir, wie Datenschutz- und Sicherheit in nationalen Vergütungsentscheiden zu dGAs einbezogen werden. Wir nehmen dabei die Perspektive der Behörden in zwei Ländern ein.

## II. Methodik

Diese Studie folgt einem zweistufigen methodischen Ansatz, bei dem Dokumentenanalysen und Experteninterviews komplementär und im Sinne einer Triangulation eingesetzt wurden. Hierbei wendeten wir grundsätzlich ein ex-

<sup>18</sup> WOLF H. ROGOWSKI/SUSANNE C. HATZ/JÜRGEN H. JOHN, Clearing up the hazy road from bench to bedside: A framework for integrating the fourth hurdle into translational medicine, BMC Health Services Research (2008), 1.

<sup>19</sup> ROBIN VAN KESSEL et al., Digital Health Reimbursement Strategies of 8 European Countries and Israel: Scoping Review and Policy Mapping, JMIR Mhealth Uhealth 11 (2023); ROBIN VAN KESSEL et al., Mapping Factors That Affect the Uptake of Digital Therapeutics Within Health Systems: Scoping Review, Journal of Medical Internet Research 25 (2023) (zit. ROBIN VAN KESSEL et al., Mapping Factors); NISARG A. PATEL/ATUL J. BUTTE, Characteristics and challenges of the clinical pipeline of digital therapeutics, npj Digital Medicine 159 (2020); ALEXANDRA PRODAN et al., Success Factors for Scaling Up the Adoption of Digital Therapeutics Towards the Realization of P5 Medicine, Frontiers in Medicine 9 (2022).

<sup>20</sup> JOHN E. PAUL/PAUL TRUEMAN, 'Fourth hurdle reviews', NICE, and database applications, Pharmacoepidemiology and Drug Safety 10 (2001).

<sup>21</sup> Näheres bei BFARM (Hrsg.), Das Fast-Track-Verfahren für digitale Gesundheitsanwendungen (DiGa) nach § 139e SGB V. Ein Leitfaden für Hersteller, Leistungserbringer und Anwender. Version 3.5 vom 28.12.2023; EDI (Hrsg.), Operationalisierung der Kriterien «Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit» nach Artikel 32 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (KVG). Grundlagendokument, Version Stand 31.03.2022; siehe ferner die 3-Level-Validierungspyramide der belgischen Branchenverbände AGORIA und BE-MEDTECH. Internet: <https://mhealthbelgium.be/validation-pyramid> (Abruf 03.06.2025).

ploratives und deskriptives qualitatives Design an, das reflexive thematische Analyse beinhaltete.<sup>22</sup>

Unsere primäre Datenquelle waren Experteninterviews<sup>23</sup>, die uns ermöglichten, Einblicke direkt von Personen zu gewinnen, die in den relevanten Bereichen tätig sind. Der Fokus lag dabei auf der Gewinnung von Einblicken in Interessengruppen sowie der Bildung eines Verständnisses der Entscheidungsprozesse. Wir führten Interviews mit 18 Teilnehmenden aus 13 Organisationen durch, die über Fachwissen in den Bereichen dGAs, Informationstechnologie, Cybersicherheit, Datensicherheit, Datenschutz und Erstattungsprozesse in der Schweiz verfügen (siehe Tabelle 1).

Zusätzlich zu den semi-strukturierten Interviews dienten vier zentrale Dokumente als entscheidende Grundlage unserer qualitativen Analyse. Diese Dokumente wurden gezielt ausgewählt, da sie die Basis für die Vergütung von dGAs in Deutschland und der Schweiz darstellen und zentrale Prozesse sowie deren Zusammenhänge abbilden (siehe Tabelle 1). Die Verknüpfung von Interviews und Dokumentenanalyse ermöglichte eine vertiefte triangulative Beobachtung, um ein umfassenderes und fundiertes Verständnis der untersuchten Fragestellung zu gewinnen.

<b>18 Interviewpartner und -partnerinnen und Transkripte</b>
2 Experten aus dem BAG
1 Experte von Swissmedic
2 Experten vom BACS
1 Experte vom EDÖB
1 Experte von der kantonalen Datenschutzaufsichtsstelle
1 Experte von einer Herstellervereinigung
1 Experte von einem Universitätsspital
1 Experte von einer privaten Spitalgruppe
1 Experte von einem Krankenversicherungsverband
1 Experte von einer Patientenorganisation

---

<sup>22</sup> Näheres bei VIRGINIA BRAUN/VICTORIA CLARKE, Using thematic analysis in psychology, Qualitative Research in Psychology 3 (2006).

<sup>23</sup> Näheres bei MICHAEL MEUSER/ULRIKE NAGEL, ExpertInneninterviews – vielfach erprobt, wenig bedacht: ein Beitrag zur qualitativen Methodendiskussion, in: Detlef Garz/Klaus Kraimer (Hrsg.), Qualitativ-empirische Sozialforschung: Konzepte, Methoden, Analysen, Opladen 1991, 441 ff.

1 Experte von einer Beratungsfirma in der MedTech Branche
2 Experten von einem Pflegeverband
2 Experten einer Deutschen DiGA-Herstellerin
1 Experte einer benannten Stelle
<b>4 Kerndokumente</b>
BAG (Hrsg.), Faktenblatt: Vergütung von digitalen Gesundheitsanwendungen im Rahmen der OKP, November 2024.
eHEALTH SUISSE (Hrsg.), mobile Health (mHealth). Empfehlungen I. Ausgangslage und erste Schritte, Bern 2017.
eHEALTH SUISSE (Hrsg.), Leitfaden für App-Entwickler, Hersteller und Inverkehrbringer. Praktische Hinweise, Bern 2022.
BFARM (Hrsg.), Das Fast-Track-Verfahren für digitale Gesundheitsanwendungen (DiGA) nach § 139e SGB V. Ein Leitfaden für Hersteller, Leistungserbringer und Anwender. Version 3.4 vom 11.10.2023.

*Tabelle 1. Übersicht der verwendeten Ressourcen und Interviewpartnerinnen (eigene Tabelle)*

### III. Ausgangslage und regulatorischer Kontext

#### A. Inverkehrbringung (Marktzugang)

Software kann entweder als Medizinprodukt qualifiziert werden oder Teil eines Medizinprodukts sein (MDSW). MDSW unterliegt den Anforderungen der Medizinprodukteverordnung (MDR bzw. IVDR). Im Gegensatz zu Arzneimitteln durchlaufen Medizinprodukte keine behördliche Zulassung. Europäische Länder richten sich hier primär an das System der Konformitätsbewertung.<sup>24</sup> Von der Erfüllung der Anforderungen an die Inverkehrbringung, bei der Sicherheit und Leistung der Produkte im Mittelpunkt stehen, ist die Leistungspflicht durch die universelle Gesundheitsversorgung zu unterscheiden, bei der Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit im Mittelpunkt stehen.<sup>25</sup> Entscheidend für die Qualifikation als Medizinprodukt ist in

<sup>24</sup> Zur Regulierung der Medizinprodukte siehe die Informationen von Swissmedic. Internet: <https://www.swissmedic.ch/swissmedic/de/home/medizinprodukte/regulierung-medizinprodukte.html> (Abruf 03.06.2025).

<sup>25</sup> Hier sind international verschiedene Systeme im Einsatz. In der Schweiz ist dies die obligatorische Krankenpflegeversicherung und in Deutschland die gesetzliche Krankenversicherung.

erster Linie die Zweckbestimmung, die der Hersteller bestimmt.<sup>26</sup> MDSW<sup>27</sup> im Sinne der EU-MDR muss «*einen eigenen medizinischen Zweck aufweisen, eine Aktion mit Daten durchführen, die über Speicherung, Archivierung, Kommunikation, einfache Suche oder verlustfreie Komprimierung hinausgeht, und für den Nutzen einzelner Patienten bestimmt sein*» (Art. 2(1) MDR bzw. IVDR). Relevant sind dann insbesondere die Klassifizierungs-Regeln 9–13, mit den speziellen Regeln 15 und 22 (MDR, Annex VIII), sowie Regeln 1 (erster, zweiter, und dritter Einzug), 2, 3, 4, 5(a), 5(b), 5(c), 6 und 7.

Grundsätzlich gelten für MDSW die grundlegenden technischen Anforderungen der MDR bzw. IVDR.<sup>28</sup> Beispielsweise muss ein Qualitätsmanagementsystem vorhanden sein und es bedarf einer verantwortlichen Person, die die Einhaltung der Vorschriften verantwortet (sog. «Person Responsible for Regulatory Compliance») (Art. 15 EU-MDR bzw. IVDR).<sup>29</sup> Weiterhin muss eine technische Dokumentation erstellt und aktuell gehalten werden, die die Einhaltung der allgemeinen Sicherheits- und Leistungsanforderungen (sog. «General Safety and Performance Requirements») dokumentiert sowie die Überwachung nach dem Inverkehrbringen sichergestellt werden.

Ein Kernelement des Nachweises der allgemeinen Sicherheits- und Leistungsanforderungen bei MDSW ist das Software-Lebenszyklusmanagement. Die EU-MDR fordert in Anhang I, Ziff. 17.2. explizit eine Softwareentwicklung nach dem Stand der Technik auch unter Bezug der Informationssicherheit. Für den Nachweis kann auf die IEC 62304 zurückgegriffen werden. Für Produkte mit höheren Risikoklassen (höher als Klasse 1, bzw. Klasse A) ist eine Zertifizierung durch eine benannte Stelle nachzuweisen.<sup>30</sup>

---

<sup>26</sup> BSK HMG-MEIER/CORTIZO, in: THOMAS EICHENBERGER/URS JAISLI/PAUL RICHLI (Hrsg.), Heilmittelgesetz, Basler Kommentar, Basel 2022, Art. 45 N 4 ff.

<sup>27</sup> Nicht zu verwechseln mit dem Ausdruck «Software as a Medical Device», vgl. INTERNATIONAL MEDICAL DEVICE REGULATORS FORUM SOFTWARE AS A MEDICAL DEVICE WORKING GROUP (Hrsg.), «Software as a Medical Device»: Possible Framework for Risk Categorization and Corresponding Considerations, Version vom 18.09.2014, 7.

