

Peter V. Kunz

Amerikanisierung, Europäisierung sowie Internationalisierung im schweizerischen (Wirtschafts-)Recht

Wirtschaftsrecht ist internationales Recht! Kein Schweizer Jurist kann heutzutage effizient tätig sein ohne entsprechende Sensibilisierung. Ausländisches Recht hat mannigfache Spuren im Schweizer Recht hinterlassen. Die frühere «Amerikanisierung» wird in der Zwischenzeit erheblich konkurrenziert durch eine «Europäisierung» unter Dominanz der EU – bald gehören Stichworte wie etwa «EU-Kompatibilität» oder «autonomer Nachvollzug von EU-Recht» oder «europarechtskonforme Auslegung» zum Standardwissen der Juristen in der Schweiz. Und die «Internationalisierung» geht angesichts von Organisationen wie OECD, WTO, IMF usw. zügig weiter – die Herausforderungen für die schweizerischen Juristen nehmen zu!

Inhaltsübersicht

- I. Internationalisierungen sowie Globalisierungen
 - A. Ausgangslage zum Wirtschaftsrecht
 - B. Grundverständnisse
 - C. Internationale (Wirtschafts-)Rechtsangleichungen
- II. Einflüsse ausländischer Rechtsordnungen
 - A. Rechtsvergleichung
 - B. Beispiele ausländischer Rechteinflüsse
 - C. Sonderfall der Schweiz: Importe sowie Export(e)
 - D. Fazit

Literaturverzeichnis

I. Internationalisierungen sowie Globalisierungen

A. Ausgangslage zum Wirtschaftsrecht

Das *Wirtschaftsrecht* – ein autonomes Rechtsgebiet¹ – ist *internationales Recht*. Kein anderes Rechtsgebiet wird stärker von internationalen Aspekten geprägt. Das schweizerische Recht im Allgemeinen und das schweizerische Wirtschaftsrecht im Besonderen sind autarken juristischen Dimensionen («Schweiz als Insel») längst entwachsen. Die *wirtschaft(srecht)liche internationale Vernetzung* stellt seit längerer Zeit eine Tatsache dar, die beispielsweise weder in der Rechtssetzung² noch in der Rechtsanwendung³ zu ignorieren ist.

Als *Bonmot* darf festgehalten werden: «Die Welt wird nicht nur wärmer, sondern ständig auch kleiner.»⁴ Heute kann – mindestens vereinzelt – sogar von einer *Globalisierung des Wirtschaftsrechts* gesprochen werden.⁵ Einflüsse ausländischer Rechtsordnungen im Schweizer Recht stellen weder eine Ausnahme noch ein Novum dar. Generell erfolgt eine «Verlagerung der kreativen Rechtsentwicklung auf die internationale Ebene»⁶.

Dem *Wirtschaftsrecht* kommt m. E. eine *Vorreiterrolle* hinsichtlich internationaler Rechtsangleichungen zu. Mit gutem Grund konnte vor etwas mehr als einem Jahrzehnt als Ausblick festgehalten werden: «An der Schwelle zum dritten Jahrtausend erscheint das Internationale Wirtschaftsrecht mehr denn je als «der Pionier» der Rechtsentwicklung.»⁷ In anderen Rechtsbereichen, wie etwa dem *Schuldrecht* (also Vertrags- sowie Deliktsrecht), stehen über kurz oder lang ebenfalls internationale Rechtsangleichungen bevor.

Teilweise *widersetzt* sich die *Rechtssetzung in der Schweiz* internationalen Trends zur Rechtsangleichung. Von ausländischen Rechtsordnungen abweichende schweizerische Normen – gerne als sog. «*Swiss Finishes*» bezeichnet – sind selten zufällig, sondern meist rechtspolitisch motiviert und werden regelmässig für *schweizerische Standortvorteile* genutzt (konzeptionell als «Wettbewerb der Rechtsordnungen» dargestellt).⁸

Der Autor ist Ordinarius für Wirtschaftsrecht und für Rechtsvergleichung an der Universität Bern; für eine kritische Durchsicht des Beitrags (abgeschlossen im März 2012) bedanke ich mich bei meinen wissenschaftlichen Assistenten, MLaw *Patric Brand* sowie MLaw *Sarah Kamber*.

¹ Das Recht wird in *vier selbständige Rechtsgebiete* unterteilt, nämlich: Privatrecht, öffentliches Recht, Strafrecht sowie – historisch erst im 20. Jahrhundert wirklich etabliert – Wirtschaftsrecht.

² Stichworte: Staatsverträge, Pressuren, Eklektik usw. (als legislative Einfallstore) – vgl. dazu hinten II. A. 1.

³ Stichworte: Lückenfüllung durch Rechtsvergleichung, europarechtskonforme Auslegung usw. – vgl. dazu hinten II. A. 1.

⁴ *Walter*, Element, 260.

⁵ Ähnlich zum *Verwaltungsrecht: Kiener/Lanz*, Amerikanisierung, 156 Anm. 6 («Eurolex»); zudem: *Gregor Heissl*, Können die USA ein Vorbild sein?, ZfRV 52 (2011) 32 ff.

⁶ *Thomas Cottier*, Die Globalisierung des Rechts – Herausforderungen für Praxis, Ausbildung und Forschung, ZBJV 133 (1997) 229.

⁷ *Sandrock*, Herausforderungen, 259.

⁸ Allg.: *Volker Nessler*, Wettbewerb der Rechtsordnungen oder Europäisierung? (...), ZfRV 41 (2000) 1 ff.; gelegentlich kommen schweizerische Abweichungen aus *anderen Gründen* vor – beispielsweise sind die bankrechtlichen Regelungen betreffend «Too Big to Fail» in der Schweiz *strenger als im Ausland*, weil der *Schutzbedarf grösser* und die *Risiken höher* sind.

B. Grundverständnisse

1. Terminologie

Die Lehre diskutiert nicht nur, aber ebenfalls unter rechtlichen Gesichtspunkten *verschiedene Begrifflichkeiten* zum gleichen Phänomen; als Stichworte⁹ zu erwähnen sind die «Internationalisierung», die «Transnationalisierung» bzw. die «Supranationalisierung», die «Multinationalisierung» sowie die «Globalisierung». Doch die meisten *begrifflichen Differenzierungen* bringen im Ergebnis wenig und erscheinen diffus.

M. E. sollte (u. a. terminologisch) zwischen der sog. *Internationalisierung* und der sog. *Globalisierung* unterschieden werden.¹⁰ Im Wesentlichen besteht ein quantitativer Unterschied zwischen diesen beiden Entwicklungen, indem nämlich jede Grenzüberschreitung (z. B. selbst im Verhältnis der Schweiz zu Liechtenstein) «international» ist, während eine «globale» bzw. weltweite Erscheinung demgegenüber ein «Mehr» benötigt.

Nicht sämtliche *wirtschaftsrechtlichen* Teilrechtsgebiete sind gleich intensiv von einer Internationalisierung (und erst recht von einer Globalisierung)¹¹ betroffen. Die meisten grenzüberschreitenden Bezüge finden sich im *Finanzmarktrecht* einerseits¹² sowie im *Immaterialgüterrecht* andererseits, während etwa das Gesellschaftsrecht schwergewichtig nationales Recht darstellt.¹³ Auslandsbezüge – z. B. Anlehnungen an «*internationale Standards*» o. Ä.¹⁴ – finden sich sowohl in Regulierungen als auch in Selbstregulierungen.

2. Angleichungen im Recht

Unter sog. *Rechtsangleichungen* auf internationaler Ebene (als *Oberbegriff* für Rechtsharmonisierungen einerseits sowie für Rechtsvereinheitlichungen andererseits) können gegenseitige Beeinflussungen von nationalen Rechtsordnungen

mit dem Ergebnis einer *materiellen Annäherung* in erster Linie in Rechtssetzungen und gelegentlich in Rechtsanwendungen verstanden werden.¹⁵ In diesem Zusammenhang ist zuerst auf *Mechanismen* der Angleichung¹⁶ und anschliessend auf *Intensitäten* der Annäherung¹⁷ einzugehen.

Internationale Rechtsangleichungen kommen in allen Staaten vor,¹⁸ wobei die Gründe unterschiedlich sein können. Eine Rezeption kann z. B. durch *Machtpolitik* eines Staates oder durch *Prestige* einer ausländischen Rechtsordnung «motiviert» sein,¹⁹ und infrage kommt auch ein «struktureller Modernitätsrückstand» des «Importeurs»²⁰.

Internationale Rechtsangleichungen können tendenziell *global* oder tendenziell *regional* stattfinden. Als Beispiel für die erste Fallkonstellation sei auf das gesellschaftsrechtliche Thema der *Corporate Governance* hingewiesen²¹, und die zweite Fallkonstellation zeigt sich etwa bei Rechtsangleichungen (konkret: Harmonisierungen sowie Vereinheitlichungen), die im Rahmen der *Europäischen Union* (EU) erfolgen.

Das Schweizer Recht wird seit jeher durch das Ausland bzw. durch ausländisches Recht stark beeinflusst²² – die Schweizer Juristen waren *niemals «Insulaner»*. Traditionellerweise hatte *Deutschland* den grössten Einfluss (im 19. Jahrhundert und zu Beginn des 20. Jahrhunderts). Danach²³ kann eine *Amerikanisierung* gefolgt von einer *Europäisierung* festgestellt werden.²⁴ Die bisherige Nationalstaatlichkeit dürfte abgelöst werden, sodass eine zunehmende *Internationalisierung* des schweizerischen (Wirtschafts-)Rechts absehbar ist.²⁵

⁹ Hinweise: *Koller*, Globalisierung, 317 f.

¹⁰ *Koller*, Globalisierung, 318: «Zentraler Orientierungspunkt der Globalisierung sind nicht mehr die Einzelstaaten, sondern die Welt als Einheit.»

¹¹ Generell: *Michael Lehman*, Globalisierung und Zivilrecht, in: FS für C.-W. Canaris; Bd. I (München 2007) 729 ff. m. v. H.

¹² Statt vieler: *Müller/Staub*, Internationalisierungstendenzen, *passim*.

¹³ *Peter V. Kunz*, Rundflug über's schweizerische Gesellschaftsrecht (Bern 2011) 196; internationale Rechtsangleichungen kommen nichtsdestotrotz vor, weil viele *gesellschaftsrechtliche Rechtsinstitute* fast in allen Rechtsordnungen vorkommen (etwa die Grundunterscheidung zwischen Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften oder die Institute der Corporate Governance); allg.: *Philip Sutherland*, Globalization and corporate law, in: *Globalization and Private Law* (Cheltenham 2010) 255 ff.

¹⁴ Vgl. dazu hinten II. B. 2.3 b.

¹⁵ Zu verschiedenen *Rechtsangleichungsmethoden* (z. B. internationale Abkommen, Modellgesetze bzw. «Model Codes» oder «Restatement of Law»-Methodik) als Übersicht: *Georgiades*, Privatrechtsvereinheitlichung, 610; *Ulrich Magnus*, Die USA als Vorbild für die europäische Privatrechtsentwicklung?, in: FS für W. Wiegand (Bern/München 2005) 544 ff.

¹⁶ Vgl. dazu hinten I. C. 1.1.

¹⁷ Vgl. dazu hinten I. C. 1.2.

¹⁸ Ein Kleinstaat scheint prädestiniert für Rezeptionen: *Wiegand*, Rezeption, 230; *ders.*, Europe, 229.

¹⁹ Detailliert: *von Hein*, Rezeption, 287 ff. sowie 306 ff.

²⁰ *Kühne*, Einfluss, 254 f.

²¹ Übersicht etwa bei: *Klaus J. Hopt*, Comparative Corporate Governance: The State of the Art and International Regulation, *Am. J. Comp. L.* 59 (2011) 1 ff.; *ders.*, Gemeinsame Grundsätze der Corporate Governance in Europa?, *ZGR* 29 (2000) 779 ff.

²² Dominante Rechtssysteme spielen eine wichtige Rolle: Vgl. dazu hinten II. A. 2.

²³ Bis zum *Amerikanischen Bürgerkrieg* (1861–1865) befanden sich die USA im Status eines Entwicklungslandes («Third World country»): *Paul Johnson*, *A History of the American People* (1999) 531.

²⁴ Vgl. dazu hinten II. B. 2.1/2.2.

²⁵ Vgl. dazu hinten II. B. 2.3.

C. Internationale (Wirtschafts-)Rechtsangleichungen

1. Theoretische Aspekte

1.1 Rechtsangleichungsmechanismen

Rechtsangleichungen auf internationaler Ebene finden in sämtlichen Teilrechtsgebieten des Wirtschaftsrechts statt,²⁶ und zwar durch zahlreiche *Rechtsangleichungsmechanismen*. Beeinflussungen erfolgen zwar in aller Regel gegenseitig, wenn auch nicht «gleichberechtigt», doch im Verlauf der Zeit haben dominante Rechtssysteme²⁷ solche grenzüberschreitenden Entwicklungen stark gefördert. Gegenseitigkeiten der Beeinflussungen führen in der Schweiz nebst häufigen legislativen Importen ebenfalls zu einigen legislativen Exporten.²⁸

Die Lehre²⁹ differenziert hinsichtlich von Rechtsangleichungsmechanismen. Die Rede ist z. B. von «Rezeptionen», von «Konvergenzen», von «Assimilationen»³⁰, von «Adaptionen», von «Transpositionen» oder von «Transplantationen» bzw. von «Legal Transplants»³¹. Solche Abgrenzungen erscheinen relativ arbiträr, sodass darauf verzichtet werden kann.³² Immerhin sei auf eine *Grundunterscheidung* bei zwei Mechanismen hingewiesen:

Sog. *Rezeptionen* bestehen in der *bewussten* (wörtlichen oder sinngemässen) «Übernahme» ausländischer Regelungen.³³ Ob ein ganzes System oder nur Einzelbestimmungen übernommen werden, spielt keine Rolle. In der Schweiz können verschiedene *legislative Einfallstore* als Rezeption(en) betrachtet werden,³⁴ die allerdings keine automatischen Rechtsfolgen im Bereich der Rechtsanwendung haben.

Sog. *Konvergenzen* sind *unbewusste* Parallelentwicklungen von nationalen Rechtsordnungen,³⁵ die in der Vergangenheit oft vorgekommen sein dürften. M. E. gibt es indes heute wohl *keine Konvergenzen* mehr, d. h., dieser Mechanismus der

Rechtsangleichung dürfte obsolet sein – angesichts der aktuellen Vernetzungen (z. B. durch Informationstechnologien, durch Ausbildungsmöglichkeiten im Ausland,³⁶ durch internationale Organisationen³⁷) erscheint eine unbewusste Rechtsübernahme heutzutage fast undenkbar.

1.2 Intensitäten der Rechtsangleichungen

Für die Landesrechte können jeweils *unterschiedliche Intensitäten* internationaler Rechtsangleichungen beobachtet werden («nationale Souveränitäten»). Es ist, etwas trivialisiert, zwischen einer sog. *quantitativen Intensität* sowie einer sog. *qualitativen Intensität* zu unterscheiden. Massstab der ersten Variante stellt der Umfang des übernommenen Rechts dar, und bei der zweiten Variante geht es um das Element der Unmittelbarkeit bzw. der Mittelbarkeit der Verpflichtung durch das übernommene Recht – als Beispiele:

Die Berücksichtigung einer Einzelnorm (z. B. Art. 736 Ziff. 4 OR)³⁸ macht die Rechtsangleichung weniger intensiv, als wenn sogleich eine gesamte Rechtsmaterie (etwa eine entsprechende EU-Richtlinie für die offenen Kapitalanlagen gemäss KAG) rezipiert wird. Die Rechtsangleichung erscheint zudem intensiver, wenn sie im Landesrecht unmittelbar gilt, als wenn sie vorgängig noch legislativ umgesetzt werden muss.³⁹

Internationale Rechtsangleichungen (etwa im Wirtschaftsrecht) können durch unterschiedliche *landesrechtliche Instrumente* verwirklicht werden, nämlich – als Beispiele – durch hoheitliche Regulierungen, durch private Selbstregulierungen⁴⁰ oder durch faktische Akzeptanz von rechtsunverbindlichen Empfehlungen internationaler Organisationen.⁴¹ Je nach legislativem Einfallstor *variiert die Intensität* der nationalen Annäherungen. Die Tendenz geht m. E. klar in Richtung einer internationalen Rechtsangleichung.

²⁶ Teils wird von *internationalem Handelsrecht* gesprochen: Jung, Handelsrecht, § 48 und § 49.

²⁷ Vgl. dazu hinten II. A. 2.

²⁸ Vgl. dazu hinten II. D.

²⁹ Grundlegend: von Hein, Rezeption, 7 ff.; zudem: Wiegand, Rezeption, 241 m. w. H.

³⁰ Detailliert: von Hein, Rezeption, 50 ff. m. w. H.

³¹ Allg.: Gudula Deipenbrock, Legal Transplants? – Rechtsvergleichende Grundüberlegungen zum technischen Rechtsnormtransfer?, ZVglRWiss 107 (2008) 343 ff.; Eva Lein, Legal Transplants in European Private Law, in: Legal Engineering and Comparative Law (Zürich 2008) 69 ff.; von Hein, Rezeption, 57 ff.; Kühne, Einfluss, 254 Anm. 2.

³² Ähnlich: Wiegand, Rezeption, 241 f.; Kühne, Einfluss, 254.

³³ Am besten erforscht ist die *Rezeption des römischen Rechts*, und zwar im Mittelalter in Europa: Wiegand, Europe, 230 ff.; es finden sich Parallelen zum Amerikanismus der Neuzeit (a. a. O.).

