

*Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis  
Universität St. Gallen – St. Galler Gesellschaftsrechtstag  
SIX ConventionPoint: Zürich, 15. Juni 2010*

**u<sup>b</sup>**

---

**b  
UNIVERSITÄT  
BERN**

# ***Bedeutung des Gesellschaftsrechts der Europäischen Union für die gesellschaftsrechtlichen Entwicklungen in der Schweiz***

von

*Peter V. Kunz*

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M. (Georgetown)  
Ordinarius für Wirtschaftsrecht und für Rechtsvergleichung  
Geschäftsführender Direktor Institut für Wirtschaftsrecht sowie Leiter Departement für  
Wirtschaftsrecht der Universität Bern

[kunz@iwr.unibe.ch](mailto:kunz@iwr.unibe.ch)

[www.iwr.unibe.ch](http://www.iwr.unibe.ch)

# Übersicht

---

## **I. Einleitung**

- a) Vorbemerkungen
- b) Ausgangslage

## **II. Gesellschaftsrecht der EU**

- a) Rechtsquellen
- b) Prinzipien der Rechtssetzung
- c) Übersicht
- d) Entwicklungen

## **III. Einfluss auf die Schweiz**

- a) Rechtssetzung
- b) Rechtsanwendung
- c) Ergebnisse

# Vorbemerkungen

---

## a) Gewichtsverlagerung beim Referat

- **LLPs und LLCs (etwas) zu spezifisch**
- Feststellung 1 – fehlende Grundkenntnisse zum EU Gesellschaftsrecht
- Feststellung 2 – Zusammenhänge EU GR / CH GR oft ignoriert
- doppelte Zielsetzung: (i) **Übersicht** zum EU GR + (ii) **Bedeutung für CH GR**
- Details in schriftlicher Fassung

# Vorbemerkungen

---

## b) Bezugspunkte

- CH ohne EU-Mitgliedschaft und ohne EWR-Mitgliedschaft
- Alternative des sog. „**Bilateralismus**“: sog. Bilaterale I und sog. Bilaterale II; zur „Passivmitgliedschaft“ in der EU...
- Fokus ist EU – **Europabericht 2006**  
<http://www.admin.ch/ch/d/ff/2006/6815.pdf>
- Fokus ist (und bleibt) EU – **Aussenpolitischer Bericht 2009**  
<http://www.admin.ch/ch/d/ff/2009/6291.pdf>
- realer Bezug von EU / CH: Politik + Kultur + **Wirtschaft**

# Ausgangslage

---

## a) Rechtsvergleichung

- eine „Inbezugsetzung“ von **inländischem** Recht mit **ausländischem** Recht, d.h. **übernationaler** Kontext...
- **RV geht weiter** als bloss EU-Recht (z.B. USA)
- RV kommt grosse Bedeutung zu, und zwar gerade für den Kleinstaat **Schweiz**
- **faktische Prioritäten** der Berücksichtigung: Nachbarländer + **EU** + USA; CH gehört zur sog. Europäischen Rechtsfamilie...
- RV mag allenfalls einer **EU-Annäherung dienlich** sein
- CH Gesellschaftsrecht wird **doppelt** beeinflusst:
  - (i) **EU GR** (= Fokus des Referats) + (ii) GR von einzelnen **EU-Mitgliedstaaten** (z.B. D)

# Ausgangslage

---

## b) Instrumente der EU-Annäherung – Übersicht

➤ **Rechtssetzung**

z.B. EU-Kompatibilitätsprüfung + autonomer Nachvollzug von EU-Recht + Pressionen aus der EU + Eklektik gegenüber der EU etc.