<sup>28</sup> BENI HIRT, Medical device software (MDSW) under EU-MDR and IVDR. Internet: <https://decomplix.com/medical-software-mdr/#what-is-needed-to-ce-mark-mdsw-under-the-eu-mdr-or-ivdr> (Abruf 03.06.2025).

<sup>29</sup> HELENA LACALLE, The role of a PRRC under the EU MDR & IVDR. Internet: <https://decomplix.com/role-prrc-mdr> (Abruf 03.06.2025).

<sup>30</sup> Siehe HIRT (FN 28).

Die «Medical Device Coordination Group» detailliert die Anforderungen an Datenschutz und Cybersicherheit in ihrem rechtlich nicht bindenden Leitfaden 2019-16.<sup>31</sup> Hinzu kommen weitere relevante internationale Normen, die von den Herstellern berücksichtigt werden müssen.<sup>32</sup>

## B. Vorstellung länderspezifischer Vergütungsprozesse

### 1. Deutschland – separates System

In Deutschland spielte die Einführung des DVG im Jahr 2019 zusammen mit der DiGAV eine entscheidende Rolle bei der Weiterentwicklung der digitalen Gesundheitsversorgung. Eine bemerkenswerte Folge dieser Regelungen war die Implementierung des «Fast-Track-Verfahrens» durch das BfArM. Dieses Verfahren erleichterte die Zulassung und Einführung von «Apps auf Rezept», offiziell als DiGAs bezeichnet.<sup>33</sup> Deutschland und verschiedene andere Länder (so beispielsweise Italien, Niederlande, Polen, Schweden und Grossbritannien) haben somit digitale Gesundheitslösungen als eigenständige Klassifikation in den Vergütungsprozessen anerkannt.<sup>34</sup>

Der erste formale Schritt zur Aufnahme in das DiGA-Verzeichnis ist der DiGA-Antrag. Das Antragsformular des BfArM umfasst über 100 Fragen, und die Antragstellerinnen müssen Nachweise über den klinischen Nutzen erbringen.<sup>35</sup> Grundsätzlich muss eine DiGA die in § 3 bis 6 DiGAV definierten Anforderungen an Sicherheit und Funktionstauglichkeit, Datenschutz und Datensicherheit, Qualität, insbesondere Interoperabilität erfüllen, um im Verzeichnis nach § 139e SGB V gelistet zu werden. Die hierfür relevanten Grundlagen sind insbesondere medizinproduktgerechter Natur und in den Checklisten in Anhang 1 (Anforderungen an Datenschutz und Datensicherheit) und 2 der DiGAV zu finden.<sup>36</sup> Übergeordneter rechtlicher Rahmen für die Verarbeitung

---

<sup>31</sup> CHRISTIAN ROSENZWEIG, IT-Sicherheit im Gesundheitswesen. Internet: <https://www.johner-institut.de/blog/gesundheitswesen/it-sicherheit-im-gesundheitswesen> (Abruf 03.06.2025); MDCG (Hrsg.), MDCG 2019-16 Rev. 1. Guidance on Cybersecurity for medical devices, Dezember 2019.

<sup>32</sup> Näheres bei ROSENZWEIG (FN 31).

<sup>33</sup> SVEN SAUERMANN/JULIA HERZBERG/SOLVEIG BURKERT/SUSANNE HABETHA, DiGA – A Chance for the German Healthcare System, Journal of European CME 11 (2022), 1.

<sup>34</sup> VAN KESSEL et al. (FN 19), Mapping Factors.

<sup>35</sup> SAUERMANN/HERZBERG/BURKERT (FN 33), 2.

<sup>36</sup> BfArM (FN 21), 56.

personenbezogener Daten ist dabei weder das DVG noch die DiGAV, sondern die DSGVO der EU und das ergänzende Bundesdatenschutzgesetz<sup>37</sup> Deutschlands.<sup>38</sup>

Während die Sicherheit und Funktionstauglichkeit grundsätzlich durch die Konformitätserklärung des Medizinproduktes als nachgewiesen anzusehen sind (§ 3 DiGAV), muss der DiGA-Hersteller zum jeweiligen Antrag Nachweise beifügen, dass die DiGA den Anforderungen an den Datenschutz entspricht und die Datensicherheit nach dem Stand der Technik gewährleistet ist (§ 139e Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB V).<sup>39</sup> Die in Anlage 1 der DiGAV definierten Anforderungen sind dabei sehr konkreter Natur. Der Nachweis der Erfüllung der Datenschutz und Datensicherheit Anforderungen wird entsprechend durch die verbindliche Erklärung und Beantwortung des Anhang 1 DiGAV, und so weit einschlägig, durch die Konformitätsbewertung und CE-Kennzeichnung im Rahmen des rechtmässigen Inverkehrbringens als Medizinprodukt nachgewiesen.<sup>40</sup> Im Grundlagendokument des Fast-Track-Verfahrens wird darauf hingewiesen, dass nicht alle Facetten der DSGVO-EU explizit abgefragt, dafür aber einzelne Vorgaben der DSGVO-EU für den Bereich des Einsatzes digitaler Produkte im Gesundheitswesen weiter konkretisiert werden.<sup>41</sup>

Die konkreten Anforderungen richten sich dabei auch nach der zu bestimmenden Schutzbedarfskategorie, wobei bei einer DiGA mindestens von einem hohen Schutzbedarf ausgegangen wird (Art. 4 Ziff. 15 und Art. 9 DSGVO-EU). Zu beachten ist, dass schon allein die Information, dass eine DiGA verwendet wird, eine Gesundheitsinformation ist.<sup>42</sup>

Weiter ist entscheidend, dass unabhängig von der Prüfentscheidung des BfArM die Herstellerin einer DiGA jederzeit verantwortlich für die Gewährleistung aller datenschutz- und datensicherheitsbezogenen sowie sonstigen

---

<sup>37</sup> Bundesdatenschutzgesetz vom 30. Juni 2017 (BGBl. I S. 2097).

<sup>38</sup> ANDRÉ ZILCH/MARTIN TSCHIRISCH, Datenschutz und Informationssicherheit bei digitalen Gesundheitsanwendungen (DiGA), Bundesgesundheitsblatt 64 (2021), 1254 ff, 1255.

<sup>39</sup> PHILIPP KIRCHER, Anforderungen an digitale Gesundheitsanwendungen – Wenn Innovationen auf die GKV treffen, MedR 40 (2022), 278 ff., 280.

<sup>40</sup> BfArM, Was ist eine digitale Gesundheitsanwendung (DiGA)? Internet: [https://www.bfarm.de/DE/Medizinprodukte/Aufgaben/DiGA-und-DiPA/DiGA/Wissenswertes/\\_artikel.html](https://www.bfarm.de/DE/Medizinprodukte/Aufgaben/DiGA-und-DiPA/DiGA/Wissenswertes/_artikel.html) (Abruf 03.06.2025).

<sup>41</sup> BfArM (FN 21), 40.

<sup>42</sup> JAN B. BRÖNNEKE et al., DiGA VADEMECUM. Was man zu Digitalen Gesundheitsanwendungen wissen muss, Berlin 2020.

Sicherheits- und Leistungsanforderungen an ihrem Medizinprodukt ist. Auch hat der Hersteller dem BfArM wesentliche Veränderungen, insbesondere solche, die sich auf Aspekte des Datenschutzes und der Datensicherheit beziehen, anzusehen.<sup>43</sup> Dies trägt insbesondere der Herausforderung Rechnung, dass bei der Gewährleistung von Informationssicherheit eine «sichere DiGA» immer nur eine Momentaufnahme ist. Softwarelösungen entwickeln sich weiter, neue Risiken und Bedrohungen kommen hinzu und Sicherheitsmassnahmen vom Stand der Technik können rasch wirkungslos sein. Entsprechend wird in der DiGAV Informationssicherheit als im Unternehmen verankerter Prozess verstanden.<sup>44</sup>

## 2. Schweiz – traditionelles Paradigma

Andere Länder wie Belgien und Israel klassifizieren digitale Gesundheitslösungen unter dem traditionellen Paradigma von Medizinprodukten<sup>45</sup>, so auch die Schweiz. In der Schweiz gilt bei ärztlichen und chiropraktischen Leistungen eine Pflichtleistungsvermutung (sogenanntes Vertrauensprinzip: Die Grundannahme ist, dass die Ärztinnen sowie Chiropraktoren Leistungen erbringen, die wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich sind), soweit diese nicht umstritten sind.<sup>46</sup> Im Gegensatz zu den ärztlichen Leistungen sind die übrigen Leistungen wie Arzneimittel, Laboranalysen, Mittel und Gegenstände, auf ärztliche Anordnung hin von anderen Gesundheitsfachpersonen erbrachten Leistungen, sowie zahnmedizinischen Leistungen und ärztlichen Leistungen der Prävention und Mutterschaft in abschliessenden Positivlisten geregelt.<sup>47</sup> Die nicht in den Listen aufgeführten Leistungen sind somit nicht leistungspflichtig und können daher nicht von der OKP vergütet werden (geschlossener Leistungskatalog).<sup>48</sup> Für die rechtliche Regelung und Bezeichnung der Pflichtleistungen

---

<sup>43</sup> BfARM (FN 21), 48.

<sup>44</sup> BfARM (FN 21), 55 f.

<sup>45</sup> VAN KESSEL et al. (FN 19), Mapping Factors.

<sup>46</sup> BSK KVG/KVAG-VOKINGER/ZOBL, in: Gabor P. Blechta/Philomena Colatrella/Hubert Rüedi/Daniel Staffelbach (Hrsg.), Krankenversicherungsgesetz und Krankenversicherungsaufsichtsgesetz, Basler Kommentar, Basel 2020 (zit. BSK KVG/KVAG-VERFASSER), Art. 33 KVG N 6.

<sup>47</sup> BSK KVG/KVAG-VOKINGER/ZOBL (FN 46), Art. 33 KVG N 3.