³⁴ Vgl. dazu hinten II. A. 1; detailliert: Kunz, Instrumente, 39 ff.

³⁵ Statt aller: von Hein, Rezeption, 33 ff.

³⁶ Regelmässig erfolgen sog. *informelle Rezeptionen*, d. h. Übernahmen sozusagen «in den Köpfen» von im Ausland – oftmals in den USA – ausgebildeten Juristen (z. B. durch ein LL.M.-Studium): Wiegand, Rezeption, 236 ff. sowie 259; Kunz, Instrumente, 45 Anm. 112.

³⁷ Vgl. dazu hinten I. C. 2.

³⁸ Vgl. dazu hinten II. B. 2.1 c. aa.

³⁹ Bei unmittelbarer Verbindlichkeit liegt eine sog. *Rechtsvereinheitlichung* vor; sollte das ausländische Recht nicht direkt gültig sein, sondern vorgängig einer landesrechtlichen Umsetzung bedürfen, kann von einer sog. *Rechtsharmonisierung* gesprochen werden – diese Unterscheidung wird beispielsweise ersichtlich bei den sog. EU-Verordnungen sowie bei den sog. EU-Richtlinien.

⁴⁰ Hinweise: Kellerhals, Internationalisierung, 379 – bei Art. 8 Abs. 3 BEHG als Handlungsanweisung zum (privaten) «Kotierungsrecht» handelt es sich um eine «(nationale) gesetzliche Obliegenheit zur Internationalisierung des schweizerischen Börsenrechts» (durch Selbstregulierung): a. a. O. 383.

⁴¹ Vgl. dazu hinten I. C. 2.1.

2. Internationale Organisationen

2.1 Beeinflussung der Rechtsentwicklungen

M. E. stehen bei der Entwicklung des Wirtschaftsrechts auf internationaler Ebene die *internationalen Organisationen* als «Globalisierungs-Motoren» im Vordergrund und führen in diesem Zusammenhang zu Rechtsangleichungen⁴²: «[H]eute [werden] die grundsätzlichen Rahmenbedingungen vielfach im Schosse internationaler und supranationaler Organisationen gesetzt», d. h., das nationale Recht «verliert an selbständiger Bedeutung»⁴³.

Nicht selten «erlassen» solche Organisationen in ihren Einflussbereichen entsprechende «Ordnungen», die sich teils als *nicht rechtsverbindlich* erweisen,⁴⁴ sondern Empfehlungscharakter haben oder nationale Regelungen auslösen (bzw. beeinflussen) sollen. Nichtsdestotrotz führen *faktische Zwänge* zu Rechtsangleichungen.⁴⁵

Internationale Wirtschaftsorganisationen sind teils *staatlich* und teils *privat* organisiert, ohne dass sich dies auf ihre Wirksamkeiten auswirken würde. Eine Organisation für das *gesamte* internationale Wirtschaftsrecht besteht nicht, sondern im Fokus stehen unterschiedliche Rechtsgebiete. Besonders wichtig für *internationale Wirtschaftsrechtsangleichungen* erscheinen OECD, WTO, IMF, UNCITRAL sowie UNIDROIT.

2.2 Kursorische Übersichten

a) OECD, WTO sowie IMF

Die «*Organisation for Economic Co-operation and Development*» (OECD)⁴⁶ mit 30 Mitgliedsländern, die sich nach dem Zweiten Weltkrieg dem Wiederaufbau von Europa widmete,⁴⁷ wurde im Jahre 1960 gegründet mit Sitz in Paris. Die OECD gilt als Organisation der «entwickelten» Staaten, die sich einer offenen Marktwirtschaft verschrieben haben. Sie kann *Empfehlungen* an ihre Mitglieder zur Aus-

gestaltung der nationalen Ordnungen abgeben.⁴⁸ Die im Jahre 1999 publizierten (gesellschaftsrechtlichen) «OECD Principles of Corporate Governance» hatten grossen Einfluss auf die internationale Rechtsentwicklung.

Die *Schweiz* war Gründungsmitglied der OECD. Als besonders wichtig für das internationale Wirtschaftsrecht (v. a. das Steuerrecht) erweist sich das sog. *OECD-Musterabkommen* zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen – unter internationalem Druck u. a. der OECD hat die Schweiz zahlreiche Doppelbesteuerungsabkommen diesem Musterabkommen «angepasst».⁴⁹

Die «*World Trade Organisation*» (WTO),⁵⁰ die traditionellerweise eng mit der Schweiz verbunden ist und ihren Sitz in Genf hat, beschäftigt sich insbesondere mit der Regelung von Handels- und Wirtschaftsbeziehungen.⁵¹ Sie strebt die Liberalisierung des Welthandels und damit den *internationalen Freihandel* an. Die WTO entstand im Jahre 1994 in Nachfolge des früheren GATT.⁵² Mit mehr als 150 Mitgliedstaaten gehört sie zu den Organisationen, die das internationale Wirtschaftsrecht am stärksten prägen.

Die WTO ist Dachorganisation einiger grundlegender Vertragswerke,⁵³ darunter etwa TRIPS,⁵⁴ das im Bereich des Immaterialgüterrechts für alle Mitglieder internationale Standards setzt. Die WTO-Abkommen haben Einfluss auf nationale Rechtsordnungen, weil sich die Mitgliedstaaten zur Umsetzung verpflichten, doch die Regelungen der WTO sind nicht direkt anwendbar.⁵⁵ Die *Schweiz* ist Mitglied seit Organisationsgründung, und die WTO stellt die zentrale Grundlage der schweizerischen Aussenwirtschaftspolitik dar.

Der «*International Monetary Fund*» (IMF) bzw. der «*Internationale Währungsfonds*» (IWF) ist eine knapp 190 Mitgliedstaaten umfassende Sonderorganisation der UNO mit Sitz in Washington D.C.

⁴² Allg.: Werner F. Ebke, *Wirtschaft und Recht im Zeichen der Globalisierung*, in: FS für J. N. Druey (Zürich 2002) 100; zudem: Georgiades, *Privatrechtsvereinheitlichung*, 610; die Organisationen werden mit gutem Grund als «*Agents of Harmonization*» bezeichnet: Sieg Eiselen, *Globalization and harmonization of international trade law*, in: *Globalization and Private Law* (Cheltenham 2010) 114 ff.

⁴³ Koller, *Globalisierung*, 330 (für beide Zitate).

⁴⁴ Die Rede ist deshalb oft von *internationalem «Soft Law»*; statt aller: Jung, *Handelsrecht*, § 49 N 22.

⁴⁵ Als Beispiel der jüngeren Vergangenheit kann die «Übernahme» des *OECD-Standards* in schweizerische Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) im Zusammenhang mit Amtshilfeverfahren wegen *Steuerdelikten* erwähnt werden; die *Drohung der OECD* mit (angeblichen) «*schwarzen Listen*» im Jahre 2009 genügte bereits, um eine jahrzehntelange Praxis der Schweiz zu ändern: vgl. dazu hinten II. C. 2.3.b.

⁴⁶ Detailliert: Oppermann/Classen/Nettesheim, *Europarecht*, § 4 N 2 ff.

⁴⁷ Pfisterer, *Fragen*, 294; Oppermann/Classen/Nettesheim, *Europarecht*, § 4 N 2 m. w. H.

⁴⁸ OECD-Einflüsse finden sich v. a. im *Gesellschaftsrecht* sowie im *Steuerrecht* der Mitgliedstaaten; es bestehen zahlreiche rechtsunverbindliche sog. «*Codices*» der OECD: Schweizer, *Gerichte*, 612; Jung, *Handelsrecht*, § 49 N 22; Oppermann/Classen/Nettesheim, *Europarecht*, § 4 N 6.

⁴⁹ Kritisch: Peter V. Kunz, *OECD-Musterabkommen und die Schweiz (...)*, in: *Die Volkswirtschaft – Das Magazin für Wirtschaftspolitik*, Hrsg. SECO, 6 (2009) 4 ff.; ders., *Tax War(s) against Switzerland*, Jusletter vom 19. April 2010, Rz. 25 ff. m. w. H.

⁵⁰ Detailliert: Jung, *Handelsrecht*, § 49 N 25; Oppermann/Classen/Nettesheim, *Europarecht*, § 40 N 93 ff.

⁵¹ Die WTO versucht, einerseits die *Wirtschaftspolitik* der Mitgliedstaaten zu koordinieren und andererseits *Streitigkeiten* zwischen ihren Mitgliedern zu schlichten oder zu entscheiden.

⁵² GATT: «*General Agreement on Tariffs and Trade*»; Hinweise: Schweizer, *Gerichte*, 615 ff.

⁵³ Die drei Hauptverträge sind: GATT, GATS («*General Agreement on Trade in Services*») sowie TRIPS.

⁵⁴ TRIPS: «*Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*».

⁵⁵ Details: Matthias Oesch/Rolf H. Weber/Roger Zäch, *Wettbewerbsrecht II – Kommentar* (Zürich 2011) Einleitung N 13.

Sie wurde im Jahre 1944 – gemeinsam mit der «Weltbank» – gegründet («Bretton Woods»). Der IMF erweist sich als eine der hervorragenden Organisationen für die internationale Wirtschaft, gehört zu seinen Aufgaben doch beispielsweise die Ausweitung des Welthandels sowie die internationale Kooperation bei der Währungspolitik.

Für das internationale Wirtschaftsrecht steht der IMF konzeptionell zwar nicht im Vordergrund. Immerhin machte der IMF betreffend die «Finanzkrise 2008» im Auftrag der sog. «G-20»⁵⁶ verschiedene Lösungsvorschläge (etwa zur Erhebung neuer Steuern für die Finanzbranche). Neben dem IMF – bzw. ergänzend dazu – sind zahlreiche weitere internationale Wirtschaftsorganisationen im finanzmarktrechtlichen Bereich engagiert; am bedeutendsten dürften das FSB⁵⁷ sowie das BCBS⁵⁸ sein. Die Schweiz nimmt Mitgliedschaften im IMF (seit dem Jahre 1992),⁵⁹ im FSB sowie im BCBS wahr.

b) UNCITRAL sowie UNIDROIT

Die im Jahre 1966 von der UNO geschaffene «United Nations Commission on International Trade Law» (UNCITRAL) fördert Rechtsangleichungen im internationalen Handelsrecht.⁶⁰ Heute hat die UNCITRAL, der 60 Mitgliedstaaten angehören, ihren Sitz in Wien. Die Tagungen finden abwechselnd in New York sowie in Wien statt. Neben verbindlichen Rechtsakten werden teils unverbindliche «Modellgesetze» u.Ä. «erlassen», die den nationalen Ordnungen als legislative Vorbilder dienen sollen.⁶¹

Den grössten Einfluss übt die «Convention on Contracts for the International Sale of Goods» (CISG)⁶² aus dem Jahre 1980 aus, durch die rechtliche Rahmenbedingungen für grenzüberschreitende Kaufverträge festgelegt wurden. Die

UNCITRAL ist ebenfalls aktiv im Bereich der *internationalen Schiedsgerichtsbarkeit* – dies z. B. durch die «Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, NYC» aus dem Jahre 1965.⁶³ CISG sowie NYC sind rechtsverbindlich. Die Schweiz wurde Mitglied der UNCITRAL nach dem UNO-Beitritt⁶⁴ und ist an deren Arbeiten «intensiv beteiligt».⁶⁵

Das «Institut international pour l'unification du droit» (UNIDROIT)⁶⁶ strebt seit Jahrzehnten die Harmonisierung des Zivilrechts und insbesondere des internationalen Handelsrechts an. Das UNIDROIT mit Sitz in Rom wurde im Jahre 1926 vom damaligen «Völkerbund» gegründet und wurde einige Jahre später zur selbstständigen internationalen Organisation. Heute gehören mehr als 60 Mitgliedstaaten dem UNIDROIT an.

Das UNIDROIT entwickelt beispielsweise (rechtsunverbindliche) Prinzipien und «Mustergesetze» – also: «Soft Law» – zur Modernisierung und zur Harmonisierung des Privatrechts auf internationaler Ebene, und zwar oft durch die Einsetzung von «Study Groups».⁶⁷ Bekannt sind, als Beispiele, die «Principles of International Commercial Contracts»,⁶⁸ die «Principles of Transnational Civil Procedure» oder das «Model Law on Leasing». Die Schweiz betätigt sich beim UNIDROIT seit dem Jahre 1940.⁶⁹

Die Schweiz nimmt also bei zahlreichen internationalen Wirtschaftsorganisationen traditionellerweise eine wichtige Rolle ein (z. B. als Sitzstaat oder infolge aktiver Mitarbeit), wobei die Beitritte teils nicht ohne Probleme erfolgten.⁷⁰ Durch diese Aktivitäten werden die Schweiz und die schweizerische Rechtsordnung *international(er) geprägt*, als auf den ersten Blick vermutet werden könnte. Die Amerikanisierung und die Europäisierung des Schweizer Rechts werden durch eine Internationalisierung – m. E. wegen der internationalen Wirt-

⁵⁶ Die «Group of 20» besteht seit dem Jahre 1999 und stellt ein Forum einerseits für die führenden Industriestaaten und andererseits für die aufstrebenden Wirtschaftsnationen («Emerging Market Economies») dar.

⁵⁷ FSB: «Financial Stability Board» – bis ins Jahr 2009: FSF («Financial Stability Forum»); allg.: Eva Hüpkens, Das Financial Stability Board (FSB) und seine Rolle in der Finanzkrise, SZW 81 (2009) 409 ff.

⁵⁸ BCBS: «Basel Committee on Banking Supervision» («Basler Ausschuss») – vom BCBS stammen die Eigenkapitalvereinbarungen «Basel I», «Basel II» und «Basel III» (Peter V. Kunz, TBTF – Überlegungen zur «Too Big to Fail»-Problematik, Jusletter vom 17. Mai 2010, Rz. 23).

⁵⁹ Die Schweiz hat eine Vertretung im IMF, und zwar in dessen Exekutivrat; das Eidgenössische Finanzdepartement sowie die Schweizerische Nationalbank nehmen die schweizerische Mitgliedschaft wahr.

⁶⁰ Beispiele sind die *Schiedsgerichtsbarkeit* sowie das *Insolvenzrecht*.

⁶¹ Jung, Handelsrecht, § 49 N 18.

⁶² Die CISG wird regelmässig als «Wiener Kaufrecht» oder als «UN-Kaufrecht» bezeichnet; allg.: Jung, Handelsrecht, § 49 N 13 ff.; deutsch: Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (SR 0.221.211.1).

⁶³ Kurz: «New York Convention» bzw. NYC bzw. «New York Übereinkommen» (SR 0.277.12) – die Schweiz ist Vertragsstaat des Abkommens seit dem Jahre 1965; ausserdem besteht eine spezifische UNCITRAL-Schiedsordnung für «Ad-hoc-Schiedsverfahren».

⁶⁴ UNCITRAL-Mitgliedschaft seit dem Jahre 2004.

⁶⁵ Koller, Globalisierung, 326.

⁶⁶ Allg.: Kunz, Union, 189 f.

⁶⁷ UNIDROIT hat bis anhin mehr als 70 Studien oder Konventionentwürfe erarbeitet und publiziert.

⁶⁸ Hierzu: Michael Joachim Bonell, Das UNIDROIT-Projekt für die Ausarbeitung von Regeln für internationale Handelsverträge, RabelsZ 56 (1992) 274 ff.; Joachim G. Frick, Die UNIDROIT-Prinzipien für internationale Handelsverträge, RIW 47 (2001); Eckart Brödermann, Die erweiterten UNIDROIT Principles 2004, RIW 50 (2004) 721 ff.; Georgiades, Privatrechtsvereinheitlichung, 615 Anm. 67; Sandrock, Herausforderungen, 241 f. und 247.

⁶⁹ Grundstatut des Internationalen Instituts für die Vereinheitlichung des Privatrechts: SR 0.202; die Beitrittsurkunde der Schweiz wurde im Jahre 1940 hinterlegt.

⁷⁰ Dies war insbesondere der Fall beim IMF zu Beginn der 1990er-Jahre – illustrativ zu den Irrungen und Wirrungen der damaligen Zeit: Otto Stich, Ich blieb einfach einfach (Basel 2011) 86 ff.

schaftsorganisationen – ergänzt und in Zukunft wohl abgelöst werden.⁷¹

II. Einflüsse ausländischer Rechtsordnungen

A. Rechtsvergleichung

1. Generelles

Die sog. *Rechtsvergleichung*, also die wissenschaftliche Methode⁷² des «Vergleichens» von schweizerischem Recht mit ausländischem Recht, nimmt in der Schweiz eine prägende Rolle ein und hat eine lange Tradition.⁷³ Dies trifft v.a. im *Wirtschaftsrecht* zu, das ohne den internationalen Kontext nicht verstanden (und nicht gestaltet) werden kann. Mit der Rechtsvergleichung soll der «Vorrat an Lösungen»⁷⁴ erweitert sowie bereichert werden. Die ausländischen *Referenzordnungen* unterliegen einem ständigen Wandel.

Niemandem kann es verboten sein, durch den Blick über den nationalen Tellerrand hinaus klüger zu werden. *Kritik* scheint bei *unmethodischem* Vorgehen angebracht: «M. E. besteht ein pragmatisches Hauptrisiko darin, die Rechtsvergleichung rechtspolitisch «vorzuschieben» und damit – fast schon Rosinen pickend – legale «Begründungen» zu (er-)finden»,⁷⁵ eine solche arbiträre «Methode» dürfte in der Schweiz nicht allein bei Rechtssetzungen, sondern ebenfalls bei Rechtsanwendungen vorkommen.