**Fokus** = Bundesebene (selten: Kantone) / Bundesgesetze (kaum VO)

➤ **Rechtsanwendung**

z.B. europarechtskonforme Auslegung von CH Recht + Lückenfüllung mit EU Recht

**Fokus** = Bundesgericht (selten: Behörden oder kantonale Gerichte)

**Rechtsberater sollten sich dessen bewusst sein..!**

# Ausgangslage

---

## c) Ausgewählte themenbezogene Aufsätze von PVK

- Europa als ein Massstab für das schweizerische Wirtschaftsrecht? Rechtsvergleichende Fragestellungen zu einem „Weg nach Europa“ anhand des neuen Kollektivanlagenrechts, in: Tradition mit Weitsicht, Festschrift für Eugen Bucher (Bern 2009) 455 ff.
- „Sonderfall Schweiz“? – die Schweiz ist längst in „Europa“ angekommen... (Die erste Seite), Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (EWS) – Betriebs-Berater für Europarecht, EWS 3/2009, bei 57
- Instrumente der Rechtsvergleichung in der Schweiz bei der Rechtssetzung und bei der Rechtsanwendung, ZVglRWiss 108 (2009) 31 ff.
- Einführung zur Rechtsvergleichung in der Schweiz – Ein bedeutsames juristisches Fachgebiet für Studenten sowie für Praktiker zwischen „notwendigem Ubel“ sowie „Königsdisziplin“, recht 24 (2006) 37 ff.
- Rechtsvergleichung zum Privat- und Wirtschaftsrecht in der Schweiz – Skript zur Vorlesung (Bern 2009)
- OECD-Musterabkommen und die Schweiz: Wie den Vorbehaltsverzicht umsetzen?/La Suisse et le modèle de convention de l'OCDE: comment abandonner une réserve?, Die Volkswirtschaft – Das Magazin für Wirtschaftspolitik, Hrsg. Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, 06-2009, 4 ff.

[www.iwr.unibe.ch](http://www.iwr.unibe.ch)