<sup>48</sup> BAG, Krankenversicherung: Bezeichnung der Leistungen. Internet: <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/versicherungen/krankenversicherung/krankenversicherung-bezeichnung-der-leistungen.html> (Abruf 03.06.2025).

ist das EDI zuständig, während das BAG die Umsetzung sicherstellt.<sup>49</sup> Bei den Arzneimitteln liegt die Zuständigkeit für die Aufnahme in die Spezialitätenliste direkt beim BAG, das damit eine besondere Rolle innerhalb der Pflichtleistungsbestimmung hat.<sup>50</sup> Das EDI bzw. das BAG lassen sich dabei von den zuständigen Eidgenössischen Kommissionen beraten.<sup>51</sup>

Gemäss dem Schweizerischen Bundesrat können dGAs in den bisherigen Systemen abgebildet werden.<sup>52</sup> Der Bundesrat argumentiert weiter, dass ein neues spezielles Vergütungsmodell für dGAs daher nicht notwendig sei.<sup>53</sup> Für Details verweist der Bundesrat auf ein vom BAG veröffentlichtes Faktenblatt.<sup>54</sup> Gemäss diesem Faktenblatt haben alle digitalen Anwendungen für eine Vergütung durch die OKP die Anforderungen an eine Zulassung auf dem Schweizer Markt gemäss MepV zu erfüllen.<sup>55</sup> Darüber übernimmt die OKP nach Art. 25 KVG lediglich die Kosten für Leistungen, die der Diagnose oder Behandlung einer Krankheit und ihrer Folgen dienen. Voraussetzung ist, dass diese wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich sind, wobei die Wirksamkeit nach wissenschaftlichen Methoden nachgewiesen sein muss (Art. 32 Abs. 1 KVG). Die WZW-Kriterien sind dabei auf zwei Ebenen zu berücksichtigen: Zum einen bei der Beurteilung im konkreten Behandlungs-Fall, zum anderen sind sie eine allgemeingültige Regel, die insb. vom Verordnungsgeber bei der Bezeichnung der zu übernehmenden Leistungen berücksichtigt werden muss.<sup>56</sup> Zweck von Art. 32 KVG ist somit die Sicherstellung einer effizien-

---

<sup>49</sup> BSK KVG/KVAG-VOKINGER/ZOBL (FN 46), Art. 33 KVG N 30.

<sup>50</sup> BAG (FN 48).

<sup>51</sup> BSK KVG/KVAG-VOKINGER/ZOBL (FN 46), Art. 33 KVG N 30.

<sup>52</sup> Stellungnahme des Bundesrats vom 26.09.2022 zu 22.7788. Frage Humbel Ruth. Digitale Gesundheitsanwendungen zur Verbesserung von Patientensicherheit und Kosteneffektivität. Internet: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20227788> (Abruf 10.06.2025).

<sup>53</sup> Dies ist nicht umumstritten, vgl. Allianz Digitale Transformation im Gesundheitswesen, Positionspapier Vergütung digitaler Gesundheitsanwendungen in der Schweiz.

<sup>54</sup> Dazu Stellungnahme des Bundesrats (FN 55).

<sup>55</sup> BAG (FN 20), 2.

<sup>56</sup> GEBHARD EUGSTER, Wirtschaftlichkeitskontrolle ambulanter ärztlicher Leistungen mit statistischen Methoden. Juristische Untersuchungen zum Durchschnittskostenvergleich im Rahmen von Art. 56 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung vom 18.3.1994, Diss. Zürich, Bern 2003.

ten, qualitativ hochstehenden und zweckmässigen Gesundheitsversorgung zu möglichst günstigen Kosten.<sup>57</sup>

Das Grundlagendokument «Operationalisierung der Kriterien Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit» vom 31. März 2022 dient dem Zweck der Operationalisierung der WZW-Kriterien für die Prüfung und Bezeichnung aller von der OKP übernommenen Leistungen.<sup>58</sup> Es basiert auf international angewandten Methoden des «Health Technology Assessment»<sup>59</sup> und stellt aus rechtlicher Sicht eine Verwaltungsverordnung dar.<sup>60</sup> Gemäss den international angewendeten Grundsätzen beurteilen HTAs die Sicherheit, die Effektivität und Kosteneffektivität sowie organisatorische, rechtliche, ethische und soziale beziehungsweise gesellschaftliche Aspekte.<sup>61</sup>

Gemäss geführten Interviews und Workshops besteht in der Schweiz noch kein festgelegtes Verfahren zur Überprüfung von Datenschutz- und Sicherheitsanforderungen. Gemäss den Aussagen weisen die publizierten Dokumente und Formulare zur Antragsstellung lediglich oberflächliche Aspekte der Sicherung von Datenschutz und Cybersicherheit auf.

## IV. Ergebnisse

### A. Rechtliche Grundlagen und Zuständigkeiten

Die rechtliche Grundlage für die Prüfung und Inverkehrbringung von dGAs wird in der EU grundsätzlich durch die Medizinprodukteverordnung (MDR) geregelt. Diese sieht vor, dass Software, die als Medizinprodukt eingestuft wird, grundsätzlich einer Konformitätsbewertung unterliegt. Bei Anwendungen mit einem höheren Risiko muss zusätzlich eine benannte Stelle beigezogen werden.

Auf nationaler Ebene bestehen bei den Vergütungsprozessen Unterschiede in der Kompetenz und Verantwortung. In Deutschland ist eine rechtliche Grundlage vorhanden, die es dem BfArM erlaubt, Datenschutz und Datensicherheit im Rahmen des Fast-Track-Verfahrens für DiGAs zu prüfen. Nach § 139e

---

<sup>57</sup> BSK KVG/KVAG-OGGIER/VOKINGER (FN 46), Art. 32 N 5; BGE 127 V 80 E. 3c.

<sup>58</sup> BAG (FN 48).

<sup>59</sup> EDI (FN 21), 4.

<sup>60</sup> EDI (FN 21), 4.

<sup>61</sup> EDI (FN 21), 6.

Abs. 2 SGB V (Sozialgesetzbuch V) sind Hersteller von DiGAs verpflichtet, den Nachweis zu erbringen, dass ihre Anwendungen die Anforderungen an Datenschutz und Datensicherheit erfüllen. Dies schliesst ein, dass das BfArM die Einhaltung dieser Anforderungen überprüfen muss. Dies unterstreicht die aktive Rolle der deutschen Behörden bei der Prüfung dieser Aspekte.

In der Schweiz hingegen wird die Beurteilung von Leistungen im Gesundheitswesen durch die gesetzlichen Bestimmungen des KVG geregelt. Gemäss Art. 32 KVG können Leistungen nur dann von der OKP übernommen werden, wenn sie kumulativ die WZW-Kriterien erfüllen. Die Konkretisierung dieser Kriterien erfolgt durch das BAG mittels der «Operationalisierung der WZW-Kriterien», einem zentralen Dokument, das die Anforderungen für die Vergütungsfähigkeit von Leistungen spezifiziert. Dabei soll insbesondere die Zweckmässigkeit auch unter Berücksichtigung von Datenschutz und Cybersicherheit geprüft werden. Gemäss den interviewten Experten ist jedoch nicht klar, was konkret geprüft werden soll und darf. Weder in der MepV noch im KVG noch in der KLV werden explizite Vorgaben gemacht. Somit besteht für die Praxispartner Unsicherheit, inwieweit das BAG befugt ist, Datenschutz- und Sicherheitsaspekte zu prüfen. Einige Fachleute stellen infrage, ob eine solche Prüfung überhaupt in den Zuständigkeitsbereich des BAG fällt. Es wird argumentiert, dass die Rolle des BAG primär in der Festlegung und Konkretisierung regulatorischer Vorgaben liege, nicht jedoch in der inhaltlichen Bewertung einzelner Anwendungen.

## **B. Fähigkeiten und Ressourcen der Regulierungsbehörden**

Die praktische Umsetzung einer behördlichen Prüfung von Datenschutz und Cybersicherheit wirft insbesondere in kleinen Ländern, wie der Schweiz, Fragen der Machbarkeit auf. Eine direkte Kontrolle durch Behörden wie dem BAG wird als ressourcenintensiv und technisch anspruchsvoll beschrieben. Auch in der Literatur wird der generelle Mangel an Fachpersonen im Bereich Datenschutz und Cybersicherheit diskutiert.<sup>62</sup> Diese Einschätzung zeigt, dass die begrenzten personellen und technischen Kapazitäten die Regulierungs-

---

<sup>62</sup> Vgl. REESHAD S. DALAL et al., Organizational science and cybersecurity: abundant opportunities for research at the interface, *Journal of Business and Psychology* 37 (2022); ALOK MISHRA/YEHIA I. ALZOUBI/MEMOONA J. ANWAR/ASIF Q. GILL, Attributes impacting cybersecurity policy development: An evidence from seven nations, *Computers & Security* 120 (2022).

behörden bei einer umfassenden Prüfung dieser Aspekte vor sehr hohe Hürden stellen. Weiter wird von den Experten auf Unterschiede auf struktureller Ebene hingewiesen: Institutionen in Deutschland verfügen über deutlich mehr Fachpersonal, während in der Schweiz spezialisierte Ressourcen fehlen. Diese Einschätzung wird teilweise auch in der Literatur untermauert.<sup>63</sup>

Vor diesem Hintergrund werden unterschiedliche Ansätze zur Regulierung diskutiert. Ein zentralisierter Prüfmechanismus, bei dem eine einzige Behörde für die Bewertung von Datenschutz- und Sicherheitsanforderungen verantwortlich ist, könnte zwar zu einer kohärenten Standardisierung führen, setzt jedoch erhebliche personelle und technische Kapazitäten voraus, die in Zukunft aufgebaut werden müssten. Eine Alternative wäre ein dezentralisiertes Modell, bei dem die Verantwortung für spezifische Prüfungen an externe, benannte Stellen übertragen wird. Dies würde die Belastung der Regulierungsbehörden reduzieren, jedoch neue Herausforderungen schaffen. So könnte ein dezentralisierter Ansatz beispielsweise dazu führen, dass nur wenige akkreditierte Stellen entsprechende Zertifizierungen anbieten, was Engpässe im Prüfprozess erzeugen könnte.