Rechtsvergleichen im Ausland und im Inland *fördern internationale Rechtsangleichungen* – teils wird dies sogar als Funktion der Rechtsvergleichung verstanden.⁷⁶ Dominante Rechtssysteme⁷⁷ spielen eine hervorragende Rolle in diesem Zusam-

menhang, und zwar nicht allein in der Schweiz, sondern auch auf internationaler Ebene. Ausländische Rechte dringen durch verschiedene *legislative Einfallstore* in die schweizerische Rechtsordnung ein:

Als Beispiele zu erwähnen sind bei schweizerischen *Rechtssetzungen* (also bei generell-abstrakten Ordnungen)⁷⁸ ausländische Pressionen, eklektische Anregungen aus dem Ausland, Überprüfungen des Schweizer Rechts auf Kompatibilität mit ausländischem Recht, Verweisungen auf Rechtsordnungen im Ausland, völkerrechtliche Verträge oder autonomer Nachvollzug von EU-Recht; einige Einfallstore wirken sich automatisch auf die schweizerische *Rechtsanwendung* aus (d. h. auf individuell-konkrete Akte),⁷⁹ nämlich beispielsweise bei rechtsvergleichenden Lückenfüllungen oder bei europarechtskonformen Auslegungen.⁸⁰

2. Dominante Rechtssysteme

In jedem Zeitalter gab (und gibt) es eine oder mehrere Rechtsordnungen, die sozusagen als «*vorherrschend*» gegenüber anderen nationalen Regelungen betrachtet werden. Dies kann so weit gehen, dass von einem sog. *dominanten Rechtssystem* zu sprechen ist. Solche Entwicklungen gehen meist Hand in Hand mit der Dominanz der betreffenden Staaten etwa in politischen, in militärischen und in wirtschaftlichen Angelegenheiten.

Dominante Rechtssysteme sind *legislativ prägend*, und zwar als «*Vorbilder*» für andere Staaten, die sie entweder unmittelbar oder mittelbar in deren Rechtssetzungen (seltener in deren Rechtsanwendungen) beeinflussen. Kennzeichnend für dominante Rechtssysteme sind *legaler Expansivismus* einerseits sowie *legaler Isolationismus* andererseits. Auffällig erscheint dies am Beispiel der USA bzw. des US-amerikanischen Rechts, das die frühere Vormachtsstellung des deutschen Rechts im 20. Jahrhundert übernommen hat.⁸¹

⁷¹ Vgl. dazu hinten II. B. 3.2.

⁷² Statt aller: *Rainer*, Rechtsvergleichung, 19 ff.; *Walter A. Stoffel*, Law, Control and Delegation, in: FS für R. H. Weber (Bern 2011) 312; *Ernst A. Kramer*, Rechtswissenschaft als Beruf, recht 29(2011) 49 Anm. 5 sowie 50 Anm. 9.

⁷³ Übersicht: *Kunz*, Rechtsvergleichung, 37 ff.; zudem: *ders.*, Instrumente, 34 ff.

⁷⁴ *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, 14 (mit Verweisung auf *Ernst Zitelmann*).

⁷⁵ *Kunz*, Instrumente, 35; zudem hält *Ebke*, Einfluss, 176 fest: «Richtig verstandener Rechtsvergleichung geht es ohnehin nicht um die sklavische Nachahmung, Rezeption 1:1 oder gar um eine «Amerikanisierung» unseres Rechts, sondern um die Suche nach Anstößen für rechtlich sinnvolle, wirtschaftlich tragfähige und rechtspolitisch verträgliche Fortentwicklungen bzw. Innovationen. Studieren geht über imitieren! (...)»

⁷⁶ Zur *Rechtsvereinheitlichungsfunktion* der Rechtsvergleichung: *Jan Kropholler*, Die Wissenschaft als Quelle der internationalen Rechtsvereinheitlichung, ZVglRWiss 85(1986) 143 ff.; *Alex Flessner*, Rechtsvereinheitlichung durch Rechtswissenschaft und Juristenausbildung, RabelsZ 56(1992) 243 ff.; *Rainer*, Rechtsvergleichung, 80 ff.

⁷⁷ Vgl. dazu hinten II. A. 2.

⁷⁸ Bundesgesetze oder Verordnungen; detailliert: *Kunz*, Instrumente, 42 ff.

⁷⁹ Behördliche Verfügungen oder Gerichtsurteile; hierzu: *Kunz*, Instrumente, 67 ff.

⁸⁰ Ein legislatives Einfallstor ist somit zwar *notwendig*, aber (noch) *nicht hinreichend* für eine rechtsvergleichende Rechtsanwendung; oder *Kunz*, Instrumente, 40: «Ohne rechtssetzendes Einfallstor keine rechtsvergleichende Rechtsanwendung»; allg.: *Graziano Thomas Kadner*, Die Europäisierung der juristischen Perspektive und der vergleichenden Methode (...), ZVglRWiss 106(2007) 248 ff.

⁸¹ Zur *Gewichtverschiebung* hin zu den USA etwa *Sandrock*, Ansehen, 39: «Bei nüchterner Betrachtung müssen wir auch zugestehen, dass dem U.S.-amerikanischen Zivilrecht im internationalen Rechtsverkehr seit vielen Jahren schon in gewisser Weise eine «Hegemonie»-Stellung zugefallen ist.»

3. Rechtskreise

Die Rechtsvergleichung teilt die Rechtsordnungen in sog. *Rechtskreise* («Rechtsfamilien»)⁸² ein, mit jeweils einer «Mutterrechtsordnung» und meist mit mehreren «Tochterrechtsordnungen».⁸³ Es geht dabei um eine «Art geistiger Flurbereinigung in der Weltlandschaft der Rechtssysteme».⁸⁴ Die Rechtskreise sind unter *praktischem* Aspekt wichtig, um eine (beschränkte) Auswahl der zu vergleichenden Rechtsordnungen treffen zu können. Zudem übernimmt die Rechtskreislehre eine *theoretische* Ordnungsaufgabe, «indem sie eine unübersichtliche Masse von Rechtssystemen gliedert und überschaubar macht».⁸⁵

Zu den *Abgrenzungskriterien* werden in der Doktrin⁸⁶ als *stilbildende Faktoren* etwa die historische Herkunft und Entwicklung einer Rechtsordnung, vorherrschende spezifische juristische Denkweisen, besonders kennzeichnende Rechtsinstitute, die Rangordnung der Rechtsquellen und der Auslegungsmethoden sowie ideologische Faktoren gezählt.

Die jeweiligen «Gruppenbildungen» erweisen sich m. E. jedoch als *relativ*. Einerseits hält der Grundsatz der «*materiebezogenen Relativität*» fest, dass sich – je nach infrage stehender Rechtsmaterie – eine unterschiedliche Gruppenzugehörigkeit aufdrängen könnte,⁸⁷ und andererseits stellt der Grundsatz der «*zeitlichen Relativität*» klar, dass sich im Laufe der Zeit sowohl die Gruppenzugehörigkeiten als auch sogar die Existenz eines ganzen Rechtskreises grundlegend oder teilweise ändern können.⁸⁸ Die traditionelle Rechtskreislehre scheint

gerade in jüngerer Vergangenheit etwas die Unterstützung zu verlieren.

B. Beispiele ausländischer Rechtsinflüsse

1. Vergangenheit

1.1 Frankreich sowie Deutschland

Spätestens nach der Französischen Revolution (1789) wuchs *Frankreich* zu einer Weltmacht heran. Die Bedeutung der französischen Rechtsordnung⁸⁹ nahm entsprechend zu, nicht zuletzt für die Schweiz und für das schweizerische Recht,⁹⁰ dies dürfte u. a. auf die französische Besetzung des Landes in den Jahren 1798–1803⁹¹ zurückzuführen sein. In der Folge nahm der rechtliche Einfluss des französischen Rechts in der Schweiz allmählich ab.

Im Verlauf des 19. Jahrhunderts übernahm *Deutschland* die (rechtliche) Vorherrschaft, unterstützt durch den militärischen Sieg über Frankreich im Jahre 1871, sowohl in Europa als auch weltweit. Dabei erfolgte mindestens anfänglich eine starke gegenseitige Beeinflussung zwischen Deutschland und Frankreich.⁹² Deutsches Recht beeinflusste zahlreiche ausländische Rechtsordnungen (z. B. in Asien sowie in Afrika). Der Höhepunkt der deutschen Jurisprudenz folgte mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) aus dem Jahre 1900.⁹³

1.2 Auswirkungen auf die Schweiz

In der Schweiz standen seit den 1830er-Jahren zahlreiche *kantonale Kodifikationen* (z. B. Aktienrechtsordnungen der Kantone) in Kraft, die von ausländischen Ordnungen mehr oder weniger beeinflusst wurden. Im Wesentlichen gab es *drei kantonale Gruppen*, die verschiedenen legislativen, teils ausländischen Modellen folgten,⁹⁴ nämlich die Romandie und das Tessin,⁹⁵ dann die Mittellandkantone (Bern, Solothurn, Aargau und Luzern)⁹⁶ so-

⁸² Allg.: Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung, 62 ff.; Rainer, Rechtsvergleichung, 49 ff. m. w. H.; von Hein, Rezeption, 786 ff.; pointiert zugunsten eines «Eurozentrismus» der Rechtsvergleichung: Basil Markesinis, Rechtsvergleichung in Theorie und Praxis – Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Methodenlehre (München 2004) 50 f.; zudem: Heinrich Scholler, Bedeutung der Lehre vom Rechtskreis und die Rechtskultur, ZVglRWiss 99 (2000) 373 ff.; zum Folgenden: Kunz, Rechtsvergleichung, 49 ff.

⁸³ Traditionellerweise werden z. B. die USA zum sog. *Angloamerikanischen* Rechtskreis und die Schweiz zum sog. *Deutschen* Rechtskreis gezählt: Kunz, Rechtsvergleichung, 50; debattiert wird zurzeit, ob ein sog. *Europäischer* Rechtskreis entsteht (oder bereits entstanden ist): vgl. dazu hinten II. B. 2.2 b).

⁸⁴ Ebert, Rechtsvergleichung, 39.

⁸⁵ Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung, 62.

⁸⁶ Grundlegend: Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung, 68 ff.; zudem: Ebert, Rechtsvergleichung, 39 ff.

⁸⁷ Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung, 64 ff.; also: «So ist es z. B. denkbar, dass in derselben Rechtsordnung das Privatrecht dem einen Rechtskreis, das Verfassungsrecht einem anderen Rechtskreis zuzuordnen ist» (a. a. O. 64; Hervorhebungen im Original).

⁸⁸ Details: Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung, 64 ff.; die zeitliche Relativität wird an drei Beispielen offensichtlich: Es erscheint heute zweifelhaft, ob *Japan* nebst *China* tatsächlich (noch) zu einem sog. *Fernöstlichen Rechtskreis* gezählt werden soll (a. a. O. 65); die *afrikanischen* Staaten – und zwar «südlich der Sahara» – dürften heute einen eigenständigen sog. *Afrikanischen Rechtskreis* bilden (a. a. O. 65 sowie 66), was früher (noch) nicht der Fall war; und schliesslich hat sich seit dem «Mauerfall» in den letzten Jahren der sog. *Sozialistische Rechtskreis* (hierzu: Ebert, Rechtsvergleichung, 97 ff.) gänzlich aufgelöst.

⁸⁹ Herausragend die Kodifikation des «*Code Napoléon*».

⁹⁰ Böckli, Osmosis, 10: «[Swiss] Business Law in the first half of the 19th century clearly remained under the spell of French concepts».

⁹¹ Hinweise: Böckli, Osmosis, 10 m. w. H.; auf dem «Staatsgebiet» der Alten Eidgenossenschaft wurde im Jahre 1798 die sog. *Helvetische Republik* als französische Tochterrepublik ausgerufen.

⁹² Sandrock, Ansehen, 6 f. m. w. H.

⁹³ Dieses Gesetz wurde in seinen obligationenrechtlichen Teilen übrigens beeinflusst vom schweizerischen OR 1883: Bucher, Entwicklung, 353 f. sowie 365 ff.; Deutschland und die Schweiz standen in «ständiger gegenseitiger Wechselwirkung» (a. a. O. 354).

⁹⁴ Im Detail: Pio Caroni, «Privatrecht»: Eine sozialhistorische Einführung (Basel 1988) 35 ff.; Rainer, Rechtsvergleichung, 228 ff.; zudem: Ozawa, Bridel, 34 f.

⁹⁵ Diese Gruppe nahm *Frankreich* als legislatives Vorbild für die kantonalen Kodifikationen, d. h. den französischen Code civil aus dem Jahre 1804.

⁹⁶ Als Vorbild dieser Gruppe dienten *Österreich* und dessen Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) aus dem Jahre 1811.

wie schliesslich die Ost- und die Zentralschweiz sowie Graubünden.⁹⁷

Die *Privatrechtsvereinheitlichung* auf Bundesebene begann in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, nämlich mit dem Obligationenrecht im Jahre 1874 (OR 1883)⁹⁸ und mit dem Zivilgesetzbuch im Jahre 1907. Einflüsse aus dem Ausland gab es ebenfalls bei diesen Kodifikation(en). Als legislativ dominant erwies sich insbesondere *Deutschland*, das z. B. das Gesellschaftsrecht prägte. Der Gesetzgeber in der Schweiz lehnte sich nicht an die römischrechtlichen Rechtsinstitute, sondern an die deutschen Rechtsfiguren des Mittelalters⁹⁹ an.¹⁰⁰

Die *deutsche Vorbildfunktion* für das schweizerische Wirtschaftsrecht¹⁰¹ ergab sich nicht allein aus der geografischen Nähe und durch das «enge verwandtschaftliche Verhältnis [von Deutschland] zu Österreich und zur Schweiz».¹⁰² Vielmehr erwies sich die Rechtsordnung von Deutschland in dieser Phase – sogar auf *globaler* Ebene – als dominant,¹⁰³ d. h., eine «Germanisierung» stand chronologisch vor der Amerikanisierung im 20. Jahrhundert. Das deutsche Recht erlebte einen *weltweiten Bedeutungsverlust* seit dem Jahre 1945.¹⁰⁴

2. Gegenwart

2.1 Amerikanisierung

a) Isolationismus sowie Expansionismus

Die USA waren noch *keine Weltmacht* in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts. Andere Staaten (z. B. Deutschland und Spanien) waren vorherrschend in Politik, in Wirtschaft und – teilweise – im Recht. Mit dem Heranwachsen der USA zu einer globalen Macht erfolgte fast zwangsläufig eine *rechtliche Emanzipation* sozusagen «vom Rest der Welt». Diese teils bewussten und teils unbewusst-

ten Tendenzen führten zu Expansionismus sowie zu Isolationismus, wodurch das gesamte «Amerikanische Jahrhundert» bestimmt wurde.¹⁰⁵

Expansive Tendenzen des US-amerikanischen Rechts¹⁰⁶ seit Anfang des 20. Jahrhunderts sind unmittelbare Folgen der globalen Ausdehnung u. a. des Militärs und der Wirtschaft. Unterstützt wird der legale Expansionismus, insbesondere im Wirtschaftsrecht, durch die Dominanz der USA in den wichtigsten *internationalen Wirtschaftsorganisationen* (z. B. IMF, OECD oder WTO).¹⁰⁷ Gelegentlich wird der angebliche «Anspruch extraterritorialer Wirkung» des Rechts der USA m. E. durch eine aggressive Machtpolitik durchgesetzt.

Fast noch prägnanter erscheinen die *isolationistischen* Tendenzen gegen Ende des 20. Jahrhunderts, indem sich Teile der Jurisprudenz sowie der Politik in den USA kritisch (teils sogar feindselig) gegenüber ausländischen Rechtseinflüssen zeigen.¹⁰⁸ Die *Jurisprudenz* ist *gespalten* zur Thematik der Berücksichtigung ausländischen Rechts in den USA, und zwar sowohl die Lehre,¹⁰⁹ die eine minder wichtige Rolle spielt, als auch die gewichtigere Gerichtspraxis (dabei in erster Linie der U.S. Federal Supreme Court).¹¹⁰

Der legale Isolationismus der USA («Nativismus») zeigt sich in der (*Rechts-*)*Politik*, die sich mehrheitlich *ablehnend* äussert. Von einigen konservativen «Think Tanks» wird sogar gefordert, Absetzungsverfahren («Impeachments») durchzuführen gegen Richter, die gewillt sind, ausländisches Recht zu berücksichtigen.¹¹¹ Illustrativ erscheint schliesslich die im Sommer 2010 im *US-Bundesstaat Oklahoma* geführte Debatte zu einer *Verfassungsänderung* mit der Zielsetzung der Nichtberücksichtigung ausländischen Rechts.¹¹²

b) Dominanz im Wirtschaftsrecht

Unter juristischen Gesichtspunkten hat sich mit dem US-amerikanischen Wirtschaftsrecht ein *dominantantes Rechtssystem* entwickelt, das sowohl isolationistisch als auch expansionistisch wirkt.

⁹⁷ Diese Kantone folgten *keinem ausländischen* Vorbild, sondern einem schweizerischen Original, nämlich dem Privatrechtlichen Gesetzbuch (PGB) von *Zürich*; überhaupt keine Kodifikationen hatten Uri, Schwyz, Obwalden, Appenzell, St. Gallen und Basel: *Ozawa, Bridel*, 35 m. w. H.

⁹⁸ Detailliert: *Bucher, Entwicklung*, 354 ff.

⁹⁹ Hinweise zur Historie: *Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht* (10. A. Bern 2007) § 10 N 8 ff.