# Überblick EU-Gesellschaftsrecht

---



Vertragsschlüsse der  
Mitgliedstaaten



**Primärrecht**



# Rechtsquellen

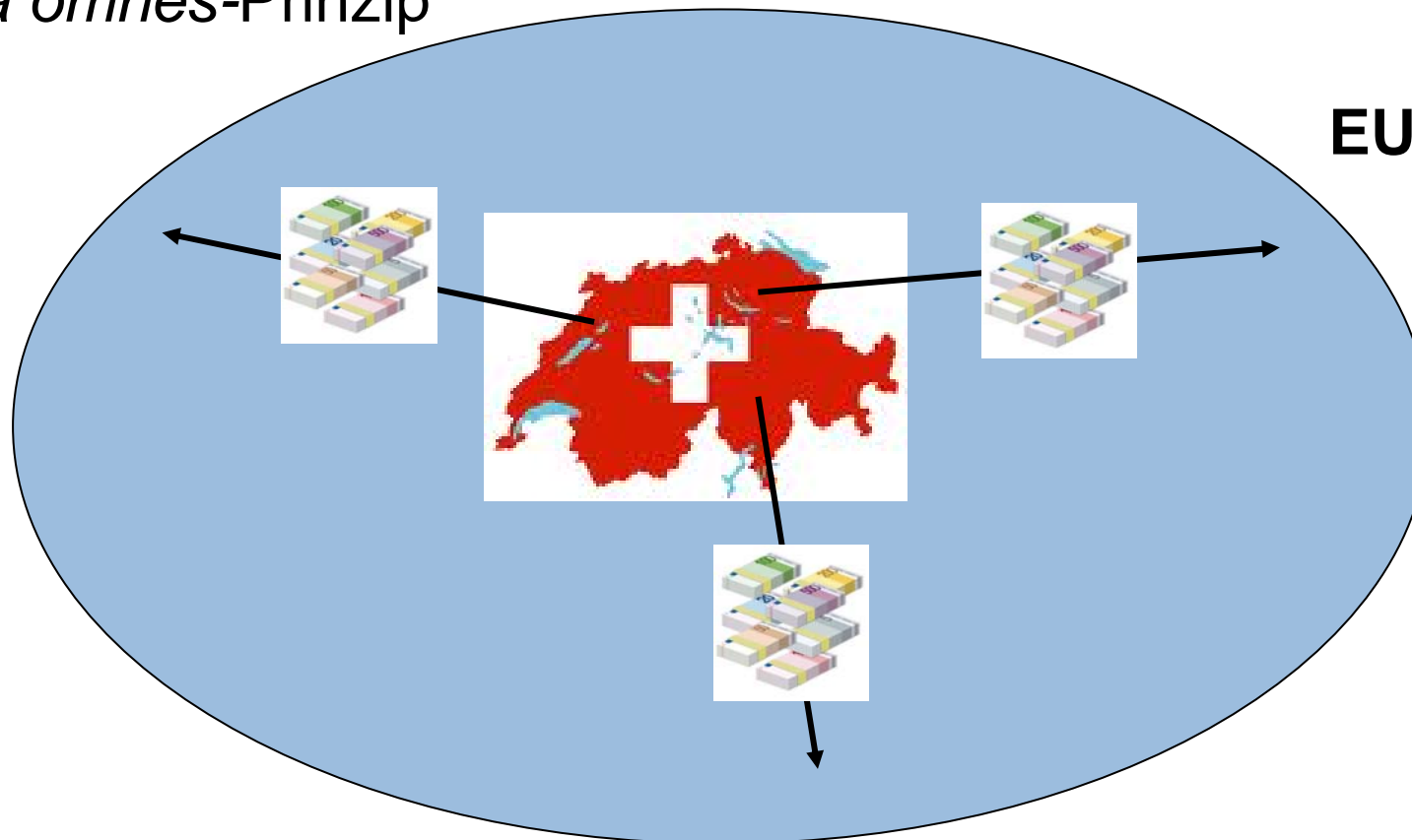
---

## a) Primärrecht

- Basis = Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)
- **vier** Grundfreiheiten – v.a. **zwei** davon wichtig für EU GR
- sog. **Personenverkehrsfreiheit** – u.a. Niederlassungsfreiheit (CH nicht...)  
Inhalt: originäre Sitzwahl (unstrittig) + Sitzverlegung (umstritten)
- sog. **Kapitalverkehrsfreiheit** = Wirkung „erga omnes“ (inkl. CH..!)  
Inhalt: Freiheit zum Beteiligungserwerb (nicht: Marktzutritt)