In Deutschland wird die Kompetenz der zuständigen Behörden zur Entwicklung und Einforderung nationaler Standards kritisch hinterfragt. Es wird argumentiert, dass das BfArM keine Erfahrung in der Standardsetzung habe und somit nicht über die notwendigen Qualifikationen verfüge. Zudem wird bemängelt, dass die vom BfArM erarbeiteten Vorgaben erhebliche Schwächen aufweisen und in der Praxis kaum umsetzbar seien. Ein weiteres Problem stellt die mangelnde Bereitschaft von Zertifizierungsstellen dar, sich für die Prüfung der BfArM-spezifischen Standards akkreditieren zu lassen.

## C. Internationale Standards und Entwicklungen

Abseits der Machbarkeitsfragen stellt sich die grundlegende Frage nach dem Nutzen einer zusätzlichen Kontrolle durch nationale Behörden. Kritiker des deutschen Ansatzes bemängeln insbesondere die Schaffung nationaler Standards durch das BfArM, die als ineffizient und wenig zielführend angesehen werden. Stattdessen fordern sie, auf international anerkannte Zertifikate wie die ISO 27001 oder ISO 27701 zu setzen, die eine höhere Glaubwürdigkeit

---

<sup>63</sup> Vgl. ferner BSK DSG/BGÖ-HUBER (FN 11), Art. 43 DSG N 81.

und Konsistenz mit bestehenden Regularien gewährleisten könnten. Nach ihren Aussagen könnte ihre Anwendung dazu beitragen, eine konsistente und verlässliche Sicherheitsbewertung in der Branche zu etablieren, denn sie werden in einem globalen Kontext entwickelt und regelmässig aktualisiert. Die Normen unterliegen ständigen Überprüfungen, werden an neue Anforderungen angepasst und geniessen dadurch eine breite Akzeptanz, sind jedoch auch mit Vorsicht zu betrachten, da sie oft auf Kompromissen beruhen. Eine Orientierung an internationalen Vorgaben würde sicherstellen, dass Sicherheitsanforderungen von einer Vielzahl von Expertinnen geprüft werden und nicht auf einzelne nationale Behörden beschränkt blieben. Weiter werden Datenschutz- und Sicherheitsaspekte, insbesondere im Kontext der MDR, durch die technische Dokumentation berücksichtigt. Insbesondere die externe Prüfung durch eine benannte Stelle böte eine effizientere Lösung und würde auch die internationale Akzeptanz erhöhen. Zuletzt können durch ein solches Vorgehen Doppelprüfungen vermieden werden und Datenschutz und Cybersicherheit auf einem international anerkannten Niveau gewährleistet werden.

Trotz dieser Kritik wird die Notwendigkeit einer gewissen doppelten Kontrolle nicht grundsätzlich infrage gestellt. Auch die Kritiker weisen darauf hin, dass ein Mindestmass an Prüfung erforderlich ist, um das Vertrauen in dGAs langfristig zu sichern. Ohne eine angemessene Absicherung gegen Sicherheitsrisiken könnten wiederholte Vorfälle von Datenschutzverletzungen das Vertrauen in die gesamte Branche schwächen. Problematisch erscheint jedoch die Art und Weise der Umsetzung.

Neben der Vermeidung redundanter Prüfungen ermöglichen international anerkannte Standards eine bessere grenzüberschreitende Nutzung von dGAs. Besonders für kleinere Märkte wie die Schweiz ist dies von Bedeutung, da nationale Sonderlösungen den Marktzugang erschweren könnten. Zudem ist der europäische Markt durch eine Vielzahl sich stetig entwickelnder Regularien geprägt, insbesondere in den Bereichen Datenschutz und Cybersicherheit. Zusätzliche nationale Vorgaben könnten in diesem Kontext nicht nur zu Unsicherheiten führen, sondern auch unnötige Hürden für Hersteller schaffen.

## **V. Diskussion**

Die vorliegende Studie verdeutlicht die zentrale Bedeutung und Komplexität von Datenschutz und Cybersicherheit in den Vergütungsentscheidungen für

dGAs. Diese Themen sind nicht nur essenziell für die Einhaltung regulatorischer Vorgaben, sondern auch für die Aufrechterhaltung des Vertrauens zwischen Patienten und Gesundheitsdienstleisterinnen. Im Gesundheitswesen, wo besonders sensible Daten verarbeitet werden, ist der Schutz personenbezogener Informationen von entscheidender Bedeutung. Die vorliegende Arbeit zeigt, dass das Vorgehen bezüglich Datenschutzes und Cybersicherheit in Vergütungsprozessen bei dGAs noch nicht final ist, sondern laufend angepasst wird.

Datenschutz- und Sicherheitsanforderungen werden in den Vergütungsprozessen von dGAs international unterschiedlich adressiert. Während der europäische Markt durch die Harmonisierung der Konformitätsbewertung nach der EU-MDR ähnliche Marktzugangskriterien aufweist, unterscheiden sich nationale Vergütungsregularien deutlich. Die EU-MDR verlangt dabei bereits von Herstellerinnen unter anderem die Implementierung eines angemessenen Qualitätsmanagementsystems (z. B. EN ISO 13485) sowie die Entwicklung von «State-of-the-Art»-Software, die IT-Sicherheitsaspekte berücksichtigt.

Deutschland hat mit dem Fast-Track-Verfahren des BfArM einen klar definierten Prozess geschaffen, der spezifische Anforderungen an Datenschutz und Datensicherheit integriert. Dieser Ansatz schafft sowohl Transparenz für Hersteller als auch einen hohen Sicherheitsstandard. Einen ähnlichen Weg verfolgt hier Frankreich mit der «Prise en Charge Anticipée Numerique».<sup>64</sup> Im Gegensatz dazu verfolgt die Schweiz, bis anhin, eine zurückhaltendere Strategie, bei der dGAs im Rahmen bestehender Vergütungsmodelle für Medizinprodukte bewertet werden. Bislang wurden keine spezifischen, über die EU-MDR hinausgehenden Anforderungen etabliert.

Die Interviews zeigen eine differenzierte Sichtweise auf die Notwendigkeit zusätzlicher regulatorischer Hürden. Herstellerinnen betonen, dass sie ein intrinsisches Interesse an hohen Datenschutz- und Sicherheitsstandards haben, da Zwischenfälle in diesen Bereichen die Reputation der gesamten Branche gefährden könnten. Insofern unterstützen viele Hersteller strengere Vorgaben, sofern diese klar und einheitlich formuliert sind. Kritik wird jedoch an der Umsetzung geäussert.

Die digitale Gesundheitsversorgung ist darüber hinaus ein Querschnittsthema, das sich nicht eindeutig einer einzelnen Behörde zuordnen lässt. Ein zen-

<sup>64</sup> Näheres bei TESS MARTIN/ALEXANDRA HERVIAS/XAVIER ARMOIRY/NICOLAS MARTELLI, Early access programs for medical devices in France: Overview of recent reforms and outcomes (2015–2022), *Health Policy* 148 (2024).

traler Bewertungsansatz, wie er in vielen Ländern verfolgt wird, bietet zwar Vorteile in der Standardisierung und Kontrolle, birgt jedoch auch das Risiko von Engpässen angesichts des rasch wachsenden Angebots an Gesundheitsanwendungen. Auch in Ländern mit etablierten Prozessen, wie Deutschland, ist die Zahl tatsächlich zugelassener Anwendungen vergleichsweise gering. Als mögliche Lösung könnte ein dezentraler Ansatz diskutiert werden, bei dem «Bewertungsagenturen» akkreditiert werden, um die Last auf die zentrale Regulierungsbehörde zu reduzieren. Ein solches Modell wird derzeit beispielsweise in Schweden diskutiert.<sup>65</sup>

Unabhängig vom Ansatz ist entscheidend, dass die regulatorischen Vorgaben klar formuliert sind, um die Sicherheit und den Datenschutz zu gewährleisten, ohne Innovationspotenziale durch übermäßige Bürokratie zu hemmen. Ein angemessener Ausgleich zwischen Sicherheit und Praktikabilität bleibt eine zentrale Herausforderung für die Zukunft. Hier kann an die Forschung im Bereich der HTAs angeknüpft werden.<sup>66</sup> HTAs unterscheiden sich zwar zwischen Jurisdiktionen in ihrer Struktur, ihrem Zweck und der Art und Weise, wie Finanzierungsentscheidungen getroffen bzw. beeinflusst werden.<sup>67</sup> Die zunehmende Anzahl neuartiger dGAs stellt jedoch auch für bestehende HTA neue Herausforderungen dar, welche die Integration neuer Aspekte und Domänen erforderte.<sup>68</sup> Traditionell haben sich die HTAs hauptsächlich auf die Wirksamkeit, Kosten und Sicherheit von Gesundheitsanwendungen konzentriert. Die Informationssicherheit und der Datenschutz sind jedoch wichtige

---

<sup>65</sup> ANNA ESSÉN et al., Health app policy: international comparison of nine countries' approaches, *npj Digital Medicine* 31 (2022).

<sup>66</sup> Näheres bei JARI JÄÄSKELÄ et al., Digi-HTA, assessment framework for digital healthcare services: information security and data protection in health technology – initial experiences, *Finnish Journal of eHealth and eWelfare* 14 (2022).

<sup>67</sup> ANNA-MARIA FONTRIER/ERICA VISINTIN/PANOS KANAVOS, Similarities and Differences in Health Technology Assessment Systems and Implications for Coverage Decisions: Evidence from 32 Countries, *PharmacoEconomics – Open* 6 (2022), 315 ff.

<sup>68</sup> Näheres JARI HAVERINEN et al., Digi-HTA: Health technology assessment framework for digital healthcare services, *Finnish Journal of eHealth and eWelfare* 11 (2019); JÄÄSKELÄ et al. (FN 66); MAGDALENA R. MOSHI/REBECCA TOOHER/TRACY MERLIN, Suitability of current evaluation frameworks for use in the health technology assessment of mobile medical applications: A systematic review, *International Journal of Technology Assessment in Health Care* 34 (2018); CHRISTIAAN VIS/LEAH BÜHRMANN/HELEEN RIPER/HANS C. OSSEBAARD, Health technology assessment frameworks for eHealth: A systematic review, *International Journal of Technology Assessment in Health Care* 36 (2020).