¹⁰⁰ In den 1930er-Jahren wurde die *GmbH* in der Schweiz eingeführt, und zwar den Vorbildern von Deutschland und Frankreich folgend; die in den 1990er-Jahren implementierte *Sonderprüfung* (Art. 697a ff. OR) lehnte sich stark an die Ordnung in Deutschland an: *Kunz, Auffälligkeiten*, 568 Anm. 152.

¹⁰¹ Dies trifft beispielsweise auf die *kantonale Handelsgeschicklichkeit* zu: *Toylan Senel, Das handelsgerichtliche Verfahren nach der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung* (Diss. Basel 2010) N 37.

¹⁰² *Sandrock, Ansehen*, 5.

¹⁰³ Detailliert: *Sandrock, Ansehen*, 5 ff. m. w. H.

¹⁰⁴ Grundlegend: *Sandrock, Ansehen*, 25 ff. m. w. H. (nicht zuletzt erklärbar mit dem «Aderlass durch die deutsche juristische Emigration von 1933–1945»: a. a. O. 5); in der *Schweiz* stellt das deutsche Recht nach wie vor die zentrale Referenzordnung für Rechtssetzung und (teils) für Rechtsanwendung dar.

¹⁰⁵ Die USA wurden zu einer «rechtlichen Grossmacht»: *Koller, Globalisierung*, 328.

¹⁰⁶ Zum *Gesellschaftsrecht*: *Werner F. Ebke, Der Einfluss des US-amerikanischen Rechts auf das Internationale Gesellschaftsrecht in Deutschland und Europa*, *ZVglRWiss* 110 (2011) 2 ff.; *ders.*, Einfluss, 175 ff.

¹⁰⁷ *Koller, Globalisierung*, 328.

¹⁰⁸ Generell: *Ernst C. Stiefel/James R. Maxeiner, Why Are U.S. Lawyers not Learning from Comparative Law?*, in: *The International Practice of Law* (Basel 1997) 213 ff.

¹⁰⁹ Übersicht zur Doktrin: *Posner, Judges*, 347 m. w. H. in Anm. 1.

¹¹⁰ Statt vieler: *Posner, Judges*, 347 ff. («Judicial Cosmopolitanism»); *Kunz, Union*, 188 ff.

¹¹¹ Hinweise: *Kunz, Instrumente*, 32.

¹¹² Das sog. «*Save our State Amendment*» für Oklahoma lautete wie folgt: «The courts shall not look to the legal precepts of other nations or cultures. Specifically, the courts shall *not consider international law* or Sharia law»; Hervorhebung hinzugefügt (*Kunz, Union*, 188 Anm. 70).

Die letztere Tendenz führte und führt (teilweise) nach wie vor zu einer *Amerikanisierung* anderer Rechtsordnungen,¹¹³ was nicht zuletzt auf das Recht der Schweiz zutrifft.¹¹⁴ Nur bei wenigen wirtschaftsrechtlichen Rechtsbereichen fand eine Kehrtwende statt, nämlich eine Rezeption aus Europa in die USA.¹¹⁵

Spätestens seit dem *Zweiten Weltkrieg* wird das internationale Wirtschaftsrecht von den USA geprägt. Dies gilt nicht allein für Einzelstaaten (z. B. für Deutschland),¹¹⁶ sondern sogar für einen «Staatenverbund» wie die EU.¹¹⁷ Im *Gesellschaftsrecht* erscheint dies besonders auffällig.¹¹⁸ Das US-amerikanische Recht hat ausserdem seit Jahrzehnten das *Finanzmarktrecht* in Europa (etwa in Deutschland)¹¹⁹ geprägt; es handelt sich um «keine unbewusste Parallelentwicklung zu den Vorgängen in den USA, sondern [um] eine bewusste Annäherung der rechtlichen Lösungen für vergleichbare Phänomene und Rechtsfragen (...)».¹²⁰

Eine intensive Amerikanisierung seit den 1980er-Jahren kann im Schweizer Recht im Allgemeinen und im *schweizerischen Wirtschaftsrecht* im Besonderen beobachtet werden: «An Osmosis of Anglo-Saxon concepts in the field of business law is going on in Switzerland.»¹²¹ Als *Beispiele* sind die strafrechtliche Insiderregelung gemäss Art. 161 StGB sowie zahlreiche börsenrechtliche Bestimmungen (etwa das Offenlegungsrecht gemäss Art. 20 BEHG oder das Übernahmerecht gemäss Art. 22 ff. BEHG)¹²² zu erwähnen.¹²³

¹¹³ Dies wurde bereits im Jahre 1931 (sic!) festgehalten: *Hopt*, Einfluss, 106 m. w. H. in Anm. 9.

¹¹⁴ Grundlegend: *Wiegand*, Rezeption, *passim*; *ders.*, Europe, *passim*; *ders.*, Americanization, *passim*; zudem: *Bühler*, Governance, N 224 ff.; *Kiener/Lanz*, Amerikanisierung, *passim* (mit öffentlich-rechtlichem Fokus); *Heinrich Honsell*, Amerikanische Rechtskultur, in: FS für R. Zäch (Zürich 1999) 39 ff.; *Heinz Aemisegger*, Die Bedeutung des US-amerikanischen Rechts bzw. der Rechtskultur des common law in der Praxis schweizerischer Gerichte – am Beispiel des Bundesgerichts, *AJP* 17 (2008) 18 ff.

¹¹⁵ Am bekanntesten für eine solche «umgekehrte Rezeption» sind Themen aus dem *Urheberpersönlichkeitsrecht*; detailliert: *Cyrill P. Rigamonti*, Urheberpersönlichkeitsrechte (Habil. Bern 2012) § 2 IV. B.

¹¹⁶ Illustrativ etwa die Festschrift für *Otto Sandrock*: Das deutsche Wirtschaftsrecht unter dem Einfluss des US-amerikanischen Rechts, Hrsg. *Werner F. Ebke* et al. (Frankfurt 2011) *passim*.

¹¹⁷ Statt vieler: *Kühne*, Einfluss, 257 ff.; zum Einfluss in anderen Weltgegenden: *Wiegand*, Rezeption, 231.

¹¹⁸ Für *Deutschland*: von *Hein*, Rezeption, *passim*; *Hopt*, Einfluss, 107 ff.

¹¹⁹ Allg.: *Klaus Peter Berger*, Gelungene und unvermeidbare Rezeptionen: Bank- und Kapitalmarktrecht, in: FS für O. Sandrock (Frankfurt 2011) 77 ff.

¹²⁰ *Ebke*, Einfluss, 176.

¹²¹ *Böckli*, Osmosis, 9.

¹²² Hinweise: *Koller*, Globalisierung, 327; *Böckli*, Osmosis, 19 ff.

¹²³ Beispiele im *Gleichstellungsrecht* sowie im *Arbeitsvertragsrecht*: *Kiener/Lanz*, Amerikanisierung, 165 (erwähnt werden Art. 336a OR und Art. 337c OR als eine Art von «Punitive Damages»); *Böckli*, Osmosis, 25, erwähnt als weitere Beispiele das *Geldwäschereirecht* sowie das *Produktehaftpflichtrecht* – während ursprünglich «Product Liability» als Rechtsthema aus den USA in die Schweiz importiert wurde, liegt m. E. heute eine Europäisierung (autonomer Nachvollzug von EU-Recht) vor: vgl. dazu hinten II. B. 2.2 c) aa).

Ob die Amerikanisierung, die mit der Rezeption des römischen Rechts (12.–16. Jahrhundert) verglichen werden kann,¹²⁴ im schweizerischen bzw. im internationalen Wirtschaftsrecht *künftig weitergehen* wird, erscheint zweifelhaft.¹²⁵ In den 1990er-Jahren wurde in Bezug auf das Wirtschaftsrecht der Schweiz zwar prophezeit: «Switzerland is heading generally more and more in the direction of Anglo-Saxon and, more often than not, American concepts»¹²⁶ – es zeichnet sich m. E. indes ein *Paradigmenwechsel* ab, nämlich eine zunehmende *Europäisierung* des schweizerischen (Wirtschafts-) Rechts.¹²⁷

c) Spezifischer Bezug zur Schweiz

aa) Common Law v. Civil Law

Ein zentrales Charakteristikum des Angelsächsischen Rechtskreises, zu dem die USA als eine «Tochterrechtsordnung» gezählt wird, ist das sog. *Common Law*, das vorwiegend auf Präjudizien beruht, d. h., Rechtssetzungen im eigentlichen Sinne stehen nicht im Vordergrund der Rechtswirklichkeit. Die schweizerische Rechtsordnung als «Tochterrechtsordnung» des Deutschen Rechtskreises bzw. (eventuell) des Europäischen Rechtskreises¹²⁸ gehört hingegen zum sog. *Civil Law*, in dem Regulierungen dominieren.

In der Realität stehen sich die USA und die Schweiz – m. E. mindestens im Bereich des Wirtschaftsrechts – wesentlich näher, denn die *Grenzen zerfliessen*. Auf der einen Seite nähert sich das US-Amerikanische Wirtschaftsrecht dem Civil Law stetig an,¹²⁹ und andererseits sind Regelungen, die an das Common Law erinnern, ebenfalls im schweizerischen Wirtschaftsrecht auffindbar – als prägnantes Beispiel kann die aktienrechtliche Auflösungsklage im Rahmen von Art. 736 Ziff. 4 OR erwähnt werden.¹³⁰

¹²⁴ Grundlegend zu dieser These: *Wiegand*, Americanization, 138 f.; *ders.*, Rezeption, 232 («frappierende Parallelen»); *ders.*, Europe, 230.

¹²⁵ Es gibt Rechtsinstitute, die in der Schweiz bewusst *nicht rezipiert* wurden: «Class Actions» (Botschaft ZPO: BBl 2006 7224), «Punitive Damages» oder «Jury Trials».

¹²⁶ *Böckli*, Osmosis, 26; ähnlich: *Wiegand*, Rezeption, 259 ff.

¹²⁷ Vgl. dazu hinten II. B. 2.2.

¹²⁸ Vgl. dazu hinten II. B. 2.2 b).

¹²⁹ Beispielsweise stellen das *Gesellschaftsrecht* sowie das *Finanzmarktrecht* längst *gesetztes* Recht («statutory law») dar, d. h., den Präjudizien kommt eine ähnlich relativierte Rolle wie im Civil Law zu.

¹³⁰ Das *richterliche Rechtsfolgeermessen* bei der Auflösungsklage («andere sachgemässe Lösungen») erinnert stark an Interventionsmöglichkeiten der Gerichte im sog. *Common Law* («as the judge sees fit»).

bb) Legislative Einfallstore

In Bezug auf *US-amerikanisches Recht* bestehen *mehrere Einfallstore* ins Schweizer Recht, die indes weniger institutionalisiert sind als die Einflussbereiche des EU-Rechts.¹³¹ Von eher untergeordneter Bedeutung sind zwischen den USA und der Schweiz die Staatsverträge.¹³² Wichtiger sind die *Pressionen* («Druck»),¹³³ die zu einer Art von «extraterritorialer Wirkung» der ausländischen Rechtssetzung in der Schweiz führen (sollen),¹³⁴ sowie *eklektische Anregungen* («Abkupfern»)¹³⁵ im Wirtschaftsrecht der USA.¹³⁶ Zwei Beispiele aus dem Gesellschaftsrecht machen den Einfluss mittels *Pressionen* deutlich:

Der Konkurs des US-Energiekonzerns «Enron» im Jahre 2001 und der damit zusammenhängende Untergang der Revisionsunternehmung «Arthur Andersen» führten in den USA zu regulatorischen Massnahmen bei den *Rechnungslegungsvorschriften* sowie bei der *Revisionsaufsicht*. Das entsprechende Gesetz in den USA («SOX»)¹³⁷ wurde auf internationaler Ebene berühmt-berüchtigt und löste in zahlreichen Staaten eigentliche «Folgegesetzgebungen» aus.¹³⁸ Nicht anders verhielt es sich in der Schweiz.

Einerseits wurde das *materielle Revisionsrecht* per 1. Januar 2008 durch eine umfassende Reform des OR überarbeitet. Andererseits kam der SOX-Einfluss in einem neuen finanzmarktrechtlichen Spezialgesetz per 1. September 2007 zum Ausdruck, nämlich im neuen *Revisionsaufsichtsgesetz* (RAG), das die Revisoren bzw. die Revisionsunternehmen in der Schweiz erstmals einer staatlichen Aufsicht unterstellt.

Insbesondere das RAG wurde m. E. auf (indirekten) Druck aus den USA¹³⁹ und somit als «neueste[s] Beispiel amerikanischer Hegemo-

nie»¹⁴⁰ verabschiedet – es handelt sich faktisch um eine «Lex Americana».¹⁴¹ Etwas verschleiern zu diesem Aspekt der Bundesrat in der Botschaft: «Ein Handlungsbedarf besteht auf Grund internationaler Entwicklungen: Aus der Umsetzung des US-amerikanischen Sarbanes-Oxley Acts ergibt sich mit Blick auf die Revisionsstellen von Schweizer Unternehmen, deren Aktien in den USA kotiert sind, eine erhöhte Dringlichkeit für eine gesetzliche Neuregelung (...).»¹⁴²

2.2 Europäisierung

a) Konkurrenz zur USA

Im 20. Jahrhundert erfolgte eine *europäische «Reorganisation»* primär durch internationale Organisationen.¹⁴³ Gerade seit der zweiten Jahrhunderthälfte und seit dem «Wiederaufbau» nach dem Zweiten Weltkrieg wurde «Europa» weltweit immer wichtiger, und zwar in wirtschaftlicher und in politischer Hinsicht – seit einigen Jahrzehnten unter Führung der EU. Mit dem Erstarken dieser Weltregion (sowie der EU) nahm der *Einfluss «europäischen» Rechts* ständig zu, wobei m. E. keine Gleichsetzung mit EU-Recht erfolgen darf.

Im geografischen «Europa» ist seit langer Zeit ein «Trend zu einem «gemeineuropäischen» Recht (...) unverkennbar».¹⁴⁴ Dabei ist festzuhalten, dass «*europäisches» Recht* aus *verschiedenen Quellen* stammt,¹⁴⁵ nämlich beispielsweise¹⁴⁶ aus dem Europarat (Stichwort: EMRK sowie «Sozialcharta»), aus der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA), aus dem EWR und – ohne Zweifel dominierend – aus der EU:

«Im Bereich des europäischen Privat-, Handels- und Wirtschaftsrechts bestimmt – wie könnte es anders sein – vor allem die EU Tempo und Richtung der Entwicklung. (...) [D]avon (sind) in zunehmendem Masse auch die europäischen Dritt- und potenzielle Mitgliedstaaten betroffen, die (wie die Schweiz) Europatauglichkeit anstreben.»¹⁴⁷ Unter *Europäisierung* wird denn meist die Ausbreitung

¹³¹ Vgl. dazu hinten II. B. 2.2 c) aa)/bb).

¹³² Notorische Ausnahme sind insbesondere die *Doppelbesteuerungsabkommen* (DBA), die im «Steuerstreit» der Schweiz mit den USA in den letzten Jahren im Vordergrund stehen.

¹³³ Im Detail: Kunz, *Instrumente*, 42 ff. m. w. H.

¹³⁴ Bär, *Wirkung, passim*; zudem: von Hein, *Rezeption*, 306 ff.

¹³⁵ Schon vor über 60 Jahren hielt Konrad Zweigert, *Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode*, *RebelsZ 15* (1949/50) 9, fest: «Die Beobachtungen gesetzgeberischer, besonders kodifikatorischer Leistungen der vergangenen Jahrzehnte lehrt uns (...), dass der moderne Gesetzgeber in seinen besten Leistungen zum rechtsvergleichenden Eklektiker geworden ist»; allg.: Kunz, *Instrumente*, 44 ff. m. w. H.

¹³⁶ Ein bekanntes Beispiel ist das börsenrechtliche Übernahmerecht (Art. 20 ff. BEHG), das in weiten Teilen von den *US-Securities Laws «inspiriert»* erscheint.

¹³⁷ Allg.: Bühler, *Governance*, N 208 ff.; Hans Caspar von der Crone/Katja Roth, *Der Sarbanes-Oxley Act und seine extraterritoriale Bedeutung*, *AJP 12* (2003) 133 ff.

¹³⁸ Übersicht: von Hein, *Rezeption*, 321 ff.

¹³⁹ Mit weiteren Hinweisen: Peter Böckli, *Zwanzig Knacknüsse im neuen Revisionsrecht*, *SZW 80* (2008) 117 f.; ders., *Revisionsstelle und Abschlussprüfung nach neuem Recht* (Zürich 2007) N 7 sowie N 52 f.; zudem: Peter V. Kunz, *Aufbruchstimmung im Schweizer Wirtschaftsrecht – Die Rechtssetzung als zentrale Herausforderung für die Rechtsanwendung*, *Jusletter* vom 18. Februar 2008, Rz. 53.

¹⁴⁰ Peter Forstmoser, *Wirtschaftsrecht im Wandel – Erfahrungen aus vier Jahrzehnten*, *SJZ 104* (2008) 134 f.; Hervorhebung des Originals weggelassen.

¹⁴¹ Hans Peter Walter, *Das Revisionsaufsichtsrecht als Lex Americana?*, *ST 82* (2008) 854; die USA anerkennen *keine Gleichwertigkeit der Revisionsaufsichtsbehörde* mit ihrer eigenen Aufsichtsbehörde, sodass sie in der Schweiz bei Revisionsunternehmen sozusagen «Kontrollen vor Ort» durchführen.

¹⁴² Botschaft RAG: BBI 2004 3979 – zudem: Bühler, *Governance*, N 208 ff.

¹⁴³ Beispiele: Europarat, EFTA, EWR, EG bzw. EU.