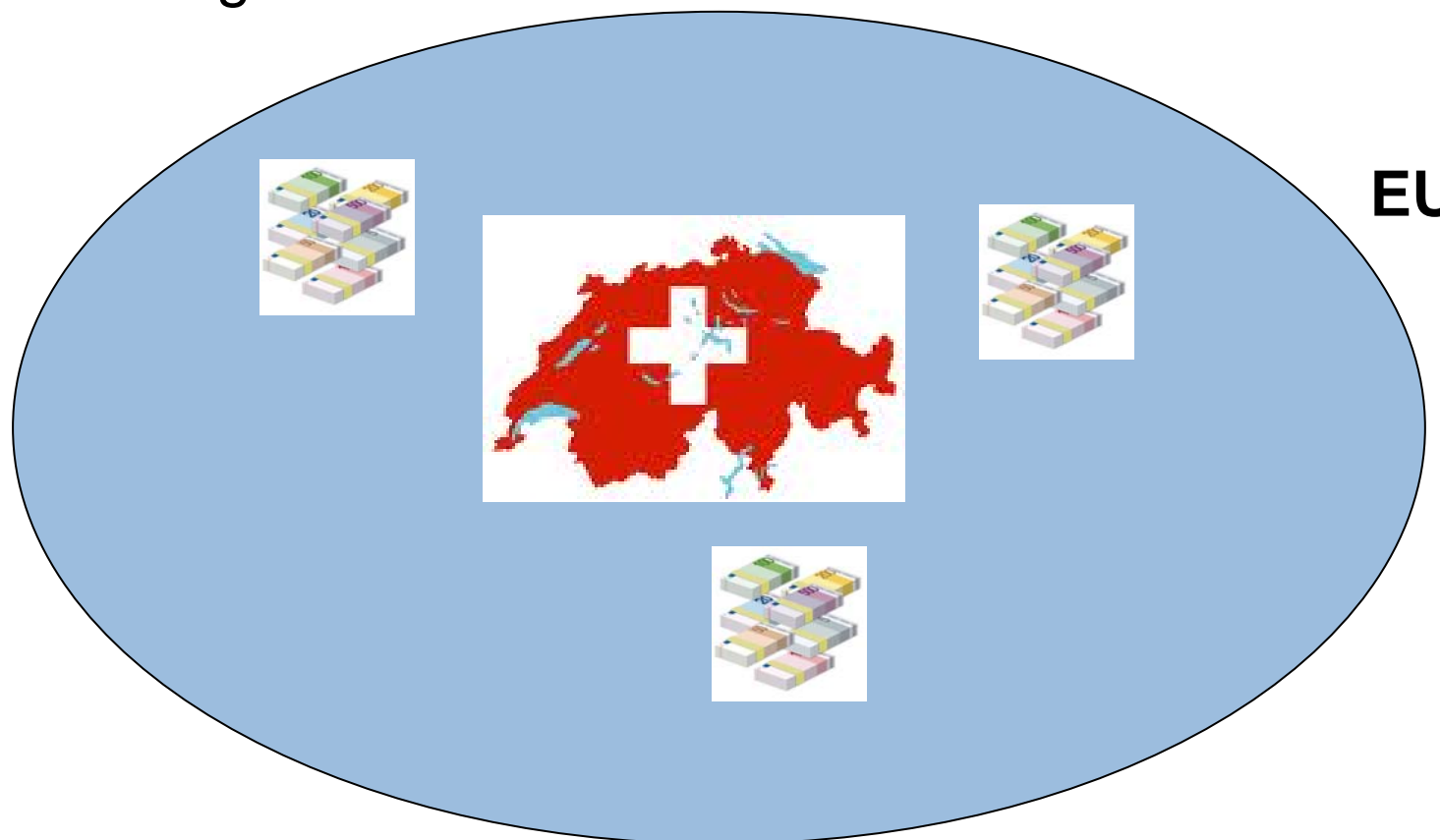
# Grundfreiheiten im Verhältnis EU – CH

Kapitalverkehrsfreiheit **EU → CH:**  
*erga omnes*-Prinzip



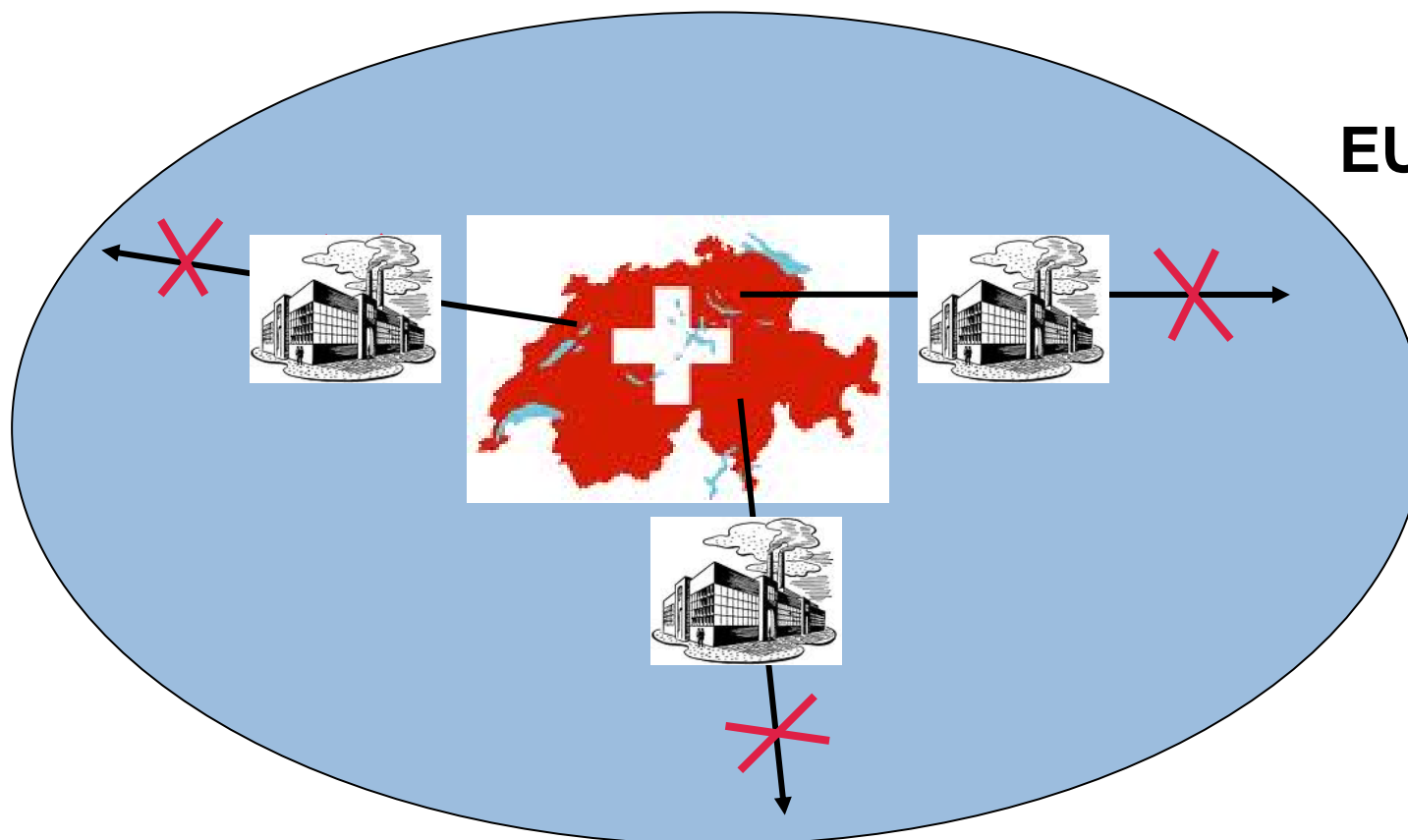
# Grundfreiheiten im Verhältnis EU – CH

Kapitalverkehrsfreiheit **CH** → **EU**: keine entsprechende Verpflichtung



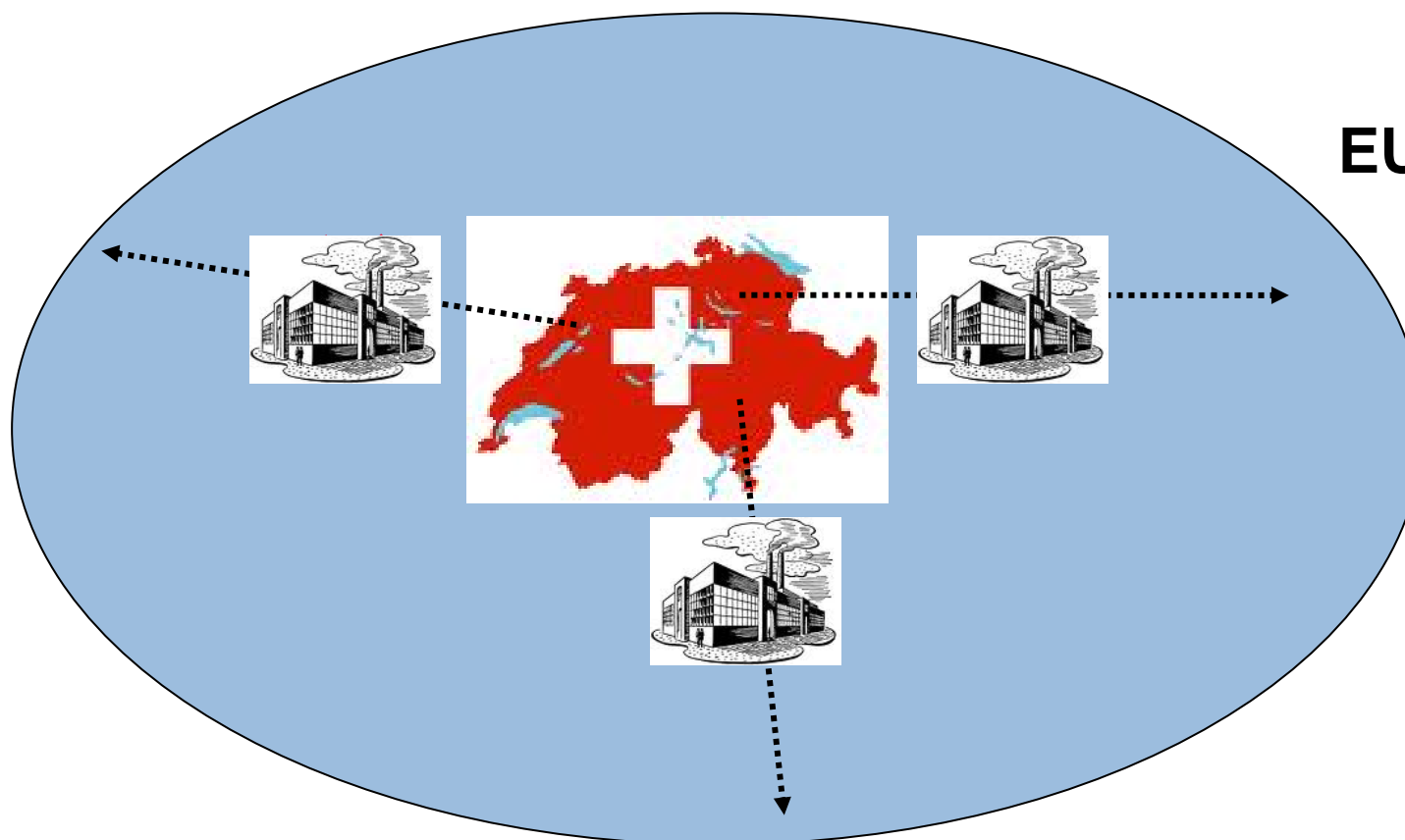
# Grundfreiheiten im Verhältnis EU – CH

Sitzverlegung **CH** → **EU**: keine Niederlassungsfreiheit



# Grundfreiheiten im Verhältnis EU – CH

Sitzverlegung **CH** → **EU**: evt. möglich nach Kollisionsrecht



# Überblick EU-Gesellschaftsrecht

---



Erlasse der EU  
Rechtsetzungs-  
organe



**Sekundärrecht**

# Rechtsquellen

---

## b) Sekundärrecht

- Basis = Primärrecht (v.a. Art. 288 AEUV)
- **EU GR** wird von **Sekundärrecht** und nicht Primärrecht dominiert