Bereiche, die in die Bewertungen von dGAs miteinbezogen werden müssen.<sup>69</sup> Entsprechend ist der Bedarf eines standardisierten Bewertungsinstruments zur transparenten Evaluation von dGAs hoch: Dies nicht nur für Entscheidungsträgerinnen im Gesundheitswesen, sondern auch Entwickler und nicht zuletzt Patientinnen.<sup>70</sup> JEINDL und WILD haben in ihrer Arbeit sechs verschiedene solcher Bewertungsinstrumente für dGAs identifiziert und analysiert.<sup>71</sup> Sie finden eine grosse Heterogenität (bspw. auch zwischen den Anwendungszeitpunkten, Evidenzerfordernisse und Inklusion von Datenschutz und Cybersicherheit) zwischen diesen verschiedenen Hilfestellungen und empfehlen schlussendlich eine Kombination verschiedener Bewertungsinstrumente in einem abgestuften Vorgehen. Besonders hervorgehoben wird von den Autorinnen das englische Evidence Standards-Bewertungsinstrument von NICE<sup>72</sup>, welches jedoch an sich keine Angaben zu Datenschutz- und Sicherheit macht. Das Framework von NICE ermöglicht jedoch eine Klassifizierung von dGAs nach deren Funktion in verschiedene Evidenzstufen einzuteilen, basierend auf dem potenziellen Risiko für die Nutzer.

Es ist schlussendlich abhängig vom gesundheitspolitischen Willen eines Staates, welche Aspekte besonders betont werden sollen. Länder mit einem starken Fokus auf Patientenschutz und Cybersicherheit, tendieren dazu, umfangreiche Vorgaben und zusätzliche Prüfmechanismen einzuführen. Diese gewährleisten hohe Standards, können jedoch auch die Innovationsgeschwindigkeit hemmen. Andere Länder mögen eine pragmatischere Strategie wählen, die breitere Innovation erleichtert, jedoch potenzielle Sicherheitsrisiken in Kauf nimmt. Womöglich schliesst sich auch der Kreis mit dem Verständnis der dGA, so auch eine unserer befragten Expertinnen «*Wahrscheinlich fällt und steht alles mit der Definition von der dGA oder also was ist ein dGA wie wir sie in der Schweiz [oder im spezifischen Land] verstehen möchten?*»

Die vorliegende Arbeit konzentriert sich primär auf die Schweiz und Deutschland, was den geografischen Fokus und die Verallgemeinerbarkeit der Ergebnisse einschränken. Die begrenzte Stichprobe erschwert es, die Erkenntnisse direkt auf andere Länder zu übertragen. Dadurch könnten poten-

<sup>69</sup> HAVERINEN et al. (FN 68), 333.

<sup>70</sup> JEINDL/WILD (FN 4), 17.

<sup>71</sup> JEINDL/WILD (FN 14), 46.

<sup>72</sup> Evidence standards framework for digital health technologies.

ziell innovative Ansätze aus anderen internationalen Kontexten unzureichend berücksichtigt worden sein. Zudem ist zu beachten, dass die regulatorischen Anforderungen einem stetigen Wandel unterliegen, was die Arbeit in erster Linie als Momentaufnahme einordnet und mögliche zukünftige Entwicklungen nicht vollständig antizipieren kann.

## **VI. Fazit und Policy Empfehlungen**

Datenschutz und Cybersicherheit spielen eine zentrale Rolle in den Vergütungsentscheidungen von dGAs. Die Analyse zeigt jedoch, dass diese Anforderungen in den untersuchten Ländern unterschiedlich adressiert werden. Klare Vorgaben werden als notwendig erachtet, um Transparenz und Planungssicherheit für Hersteller zu schaffen. Das Festhalten an den etablierten Regularien und Definitionen für Medizinprodukte, wie sie durch die EU-Medizinprodukteverordnung (EU-MDR) vorgegeben werden, bietet einen pragmatischen Ansatz. Diese Regularien schaffen nicht nur Vertrauen, sondern gewährleisten auch eine grundlegende Sicherheit. Nationale Regelungen, die spezifische Anforderungen definieren, werden kritisch betrachtet, da sie sowohl die Auswahlmöglichkeiten für Zertifizierungen einschränken als auch potenziell redundante Hürden schaffen, die gerade kleine Märkte benachteiligen würden. Generell wird die fragmentierte europäische Umgebung für Herstellerinnen und Entwickler von digitalen Lösungen grosse Herausforderungen darstellen, da sie wohl grundsätzlich bestrebt sein werden, ihre Produkte über Ländergrenzen hinweg in verschiedenen Gesundheitssystemen auszuweiten.

---

# Synthese

Phil Baumann\*/Hansjörg Seiler\*\*/Marc M. Winistorfer\*\*\*

## Inhaltsübersicht

I.	Überblick	401
II.	Die Beiträge im Kontext des Regulierungsprozess	402
III.	Neue Tendenzen	406
A.	Weichere Instrumente?	406
B.	Regulierungsansätze im Kontext von beschränktem Wissen und Innovation	408
C.	Privatrechtliche Regulierungsansätze	409
D.	Einbezug Privater in die Regulierung	410
E.	Durchsetzungsmechanismen	411
IV.	Zwischen Effizienz, Akzeptanz und unbeabsichtigten Konsequenzen	412

## I. Überblick

Die 1. Wire-Nachwuchstagung hatte zum Ziel, den Nachwuchsforschenden eine Plattform für den Austausch ihrer Forschungsergebnisse sowie die Diskussion neuer Ansätze zur Optimierung der Regulierung zu bieten. Der vorliegende Tagungsband enthält in den einzelnen Beiträgen die von den Nachwuchsforschenden erarbeiteten Erkenntnisse und setzt damit hoffentlich wertvolle Impulse zur wissenschaftlichen Diskussion in den betreffenden Regulierungsgebieten.

Die vorangehenden Kapitel setzen sich eingehend mit Regulierungsinstrumenten und -ansätzen – namentlich im Kontext mit Innovation, Klima und Digitalisierung – auseinander. Neben diesen vertieften, kontextspezifischen Analysen stellt sich die Frage, ob mit Blick auf die Vielfalt der Regulierungsinstrumente allgemeine Beobachtungen festgehalten, Entwicklungslinien aufgezeigt und Schlussfolgerungen gezogen werden können. Tatsächlich hat sich

---

\* Ass.-Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Assistenzprofessor an der Universität Basel.

\*\* Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, alt Bundesrichter.

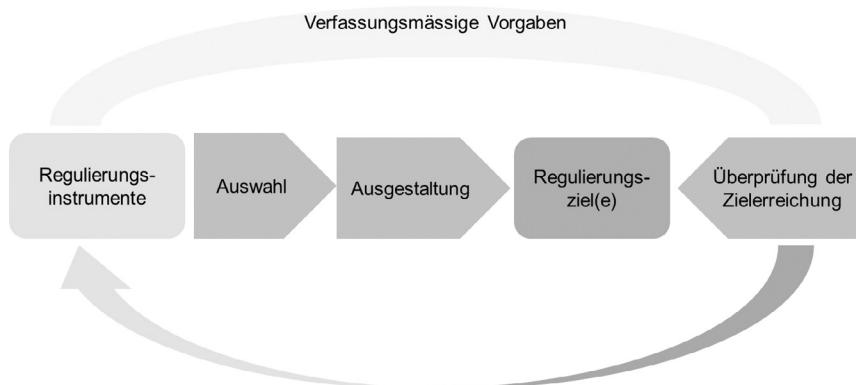
\*\*\* Dr. iur., BA in Political Economics, Geschäftsführer des Instituts für Wirtschaft und Regulierung – WiRe.

bereits in den anregenden Diskussionen zu den (zum Teil auch interdisziplinären) Beiträgen gezeigt, dass trotz deren thematischer Fokussierung durchaus Anknüpfungspunkte, Parallelen und vergleichbare Tendenzen in den verschiedenen Regulierungsbereichen bestehen.

Im vorliegenden Kapitel wird versucht, aus den vielfältigen Forschungserkenntnissen zu den Regulierungsansätzen und -instrumenten eine Synthese zu ziehen. Diese erfolgt in drei Schritten. In einem ersten Schritt (II.) wird der Versuch unternommen, die Erkenntnisse aus den einzelnen Beiträgen in eine allgemeine Betrachtung des Regulierungsprozesses von der Auswahl der Regulierungsinstruments zu Erreichung des Regulierungsziels einzuordnen. Daraufhin (III.) wird vertieft der Frage nachgegangen, welche neuen Tendenzen sich in den unterschiedlichen Stufen der Regulierung ausmachen lassen. Der letzte Teil (IV.) widmet sich schliesslich der Frage der Wirksamkeit der Regulierungsinstrumente.

## II. Die Beiträge im Kontext des Regulierungsprozess

Ein möglicher Ansatz einer Synthese der Tagungsbeiträge besteht darin, sie im Kontext des Regulierungsprozesses zu betrachten. Indessen soll kein fundiertes Modell des *Regulierungsprozesses* entwickelt werden. Vielmehr dient die folgende Übersicht dazu, die Erkenntnisse der Tagungsbeiträge in das weite Feld der Regulierung etwas einzuordnen und Berührungspunkte der Ergebnisse zu veranschaulichen.



Regulierung kann im breitesten Sinne als die gezielte staatliche Beeinflussung gesellschaftlicher Prozesse zur Erreichung von Gemeinwohlzielen verstanden

werden.<sup>1</sup> Mit der Regulierung will der Staat somit das gesellschaftliche Geschehen in eine bestimmte Richtung lenken, um spezifische *Regulierungsziele* zu erreichen.<sup>2</sup> In den vorliegenden Beiträgen tritt ein breites Spektrum von Regulierungszielen zu Tage. Durch Regulierung sollen etwa die Qualität der gesundheitlichen Versorgung erhöht, die Innovation oder neue Technologien gefördert, der CO<sub>2</sub>-Verbrauch gesenkt sowie die Nachhaltigkeit und der Datenschutz gestärkt werden. Die Regulierungsziele werden im demokratischen Rechtsstaat bestenfalls durch den Verfassungsgeber festgelegt.<sup>3</sup> Die Verfassung bildet daher eine bedeutende Quelle von Regulierungszielen, wobei deren Konkretisierung regelmässig dem Gesetzgeber obliegt.<sup>4</sup> Auch die in den Beiträgen erwähnten Regulierungsziele lassen sich weitgehend auf verfassungsrechtliche Zielvorstellungen zurückführen, die im Gesetzgebungsprozess regelmässig eine erhebliche Konkretisierung erfahren. So sind beispielsweise das Ziel einer medizinischen Grundversorgung von hoher Qualität in Art. 117a BV und die Nachhaltigkeit sowie der Umweltschutz in Art. 73 und 74 BV vorgegeben.