¹⁴⁴ Koller, *Globalisierung*, 325; Hervorhebung weggelassen.

¹⁴⁵ Hinweise: Schweizer, *Gerichte*, 593 ff.; Oppermann/Classen/Nettesheim, *Europarecht*, § 3/§ 4.

¹⁴⁶ Die OECD entspringt einer europäischen Institution aus dem Jahre 1948, nämlich der «*Organisation für Europäische Wirtschaftliche Zusammenarbeit*»; Schweizer, *Gerichte*, 611.

¹⁴⁷ Koller, *Globalisierung*, 327; allg.: Sandrock, *Herausforderungen*, 239 ff.

von EU-Recht verstanden,¹⁴⁸ obwohl dies m. E. (zu) eng erscheint, d. h., Europäisierung stellt *kein Synonym* zu «EU-isierung» dar.¹⁴⁹

b) Europäischer Rechtskreis

Die Rechtskreise bzw. «Rechtsfamilien» verändern sich schon allein durch Zeitablauf permanent (Grundsatz der «zeitlichen Relativität»)¹⁵⁰. Die Schweiz wird in diesem Zusammenhang traditionellerweise – nebst insbesondere Deutschland (als «Mutterrechtsordnung»), Österreich, Liechtenstein und Südkorea¹⁵¹ – zum *Deutschen Rechtskreis* gezählt.¹⁵² Dies trifft für das Recht im Allgemeinen sowie für das Wirtschaftsrecht im Besonderen zu.

Die *zunehmende Europäisierung* (nicht ausschliesslich im Wirtschaftsrecht) wirkt sich seit einigen Jahren auf die Einteilung der Rechtskreise aus. Der Deutsche Rechtskreis einerseits sowie der Romanische Rechtskreis (mit Frankreich als «Mutterrechtsordnung») andererseits sind in jüngerer Vergangenheit, nicht zuletzt durch den starken Einfluss der EU, zu einem sog. *Europäischen Rechtskreis* zusammengewachsen – und die Schweiz gehört m. E. trotz Nichtmitgliedschaft in der EU ebenfalls zu dieser Rechtsfamilie.¹⁵³

Dieser *Paradigmenwechsel* in der Schweiz zugunsten eines verstärkten europäischen Rechteinflusses wird in unterschiedlichen Bereichen ersichtlich. *Einfallstore* finden sich auf der einen Seite bei der *Rechtssetzung* (beispielsweise Pressuren der EU, Eklektik bei einzelnen EU-Mitgliedern, schweizerische Kompatibilitätsprüfungen in Bezug auf EU-Recht, autonomer Nachvollzug von Recht der EU, Staatsverträge Schweiz–EU bzw. «Bilaterale») und auf der anderen Seite bei der *Rechtsanwendung* (z. B. europarechtskonforme Auslegung); im Folgenden werden ausgewählte Beispiele¹⁵⁴ angesprochen.

c) Spezifischer Bezug zur Schweiz

aa) Rechtssetzung

1. Ein legislatives Einfallstor sind die Prüfungen internationaler Rechtskompatibilitäten¹⁵⁵ und dabei insbesondere die sog. *EU-Kompatibilitätsprüfung* betreffend Entwürfe von Bundesgesetzen sowie bundesrätliche Botschaften.¹⁵⁶ Rechtsgrundlagen sind Art. 141 ParlG,¹⁵⁷ der Gesetzgebungsleitfaden sowie der Botschaftsleitfaden – die beiden Verwaltungsverordnungen der Bundesverwaltung verlangen «Rechtsvergleichende Studien»¹⁵⁸ sowie das Abhandeln der Themen «Rechtsvergleich und Verhältnis zum europäischen Recht».¹⁵⁹

Die EU-Kompatibilitätsprüfung bezweckt «sicherzustellen, dass Abweichungen vom EG-Recht nur noch bewusst, in voller Kenntnis der Auswirkungen auf das Aussenverhältnis der Schweiz erfolgen».¹⁶⁰ Es wird *keine formelle Angleichung* an das EU-Recht¹⁶¹ angestrebt,¹⁶² sondern *Transparenz*. Nebst dem Recht der EU bzw. den Ordnungen von anderen europäischen Staaten werden weitere Auslandsrechte dargestellt.¹⁶³

M. E. führen Kompatibilitätsprüfungen zu *EU-Angleichungen* des Schweizer Rechts,¹⁶⁴ obwohl ein solches Ergebnis nicht verfolgt wird.¹⁶⁵ Tatsächlich scheinen die Feststellungen zu «Kompatibilitäten» oder zu «Inkompatibilitäten» mit der EU *erhöhtes rechtspolitisches Gewicht* zu haben. Ersichtlich wird dies etwa beim Bundesrat:

«Die Schweiz ist staatsvertraglich nicht zur Übernahme des einschlägigen Sekundärrechts der Europäischen Gemeinschaft (EG) im Bereich des Gesellschafts- und Rechnungslegungsrechts ver-

¹⁵⁵ Im Detail: Kunz, Instrumente, 49 ff.; zudem: Oesch, Brüssel, 33 ff.; allg.: Marc Amstutz, Normative Kompatibilitäten (...), in: Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2004/2005 (Bern 2005) 235 ff.

¹⁵⁶ Grundlegend zur Thematik: Martin Philipp Wyss, Europakompatibilität und Gesetzgebungsverfahren im Bund, AJP 16 (2007) 717 ff. m.w.H.

¹⁵⁷ Art. 141 Abs. 2 ParlG (SR 171.10): «In der Botschaft begründet [der Bundesrat] den Erlassentwurf (...). Darüber hinaus erläutert er insbesondere folgende Punkte, soweit substanzuelle Angaben dazu möglich sind: [a] (...) das Verhältnis zum europäischen Recht.»

¹⁵⁸ Gesetzgebungsleitfaden: 166 f./Ziff. 2651.

¹⁵⁹ Botschaftsleitfaden: 15 f./Ziff. 1.6.

¹⁶⁰ Spinner/Maritz, Kompatibilität, 129.

¹⁶¹ Allg.: Christine Breining-Kaufman, Deregulierung und Europaverträglichkeit als Maximen der Gesetzgebung im Wirtschaftsrecht, in: Aspekte des Wirtschaftsrechts (Zürich 1994) 441 ff.

¹⁶² Nach Widmer, Rechtsvergleichung, 10, handelt es sich um eine «besondere Art der Rechtsvergleichung».

¹⁶³ Die (Mit-)Berücksichtigung ausländischer Rechtsordnungen ist wesentlich älter als die eigentliche Prüfung auf die Kompatibilitäten mit dem EU-Recht: Widmer, Rechtsvergleichung, 10.

¹⁶⁴ Kunz, Instrumente, 52; generell: Emilie Kohler, Influences du droit européen sur la législation suisse: analyse des années 2004 à 2007, Jusletter vom 31. August 2009.

¹⁶⁵ Teils handelt es sich um ein *mittelbares* Revisionsziel – ersichtlich z. B. beim Fusionsgesetz gemäss Botschaft FusG: «Die neue Regelung ermöglicht ferner eine gewisse Harmonisierung der schweizerischen Rechtsordnung mit dem Recht unserer Nachbarstaaten und der Europäischen Union» (BBI 2000 4354).

¹⁴⁸ Die EU-Politik spielt ebenfalls für die Schweiz die *zentrale* Rolle in der *Aussenpolitik*.

¹⁴⁹ Europäisches Recht – als Oberbegriff – wird nebst der EU *stark geprägt* von einigen wichtigen Staaten wie z. B. Deutschland, Grossbritannien oder Frankreich; beispielsweise sind die EU-Kompetenzen im *Konzernrecht* nur rudimentär ausgestaltet, d. h., die nationalen Rechte sind massgeblich, soweit überhaupt nationale Regulierungen im Bereich des Konzernrechts bestehen.

¹⁵⁰ Vgl. dazu vorne II. A. 3.

¹⁵¹ Generell: Kiwon Tsch/Sang-Geun Park, Einflüsse des deutschen Gesellschaftsrechts auf das koreanische Gesellschaftsrecht, in: FS für M. Lutter (Köln 2000) 187 ff.

¹⁵² Allg.: Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung, 130 ff.

¹⁵³ Kunz, Instrumente, 81.

¹⁵⁴ EU-Kompatibilitätsprüfung sowie autonomer Nachvollzug von EU-Recht: vgl. dazu hinten II. B. 2.2 c) aa); Lückenfüllung sowie europarechtskonforme Auslegung: vgl. dazu hinten II. B. 2.2 c) bb).

pflichtet. (...) Nichtsdestotrotz wäre eine völlig eigenständige Rechtsentwicklung (...) problematisch. Der Entwurf steht in weiten Teilen mit dem massgeblichen EG-Recht im Einklang. Auf eine Übernahme der einschlägigen Vorschriften der EG wurde jedoch insbesondere dort verzichtet, wo diese materiell nicht zu überzeugen vermögen.»¹⁶⁶

2. Ein weiteres legislatives Einfallstor (einer Europäisierung) ist der sog. *autonome Nachvollzug von EU-Recht* im schweizerischen Recht,¹⁶⁷ wodurch bezweckt wird, «Drittlandnachteile zu überwinden».¹⁶⁸ Nach der EWR-Ablehnung wollte die Schweiz einen Teil der Gesetzesvorlagen, die damit übernommen worden *wären, einseitig* ins schweizerische Recht transferieren.¹⁶⁹ Die Schweiz wollte sich jedoch «nicht von den internationalen Rechtsentwicklungen abkoppeln, jedenfalls nicht im Wirtschaftsrecht».¹⁷⁰

Im bundesrätlichen Europabericht 2006 werden *legale Instrumente einer Rechtsannäherung* zur EU aufgezeigt.¹⁷¹ Beim autonomen Nachvollzug von EU-Recht handelt es sich um einen denkbaren Weg, d. h. um einen rechtspolitischen¹⁷² Mechanismus gegenüber der EU.¹⁷³ Der Gesetzgeber versucht, materiell möglichst nahe beim *Recht der EU*, das im *schweizerischen* Recht implementiert werden soll, zu bleiben – bei den Umsetzungsakten handelt es sich m. a. W. um schweizerische «leges europaeae».¹⁷⁴

Beim autonomen Nachvollzug von EU-Recht geht es meist um Sachzwänge, sodass m. E. realiter weder von «*Autonomie*» noch von «*Freiwilligkeit*» der entsprechenden Rechtssetzung die Rede sein kann: «Autonomie» sowie «Nachvollzug» stellen materielle Widersprüche dar, die unlösbar sind. Insofern wird die Begrifflichkeit mit gutem Grund als Euphemismus bezeichnet.¹⁷⁵ Es wird geltend gemacht, dass heute schon fast von einem «sys-

tematischen» Nachvollzug von EU-Recht zu sprechen ist.¹⁷⁶

Unstrittige Beispiele¹⁷⁷ für einen (vollständigen oder teilweisen) autonomen Nachvollzug von Recht der EU sind das Betriebsübernahmerecht gemäss Art. 333 OR,¹⁷⁸ das Pauschalreiserecht,¹⁷⁹ das Produkthaftpflichtrecht,¹⁸⁰ das Produktesicherheitsrecht,¹⁸¹ das Urheberrecht (im Softwarebereich),¹⁸² das Patentrecht,¹⁸³ das Mehrwertsteuerrecht¹⁸⁴ sowie das sog. «Cassis-de-Dijon»-Prinzip.¹⁸⁵ Das frühere Anlagefondsrecht und das aktuelle *Kollektivanlagenrecht* gehören – mindestens in Teilen – ebenfalls dazu und stellen das «Paradebeispiel direkten Einflusses des EU-Richtlinienrechts auf die Schweiz» dar.¹⁸⁶

Keine autonomen Nachvollzugsakte von EU-Recht liegen hingegen beispielsweise beim Börsenrecht,¹⁸⁷ bei der aktuellen «grossen» Aktienrechtsrevision, bei der aktienrechtlichen Sonderprüfung¹⁸⁸ oder beim Kartellrecht¹⁸⁹ vor. Noch *offengelassen* wurde die Thematik für urheberrechtliche Teilaspekte.¹⁹⁰ In der Lehre wird das Fusionsgesetz zwar als Beispiel erwähnt¹⁹¹ – m. E. trifft dies indes nicht zu,¹⁹² denn obwohl das Umstrukturierungsrecht weitgehend europakonform

¹⁷⁶ *Spinner/Maritz*, Kompatibilität, 137 f.; zudem: *Cottier/Dzamko/Evtimov*, Auslegung, 363.

¹⁷⁷ Übersicht im Europabericht 2006: BBl 2006 6831 f. m. w. H.

¹⁷⁸ BGE 129 III 350 Erw. 6; BGE 132 III 36 f. Erw. 4.1; BGE 136 III 558 f. Erw. 3.3.

¹⁷⁹ BGE 130 III 190 Erw. 5.5.1.

¹⁸⁰ BGE 137 III 229 Erw. 2.2.

¹⁸¹ *Theodor Bühler*, Auswirkungen des Produktesicherheitsgesetzes auf das Privatrecht, SJZ 108 (2012) 46.

¹⁸² Art. 17 URV stellt sozusagen einen «nachträglichen» autonomen Nachvollzug des Bundesrats betreffend die sog. *Software-Richtlinie der EU* dar.

¹⁸³ Hierzu: *Spinner/Maritz*, Kompatibilität, 135; m. E. ergibt sich der *teilweise* autonome Nachvollzug von EU-Recht im Patentrecht v. a. aus Art. 140I Abs. 2 PatG.

¹⁸⁴ Detailliert: *Marlene Kobierski*, Die europarechtskonforme Auslegung im schweizerischen Mehrwertsteuerrecht, ASA 78 (2009) 105 ff.; *Ralf Imstefp*, Der Einfluss des EU-Rechts auf das schweizerische Mehrwertsteuerrecht (Diss. Bern 2011) *passim*.

¹⁸⁵ Art. 16a THG sowie Art. 20 THG (SR 946.51): *Pfisterer*, Fragen, 302; *Matthias Oesch*, Die einseitige Einführung des Cassis-de-Dijon-Prinzips, Anwaltsrevue 2009 519 ff.

¹⁸⁶ *Forstmoser*, Vorvollzug, 524 (zum früheren AFG); detailliert zur Thematik: *Peter V. Kunz*, Europa als ein Massstab für das schweizerische Wirtschaftsrecht? Rechtsvergleichende Fragestellungen zu einem «Weg nach Europa» anhand des neuen Kollektivanlagenrechts, in: FS für E. Bucher (Bern 2009) 455 ff.

¹⁸⁷ Die finanz- bzw. börsenrechtlichen *EU-Richtlinien* sind *nicht* anwendbar: BBl 1993 1435 sowie 1438; a. M. in Bezug auf das *Übernahmerecht*: *Bühler*, Governance, N 235.

¹⁸⁸ BGE 133 III 184 Erw. 3.5.

¹⁸⁹ BGE 137 II 208 ff. Erw. 3 («Swisscom»).

¹⁹⁰ BGE 133 III 576 f. Erw. 4.6 («Selbst wenn bei Schaffung des URG die Harmonisierung mit dem Europäischen Recht [...] ein Anliegen des Gesetzgebers gewesen sein sollte [...]»); a. a. O. 576).

¹⁹¹ In diesem Sinne: *Spinner/Maritz*, Kompatibilität, 136; *Cottier/Dzamko/Evtimov*, Auslegung, 362; detailliert: *Marc Amstutz/Ramon Mabillard*, Fusionsgesetz (FusG) – Kommentar (...) (Basel 2008) Systematischer Teil N 446 ff.; die Botschaft FusG deutet in diese Richtung: «Die Vorgaben der Europäischen Union sind (...) materiell gerechtfertigt und werden deshalb so weit wie möglich vom Entwurf für ein Fusionsgesetz übernommen» (BBl 2000 4515 f.).

¹⁹² *Kunz*, Instrumente, 56 m. w. H.

¹⁶⁶ Botschaft OR 2007: BBl 2007 1630.

¹⁶⁷ Kritisch *Baudenbacher*, Rechtsprechung, 264 f.: «Insgesamt hat der Nachvollzug nicht zu einer echten Europäisierung des schweizerischen Rechts geführt, sondern zu etwas Neuem, das zwar dem EU-Recht nahesteht, aber sich doch von ihm unterscheidet (...)»; im Detail: *Kunz*, Instrumente, 53 ff. m. w. H.

¹⁶⁸ *Schweizer*, Gerichte, 639; ausserdem: *Oesch*, Brüssel, 34 f.

¹⁶⁹ Swisslex-Paket: *Baudenbacher*, Rechtsprechung, 252; *Pfisterer*, Fragen, 293; ausserdem: *Kathrin Klett*, Der Einfluss europäischer Rechts auf die schweizerische Rechtsprechung im Vertragsrecht, recht 26 (2008) 232.

¹⁷⁰ *Forstmoser*, Vorvollzug, 537.

¹⁷¹ Europabericht 2006: BBl 2006 6830 ff.

¹⁷² *Cottier/Dzamko/Evtimov*, Auslegung, 360 («gesetzgebungspolitisches Konzept»).

¹⁷³ Statt vieler: *Forstmoser*, Vorvollzug, 523 ff.; *Wiegand*, Anwendung, 171 ff.

¹⁷⁴ *Thomas Probst*, Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs als neue Herausforderung für die Praxis und die Wissenschaft im schweizerischen Privatrecht, BJM 2004 231 – es handelt sich um eine eigentliche «*parallele Regelung*» zwischen Schweizer Recht sowie EU-Recht: BGE 137 II 209 Erw. 4.3.1.