- zentral: **Verordnungen (VO)** + **Richtlinien (RL)**
- marginaler: Empfehlungen + Stellungnahmen + Beschlüsse

# Prinzipien der Rechtssetzung

---

## a) Erlasskompetenz

- Grundsatz der sog. **begrenzten Einzelermächtigung**
- EU darf nur legislieren, wenn entsprechende Kompetenz delegiert  
= **teils ausschliessliche** EU Kompetenz und **teils geteilte** EU Kompetenz
- EU GR = v.a. **Richtlinienkompetenzen** – z.B. Art. 50 AEUV
- Grundvariante im EU GR
  - \* sog. **Rechtsvereinheitlichung**:  
Schaffung von supranationalem Einheitsrecht (z.B. SE)
  - \* sog. **Rechtsharmonisierung**:  
Schaffung z.B. von Mindeststandards mit Freiräumen für Mitgliedstaaten



# Prinzipien der Rechtssetzung

---

## b) Subsidiaritätsprinzip

- **Mehrstaatenerfordernis** („transnationaler Aspekt“)
  - Regelfall: kein Problem
  - Ausnahmen: z.B. SPE-Entwurf, nationale FusionsRL, nationale SpaltungsRL
  
- **Erforderlichkeit**
  - z.B. zur Regelungsintensität: Rahmenrichtlinie > detaillierte RL > VO
  
- Belassen von **nationalen Freiräumen**
  - z.B. Opting-Systeme (Übernahmerichtlinie etc.)
  - Thematik: „race to the top“ versus „race to the bottom“...

# Übersicht

---

## a) EU-Verordnungen

- generell-abstrakte Regelungen in EU VO
- Rechtsverbindlichkeit **umfassend**
  - (i) Mitgliedstaat + (ii) Bürger/Unternehmungen
- **keine Umsetzung** in Mitgliedstaaten notwendig
- Beispiele: SE VO; SCE VO; EWIV VO; SPE VO (Entwurf)

## b) EU-Richtlinien

- generell-abstrakte Regelungen in EU RL
- Rechtsverbindlichkeit **beschränkt**  
(i) Mitgliedstaaten: ja; (ii) Bürger/Unternehmungen: in Ausnahmefällen
- **Umsetzung notwendig** durch mitgliedstaatliche Ordnungen
- Themen-Beispiele: Publizität; Corporate Governance