Dem Staat stehen eine Vielzahl von *Regulierungsinstrumenten* zur Verfügung, mit denen er die gesellschaftlichen Prozesse dahingehend lenken kann, dass die festgelegten Regulierungsziele erreicht werden. HANSJÖRG SEILER zeigt in der Einleitung eindrücklich auf, wie umfassend der regulatorische Werkzeugkasten ausgestattet ist.<sup>5</sup> Auch in den bereichsspezifischen Beiträgen lässt sich eine grosse Bandbreite an Regulierungsinstrumenten ausmachen. Neben «klassischen» verwaltungsrechtlichen Instrumenten wie Monopolen werden mit der Sandbox oder Nudges neu auftretende Regulierungsinstrumente diskutiert. Die Schwierigkeit besteht gerade bei neuartigen Instrumenten aus dogmatischer Sicht darin, eine sinnvolle Systematisierung der Regu-

<sup>1</sup> Vgl. LUZIUS MADER/BERNHARD RÜTSCH, Regulierung, Deregulierung, Selbstregulierung: Anmerkungen aus legitistischer Sicht, ZSR NF 123 (2004) II, 3 ff., 16; für ein engeres Verständnis der Regulierung NICOLAS DIEBOLD/BERNHARD RÜTSCH, Wettbewerbsrecht und Marktregulierung, Band 1: Grundlagen, Zürich 2023, 71, wonach darunter die Steuerung der Gesellschaft in Rechtsform zu verstehen ist.

<sup>2</sup> Vgl. zu den Regulierungszielen die Einleitung von SEILER in diesem Band.

<sup>3</sup> PETER HETTICH/MARTIN KOLMAR, «Wettbewerbsverzerrung» und «Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit» aus interdisziplinärer Sicht, ZBl 2018, 275 ff., 288.

<sup>4</sup> HETTICH/KOLMAR (FN 3), ZBl 2018, 280; siehe SEILER, in diesem Band.

<sup>5</sup> SEILER, in diesem Band.

lierungsinstrumente vorzunehmen, damit der Überblick über das vorhandene Instrumentenarsenal nicht verlorengeht.<sup>6</sup>

Beim verfügbaren Instrumentarium handelt es sich folglich – bildlich gesprochen – nicht um einen abgeschlossenen Werkzeugkasten. Vor dem Hintergrund technologischer, gesellschaftlicher oder klimatischer Veränderungen werden neue Regulierungsziele festgelegt. Ebenfalls treten neue Phänomene auf, die es mit Blick auf die bestehenden Zielvorstellungen zu regulieren gilt. In beiden Fällen stellt sich die Frage, ob das bestehende Instrumentenarsenal genügt, oder der Werkzeugkasten mit *neuen Regulierungsinstrumenten* zu ergänzen ist. CARINA STÖCKLIN ist in ihrem Beitrag dieser Frage nachgegangen, indem sie untersucht hat, wie das bestehende Regulierungsziel des Datenschutzes bei den neu auftretenden digitalen Zentralbankwährungen sichergestellt werden kann. ANNA-KATHERINA LEITZ hat in ihrem Beitrag die unterschiedlichen Vorgehensweisen der Schweiz und der EU zur Regulierung der von Online-Plattformen ausgehenden Gefahren herausgearbeitet.

Der Gesetzgeber hat sich bei der *Auswahl und Ausgestaltung* der Regulierungsinstrumente an der Verwirklichung der übergeordneten Verfassungsziele zu orientieren.<sup>7</sup> Zudem haben die Auswahl und Ausgestaltung der Instrumente den verfassungsrechtlichen Anforderungen zu genügen.<sup>8</sup> Aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip ergibt sich dabei namentlich, dass die getroffene Regulierungsmassnahme in ihrer spezifischen Ausgestaltung geeignet sein muss, das Regulierungsziel zu verwirklichen und sie dazu das mildeste Instrument darstellen muss. Zur Ausgestaltung des Regulierungsinstruments gehört auch die Beantwortung der regulierungstechnischen Frage, mittels welcher Massnahmen die Regulierung durchgesetzt wird. Dabei kommt nicht nur die staatliche Durchsetzung in Frage, wie sogleich zu zeigen sein wird.

Neben der Beachtung rechtlicher Vorgaben wurde auch auf die Bedeutung ökonomischer Grundsätze hingewiesen. Im Kontext der Verhältnismäßigkeitsprüfung liessen sich solche *ausserrechtlichen Erkenntnisse* fruchtbar machen. Mit Bezug auf den «European Green Deal» hat STEPHAN SCHMID aus rechtsökonomischer Sicht dargelegt, dass die von der EU verfolgte Re-

---

<sup>6</sup> Vgl. zu den verschiedenen Systematisierungsversuchen FRINGS, in diesem Band; SEILER, in diesem Band.

<sup>7</sup> HETTICH/KOLMAR (FN 3), ZBl 2018, 280.

<sup>8</sup> Siehe z.B. mit Bezug auf Subventionen PICECHI, in diesem Band; mit Bezug auf Nudges MARTI, in diesem Band; mit Bezug auf Lenkungsabgaben FRINGS, in diesem Band.

gulierungsstrategie überschiessend ist, gewisse Regulierungsinstrumente ineffektiv ausgestaltet sind oder (im Falle der Sanktionen) sogar die Zielerreichung gefährden. BENJAMIN WYSS und RUDOLF BLANKHART kommen in ihrer Untersuchung zum Schluss, dass Zweifel daran bestehen, dass digitale Gesundheitsanwendungen in geeigneter Weise mit staatlichen Datenschutz- und Datensicherheitsstandards (Geboten) reguliert werden können und sich eher eine regulierte Selbstregulierung in diesem Bereich aufdrängt.<sup>9</sup>

Gerade bei komplexen, dynamischen Regulierungsgegenständen stellt sich die Frage, inwieweit der Staat überhaupt in der Lage ist, wirksame, breit akzeptierte und von den Betroffenen umsetzbare Regulierungen zu erlassen. Hierbei können *partizipatorische Regulierungsansätze* Abhilfe schaffen, um neben den regulierten Personen und Unternehmen auch Dritten und der Zivilgesellschaft zusätzliche Möglichkeiten zu bieten, sich in den Regulierungsprozess einzubringen.<sup>10</sup> Auch die Sandbox ermöglicht es, die daran teilnehmenden Organisationen, an der Auseinandersetzung mit der Regulierung neuer Technologien einzubinden und damit übermässige Innovationshemmungen zu vermeiden.<sup>11</sup>

Regulierung ist ein dynamischer Prozess. Inwieweit ein Regulierungsinstrument in seiner spezifischen Ausgestaltung zur Realisierung eines Regulierungsziels beiträgt und ob der Einsatz eines bestimmten Regulierungsziels überhaupt noch durch ein Regulierungsziel gerechtfertigt ist, bedarf der periodischen *Überprüfung*. FRANCA ECKSTEIN hat in ihrem Beitrag dargelegt, dass sich das Salzmonopol nicht mehr rechtfertigen lässt und mildere Regulierungsinstrumente zur Erreichung der in diesem Bereich verfolgten Ziele bestehen.<sup>12</sup>

Ebenfalls gilt es jeweils zu überprüfen, ob die bestehende Regulierung den Einsatz neuer Vorgehensweisen, die den Regulierungszielen dienen würde, verhindert. TABEA IMFELD und LEANDRA DIEM konnten anhand der Ausschreibungspflicht zeigen, dass diese in der derzeitigen Ausgestaltung ein *Hindernis* für Allianzverträge bei öffentlichen Beschaffungen und damit für die Erreichung der vergaberechtlichen Ziele der Nachhaltigkeit und Wirtschaftlichkeit darstellen kann.

---

<sup>9</sup> WYSS/BLANKHART, in diesem Band.

<sup>10</sup> Siehe HORNKOHL/JUSTEN, in diesem Band.

<sup>11</sup> VOLZ, in diesem Band.

<sup>12</sup> ECKSTEIN, in diesem Band.

Die Tagungsbeiträge zeigen, dass Regulierung weit mehr ist als die Anwendung einzelner Instrumente. Vielmehr stellt sie einen *Suchprozess* dar: Wie lassen sich die (verfassungsmässig vorgegebenen) Ziele durch die Steuerung gesellschaftlicher Prozesse im Spannungsfeld gesellschaftlicher und technologischer Entwicklungen bestmöglich erreichen? Die Tagungsbeiträge haben zu diesen Fragen erste Erkenntnisse geliefert und neue Tendenzen aufgezeigt (III. und IV.).

### **III. Neue Tendenzen**

#### **A. Weichere Instrumente?**

In manchen Berichten werden Tendenzen beschrieben, die von imperativen Instrumenten weg und hin zu *weicheren Instrumenten* führen, wie finanziellen Anreizen, Informationen, Empfehlungen, Nudges und dergleichen.

In der schweizerischen Dogmatik werden solche Instrumente als Realhandeln qualifiziert, was prozessual den Weg zu einer gerichtlichen Überprüfung öffnet (Art. 25a VwVG). Damit ist noch nichts gesagt darüber, welche rechtsstaatlichen Anforderungen inhaltlich an solche Instrumente zu stellen sind. Der Beitrag von LEONIE MARTI befasst sich mit diesen Fragen, insbesondere anhand von *Nudges*. Die traditionelle Verwaltungsrechtsdogmatik samt den damit verbundenen verfassungsrechtlichen Implikationen (Legalitätsprinzip, Grundrechtseingriffe) ist auf Regulierungen mit imperativem Charakter zugeschnitten, was auf Nudges nicht zutrifft. Dennoch stellen sich Fragen nach den rechtsstaatlichen Anforderungen: Handelt es sich um Grundrechtseingriffe? Wie hoch sind die Anforderungen an das Legalitätsprinzip? Der Beitrag zeigt aber auch Wege auf, mit denen die traditionellen staatsrechtlichen Fragestellungen ergänzt werden können: Regulierungsinstrumente sind nicht nur nach ihren rechtlichen Anforderungen zu beurteilen und zu bewerten, sondern auch auf ihre Übereinstimmung mit staatspolitischen Maximen und ökonomischen Grundsätzen.