¹⁷⁵ *Forstmoser*, Vorvollzug, 531; ebenso: *Baudenbacher*, Rechtsprechung, 253.

erscheint, war das Vorgehen der Legislative primär eklektisch.

bb) Rechtsanwendung

1. Sollte eine sog. *echte Lücke* in der schweizerischen Rechtssetzung bestehen, notabene als Unterlassung einer unerlässlichen legislativen Antwort, hat dieser Umstand – als qualifiziertes Einfallstor – m. E.¹⁹³ unmittelbare Folgen für die Rechtsanwender (Behörden und Gerichte) bei der *Lückenfüllung*, d. h., die Rechtsanwendung hat rechtsvergleichend zu erfolgen.

Die Legislativlücke bildet das *zentrale Einfallstor* für die Rechtsvergleichung im Bereich der Rechtsanwendung.¹⁹⁴ Art. 1 Abs. 2 ZGB hält fest: «Kann dem Gesetze keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde.» Der Rechtsanwender hat gemäss Art. 1 Abs. 3 ZGB «bewährter Lehre und Überlieferung» zu folgen, was ebenfalls rechtsvergleichend zu geschehen hat.¹⁹⁵

Das *Bundesgericht* umschreibt die Relevanz der Rechtsvergleichung wie folgt: «Namentlich im traditionell grenzüberschreitenden Rechtsverkehr lässt sich (...) eine sachgerechte Rechtsfindung und damit auch Lückenfüllung ohne rechtsvergleichende Grundlage nicht verwirklichen (...).»¹⁹⁶ Die *Lehre* argumentiert in diesem Zusammenhang sachlogisch: «Da der Bundesgesetzgeber die komparative Methode anwendet, muss auch der Richter, welcher bei der Lückenfüllung ja nach Art. 1 Abs. 2 ZGB wie der Gesetzgeber vorzugehen hat, bei der Gesetzesergänzung die Rechtsvergleichung pflegen.»¹⁹⁷

In der Praxis finden sich zahlreiche Beispiele¹⁹⁸ für den *Einfluss der Rechtsvergleichung*, und zwar nicht nur im wirtschaftsrechtlichen Bereich. Das Bundesgericht hatte etwa die Frage zu entscheiden, ob ein Kind, das infolge einer fehlgeschlagenen Unterbindung geboren wurde, einen finanziellen Schaden darstellt oder nicht; das Bundesgericht bezog sich rechtsvergleichend auf *verschiedene ausländische Urteile*, weil es «bisher die Grund-

satzfrage» nicht entschieden hatte (und bejahte sie in der Folge).¹⁹⁹

In BGE 126 III 129 («Kodak»),²⁰⁰ als weiteres Beispiel, ging es um die wirtschaftsrechtliche Frage der Zulässigkeit von Parallelimporten im *Patentrecht* – für andere Bereiche des Immaterialgüterrechts bestand bereits eine Rechtsprechung zum sog. Erschöpfungsprinzip. Nach Auslegung des Patentrechts wurde erkannt, dass in Bezug auf die patentrechtliche Erschöpfung eine echte Lücke vorlag.²⁰¹ Das Bundesgericht entschied sich in der Folge für eine nationale statt für eine internationale Erschöpfung, und zwar im Anschluss an eine *detaillierte rechtsvergleichende Auseinandersetzung* mit der Fragestellung.²⁰²

2. Sollte ein autonomer Nachvollzug von EU-Recht in der schweizerischen Rechtssetzung vorliegen,²⁰³ hat dieser Umstand als qualifiziertes Einfallstor²⁰⁴ unmittelbare Folgen für Gerichte und für Behörden, nämlich als sog. *europarechtskonforme Auslegung* der «autonom nachvollzogenen» schweizerischen Norm:²⁰⁵ «Nach der Rechtsprechung ist insbesondere autonom nachvollzogenes EU-Recht europarechtskonform auszulegen, weil es dem Gesetzgeber diesfalls darum ging, eine parallele Regelung zu schaffen (...).»²⁰⁶

Der sachlogische Zusammenhang zwischen Rechtssetzung sowie Rechtsanwendung in diesem Bereich erscheint offensichtlich: «Der Nutzen des privatrechtlichen autonomen Nachvollzuges hängt in ganz entscheidendem Masse von einer *weitgehenden Übereinstimmung* der Auslegungsergebnisse umgesetzter, EU-interner Normen und nachvollzogener, EU-externer Normen ab.»²⁰⁷ Die rechtsvergleichende Rechtssetzung nützt also nichts (oder zumindest wenig) ohne entsprechende Folgen in der Rechtsanwendung.

M. E. stellt die europarechtskonforme Auslegung die (obligatorische) *Rechtsfolge* eines auto-

¹⁹⁹ BGE 132 III 363 Erw. 3.2 – erwähnt wurden Urteile aus *Deutschland*, aus den *Niederlanden*, aus *Grossbritannien* sowie aus *Österreich*, wobei methodisch keine echte Lücke angenommen wurde; ähnlich: BGE 135 III 218 Erw. 3.1 (Hinweise auf *Deutschland*, auf *Italien* und auf *Österreich*).

²⁰⁰ Hierzu: *Walter*, Rechtsvergleichung, 97 ff.; allg.: *Roland von Büren*, Über wettbewerbsrechtliche Sorgen und Sorglosigkeiten im Hause «Mon Repos», in: FS für H.P. Walter (Bern 2005) 560 ff. m. w. H.

²⁰¹ BGE 126 III 138 Erw. 3. b. a. E.

²⁰² BGE 126 III 143 ff. Erw. 7; das Bundesgericht ging auf zahlreiche *ausländische Rechtsordnungen* ein: Deutschland, Frankreich, Österreich, Italien, EU, Argentinien, Brasilien, Sowjetunion, U.S.A. sowie Japan.

²⁰³ Vgl. dazu vorne II. B. 2.2 c) aa).

²⁰⁴ Im Detail: *Kunz*, Instrumente, 72 ff.

²⁰⁵ Grundlegend: *Kramer*, Methodenlehre, 292 ff. m. w. H.; Hinweis: *Hansjörg Seiler*, Praktische Rechtsanwendung – Was leistet die juristische Methodenlehre? (Bern 2009) 6.

²⁰⁶ BGE 137 II 209 Erw. 4.3.1. a. E. («Swisscom»).

²⁰⁷ *Wiegand*, Anwendung, 177; Hervorhebung hinzugefügt; ähnlich: *Walter*, Elementare, 269; bei der Auslegung der Staatsverträge mit der EU («Bilaterale») ist insbesondere die *Praxis des Europäischen Gerichtshofes* (EuGH) zu beachten: *Schweizer*, Gerichte, 639 f.

¹⁹³ Im Detail: *Kunz*, Instrumente, 69 ff.

¹⁹⁴ Hierzu: *Kramer*, Methodenlehre, 252 ff.; *Walter*, Element, 262.

¹⁹⁵ Das «Gewohnheitsrecht» (Abs. 2) sowie die «bewährte Lehre» (Abs. 3) können ebenfalls *im Ausland* gefunden werden: *Arnold F. Rusch*, Methoden und Ziele der Rechtsvergleichung, Jusletter vom 13. Februar 2006, Rz. 9; *Meier-Hayoz*, Kommentar, N 389 zu Art. 1 ZGB.

¹⁹⁶ BGE 126 III 138 Erw. 4.

¹⁹⁷ *Meier-Hayoz*, Kommentar, N 368 zu Art. 1 ZGB; zudem: *Walter R. Schluep*, Einladung zur Rechtstheorie (Bern 2006) Rz. 1635 f.

¹⁹⁸ Hinweise: *Walter*, Rechtsvergleichung, 92 ff.; *Patrik R. Peyer*, Zur zunehmenden Bedeutung der Rechtsvergleichung als Hilfsmittel der Rechtsfindung, recht 22 (2004) 104 ff.

nomen Nachvollzugs von EU-Recht dar,²⁰⁸ d.h., es besteht eine Rechtspflicht für den Rechtsanwender.²⁰⁹ Anders ausgedrückt bilden diese beiden Instrumente der Rechtsvergleichung *zwei Seiten derselben Medaille*. Das Bundesgericht hält fest: «Wird (...) die schweizerische Ordnung einer ausländischen – hier der europäischen – angeglichen, ist die Harmonisierung nicht nur in der Rechtssetzung, sondern namentlich auch in der Auslegung und Anwendung des Rechts anzustreben (...).»²¹⁰

Es kann vorkommen, dass beim gleichen Bundesgesetz nur *teilweise* eine europarechtskonforme Auslegung vorkommt. Dies hängt davon ab, welche Teile bzw. welche Regelungen zum autonomen Nachvollzug von EU-Recht gehören. Eindrücklich ist dies beim Kollektivanlagenrecht, das nur in Bezug auf die *offenen* kollektiven Kapitalanlagen *europarechtskonform auszulegen* ist.²¹¹ Insofern muss bei Rechtssetzungen jeweils abgeklärt werden, welche Teile welche (qualifizierten) Einfallstore darstellen – oder eben gerade nicht.

Im Rahmen von BGE 129 III 335²¹² sprach sich das Bundesgericht *erstmalig* für eine europarechtskonforme Auslegung aus: «Das Recht der Europäischen Union entfaltet zwar keine unmittelbaren verbindlichen Auswirkungen auf das schweizerische Recht. Da die Revision 1993 [des OR] die *Anpassung von Art. 333 OR* an [eine spezifische EU-Richtlinie] im Rahmen des so genannten autonomen Nachvollzugs des europäischen Rechts bezweckte (...), ist die *EU-Rechtsordnung* indessen als *Auslegungshilfe* beizuziehen. Nachvollzogenes

Binnenrecht ist im Zweifel europarechtskonform auszulegen.»²¹³

cc) Verhältnis zur EU

Die Schweiz hat – im Bewusstsein über mögliche Konsequenzen²¹⁴ – im Jahr 1992 einen Beitritt zum *Europäischen Wirtschaftsraum* (EWR) abgelehnt,²¹⁵ durch den verschiedene EU-Wirtschaftsrechtsteilgebiete als sog. *Acquis communautaire* übernommen worden wären. Das Verhältnis der Schweiz zu «Europa» (sowie zur EU mit zz. noch 27 Mitgliedstaaten) ist seither – im besten Fall – als zwiespältig zu bezeichnen.²¹⁶ Eine *Mitgliedschaft* in der EU, die gemeinsame Zustimmungen von «Volk und Ständen» gemäss Art. 140 Abs. 1 lit. b BV erfordern würde, scheint m. E. heute keine realistische Option.

Die im gegenwärtigen Zeitpunkt bevorzugte Variante des EU-Verhältnisses ist ein *Vertragsnetz* («Bilateralismus»),²¹⁷ d.h. ein «*bilateraler Weg*» zwischen der Schweiz und der EU mit aktuell mehr als 120 Abkommen und davon 18 Hauptabkommen.²¹⁸

Zu diesen Verträgen gehören z. B. das Freihandelsabkommen aus dem Jahre 1972, das Versicherungsabkommen aus dem Jahre 1989, zahlreiche Staatsverträge als «Bilaterale I»²¹⁹ (seit dem 1. Juni 2002) sowie als «Bilaterale II»²²⁰ (Inkrafttreten zu verschiedenen Zeitpunkten) und das am 12. Dezember 2008 in Kraft getretene Schengen/Dublin-

²⁰⁸ Kunz, Instrumente, 72 f. – allg. zu dieser Rechtsfolge eines autonomen Nachvollzugs: BGE 137 II 209 Erw. 4.3.1 (i.c. re Kartellrecht abgelehnt); Beispiele: BGE 129 III 350 Erw. 6 betreffend die Betriebsübernahme gemäss Art. 333 OR sowie BGE 130 III 190 Erw. 5.5.1 betreffend Art. 15 Pauschalreisegesetz; nunmehr anders zum *Produktehaftpflichtrecht*: BGE 137 III 229 Erw. 2.2.

²⁰⁹ Wohl gl.M.: Marc Amstutz, Interpretatio multiplex – Zur Europäisierung des schweizerischen Privatrechts (...), in: FS für E. A. Kramer (Basel 2004) 67 («verlangt»); ohne Verpflichtung würde der autonome Nachvollzug «toter Buchstabe» bleiben: Wiegand, Anwendung, 183; a.M.: Baudenbacher, Rechtsprechung, 254 f. («Keine Garantie europakompatibler Auslegung durch die Gerichte»).

²¹⁰ BGE 129 III 350 Erw. 6; das Bundesgericht scheint nach dem Urteilswortlaut das *Prinzip ausdehnend* zu verstehen (also das *EU-Recht* nur als ein Beispiel), doch m.W. gibt es bis anhin einzig Fälle mit einer europarechtskonformen Auslegung und nicht generell mit einer «auslandrechtskonformen» Interpretation.

²¹¹ Bei den *offenen* kollektiven Kapitalanlagen nimmt das KAG einen *autonomen Nachvollzug von EU-Recht* vor; dies führt bei der Rechtsanwendung dazu, dass das Kollektivanlagenrecht nur, aber immerhin in diesem Bereich *europarechtskonform ausgelegt* werden muss, d.h. unter Berücksichtigung z. B. der OGAW-III-Richtlinie der EU. Anders sieht es bei den *geschlossenen* kollektiven Kapitalanlagen aus, für die kein autonomer Nachvollzug von EU-Recht vorliegt, sodass die Normen nicht europarechtskonform auszulegen sind – trotzdem können ausländische Rechtsordnungen eine Rolle spielen, und zwar im «üblichen» Rahmen der Rechtsvergleichung (z. B. bei Lückenfüllungen).

²¹² Hierzu: Walter, Rechtsvergleichung, 102 ff.

²¹³ BGE 129 III 350 Erw. 6; Hervorhebungen hinzugefügt – (noch) nicht explizit: BGE 123 III 466 ff. (dazu: Wiegand, Anwendung, 184/188); vom EU-Recht als mögliche «Auslegungshilfe» geht ebenfalls BGE 125 II 306 f. Erw. 4. e (Fernmelderecht) aus – unklar ist, ob damit (notabene unabhängig von einer europarechtskonformen Auslegung als Rechtsfolge eines autonomen Nachvollzugs von EU-Recht) allenfalls sogar eine *methodische Generalisierung* angestrebt wird, was m.E. abzulehnen wäre.

²¹⁴ Kurzfassung eines Gutachtens zuhanden des Bundesrats: Heinz Hauser, EWR-Vertrag – EG-Beitritt – Alleingang – Wirtschaftliche Konsequenzen für die Schweiz (Bern 1991) *passim*.

²¹⁵ Generell: Astrid Epiney/Andreas Felder, Europäischer Wirtschaftsraum und Europäische Gemeinschaft: Parallelen und Divergenzen in Rechtsordnung und Auslegung, ZVGIRWiss 100 (2001) 425 ff.

²¹⁶ Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht, § 42 N 55 sprechen davon, dass die Schweiz durch die Ablehnung des EWR in eine «selbstgewählte Isolation geraten» sei.

²¹⁷ Allg.: Anne-Cathrine Tanner/Nathanael Huwiler, Der bilaterale Weg der Schweiz, in: Schweiz und Europa (...) (Bern 2011) 3 ff.; Pfisterer, Fragen, 294 ff. m.w.H.; Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht, § 4 N 17; Baudenbacher, Rechtsprechung, *passim*; ders., Konflikte, 827 ff.; diskutiert wird, ob eine «Dynamisierung» durch einen sog. *Rahmenvertrag* angestrebt werden soll.

²¹⁸ Diese Staatsverträge führen zu einem sog. *Acquis bilatéral*; allg.: Carl Baudenbacher, Wachsende Dynamik im Bilateralismus, NZZ Nr. 10 (2009) 17; Pfisterer, Fragen, 295 ff.

²¹⁹ Es handelt sich um die folgenden Staatsverträge: Personenfreizügigkeit, technische Handelshemmnisse, öffentliches Beschaffungswesen, Forschung, Agrarabkommen, Landverkehr sowie Luftverkehr.

²²⁰ Dazu gehören das Zinsbesteuerungsabkommen, das Betrugsabkommen, das Statistikabkommen, das Umweltabkommen, das Media-Abkommen, das Bildungsabkommen sowie die beiden Abkommen über verarbeitete Landwirtschaftsprodukte und Ruhegehälter von EU-Beamten.

Abkommen. Die Thematik «Bilaterale III» stellt ein sensitives Politikum in der Schweiz dar.

Der Rat der EU legte im Jahre 2008 einen Entwurf von Schlussfolgerungen zu den Beziehungen zwischen der EU und den EFTA-Ländern (zu denen die Schweiz gehört) vor; in Rz. 24 ff. des Entwurfs wurden Forderungen zur *Übernahme von EU-Recht* gestellt. Dabei wird indirekt das Instrument einer europarechtskonformen Auslegung schweizerischen Rechts befürwortet: «Der Rat (...) erinnert (...) daran, dass die Teilnahme [der Schweiz] am Binnenmarkt eine einheitliche und gleichzeitige Anwendung und Auslegung des sich ständig weiter entwickelnden gemeinschaftlichen Besitzstands erfordert» (Rz. 53).