# Entwicklungen

---

## a) Dominanz des Rechtlinienrechts

- ca. vier VO und ca. 14 RL – teils Überlagerung durch Finanzmarktrecht
- kaum supranationales EU GR = **geringe Rechtsvereinheitlichung**
- zahlreiche RL zum EU GR = **starke Rechtsharmonisierung**
- Gründe für Diskrepanz
  - (i) **Primärrecht** + (ii) **fehlende Delegationsbereitschaft** bei Mitgliedstaaten (z.T. grosse Paradigmendifferenzen z.B. bei Exekutiv-Organisation oder Mitbestimmung)

# Entwicklungen

---

## b) Gescheiterte Projekte – Auswahl

- sog. **Strukturrichtlinie**  
immerhin: Aktionärsrechtsrichtlinie
  
- sog. **Konzernrichtlinie**  
immerhin: Konzernrechnungslegungsrichtlinie
  
- sog. **Umstrukturierungsrichtlinie**  
immerhin: nationale Fusions-RL, nationale Spaltungs-RL, internationale Fusions-RL

# Entwicklungen

---

## c) Hängige Rechtsprojekte – Auswahl

➤ **SPE VO**

Privatgesellschaft bzw. Societas Privata Europaea

Problem der „**Transnationalität**“ ...

➤ offene Themen: Sitzverlegungs-RL; Konzernrechts-RL

➤ **wenig „Bewegung“** für neue RL

➤ **wenig „Bewegung“** zur Abschaffung von RL (z.B. Fusionen/Spaltungen)

# Rechtssetzung

---

## a) Übersicht

- Rechts**setzung** = **generell-abstrakter** Akt
- **hoheitlicher** Akt, d.h. es geht nicht um sog. Selbstregulierung
- Bund = Eidg. Räte + BR + delegierte Behörde (z.B. UEK – vgl. UEV)
- **Ungebundenheit** der Legiferierung
- Freiheit des CH GR mag zu **Standortfaktor** werden...

# Rechtssetzung

---

## b) Staatsverträge

- Bedeutung: IGR + DBA, nicht GR...
- Art. 190 BV
- Beispiele: Bilaterale I + Bilaterale II – aber **Personenfreizügigkeit** gilt einzig für **natürliche Personen** und nicht für Unternehmungen



# Rechtssetzung

---

## c) Ausländischer Druck

- Schweiz (zunehmend) **unter Pressionen** aus dem Ausland  
Einzelstaaten (z.B. USA) + Organisationen (z.B. EU/OECD = Steuerrecht)
- Fehlen einer Methodik..!
- Beispiel 1: Enron/SOX etc.= **Revisionsrechtsrevision + Revisionsaufsicht**
- Beispiel 2: Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) – Art. 26 MA OECD

# Rechtssetzung

---

## d) Eklektik („Abkupferungen“)

- Rechtspolitik = „Cherry Picking“, d.h. keine Methodik..!
- unzählige Beispiele – insbesondere aus D (z.B. Sonderprüfung)
- **keine automatischen „Folgen“** für die Rechtsanwendung
- Beispiele: Umstrukturierungsrecht + Börsengesellschaftsrecht (Entwurf 13. RL)
- Beispiel: aktuelle „grosse“ Aktienrechtsrevision (z.B. Revisionshaftung)

# Rechtssetzung

---

## e) EU Kompatibilitätsprüfung

- Methodik bzw. **Rechtsgrundlagen**  
(i) Art. 141 ParlG + (ii) Gesetzgebungsleitfaden + (iii) Botschaftsleitfaden
- verpflichtet BR/Bundesverwaltung, aber **nicht Parlament**
- Ziel = **Transparenz**, nicht Kompatibilität..! (= „Augenöffner“)
- Faktum: Prüfung führt zu **faktischer Angleichung bzw. Harmonisierung..!**

# Rechtssetzung

---

## f) Autonomer Nachvollzug von EU Recht

- = legales (rechtsvergleichendes) Instrument der **Annäherung an EU...**
- **bewusster Entscheid** der Legislative (Materialien!)
- relativ junges und relativ seltenes Instrument der Annäherung
- Beispiele: Art. 333 OR; Pauschalreisegesetz; teils PatG; Anwaltsgesetz
- **nein:** FusG + BEHG + Aktienrecht (z.B. Sonderprüfung)
- Beispiel CH GR: Kollektivanlagengesetz = **SICAV** (bzw. offene Anlagen/UCITS)