Der Beitrag von DARIO PICECCHI zeigt am Beispiel der Qualitätsprüfung in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung ein komplexes *Zusammenwirken* von *subventionierten Tätigkeiten* mit *anderen Regulierungsinstrumenten*. Das Besondere an diesem Beispiel ist, dass die subventionierten Tätigkeiten ihrerseits eine Art Regulierungsaktivitäten sind. Zwar handelt es sich dabei

nicht um hoheitliche, imperative Regulierungen, sondern um die Entwicklung von Qualitätsstandards, die nicht unmittelbar verbindlich sind, aber dies durch Verträge zwischen Versicherern und Leistungserbringern (Art. 58a KVG) oder durch bundesrätliche Anordnungen (Art. 58h KVG) werden können. Ein ganzer Regulierungsbereich wird damit im Ergebnis aus der staatlichen Zentralverwaltung ausgelagert.

Der Beitrag von JOHANNES FRINGS behandelt ein Grunddilemma der Steuerung mittels *Lenkungsabgaben*. Als Abgaben sind sie den traditionellen Grundsätzen (Art. 127 BV) unterstellt. Diese haben in der Tendenz eine abgabenbegrenzende Funktion. Das Legalitätsprinzip in seiner demokratischen Ausprägung und – bei Kausalabgaben – das Kostendeckungs- und das Äquivalenzprinzip sollen verhindern, dass die Abgaben übermäßig hoch sind. Demgegenüber können verfassungsmässige Grundsätze bei Lenkungsabgaben auch in die gegenteilige Richtung zeigen: Das Verhältnismässigkeitsprinzip verlangt, dass eine Massnahme zur Erreichung ihres Zwecks geeignet ist. Die Lenkungsabgabe bezweckt eine Verhaltenslenkung. Ist sie zu tief, hat sie keine Wirkung. Kann man also sagen, eine zu tiefe Lenkungsabgabe sei verfassungswidrig, weil nicht geeignet zur Erreichung ihres Ziels, während eine höhere Abgabe, aber ebenso der völlige Verzicht auf die Abgabe zulässig wäre? Das Ergebnis erscheint paradox. Umgekehrt: Ist eine Lenkungsabgabe sehr hoch, kann sie prohibitiv wirken. Ist sie deshalb unverhältnismässig, weil unzumutbar? Die Suche nach dem Massstab für die «richtige» Bemessung der Lenkungsabgabe geht weiter.

Kauft der Staat zur Erfüllung seiner Aufgaben Leistungen auf dem Markt ein, unterliegt er dem öffentlichen *Beschaffungsrecht*. Dieses ist darauf zugeschnitten, einen im Voraus definierten Beschaffungsgegenstand möglichst vorteilhaft und auf transparente Weise zu beschaffen. Wie verhält es sich aber, wenn der Beschaffungsgegenstand noch nicht klar definiert ist, sondern im Rahmen eines Allianzvertrags, d.h. einer kooperativen Zusammenarbeit unter mehreren Beteiligten, erst zu entwickeln und zu konkretisieren ist? Der Beitrag von LEANDRA DIEM und TABEA IMFELD zeigt auf, dass das geltende Beschaffungsrecht für solche Konzepte ein Hindernis darstellen kann.

Der Beitrag von FRANCA ECKSTEIN illustriert, dass ein historisch aus dem Mittelalter stammendes Regulierungsinstrument wie das *Salzmonopol* durchaus auch moderne versorgungs-, umwelt- und gesundheitspolitische Ziele verfolgen kann. Die Frage nach der Verfassungsmässigkeit ist damit aber noch

nicht beantwortet. Wären diese Ziele nicht auch mit anderen Instrumenten erreichbar, welche weniger stark in die Wirtschaftsfreiheit eingreifen? Offenbar besteht aber doch auch eine Tendenz in die andere Richtung, hin zum vermehrten Einsatz von Monopolen. Wenn der Staat selbst (oder über ein von ihm beherrschtes Unternehmen) das Monopol ausübt, spart er sich ein regulatorisches Instrumentarium mit an Private gerichteten Ge- und Verboten. Ist das vielleicht auch ein Grund für die Tendenz zu Monopolen?

Darüber hinaus ist im EU-Recht eine gegenläufige Tendenz festzustellen hin zu immer mehr und umfangreicherer *präskriptiver Regulierung*. Dies zeigt sich in den EU-Vorschriften zur Nachhaltigkeitsberichterstattung und den Lieferketten, die im Beitrag von STEPHAN SCHMID dargestellt werden. Es werden darin sehr umfangreich und detailliert Berichterstattungspunkte und Sorgfaltspflichten festgelegt, welche die Unternehmen zu befolgen haben. Die rechtsökonomische Wirkungsanalyse zeigt hohe Rechtsunsicherheit, hohe Kostenbelastung für die Adressaten und unsichere Vorteile.

Auch die EU-Regulierung über *digitale Plattformen*, die im Beitrag von ANNA-KATHARINA LEITZ dargestellt wird, enthält detaillierte Vorschriften, welche die Anbieter von Plattformen einhalten müssen. Allerdings gibt es bereits wieder erste Anzeichen, dass das Pendel in die andere Richtung zurückschwingt und eine Entschlackung der übermässigen Regulierung vorgenommen wird.<sup>13</sup>

## **B. Regulierungsansätze im Kontext von beschränktem Wissen und Innovation**

Das traditionelle Bild der Regulierung mittels Ge- und Verboten beruht darauf, dass der Staat weiß, was gut ist, und mit verschiedenen Mitteln die Privaten dazu bringen will, dies zu erreichen (oder, im Beschaffungsrecht, dieses gute Gut beschaffen will).

Solche Regulierungsmodelle gelangen an ihre Schranken in Situationen *fehlenden Wissens*, rascher technischer oder anderer *Entwicklungen*, oder wenn es nicht darum geht, Bekanntes zu regulieren, sondern *Innovationen* zu fördern. Traditionelle Regulierungen können kontraproduktiv sein und Innovationen behindern oder erschweren. Es gilt dann, Wege zu finden, wie sich

---

<sup>13</sup> Siehe die Vorschläge der Kommission. Internet: [https://commission.europa.eu/news/commission-proposes-cut-red-tape-and-simplify-business-environment-2025-02-26\\_en?prefLang=de](https://commission.europa.eu/news/commission-proposes-cut-red-tape-and-simplify-business-environment-2025-02-26_en?prefLang=de) (Abruf 20.06.2025).

die bestehenden Instrumente an gewandelte Bedürfnisse oder neue Entwicklungen anpassen können.

Ein Unsicherheitsbereich besteht zum Beispiel in der Ausgestaltung von *digitalem Zentralbankengeld*, wie im Bereich von FABIA STÖCKLIN beschrieben. Bestehende und bekannte Regulierungsziele wie die Sicherheit und Verlässlichkeit von Zahlungssystemen und der Datenschutz sehen sich konfrontiert mit laufenden technischen und organisatorischen Entwicklungen und entsprechenden Ungewissheiten. Wie so oft bestehen Zielkonflikte zwischen Datenschutz und Funktionssicherheit. Der Bericht gibt einen Überblick über die sich stellenden Probleme und bisherige Lösungsansätze. Abschliessende Antworten sind noch nicht möglich.

Der Beitrag von MARKUS SCHREIBER behandelt die Rechtsfunktion der *Innovationssteuerung*. In einer Situation fehlenden Wissens können gesetzgeberische Aktivitäten unerwünschte Anreize oder Effekte haben und Innovationen hemmen. Der Beitrag beschreibt *weiche Regulierungsinstrumente*, wie Leitbilder, Zielvorgabe, Informationstätigkeiten, Privilegierungen von Innovationen, Zertifikate usw., und zeigt auf, dass eine sorgfältig ausgestaltete Regulierung auch innovationsfördernd sein kann. Als Desiderat ergibt sich, dass sich die Rechtswissenschaften vermehrt mit den Auswirkungen ihres Fachgebiets auf Innovationsprozesse befasst.

Der Beitrag von STEPHANIE VOLZ geht ebenfalls davon aus, dass innovative Technologien häufig traditionelle Regulierungsansätze vor neue Herausforderungen stellen. Der *Sandbox-Ansatz* will diese traditionellen Ansätze nicht ersetzen, aber ergänzen durch die Möglichkeit, unter kontrollierten Bedingungen von den vollen regulatorischen Anforderungen abzuweichen und testweise alternative Vorgaben auszuprobieren. Das Konzept wirft verfassungsrechtliche Fragen auf in Bezug auf Legalitätsprinzip und Rechtsgleichheit bzw. Gleichbehandlung von Konkurrenten. Der Beitrag behandelt namentlich das Beispiel der KI-Regulierung, die in einer Situation rascher technologischer Entwicklung und breitem Anwendungsbereich (und entsprechend vielen betroffenen Rechtsgebieten) besondere regulatorische Fragen aufwirft.

## **C. Privatrechtliche Regulierungsansätze**

Während die (verwaltungs-)rechtliche Optik oft einseitig auf die verwaltungsrechtlichen Regulierungsinstrumenten fokussiert ist, zeigt der Beitrag von

FRANZISKA BÄCHLER einen Weg auf, um die Regulierung den Beteiligten auf privatrechtlicher Ebene zu überlassen. Das *Patentrecht* hat seit je zum Ziel, durch die Sicherung von Gewinnerwartungen Innovationen zu fördern. Der Patentinhaber kann aber durch die Ausgestaltung der von ihm eingeräumten Lizenzen auch die Verwendung der Innovationen in eine von ihm gewünschte Richtung lenken.