Der durch die EU verlangte «*Übernahmemechanismus*» wird künftig ohne Zweifel den zentralen Streitpunkt darstellen.²²¹ Die diametralen Positionsbezüge scheinen a priori klar und unvereinbar. Die EU hat auf der einen Seite die Forderung nach der Übernahme von EU-Recht im Jahre 2010 wiederholt,²²² und die Schweiz wies dieses Ansinnen auf der anderen Seite (mindestens vorläufig) zurück oder zeigte sich relativ sperrig.²²³ Der Bundesrat gab in diesem Zusammenhang zwei *externe Gutachten* (u. a. beim Bundesgericht) in Auftrag, die ursprünglich im Herbst 2011 hätten publiziert werden sollen.²²⁴

2.3 Internationalisierung

a) Wirtschaftsrecht im «Global Village»

Der Terminus «*Global Village*» («Globales Dorf») stammt ursprünglich aus der Medientheorie.²²⁵ Dass die Welt durch Vernetzungen in *rechtlicher* Hinsicht mindestens teilweise ebenfalls zu einem «Global Village» geworden ist,²²⁶ in dem «jeder jeden kennt» und beeinflusst, kann m. E. kaum bezweifelt werden. Dieser Umstand begünstigt die *Internationalisierung des Wirtschaftsrechts* im Besonderen sowie des Rechts im Allgemeinen.

Das Recht (insbesondere das Wirtschaftsrecht) folgt der *Wirtschaft*, die voranschreitet und längst

grenzüberschreitend, teils sogar global agiert.²²⁷ Der Erfolg international tätiger Unternehmungen hängt heute von einer Vielzahl von Faktoren ab, nämlich etwa von international ausgebildeten bzw. orientierten Arbeitnehmern, von grenzüberschreitend organisierten und tätigen Rechtsanwaltskanzleien²²⁸ sowie vom *internationalen Wirtschaftsrecht* (z. B. im Bereich des Finanzmarktrechts).²²⁹

Einen Teilbereich der globalen Wirtschaftsrechtsordnung macht das *internationale Handelsrecht* aus, das aus «staatlichen und überstaatlichen Rechtsregeln bzw. Gebräuchen, die den Welthandelsverkehr betreffen», besteht.²³⁰ Das internationale Handelsrecht wird u. a. von einer Vielzahl von *internationalen Organisationen* (OECD, IMF usw.)²³¹ geprägt. Zum internationalen Handelsrecht gehören beispielsweise²³² das Internationale Privatrecht, internationale Konventionen sowie internationale Modellgesetze.

b) Spezifischer Bezug zur Schweiz

Auf internationaler Ebene ist z. B. das Einfallstor der *Pressionen* wichtig (Beispiel: OECD und angebliche «schwarze Listen» usw.).²³³ Einflüsse aus dem Ausland entstehen aber beispielsweise ebenfalls durch sog. *legislative Verweisungen* auf ausländische Regelungen (etwa «internationale Standards»,²³⁴ Recht der «seefahrenden Staaten»²³⁵ oder «Recht der Europäischen Gemeinschaften»). Meistens erfolgen Verweisungen *ohne Spezifikation(en)* hinsichtlich konkreter Referenzordnungen.

Typologisch betrachtet können *zwei Varianten* von legislativen Verweisungen unterschieden werden. Auf der einen Seite beziehen sich Verweisungen auf die *Rechtssetzung*, d. h., sie enthalten eine Anweisung an einen Rechtsetzer zum weiterführenden Normenerlass (sei es durch Regulierung

²²¹ Aussenpolitischer Bericht 2009: BBl 2009 6334; zu Streitlichtungsmechanismen: Baudenbacher, Konflikte, 827 ff.; zudem: Roger Zäch, Die Übernahme von EU-Recht – ein Vorschlag zur Verbesserung der institutionellen Mechanismen, SJZ 107 (2011) 405 ff.

²²² Detailliert: Pfisterer, Fragen, 304 ff. m. w. H.

²²³ Aussenpolitischer Bericht 2009: BBl 2009 6291 ff., v. a. 6334 ff.; Aussenpolitischer Bericht 2010: BBl 2010 1013 ff., v. a. 1034; Bericht über die Evaluation der schweizerischen Europapolitik: BBl 2010 7241.

²²⁴ Der Bundesrat lehnte eine Publikation ab: NZZ Nr. 251 (2011) 11; dies führte zu erheblicher Kritik – die Gutachten wurden im Dezember 2011 durch *Medien publik*.

²²⁵ Der Begriff «Global Village» wurde geprägt mit einem Buch aus dem Jahre 1962 («The Gutenberg Galaxy») von Marshall McLuhan, einem kanadischen Medientheoretiker.

²²⁶ Hierzu: Rolf H. Weber, Global Village – Perspektiven der Informationsgesellschaft, in: FS für R. Zäch (Zürich 1999) 157 ff.

²²⁷ In diesem Sinne schon: Bernhard Grossfeld, Multinationale Unternehmen als Anstoss zur Internationalisierung des Wirtschaftsrechts, *Wirtschaft und Recht* Bd. 32 (1980) Sonderheft Unternehmensrecht, 106 ff.

²²⁸ Allg.: John Corcoran, Law: a global practice – perspectives on the internationalisation of legal services markets, in: The Internationalisation of Law (Cheltenham 2010) 73 ff.; Jens Drolshammer, A Timely Turn to the Lawyer? Globalisierung und die Anglo-Amerikanisierung von Recht und Rechtsberufen (Zürich 2009) *passim*.

²²⁹ Hinweise: Müller/Staub, Internationalisierungstendenzen, *passim*.

²³⁰ Jung, Handelsrecht, § 48 N 1.

²³¹ Vgl. dazu vorne I. C. 2.

²³² Zu den *Rechtsquellen* des internationalen Handelsrechts: Jung, Handelsrecht, § 49 m. w. H.

²³³ Vgl. dazu vorne I. C. 2.1.

²³⁴ Auswahl: Art. 7 Abs. 2 lit. d FINMAG; Art. 8 Abs. 3 BEHG; Art. 45 Abs. 1 BEHV; Art. 83 Abs. 3 KAG sowie Art. 108 Abs. 2 KAG; Art. 28 Abs. 2 BankV; Art. 3 KIG (SR 944.0); Art. 9 Abs. 2 VAG sowie Art. 69 Abs. 2 VAG; Art. 6b lit. e AwG (SR 143.1); zudem: 3A-7.3 Abs. 4 PSMV (SR 916.161); allg.: Peter Nobel, Internationale Standards im Finanzmarktrecht (...), in: FS für W. Wiegand (Bern 2005) 869 ff.; Kellerhals, Internationalisierung, 379 ff.

²³⁵ Art. 7 Abs. 1 SSG (SR 747.30).

oder sei es durch Selbstregulierung). Auf der anderen Seite betreffen Verweisungen die Rechtsanwendung, sodass beispielsweise der Richter im Rahmen der Normeninterpretation ausländisches Recht zu berücksichtigen hat – als Beispiele:

Im (allgemeinen) *Finanzmarktrecht* bestehen Regulierungsgrundsätze für die Aufsichtsbehörde FINMA dahin gehend, dass sie ihren Blick ins Ausland zu richten hat.²³⁶ Ausserdem sieht das *Börsenrecht* eine Anweisung zum Erlass des Kotierungsrechts vor, die von den Börsen als Selbstregulatoren implementiert werden müssen.²³⁷ Im *Seeschiffahrtsrecht* findet sich eine fast schon exotische Verweisung für den Rechtsanwender.²³⁸

Die Verweisung auf «internationale Standards» kann die Praxis von *internationalen Organisationen* meinen, was die Klarheit nicht notwendigerweise verbessert. Dies wird beispielsweise ersichtlich im Zusammenhang mit den Steuerstreitigkeiten der Schweiz betreffend Amtshilfe in Steuersachen – was z. B. die *OECD-Standards* (Themen: Gruppenanfragen, automatischer Informationsaustausch usw.)²³⁹ sind, steht m. E. nicht abschliessend fest.

3. Zukunftsprognose(n)

3.1 Spekulationen

Aussagen über das *künftige* schweizerische Wirtschaftsrecht im Besonderen sowie über Entwicklungen der Zukunft im Allgemeinen basieren zwangsläufig auf *Spekulation(en)*. Gerade für die Schweiz bestehen heutzutage (noch) zahlreiche Imponderabilien und politische Handlungsalternativen, sodass für die Prognosen sozusagen der Generalvorbehalt «Vorsicht: Spekulation!» angebracht

²³⁶ Art. 7 Abs. 2 lit. d FINMAG: «Die [FINMA] reguliert nur, soweit dies mit Blick auf die Aufsichtsziele nötig ist. Dabei berücksichtigt sie insbesondere (...) d. die internationalen Mindeststandards.»

²³⁷ Art. 8 Abs. 3 BEHG: «Es [also das Kotierungsrecht] trägt international anerkannten Standards Rechnung»; von der SIX berücksichtigt werden verschiedene *EU-Richtlinien*: «Prospektrichtlinie», «Marktmissbrauchsrichtlinie» sowie «Transparenzrichtlinie»; allg.: *Kellerhals*, Internationalisierung, *passim*; *Peter Nobel*, Globalisierung des Gesellschaftsrechts, in: FS für C. Baudenbacher (Bern 2007) 738 f.

²³⁸ Art. 7 Abs. 1 SSG: «Kann der Bundesgesetzgebung, insbesondere diesem Gesetz und den als anwendbar erklärten Bestimmungen internationaler Übereinkommen keine Vorschrift entnommen werden, so entscheidet der Richter nach den allgemein anerkannten Grundsätzen des Seerechts und, wo solche fehlen, nach der Regel, die er als Gesetzgeber aufstellen würde, wobei er Gesetzgebung und Gewohnheit, Wissenschaft und Rechtsprechung der seefahrenden Staaten berücksichtigt»; hierzu: *Hansjörg Peter*, Internationales Seeprivatrecht, SJZ 87 (1991) 37 ff.; *Christoph Hurni*, La nuova cessione d'azienda in Svizzera alla luce del diritto commerciale italiano, in: *Contratto e impresa Europa* (Cedam, Padova 2009) I 489 ff.

²³⁹ Hierzu: Botschaft zur Ergänzung der am 18. Juni 2010 von der Schweizerischen Bundesversammlung genehmigten Doppelbesteuerungsabkommen (11.027): BBI 2011 3749 ff.; zur Zielsetzung: «Mit den vorgeschlagenen Ergänzungen (...) soll gewährleistet werden, dass die Schweiz beim *steuerlichen Informationsaustausch* dem *internationalen Standard* entspricht» (a. a. O. 3750; Hervorhebungen hinzugefügt).

sei. Nichtsdestotrotz folgen einige (*subjektiv*) *geprägte Prophezeiungen* des Unterzeichners,²⁴⁰ die zutreffen werden – oder eben nicht.

Als wenig spekulativ dürfte sich die Vorhersage erweisen, dass die *wirtschaftsrechtliche Globalisierung* künftig weiter (und sogar noch schneller) voranschreiten wird. Dies wird die Schweiz und deren Wirtschaftsrechtsordnung unmittelbar treffen, insbesondere die Teilrechtsgebiete des Finanzmarktrechts, des Immaterialgüterrechts sowie des Steuerrechts. Wirtschaftsrecht ist, es kann nicht genügend oft wiederholt werden, internationales Recht. Dieses Rechtsgebiet «*begleitet*» die *Wirtschaft*, d. h., deren fortschreitender globaler Ausbau hat Konsequenzen für das Wirtschaftsrecht – und für dessen Lehre²⁴¹ und Forschung.²⁴²

3.2 Internationale Organisationen sowie China – und die EU?

Das *deutsche Recht*, das insbesondere im 19. Jahrhundert sowie zu Beginn des 20. Jahrhunderts vorgeherrscht hatte, wurde in der Folge vom *US-amerikanischen Recht* abgelöst, das im Wirtschaftsrecht heute noch ein dominantes Rechtssystem darstellt. Diese Dominanz dürfte *nicht mehr lange* andauern und wird bereits durch *EU-Wirtschaftsrecht* konkurrenziert. Doch ein grundlegender Wechsel steht an. M. E. wird bereits in der ersten Hälfte des 21. Jahrhunderts das *chinesische Recht* dominieren²⁴³ – während China heute²⁴⁴ noch als «legislativer Importeur» auftritt, dürfte sich dies spätestens in 20 Jahren ändern.²⁴⁵

²⁴⁰ Vgl. dazu hinten II. B. 3.2.

²⁴¹ Dieser Umstand wird sich m. E. beispielsweise erheblich in der *juristischen Ausbildung bzw. Weiterbildung* niederschlagen: Die Eigenverantwortung künftiger Studenten in der Schweiz (z. B. durch neue Sprachenkompetenzen – etwa Russisch oder Chinesisch – oder durch Weiterbildungen im Ausland) steht zwar im Vordergrund, doch gefordert sind in den kommenden Jahren insbesondere die *schweizerischen Universitäten* (die Fachhochschulen wären in diesem Bereich wohl überfordert) – z. B. sollte die nach wie vor vernachlässigte Wissenschaftsdisziplin der *Rechtsvergleich* weiter ausgebaut werden; ausserdem müssen die universitären Strukturen in Zukunft noch weiter verbessert werden, und zwar für den *Studentenaustausch* einerseits sowie für den *Dozentenaustausch* andererseits.

²⁴² Seit einigen Jahren führt beispielsweise das *Max-Planck-Institut* (MPI) in Hamburg – notabene auf «professoraler Ebene» – sog. deutsch-österreichisch-schweizerische Symposien zum Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht durch, die dem *grenzüberschreitenden Diskurs* der Forscher dienlich sind.

²⁴³ *Kunz*, Union, 188; jungen Juristen sollte eine entsprechende *Sprachausbildung* nahegelegt werden – ausserdem fällt auf, dass immer mehr Juristen der jüngeren Generation einen LL.M. in *China* machen.

²⁴⁴ Europäisches Recht wurde im 20. Jahrhundert regelmässig nach Asien (z. B. nach China) exportiert; allg.: *Hyeong-Kyu Lee*, Die Rezeption des europäischen Zivilrechts in Ostasien, ZVJLR-Wiss 86 (1987) 158 ff.; *schweizerisches* Recht wurde etwa in *China* und in *Japan* rezipiert.

²⁴⁵ Legislativ interessant erscheint, dass in China – als Beispiel – der gesellschaftsrechtliche *Durchgriff* durch *Rechtssetzung* vorgesehen wird: *Knut Benjamin Pissler*, Der Haftungsdurchgriff im chinesischen Gesellschaftsrecht, in: FS für K. J. Hopt; Bd. 2 (Berlin 2010) 3271 ff.

Zahlreiche *chinesische Teilrechtsgebiete* des Wirtschaftsrechts wurden in den letzten Jahren meist «westlichen» (bzw. internationalen) Vorstellungen angepasst. Erwähnt werden können in diesem Zusammenhang z. B. das Gesellschaftsrecht, das Kartellrecht sowie das Immaterialgüterrecht. China verfügt ausserdem bereits heute über ein modernes Finanzmarktrecht, das von zahlreichen ausländischen Vorbildern angeregt wurde.²⁴⁶ Mit dem Ausbau des Börsenwesens in China dürfte dessen Börsenrecht global wichtiger werden und sollte von der Wirtschaft (und von den Wirtschaftsrechtlern) beobachtet werden.

Wirtschaftsrecht wird noch stärker als heute zu internationalem Recht werden, wobei m. E. die Rechtsentwicklungen vermehrt *ausserhalb nationaler Rechtsordnungen* stattfinden werden. Rechtssetzungshoheiten – beispielsweise im Finanzmarktrecht – werden auf aktuelle oder auf neue internationale Wirtschaftsorganisationen übertragen werden, d. h., deren «Soft Law» wird vermehrt zu «Hard Law» werden. Ein wirtschaftsrechtlicher *Souveränitätsverlust der Nationalstaaten* ist längst absehbar – de facto und de iure. Die Schweiz wird sich vermehrt internationalen «Vorgaben» (z. B. der OECD oder der EU) «ergeben».

M. E. hat die EU in der heutigen (und in der absehbaren) Form *keine langfristige* Perspektive, sodass die Europäisierung – unter Dominanz des EU-Rechts – durch eine zunehmende *Internationalisierung verdrängt* werden dürfte. Sollte die EU in 25 Jahren als «Staatenverbund» weiterhin bestehen, wäre dies eine Überraschung.²⁴⁷ Diese Vorhersage soll nicht als Postulat zugunsten einer «Igel-Strategie» missverstanden werden, denn die *Schweiz im Status quo* dürfte ihrerseits das «200-Jahre-Jubiläum» im Jahre 2048 kaum erleben.

C. Sonderfall der Schweiz: Importe sowie Export(e)

Legislative Importe sowie legislative Exporte – sozusagen als regelmässige²⁴⁸ «Spiegelbilder» *grenzüberschreitender Beeinflussungen* – sind logische Bestandteile eines heute und wohl erst recht in Zu-

kunft zunehmend internationalisierten Rechts; die prägnantesten Beispiele finden sich jeweils zum Wirtschaftsrecht. Die *Schweiz* erweist sich heute, wie bereits aufgezeigt, *meist als «Importeur»* ausländischer Rechtskonzepte (Stichworte: Pressionen, Eklektik, Verweisungen oder autonomer Nachvollzug von EU-Recht usw.).