# Rechtsanwendung

---

## a) Übersicht

- **Rechtsanwendung = individuell-konkreter Akt**
- Umschreibung: „im Ergebnis vollzogene Rechtssetzung“
- Gericht (z.B. Urteil) + Behörde (z.B. Verfügung)
- **Rechtssetzung determiniert** Rechtsanwendung
- **Auslegung** ist aber kein „mechanischer“ Akt...
- ... zudem als Spezialsituation: sog. **Lückenfüllung**

# Rechtsanwendung

---

## b) Besteht ein sog. rechtsvergleichendes Auslegungselement?

- sog. **Methodenpluralismus** des Bundesgerichts
- **Auslegungselemente:**  
grammatikalisch + historisch + systematisch + teleologisch...  
... und: **rechtsvergleichend..?**
- **Ablehnung** des rechtsvergleichenden Auslegungselements
- Notwendigkeit von sog. **Einfallstoren** für Rechtsvergleichung (z.B. echte Lücke)

# Rechtsanwendung

---

## c) Lückenfüllung

- Definition der sog. **echten Lücke** = planwidrige Unvollständigkeit
- Art. 1 Abs. 2 ZGB / „**Richter als Gesetzgeber**“...
- Systemkompatibilität bei Lückenfüllung erforderlich
- Beispiel: „Kodak“ (BGE 126 III 129)
- Verallgemeinerungsfähigkeit auf **Behörden**

# Rechtsanwendung

---

## d) Europarechtskonforme Auslegung

- automatische Rechtsfolge des **autonomen Nachvollzugs** von EU-Recht
- Methodik:
  - (i) **EU-Nachvollzug** + (ii) nur im **Zweifelsfall** + (iii) „**Up date**“-Pflicht
- jung, selten, wenig erprobt, noch entwicklungsfähig...
- Beispiele: BGE 129 III 335; BGE 130 III 182; BGE 2A.334/2003



# Ergebnisse

---

## a) Grundsätzliches

### ➤ **Rechtssetzung:**

- starke Betonung des ausländischen Rechts (z.B. EU GR)
- nicht allein **EU Recht**, sondern breiter Fokus (v.a. USA = dominant)
- oftmals aber sog. „**Cherry Picking**“, was den Wert reduziert...

### ➤ **Rechtsanwendung:**

- BGer sehr ausgeprägt, aber **ohne System**
- Verstärkung wünschbar bei kantonalen Gerichten und bei Behörden
- Aufgabe der sog. „**Zweifelsfall**“-**Praxis** bei europarechtskonformer Auslegung

# Ergebnisse

---

## b) EU GR und CH GR – Distanz oder Nähe?

➤ **Kompatibilitäten:**

- Grundzüge + Paradigmen + Systeme
- im Grossen und Ganzen = **ja..!**

➤ **Inkompatibilitäten:**

- zahlreiche Detailunterschiede
- im Grossen und Ganzen = **keine Probleme..!**
- **Beispiele:** GV-Zirkularbeschlüsse; Mindestliberierung

Fazit: ***Die Schweiz ist „Europa“..!***

# Ergebnisse

---

## c) Aktualitäten

➤ **Aktienrechtsrevision – Zielsetzung:**

*„Die Schweiz ist staatsvertraglich nicht zur Übernahme des einschlägigen Sekundärrechts der Europäischen Gemeinschaft (EG) im Bereich des Gesellschafts- und Rechnungslegungsrechts verpflichtet. (...) 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“ (Botschaft: BBl 2007 1630).*

z.B. besteht ein Anpassungsbedarf betreffend die Zulassung von GV-Zirkularbeschlüssen

➤ mögliche **neue Gesellschaftsformen:**

z.B. CH GmbH & Co. KG + PmbH

---

# Besten Dank für Ihre Aufmerksamkeit..!

*Peter V. Kunz*

Universität Bern  
Institut für Wirtschaftsrecht  
Schanzeneckstrasse 1  
CH-3001 Bern  
Tel.: 031 / 631 55 88

[kunz@iwr.unibe.ch](mailto:kunz@iwr.unibe.ch)

[www.iwr.unibe.ch](http://www.iwr.unibe.ch)