Auch die Strategie der *Green Bonds* in der EU, der im Beitrag von PETRA FELZMANN dargestellt wird, verfolgt einen privatrechtlichen Ansatz: Green Bonds bezeichnen die Förderung der Nachhaltigkeit. Es besteht keine Pflicht zur Emission oder zum Kauf von Green Bonds. Wer solche Bonds emittieren will, muss aber bestimmte Anforderungen an Informationen einhalten, welche die Investoren in die Lage versetzen, diejenigen Entscheide zu treffen, die den eigenen Nachhaltigkeitspräferenzen entsprechen. Der Anreiz, solche Bonds zu emittieren oder zu kaufen, ergibt sich nicht primär aus rechtlichen Überlegungen. Die Einhaltung der Anforderungen ist einerseits dem Private Enforcement anheimgestellt, teilweise auch einem Public Enforcement, das aber durch das EU-Recht nicht im Einzelnen vorgegeben ist.

## D. Einbezug Privater in die Regulierung

Vielleicht teilweise im Zusammenhang mit den geschilderten Tendenzen ist sodann eine Tendenz festzustellen zum Einbezug Privater in die Regulierung.

Ein traditioneller Weg ist die Möglichkeit der von der Regulierung Betroffenen, im Vorfeld der Regulierung ihre *Meinungen zu äussern*. Das ist in der Schweiz verfassungsmässig (Art. 147 BV) und gesetzlich (Vernehmlassungsgesetz<sup>14</sup>) vorgesehen. In der EU erfolgt dies bei den EU-Digitalvorschriften, wie im Beitrag von LENA HORNKOHL und BARBARA JUSTEN dargelegt wird. Der Regulierungsdialog wird damit ein Instrument der Fortentwicklung, die Partizipation der Privaten selber eine Art Regulierungsinstrument.

Einen Schritt weiter geht es, wenn die *Privaten* beauftragt werden, selber die *Regulierung vorzunehmen*, so für die Qualitätsentwicklung im Rahmen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (Art. 58 ff. KVG): Die Verbände der Leistungserbringer und der Versicherer werden beauftragt, Massnahmen

---

<sup>14</sup> Bundesgesetz vom 18. März 2005 über das Vernehmlassungsverfahren (Vernehmlassungsgesetz, VLG; SR 172.061).

zur Qualitätsentwicklung festzulegen.<sup>15</sup> Der Staat unterstützt diese Arbeiten durch Subventionen, legt aber nicht selber die Regulierung fest. Zusätzliche Herausforderungen ergeben sich daraus, dass parallele Verfahren bestehen, indem medizinische Anwendungen einerseits der gesundheitspolizeilichen Kontrolle nach Medizinalproduktegesetzgebung unterliegen, andererseits aber auch der krankenversicherungsrechtlichen Zulassungsprüfung, wie im Beitrag von BENJAMIN WYSS und RUDOLF BLANKART beschrieben wird.

## E. Durchsetzungsmechanismen

Neuere Tendenzen zeigen sich bei den Durchsetzungsmechanismen: Traditionell werden entweder verwaltungsrechtliche oder privatrechtliche Mechanismen eingesetzt. Die verwaltungsrechtlichen werden auf dem behördlichen Weg durchgesetzt, die privatrechtlichen auf zivilprozessualem. Neuere Regulierungen verwenden jedoch oft einen *Mix von Public und Private Enforcement*:

Bei der *Lieferkettengesetzgebung* der EU müssen die privaten Unternehmen mit privatrechtlichen Instrumenten durchsetzen, dass ihre Lieferanten (und deren Lieferanten) bestimmte Normen einhalten. Diese Pflicht der Unternehmen wird einerseits mit verwaltungsrechtlichen Sanktionen durchgesetzt (Zwangsgelder, «naming and shaming», Anordnung finanzieller Entschädigungen an Geschädigte), andererseits aber auch durch die Schaffung privatrechtlicher Haftungstatbestände.

Auch bei *Onlineplattformen* müssen die privaten Anbieter der Plattformen kontrollieren, dass auf ihrer Plattform keine rechtswidrigen Inhalte angeboten werden. Die Durchsetzung dieser Pflicht gegenüber den Anbietern erfolgt primär auf dem behördlichen Weg. Die Pflichten der Anbieter bestehen aber darin, dass sie ihrerseits ihre Nutzer überwachen und gegebenenfalls sperren müssen. Plakativ ausgedrückt, werden die Vermittler behördlich verpflichtet, gegenüber ihren Kunden als private Zensoren zu wirken.

Der Staat überlässt damit in einem gewissen Sinn die Implementierung seiner Vorschriften den Privaten. Die Privaten werden als *Vollzugshilfen des Staates* eingesetzt, weil dessen Regeln so umfangreich sind, dass der Staat selbst ihre Einhaltung gar nicht überprüfen kann. Mit den klassischen repres-

---

<sup>15</sup> PICECCHI, in diesem Band.

siven Mitteln durchgesetzt wird nur auf der Metaebene, indem die Privaten sanktioniert werden, wenn sie ihrerseits die Kontrolle ihrer Kunden oder Lieferanten nicht richtig wahrnehmen. Unternehmerische Rechtsdurchsetzung erscheint damit als hybrides Regulierungsinstrument. Das ist vielleicht eine der interessanteren Entwicklungen im Bereich der Regulierungsmechanismen.

#### **IV. Zwischen Effizienz, Akzeptanz und unbeabsichtigten Konsequenzen**

Die genannten, neuen Regulierungsansätze weisen grosses Potenzial auf, um die gesetzten regulatorischen Ziele zu erreichen und bestehende gesellschaftliche Herausforderungen zu meistern. Eine gut gestaltete Regulierung zeichnet sich durch Effizienz und Akzeptanz aus. Eine hohe Akzeptanz ist entscheidend, um Regulierungsumgehung oder gesellschaftliche Widerstände zu vermeiden. Damit Effizienz und Akzeptanz gewährleistet sind, hat der Gesetzgeber, wie zahlreiche Beiträge aufzuzeigen vermögen, besonderen Wert auf die sorgfältige Auswahl und den gezielten Einsatz geeigneter Regulierungsinstrumente zu legen. Unterbleibt dies, können Schwierigkeiten und Probleme auftreten, die der Wirksamkeit – und damit auch Effizienz und Akzeptanz – von Regulierungen abträglich sind. Stichworte in diesem Zusammenhang sind insbesondere die unbeabsichtigten Konsequenzen und die anfallenden Regulierungskosten.

Staatseingriffe tätigen *unbeabsichtigten Konsequenzen*, wenn sie sich auf eine Art und Weise auswirken, die nicht den ursprünglichen regulatorischen Zielsetzungen entsprechen. Diese Effekte entstehen häufig aufgrund von mangelnder Information, unzureichenden Kenntnissen über Interdependenzen oder fehlerhaften Prognosen. Beispielsweise führten eine verfehlte Regulierung in Verbindung mit der staatlichen Förderung günstiger Kredite, die breiten Bevölkerungskreisen in den USA zu einem Eigenheim verhelfen sollten, zur globalen Finanzkrise von 2007, da infolge von Fehlanreizen die Risiko- und Bonitätsprüfung bei der Kreditgewährung vernachlässigt wurde.<sup>16</sup>

*Regulierungskosten* stellen einen zentralen Faktor bei der Bewertung neuer regulatorischer Vorgaben dar. Sie umfassen sowohl direkte Kosten, wie Verwaltungsaufwand, Berichtspflichten und Compliance-Anforderungen, als auch indirekte Kosten, die sich beispielsweise in Marktverzerrungen oder

---

<sup>16</sup> Siehe zum Ganzen ALBRECHT F. MICHLER/H. JÖRG THIEME, Finanzmarktkrise: Marktversagen oder Staatsversagen?, Ordo 2009, 185 ff.

Innovationshemmnissen niederschlagen können. Hohe Regulierungskosten können die Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen beeinträchtigen und zu Standortnachteilen führen. Zudem können übermässige bürokratische Hürden die Unternehmen und Individuen dazu verleiten, regulatorische Vorgaben zu umgehen, was letztlich die Steuerungswirkung des Rechts untergräbt. Eine ausgewogene Regulierung sollte daher sicherstellen, dass der Nutzen der Vorschriften die entstehenden Kosten übersteigt, um sowohl wirtschaftliche Effizienz als auch gesellschaftliche Akzeptanz zu gewährleisten.

Die Wirksamkeit von Regulierungen hängt von ihrer sorgfältigen Gestaltung und regelmässigen Überprüfung ab. Eine Ex-ante-Analyse prüft potenzielle Auswirkungen und unbeabsichtigte Konsequenzen vor der Einführung. Eine Ex-post-Analyse bewertet die tatsächliche Umsetzung und ermöglicht Anpassungen bei unzureichender Wirksamkeit. Eine Kombination aus gezielten Anreizmechanismen, Kosten-Nutzen-Abwägungen und einer strengen Verhältnismässigkeitsprüfung könnten dabei helfen, die Wirksamkeit zu verbessern und die regulatorischen Ziele zu erreichen, ohne die Einzelnen oder die Gesellschaft über Gebühr zu belasten.

Wirksame Regulierung setzt fundierte Kenntnis über das vorhandene Instrumentarium, dessen Einsatzmöglichkeiten und den Regulierungskontext voraus. Die vorangehenden Kapitel haben dies nicht nur veranschaulicht, sondern tragen in substanzialer Weise zur erforderlichen Wissensbasis bei.

Die rechtliche Regulierung ist vielfältig – von klassischen Ge- und Verboten über finanzielle Anreize in Form von Subventionen und öffentlichen Abgaben bis hin zu innovativen Instrumenten wie Nudging oder Sandboxen. Die erste WiRe-Nachwuchstagung, veranstaltet an der Universität Luzern, widmete sich dieser Vielfalt unter besonderer Berücksichtigung von Innovation, Klima und Digitalisierung. Dieser Tagungsband versammelt ausgewählte Beiträge von Doktorierenden und Postdocs aus dem deutschsprachigen Raum, die rechtliche Regulierungsinstrumente kritisch analysieren und deren Wirkung hinterfragen. Das Ergebnis ist ein interdisziplinärer Beitrag zur Weiterentwicklung der rechtlichen Regulierung.