Immer wieder kam und (selten) kommt es ebenfalls zu *Exporten von schweizerischem Recht*.²⁴⁹ Historisch bedeutsam waren in diesem Zusammenhang die Schweiz sowie ihre Rechtsordnung insbesondere in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts:²⁵⁰

Das bekannteste Beispiel betrifft die *Türkei*, die im Jahre 1926 grosse Teile des ZGB²⁵¹ in die eigene Rechtsordnung übernahm.²⁵² Es fanden ausserdem in *weiteren Ländern* gelegentlich Rezeptionen aus der Schweiz (konkret: OR bzw. ZGB) statt – Beispiele finden sich, wie bereits erwähnt nebst dem deutschen BGB aus dem Jahre 1900,²⁵³ im Nahen Osten sowie in Nordafrika,²⁵⁴ in Südamerika (besonders in Peru),²⁵⁵ in Italien und in Griechenland,²⁵⁶ im vorkommunistischen bzw. im republikanischen China²⁵⁷ sowie in Taiwan.²⁵⁸

Schweizerisches Recht hat sich bereits Ende des 19. Jahrhunderts in *Japan* niedergeschlagen. Dabei wurde nicht das ZGB, das sich erst im Entwicklungsstadium befand, sondern kantonales Recht und in erster Linie das *zürcherische Privatrechtliche Gesetzbuch* rezipiert.²⁵⁹ Anscheinend finden sich Spuren schweizerischen Rechtsdenkens selbst im heutigen Japan – sozusagen als «professoraler Nachlass» eines akademischen Auswanderers.²⁶⁰

Das ZGB, das seit Jahrzehnten immer wieder als Legislativmodell für ein sog. *Europäisches Privatrecht* vorgeschlagen wird, hat (in den Augen anderer Staaten) zahlreiche Vorzüge, und zwar wohl weniger betreffend Inhalt als vielmehr betreffend

²⁴⁶ Hinweise: *Knut Benjamin Pissler*, Chinesisches Kapitalmarktrecht (Diss. Hamburg 2003) *passim*.

²⁴⁷ Analogien der EU mit den USA als eine Art von «*Vereinigte Staaten von Europa*» (mit diesem Ziel die sog. *Paneuropäische Bewegung* zu Beginn des 20. Jahrhunderts: *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, § 1 N 13) vernachlässigen, dass *zahlreiche Differenzen* zwischen den Ländern in «Europa» z. B. in historischer, in sprachlicher, in kultureller, in wirtschaftlicher, in militärischer sowie in religiöser Hinsicht bestehen, die m. E. «*supranational*» nicht überwindbar sein dürften.

²⁴⁸ Der Export (oder der Import) von Normen ist «im Prinzip nichts Aussergewöhnliches»: *Bär*, Wirkung, 7.

²⁴⁹ *Kunz*, Instrumente, 81; m. E. haben sich Deutschland und Österreich in jüngerer Zeit von den schweizerischen Entwicklungen im *börsenrechtlichen Offenlegungsrecht* zumindest inspirieren lassen, ist doch die Schweiz in diesem Bereich international führend.

²⁵⁰ Das «volkstümliche» ZGB vermochte sich nicht zuletzt in Konkurrenz mit dem «wissenschaftlichen» BGB immer wieder durchzusetzen.

²⁵¹ Beispielsweise das *Eherecht* wurde zwar übernommen, aber nicht gelebt: *Rainer*, Rechtsvergleichung, 233.

²⁵² Grundlegend: *Ernst E. Hirsch*, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch in der Türkei, SJZ 50 (1954) 337 ff.; ausserdem: *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, 175 f. m. w. H.; *Kunz*, Instrumente, 81; *Rainer*, Rechtsvergleichung, 233 f.

²⁵³ Im Detail: *Bucher*, Entwicklung, 353 f. sowie 365 ff. m. w. H.

²⁵⁴ Hinweise: *Eugen Bucher*, Das Schweizerische Obligationenrecht – ein Markstein und ein Vorbild, NZZ Nr. 132 (2006) 31.

²⁵⁵ *Rainer*, Rechtsvergleichung, 233.

²⁵⁶ *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, 175.

²⁵⁷ *Rainer*, Rechtsvergleichung, 233.

²⁵⁸ *Kunz*, Auffälligkeiten, 568 Anm. 168.

²⁵⁹ Die *kantonalen Privatrechtskodifikationen* des 19. Jahrhunderts von Waadt und v. a. von Zürich stiessen in Japan auf rechtsvergleichendes Interesse: *Ozawa*, Bridel, 33 ff.

²⁶⁰ Grundlegend: *Ozawa*, Bridel, 97 ff.

Stil. Geradezu als *stilprägende Merkmale* des ZGB werden beispielsweise die Verständlichkeit, die starke Betonung der Richtermacht sowie die Einheitskodifikation mit Einbau von «sonderprivatrechtlichen» Materien hervorgehoben.²⁶¹ Im Grossen und Ganzen nimmt die Bedeutung des schweizerischen Privatrechts im Ausland indes ab – nicht zuletzt in der Türkei.²⁶²

D. Fazit

Das Wirtschaftsrecht erscheint heutzutage *relativ ideologiefrei*, sodass *nationale Souveränitäten* (oder «Staaten-Egos») eine eher untergeordnete Rolle spielen. Den «Lead» hatte und hat (und wird haben) der Staat oder die Staatenverbindung, deren *Wirtschaften dominier(t)en* – das können die USA, die EU oder China sein, denn das Wirtschaftsrecht stellt in erster Linie deren «*Schmiermittel*» dar;²⁶³ dass das (Wirtschafts-)Recht eines Kleinstaates meist relativ bedeutungslos bleibt, kann weder überraschen noch kritisiert werden.

Internationale Rechtsangleichungen zum Wirtschaftsrecht finden – *weniger rechtlich* als vielmehr *faktisch* – bereits seit Jahrzehnten statt.²⁶⁴ Seit einiger Zeit erfolgen solche Angleichungen in immer grösserem Ausmass, nicht zuletzt geografisch,²⁶⁵ und vermittelt durch *internationale Organisationen* (meist unter aktiver Beteiligung der Schweiz). Nicht allein in der Schweiz, sondern teils weltweit konnte und kann folgende Chronologie beobachtet werden: *Amerikanisierung, Europäisierung* sowie *Internationalisierung*.

Die Schweiz war – entgegen der aktuellen Legendbildung – seit dem 19. Jahrhundert *keine legislative Insel*, wobei seit der zweiten Hälfte des

20. Jahrhunderts der Import klar in den Vordergrund gedrängt wird. Dadurch unterscheidet sich die Schweiz nicht von der grossen Mehrzahl aller Staaten weltweit. Immerhin besteht eine *internationale Singularität* darin, dass die Schweiz verschiedene *formalisierte Einfallstore*²⁶⁶ für das ausländische Recht (insbesondere für das EU-Recht)²⁶⁷ in die schweizerische Rechtsordnung geschaffen hat.

Literaturverzeichnis

Die im Literaturverzeichnis aufgeführten Werke werden jeweils mit dem bzw. mit den Autorennamen sowie mit dem am Schluss des Hinweises angegebenen Zusatz zitiert. Werke, die bloss für eine Belegstelle herangezogen werden, sind in den entsprechenden Anmerkungen des Textes vollständig angezeigt.

- Bär Rolf*: Extraterritoriale Wirkung von Gesetzen, ZBJV 124^{bis} (1988) 3–26; zit.: *Bär*, Wirkung
- Baudenbacher Carl*: Wie sollen Konflikte im Verhältnis Schweiz–EU gelöst werden?, in: FS für R. H. Weber (Bern 2011) 821–838; zit.: *Baudenbacher*, Konflikte
- Baudenbacher Carl*: Rechtsprechung: Rechtssicherheit als Standortfaktor, in: Souveränität im Härtestest (Zürich 2010) 247–273; zit.: *Baudenbacher*, Rechtsprechung
- Böckli Peter*: Osmosis of Anglo-Saxon Concepts in Swiss Business Law, in: The International Practice of Law (Basel 1997) 9–29; zit.: *Böckli*, Osmosis
- Bucher Eugen*: Die Entwicklung des deutschen Schuldrechts im 19. Jahrhundert und die Schweiz, ZEuP 2003 353–374; zit.: *Bucher*, Entwicklung
- Bühler Christoph B.*: Regulierung im Bereich der Corporate Governance (Habil. Zürich 2008); zit.: *Bühler*, Governance
- Cottier Thomas/Dzamko Daniel/Evtimov Erik*: Die europakompatible Auslegung des schweizerischen Rechts, in: Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2003 (Bern 2004) 357–392; zit.: *Cottier/Dzamko/Evtimov*, Auslegung
- Ebert Kurt Hanns*: Rechtsvergleichung – Einführung in die Grundlagen (Bern 1978); zit.: *Ebert*, Rechtsvergleichung
- Ebke Werner F.*: Der Einfluss des US-amerikanischen Rechts auf das Internationale Gesellschaftsrecht in Deutschland und Europa: Rezeption oder Abwehr?, in: FS für O. Sandrock (Frankfurt 2011) 175–203; zit.: *Ebke*, Einfluss
- Forstmoser Peter*: Der autonome Nach-, Mit- und Vorvollzug europäischen Rechts: das Beispiel der Anlagengesetzgebung, in: FS für R. Zäch (Zürich 1999) 523–537; zit.: *Forstmoser*, Vorvollzug

²⁶¹ *Ernst A. Kramer*, Der Stil eines zukünftigen europäischen Vertragsgesetzes – die schweizerische Privatrechtskodifikation als Vorbild?, ZBJV 144 (2008) 905 ff.

²⁶² *Türkische Juristen* und insbesondere *Rechtsprofessoren* überraschen immer wieder mit ihren hervorragenden Kenntnissen zum Schweizer Recht (gerade im Hinblick auf die bundesgerichtliche Praxis); die *türkische Gesetzgebung* hat sich hingegen eindeutig zum *EU-Recht* hin orientiert.

²⁶³ Das Wirtschaftsrecht hat, etwas trivialisiert, dafür zu sorgen, dass das Wirtschaften (nicht zuletzt grenzüberschreitend) schlicht «funktioniert»; aus diesem Grund wurden fast in allen Staaten jeweils die *Handelsrechte für Kaufleute* vor dem Zivilrecht für jedermann *vereinheitlicht* bzw. kodifiziert – Beispiele aus Europa: Schweiz (OR: 1883; ZGB: 1907), Deutschland (Handelsrecht: 1861; BGB: 1900), Spanien (Codigo de Comercio: 1829; Codigo Civil: 1889), Portugal (Codigo de Comercio: 1833; Codigo Civil: 1867); zu den Situationen in Deutschland und in der Schweiz: *Bucher*, Entwicklung, 359 ff..

²⁶⁴ Beispielsweise sieht eine *Aktiengesellschaft* – mindestens im Grossen und Ganzen – überall gleich aus, sei es in der Schweiz, in Finnland, in den USA, in Japan oder im Iran (Übersicht zu mehr als 20 Rechtsordnungen: *Peter V. Kunz*, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht [Habil Bern 2001] § 17); entsprechende Angleichungen werden von der *Wirtschaft erwartet* und positiv unterstützt.

²⁶⁵ Frankreich, Deutschland, USA, Europäische Union sowie China – ein weiterer Ausbau steht durch eine *wirtschaftsrechtliche Globalisierung* bevor.

²⁶⁶ Dies gilt nicht allein für die *Rechtssetzung*, sondern ebenfalls für die *Rechtsanwendung*; detailliert zu dieser Thematik: *Kunz*, Instrumente, *passim*.

²⁶⁷ Stichworte: EU-Kompatibilitätsprüfung, Staatsverträge mit der EU («Bilateralismus»), autonomer Nachvollzug von EU-Recht sowie europarechtskonforme Interpretation schweizerischer Erlasse.

- Georgiades Apostolos*: Europäische Privatrechtsvereinheitlichung und nationale Rechtskulturen, in: FS für C.-W. Canaris; Bd. II (München 2007) 603–621; zit.: *Georgiades*, Privatrechtsvereinheitlichung
- Hein Jan von*: Die Rezeption US-amerikanischen Gesellschaftsrechts in Deutschland (Habil. Hamburg 2006); zit.: *von Hein*, Rezeption
- Hopt Klaus J.*: Aktienrecht unter amerikanischem Einfluss, in: FS für C.-W. Canaris; Bd. II (München 2007) 105–128; zit.: *Hopt*, Einfluss
- Jung Peter*: Handelsrecht (8. A. München 2010); zit.: *Jung*, Handelsrecht
- Kellerhals Andreas*: Von der gesetzlichen Pflicht zur Internationalisierung des schweizerischen Wirtschaftsrechts: der Verweis auf international anerkannte Standards gemäss Art. 8 Abs. 3 BEHG, in: FS für D. Zobl (Zürich 2004) 375–389; zit.: *Kellerhals*, Internationalisierung
- Kiener Regina/Lanz Raphael*: Amerikanisierung des schweizerischen Rechts – und ihre Grenzen (...), ZSR 119 I (2000) 155–174; zit.: *Kiener/Lanz*, Amerikanisierung
- Koller Heinrich*: Globalisierung und Internationalisierung des Wirtschaftsrechts – Auswirkungen auf die nationale Gesetzgebung, ZSR 119 II (2000) 313–360; zit.: *Koller*, Globalisierung
- Kramer Ernst A.*: Juristische Methodenlehre (3. A. Bern 2010); zit.: *Kramer*, Methodenlehre
- Kühne Gunther*: Das deutsche Wirtschaftsrecht unter dem Einfluss des US-amerikanischen Rechts – Zusammenschau eines vielschichtigen Phänomens, in: FS für O. Sandrock (Frankfurt 2011) 253–266; zit.: *Kühne*, Einfluss
- Kunz Peter V.*: Einführung zur Rechtsvergleichung in der Schweiz (...), recht 24 (2006) 37–54; zit.: *Kunz*, Rechtsvergleichung
- Kunz Peter V.*: Gesellschaftsrecht der Europäischen Union (EU) – Übersicht sowie rechtsvergleichende Bedeutung für die Schweiz, in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VI (Bern 2011) 179–241; zit.: *Kunz*, Union
- Kunz Peter V.*: Instrumente der Rechtsvergleichung in der Schweiz bei der Rechtssetzung und bei der Rechtsanwendung, ZVglRWiss 108 (2009) 31–82; zit.: *Kunz*, Instrumente
- Kunz Peter V.*: Zehn bemerkenswerte Auffälligkeiten bei den Revisionen der letzten Jahre im schweizerischen Gesellschaftsrecht, SJZ 104 (2008) 557–569; zit.: *Kunz*, Auffälligkeiten
- Meier-Hayoz Arthur*: Berner Kommentar – Einleitung: Art. 1–10 ZGB (Bern 1962); zit.: *Meier-Hayoz*, Kommentar
- Müller Thomas S./Staub Christian*: Internationalisierungstendenzen im Finanzmarktrecht, SZW 83 (2011) 20–27; zit.: *Müller/Staub*, Internationalisierungstendenzen
- Oesch Matthias*: Brüssel und Luxemburg bald wichtiger als Bern und Lausanne, plädoyer 5/11 (2011) 33–38; zit.: *Oesch*, Brüssel
- Oppermann Thomas/Classen Claus Dieter/Nettesheim Martin*: Europarecht (4. A. München 2009); zit.: *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht
- Ozawa Nana*: Louis Adolphe Bridel – Ein Schweizer Professor an der juristischen Fakultät der Tokyo Imperial University (Frankfurt 2010); zit.: *Ozawa*, Bridel
- Pfisterer Thomas*: Der bilaterale Weg, Verbesserungsansätze und die Kantone – primär rechtlich-institutionelle Fragen, ZBl 112 (2011) 285–328; zit.: *Pfisterer*, Fragen
- Posner Richard A.*: How Judges Think (Cambridge 2007); zit.: *Posner*, Judges
- Rainer J. Michael*: Europäisches Privatrecht – Die Rechtsvergleichung, Bd. 12, Salzburger Studien zum Europäischen Privatrecht (Frankfurt 2002); zit.: *Rainer*, Rechtsvergleichung
- Sandrock Otto*: Neue Herausforderungen an das Internationale Wirtschaftsrecht, ZVglRWiss 98 (1999) 227–259; zit.: *Sandrock*, Herausforderungen
- Sandrock Otto*: Über das Ansehen des deutschen Zivilrechts in der Welt – Von der «Weltstellung» des deutschen zur «Hegemonie» des U.S.-amerikanischen Rechts, ZVglRWiss 100 (2001) 3–40; zit.: *Sandrock*, Ansehen
- Schweizer Rainer J.*: Die schweizerischen Gerichte und das europäische Recht, ZSR 112 II (1993) 577–766; zit.: *Schweizer*, Gerichte
- Spinner Bruno/Maritz Daniel*: EG-Kompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts. Vom autonomen zum systematischen Nachvollzug, in: FS für R. Zäch (Zürich 1999) 127–138 [129]; zit.: *Spinner/Maritz*, Kompatibilität
- Walter Gerhard*: Die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Schweizer Bundesgerichts, recht 22 (2004) 91–103; zit.: *Walter*, Rechtsvergleichung
- Walter Hans Peter*: Das rechtsvergleichende Element – Zur Auslegung vereinheitlichten, harmonisierten und rezipierten Rechts, ZSR 125 I (2007) 259–277; zit.: *Walter*, Element
- Widmer Pierre*: Rechtsvergleichung und Gesetzgebung, Leges 3 (2003) 9–17; zit.: *Widmer*, Rechtsvergleichung
- Wiegand Wolfgang*: Americanization of Law: Reception or Convergence?, in: Legal Culture and the Legal Profession (Oxford 1996) 137–152; zit.: *Wiegand*, Americanization
- Wiegand Wolfgang*: Die Rezeption amerikanischen Rechts, ZBJV 124^{bis} (1988) 229–262; zit.: *Wiegand*, Rezeption
- Wiegand Wolfgang*: The Reception of American Law in Europe, Am. J. Comp. Law 39 (1991) 229–248; zit.: *Wiegand*, Europe
- Wiegand Wolfgang*: Zur Anwendung von autonom nachvollzogenem EU-Privatrecht, in: FS für R. Zäch (Zürich 1999) 171–189; zit.: *Wiegand*, Anwendung
- Zweigert Konrad/Kötz Hein*: Einführung in die Rechtsvergleichung (3. A. Tübingen 1996); zit.: *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung