

Peter V. Kunz
Oliver Arter
Florian S. Jörg
(Herausgeber)

Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VI

Harald Bärtschi
Christoph B. Bühler
Lukas Glanzmann
Florian S. Jörg
Peter Jung
Peter V. Kunz
Urs Schenker
Alexander Vogel / Daniel Küpfer



Stämpfli Verlag AG Bern · 2011

Peter V. Kunz
Oliver Arter
Florian S. Jörg
(Herausgeber)

Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VI

Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VI

Herausgegeben von:

PETER V. KUNZ
OLIVER ARTER
FLORIAN S. JÖRG

Mit Beiträgen von:

HARALD BÄRTSCHI
CHRISTOPH B. BÜHLER
LUKAS GLANZMANN
FLORIAN S. JÖRG
PETER JUNG
PETER V. KUNZ
URS SCHENKER
ALEXANDER VOGEL / DANIEL KÜPFER



Stämpfli Verlag AG Bern · 2011

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2011

Gesamtherstellung:
Stämpfli Publikationen AG, Bern
Printed in Switzerland

ISBN 978-3-7272-8779-4



Mix
Produktgruppe aus verbildlicher
Waldbirtschaft und anderen
kontrollierten Herkünften

Cert.no. S05-COC-023903
www.fsc.org
© 1996 Forest Stewardship Council

Gesellschaftsrecht der Europäischen Union (EU) – Übersicht sowie rechtsvergleichende Bedeutung für die Schweiz

PETER V. KUNZ*

Inhaltsverzeichnis

Gesellschaftsrecht der Europäischen Union (EU) – Übersicht sowie rechtsvergleichende Bedeutung für die Schweiz.....	179
1. Einleitung.....	180
1.1 Vorbemerkungen.....	180
1.1.1 Aufbau.....	180
1.1.2 Schweiz und EU.....	182
1.1.2.1 Aussenpolitischer Fokus.....	182
1.1.2.2 Bilateralismus und Rechtsanpassungen.....	184
1.2 Ausgangslage.....	186
1.2.1 Rechtsvergleichung.....	186
1.2.2 Globalisierung des Wirtschaftsrechts.....	188
1.2.3 Übersicht zu den Instrumenten einer EU-Annäherung.....	190
1.2.3.1 Rechtssetzung.....	190
1.2.3.2 Rechtsanwendung.....	190
2. Gesellschaftsrecht der EU.....	191
2.1 Einführung.....	191
2.2 EU-Rechtsquellen.....	193
2.2.1 Primärrecht.....	193
2.2.1.1 Grundverständnis.....	193
2.2.1.2 Rechtslagen für Drittstaaten.....	195
2.2.2 Sekundärrecht.....	196
2.2.2.1 Grundverständnis.....	196
2.2.2.2 Rechtsquellen.....	196
2.3 Grundsätze der EU-Rechtssetzung.....	197
2.3.1 Erlasskompetenz.....	197
2.3.2 Subsidiaritätsprinzip sowie Mehrstaatenerfordernis.....	198
2.3.3 Wettbewerb der Gesellschaftsrechtsordnungen?.....	199
2.4 Übersicht.....	201
2.4.1 EU-Verordnungen.....	201
2.4.2 EU-Richtlinien.....	203

* Ich bedanke mich bei meiner wissenschaftlichen Assistentin am Institut für Wirtschaftsrecht der Universität Bern (www.iwr.unibe.ch), Frau M^{Law} SARAH KAMBER, für ihre Unterstützung bei der vorliegenden Publikation; der Aufsatz wurde *Ende November 2010* abgeschlossen.

2.4.2.1	Hinweise.....	203
2.4.2.2	Aktionärsrechterichtlinie	205
2.4.3	EU-Empfehlungen.....	206
2.5	Entwicklungen in der EU	207
2.5.1	Tendenzen	207
2.5.2	Hängige Projekte.....	208
2.5.3	Gescheiterte Projekte.....	209
3.	Einfluss auf die Schweiz.....	210
3.1	Historische Aspekte.....	210
3.2	Rechtssetzung.....	212
3.2.1	Grundverständnis	212
3.2.2	Instrumente einer Annäherung im Gesellschaftsrecht	214
3.2.2.1	Staatsvertrag	214
3.2.2.2	Pressionen („Druck“) sowie Eklektik („Abkupferung“).....	215
3.2.2.3	Verweisungen auf internationale Standards o.ä.....	218
3.2.2.4	EU-Kompatibilitätsprüfung	219
3.2.2.5	Autonomer Nachvollzug von EU-Recht.....	221
3.3	Rechtsanwendung.....	224
3.3.1	Grundverständnis	224
3.3.2	Instrumente einer Annäherung im Gesellschaftsrecht	225
3.3.2.1	Rechtsvergleichendes Auslegungselement?	225
3.3.2.2	Auslegung eines Staatsvertrags	226
3.3.2.3	Berücksichtigung internationaler Standards o.ä.	227
3.3.2.4	Lückenfüllung	229
3.3.2.5	Europarechtskonforme Auslegung	230
4.	Schlussbemerkungen.....	233
	Literaturverzeichnis	237

1. Einleitung

1.1 Vorbemerkungen

1.1.1 Aufbau

Die *Globalisierung* betrifft zunehmend die wichtigsten Lebensumstände der Menschen (z.B. die Gesellschaft, die Kultur, die Wirtschaft, die Politik oder die Unterhaltung)¹. Nicht anders verhält es sich mit dem *Recht*, das heutzutage fast nur noch in internationalen Zusammenhängen verstan-

¹ Ein Grund dafür liegt sicherlich in der *technischen Entwicklung*, die gewisse Aspekte der Globalisierung überhaupt erst zulässt; allg.: EBKE, S. 99 ff.

den, erforscht und gelehrt werden kann². Es handelt sich m.E. weniger um einen Modetrend als vielmehr um eine *Notwendigkeit* (gerade in einem Kleinstaat wie der Schweiz)³, die allerdings nicht sämtliche Rechtsgebiete in gleichem Ausmass betrifft.

Der Internationalisierung besonders ausgesetzt ist das *Wirtschaftsrecht* (Gesellschaftsrecht⁴, Finanzmarktrecht, Immaterialgüterrecht etc.)⁵, was wohl kaum überraschen kann. Emotionale und physische Grenzen sind den meisten Wirtschaftsrechtsordnungen gänzlich fremd. Das *schweizerische Wirtschaftsrecht* hat längst eine globale Perspektive entwickelt⁶, wobei – seit einigen Jahren – „*Europa*“ (was immer dies bedeutet) einerseits sowie die *Europäische Union* (EU) andererseits faktisch dominieren⁷.

Heute spielt die EU eine zentrale Rolle für das Recht der Schweiz im Allgemeinen sowie für das Wirtschaftsrecht im Besonderen, und zwar in der Rechtssetzung (ausgeprägt) und in der Rechtsanwendung (weniger). Dies wird – als Beispiel – im Bereich des *Gesellschaftsrechts* ersichtlich. Der vorliegende Beitrag verfolgt ein doppeltes Ziel:

In einem *ersten Teil*⁸ wird das *EU-Gesellschaftsrecht*, das in der Schweiz fast nur am Rande zur Kenntnis genommen wird⁹, in den Grundzügen dargestellt. Das Primärrecht¹⁰ der EU erweist sich als bedeutsam für Unternehmen, die ihren *Sitz ausserhalb der EU* (z.B. in der Schweiz) haben und nichtsdestotrotz in der EU geschäftlich aktiv sein

² Die *Mobilität* insbesondere der jungen Juristen, die beispielsweise einen Teil ihres Studiums im Ausland absolvieren (z.B. den LL.M.: WIEGAND, Rezeption, S. 238 ff.; MAGNUS, S. 538 ff.), fördert diese Tendenz; durch Studienaufenthalte im Ausland werden Konzepte ausländischen Rechts oftmals „in den Köpfen“ rezipiert.

³ KUNZ, Sonderfall, S. 57.

⁴ NOBEL, Globalisierung, S. 736: „Es geht dabei um die internationale Herstellung eines zunehmenden Gleichklanges gesellschaftsrechtlicher Konzepte und Denkfiguren“.

⁵ Vgl. dazu hinten Ziff. 1.2.2.

⁶ Im Vordergrund steht meistens das *Wirtschaftsrecht der USA* als sog. *dominante Rechtsordnung*: KUNZ, Einführung, S. 49 FN 171; allg.: WIEGAND, Rezeption, S. 246 ff.; AEMISEGGER, S. 18 ff.; MAGNUS, S. 535 ff.; HONSELL, S. 39 ff.; SANDROCK, S. 3 ff.; KIENER/LANZ, S. 155 ff.

⁷ Europa und EU stellen *keine Synonyme* dar – diese Darstellung konzentriert sich auf das *Gesellschaftsrecht der EU*, womit einzig ein Teilbereich des sog. Europäischen Gesellschaftsrechts abgedeckt wird.

⁸ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.

⁹ Der Unterzeichner hält die Vorlesung *Europäisches Gesellschaftsrecht* an der Universität Bern.

¹⁰ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.2.1.

möchten¹¹. Das Sekundärrecht¹² der EU gelangt ausserhalb der EU *nicht unmittelbar* zur Anwendung, hat aber eine nicht zu unterschätzende Bedeutung für das schweizerische Gesellschaftsrecht.

In einem *zweiten* Teil¹³ wird aufgezeigt, unter welchen Aspekten das EU-Gesellschaftsrecht das schweizerische Gesellschaftsrecht *beeinflusst* in der Rechtssetzung¹⁴ sowie in der Rechtsanwendung¹⁵. Der von vielen Juristen (m.E. zu Unrecht) unterschätzten Wissenschaftsdisziplin der *Rechtsvergleichung* kommt eine hervorragende Funktion zu¹⁶. Im Verhältnis der Schweiz zur EU werden oft Begriffe verwendet, deren Inhalte (zu) wenig bekannt sind; auf einige *spezifische „EU-Themen“* soll im Hinblick auf das *schweizerische* Gesellschaftsrecht eingegangen werden, nämlich etwa auf die EU-Kompatibilitätsprüfung¹⁷, auf den autonomen Nachvollzug von EU-Recht¹⁸ sowie auf die europarechtskonforme Auslegung¹⁹.

1.1.2 Schweiz und EU

1.1.2.1 Aussenpolitischer Fokus

Der Schweiz (und den meisten Schweizern) ist durchaus bewusst: „Ein Kleiner hat es nicht leicht in einer Welt der Grossen. Dies gilt ebenfalls in der *internationalen Staatengemeinschaft*. Dass die schweizerische Eidgenossenschaft zu den Kleinen gehört, dürfte unbestritten sein“²⁰. Unter diesen Aspekten entspricht es m.E. weniger idealistischen als vielmehr pragmatischen Überzeugungen, ausländische Rechtsentwicklungen zu *beobachten* – ob eine *Anpassung* erfolgt, stellt ein anderes (rechtspolitisches) Thema dar.

Zwischen der Schweiz und der EU besteht seit Jahrzehnten eine „*special relationship*“, deren Zukunft²¹ zwar nicht ganz eindeutig, aber sicherlich nicht hoffnungslos erscheint. Die Schweiz ist zwar *kein*

¹¹ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.2.1.2.

¹² Vgl. dazu hinten Ziff. 2.2.2 sowie Ziff. 2.4.

¹³ Vgl. dazu hinten Ziff. 3.

¹⁴ Vgl. dazu hinten Ziff. 3.2.

¹⁵ Vgl. dazu hinten Ziff. 3.3.

¹⁶ Vgl. dazu hinten Ziff. 1.2.1.

¹⁷ Vgl. dazu hinten Ziff. 3.2.2.4.

¹⁸ Vgl. dazu hinten Ziff. 3.2.2.5.

¹⁹ Vgl. dazu hinten Ziff. 3.3.2.5.

²⁰ KUNZ, Sonderfall, S. 57; Hervorhebung im Original.

²¹ Zur Vergangenheit: COTTIER/LIECHTI, S. 5 ff.

Mitgliedstaat der EU²², doch bestehen vielfältige Rechts- und sonstige Beziehungen²³. Europa bzw. die EU werden in offiziellen Verlautbarungen der letzten Jahre als *Zentrum der schweizerischen Aussenpolitik* verstanden:

Der Bundesrat publizierte am 28. Juni 2006 den (i) sog. *Europabericht 2006* (06.064: BBl 2006 6815 ff.). Dieser Bericht sollte insbesondere eine Grundlage schaffen für die Debatte über die Beziehungen zwischen der Schweiz und der EU aus „interessenpolitischer Optik“²⁴. Der *Europapolitik* kommt sowohl aus wirtschaftlichen als auch aus ideellen Gründen in der Aussenpolitik „erste Priorität“ zu²⁵. Der Europabericht 2006 verweist ausserdem auf *legale Instrumente* einer möglichen Annäherung zwischen der Schweiz und der EU²⁶.

Am 2. September 2009 veröffentlichte der Bundesrat schliesslich den (ii) sog. *Aussenpolitischen Bericht 2009* (09.052: BBl 2009 6291 ff.), der einen „Gesamtüberblick über den heutigen Stand der Schweizer Aussenpolitik“ gab²⁷. Als zentrale aussenpolitische Herausforderung wurde und wird die *beschleunigte Globalisierung* verstanden²⁸. Die schweizerischen Prioritäten „im europäischen Raum“ werden ausdrücklich bestätigt²⁹: „Als *ureuropäisches Land* bleibt die Schweiz aufs Engste mit dem Schicksal Europas verbunden“³⁰.

Schliesslich publizierte der Bundesrat am 17. September 2010 den (iii) sog. *Europabericht 2010* (10.086: BBl 2010 7239 ff.)³¹, in dem die bisherige Linie im Wesentlichen erneut bekräftigt wird. Zwar wird die „Welt“ durchaus zur Kenntnis genommen, doch steht die EU nach wie vor im Vordergrund – als Beispiel: „Im weltweiten Rahmen verschieben sich

²² Ein Beitritt der Schweiz zur EU müsste *obligatorisch Volk und Ständen* zur Abstimmung vorgelegt werden: Art. 140 Abs. 1 lit. b BV.

²³ Vgl. dazu hinten Ziff. 1.1.2.2; kurze Übersicht statt aller: KUNZ, *Instrumente*, S. 78 ff.

²⁴ Europabericht 2006: BBl 2006 6828.

²⁵ Europabericht 2006: BBl 2006 6828.

²⁶ Europabericht 2006: BBl 2006 6830 ff. – erwähnt werden z.B. ein (i) autonomer Nachvollzug von EU-Recht, (ii) bilaterale Abkommen mit der EU, eine (iii) bilaterale Assoziierung mit der EU, eine (iv) multilaterale Kooperation à la EWR, eine (v) Zoll-Union sowie ein (vi) formeller EU-Beitritt.

²⁷ Aussenpolitischer Bericht 2009: BBl 2009 6292.

²⁸ Aussenpolitischer Bericht 2009: BBl 2009 6292.

²⁹ Aussenpolitischer Bericht 2009: BBl 2009 6293; detailliert: a.a.O. 6320 ff. m.w.H.

³⁰ Aussenpolitischer Bericht 2009: BBl 2009 6294; Hervorhebung hinzugefügt – ebenso: a.a.O. 6308.

³¹ Bericht des Bundesrates über die Evaluation der schweizerischen Europapolitik (Europabericht 2010).

die Schwergewichte zugunsten von aufstrebenden Schwellenländern wie China und Indien. Für die Schweiz ist aber weiterhin die Europäische Union die bedeutendste Partnerin³².

1.1.2.2 *Bilateralismus und Rechtsanpassungen*

Das Abkommen über den *Europäischen Wirtschaftsraum* (EWR)³³ hätte verschiedene in der EU geregelte Rechtsmaterien als sog. „*acquis communautaire*“ unmittelbar ins schweizerische Recht eingeführt (beispielsweise das Börsenrecht)³⁴. Nach der *Ablehnung* des EWR durch die Schweiz am 6. Dezember 1992 stellt dieser „Direktimport“ von EU-Recht (vorerst) keine Option mehr dar³⁵; ein allfälliger Beitritt der Schweiz zum EWR, über den seit einiger Zeit wieder diskutiert und spekuliert wird³⁶, würde das EU-Gesellschaftsrecht zur Anwendung bringen, denn das *Gesellschaftsrecht* gehört zum „*acquis*“ des EWR³⁷.

Im Verhältnis der Schweiz zur EU dominiert der sog. *Bilateralismus*, d.h. ein Vertragsnetz mit zurzeit *mehr als 120 Staatsverträgen*, darunter ca. 20 sog. Hauptabkommen (z.B. „Bilaterale I“ mit sieben Abkommen [Personenfreizügigkeit, Technische Handelshemmnisse, Luftverkehr etc.] und „Bilaterale II“ mit neun Abkommen [Schengen, Zinsbesteuerung etc.]) sowie etwa 100 sog. Nebenabkommen³⁸. Eine *faktische Annäherung* der Rechtsordnungen ist festzustellen³⁹. Diese Staatsverträge führen zu einem sog. „*Acquis bilatéral*“⁴⁰. Die *Zukunft des Bilateralismus*, der offiziell weiterhin betont wird⁴¹, scheint m.E. unsicher⁴².

³² Europabericht 2010: BBl 2010 7258.

³³ Allg.: EPINEY/FELDER, S. 425 ff.; JAAG, § 10 Rz. 1008 ff.; zur sog. *EWR-Botschaft*: BBl 1992 IV 1 ff.

³⁴ EU-Recht sowie EWR-Recht sind aber *nicht völlig deckungsgleich*: EPINEY/FELDER, S. 447.

³⁵ Einige Teile des Wirtschaftsrechts wurden nach dem abgelehnten EWR trotzdem „europäisiert“, nämlich etwa das *Versicherungsrecht*: SCHNYDER, Versicherungsrecht, S. 875 ff.

³⁶ Europabericht 2010: BBl 2010 7312 ff.

³⁷ Art. 77 EWR verweist auf den Anhang XXII zum Gesellschaftsrecht, in dem auf gesellschaftsrechtliche EU-Rechtssetzungsinstrumente integral verwiesen wird; vor der EWR-Ablehnung: BAUDENBACHER, S. 598 ff.

³⁸ Ob von einem Hauptabkommen oder von einem Nebenabkommen gesprochen wird, entspricht einem *Werturteil* – aus diesem Grund bestehen keine exakten Zahlen.

³⁹ Generell: KOHLER, Rz. 1 ff.

⁴⁰ Allg.: Integrationsbüro EDA/EVD.

⁴¹ Aussenpolitischer Bericht 2009: BBl 2009 6322.

Die Schweiz wird seitens der EU in jüngster Zeit in zunehmendem Masse mit Forderungen nach der *Übernahme relevanter EU-Vorschriften* als „acquis“ konfrontiert⁴². Der Rat der EU legte beispielsweise am 5. Dezember 2008 einen Entwurf von Schlussfolgerungen zu den Beziehungen zwischen der EU und den EFTA-Ländern (u.a. Schweiz) vor⁴⁴ – in Rz. 31 wird festgehalten: „Der Rat (...) erinnert (...) daran, dass die Teilnahme [z.B. der Schweiz] am Binnenmarkt eine einheitliche und gleichzeitige Anwendung und Auslegung des sich ständig weiter entwickelnden gemeinschaftlichen Besitzstands erfordert“⁴⁵.

In den am 14. Dezember 2010 verabschiedeten Schlussfolgerungen⁴⁶ wurde dieser Aspekt erneut ausdrücklich hervorgehoben (Rz. 49); ausserdem machte der Rat der EU klar, dass der Bilateralismus an seine Grenzen zu stossen droht (Rz. 6 und Rz. 48).

Der Bundesrat erhielt durch die Eidgenössischen Räte bzw. durch parlamentarische Vorstösse den Auftrag⁴⁷, mit der EU die Möglichkeiten und den Nutzen eines sog. *Rahmenabkommens* zu diskutieren⁴⁸. In den Jahren 2006/2007 fanden Sondierungsgespräche statt. Die Zielsetzung eines solchen Rahmenabkommens wäre, das bisherige Funktionieren des bilateralen Wegs zu verbessern und effizienter auszugestalten; ausdrücklich *kein Thema* soll die automatische Übernahme von EU-Recht in der Schweiz sein⁴⁹.

⁴² Europabericht 2010: BBl 2010 7246 („Der bilaterale Weg bleibt gegenwärtig das am besten geeignete Instrument zur Wahrung der schweizerischen Interessen in Europa. Dies könnte sich aber in Zukunft ändern“).

⁴³ Aussenpolitischer Bericht 2009: BBl 2009 6334; Europabericht 2010: BBl 2010 7241 sowie 7244.

⁴⁴ Internet: <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/08/st16/st16651-re01.en08.pdf> (Original: „The Council looks forward to deepening its partnership with Switzerland in several sectors but recalls however that taking part in the internal market requires a homogenous and simultaneous application and interpretation of the constantly evolving *acquis* (...)“; Hervorhebung im Original).

⁴⁵ Hinweis: KUNZ, *Instrumente*, S. 79.

⁴⁶ Internet: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/DE/foraff/118466.pdf.

⁴⁷ Interpellation BARBARA POLLA vom 21. Juni 2002 (02.3374); Postulat PHILIPP STÄHELIN vom 5. Oktober 2005 (05.3564); Interpellation HANS-JÜRGEN FEHR vom 18. März 2009 (09.3172); eine Aufnahme ins *Legislaturprogramm 2007 – 2011* erfolgte durch das Parlament im Juni 2008.

⁴⁸ Jüngst der Europabericht 2010: BBl 2010 7307.

⁴⁹ Antwort des Bundesrats vom 13. Mai 2009 auf die erwähnte Interpellation FEHR: „Die EU hat ihr *Interesse* am Abschluss eines Rahmenabkommens signalisiert. Für die EU sollte dieses einen *Mechanismus* beinhalten, der die *effiziente Übernahme* des sich ständig weiterentwickelnden Besitzstands in die bilateralen Abkommen erlaubt, um

Im Bereich des *Gesellschaftsrechts* besteht *kein Staatsvertrag* der Schweiz mit der EU⁵⁰. Dieser Umstand vergrössert – als Beispiel – bei der aktuellen „grossen“ Aktienrechtsrevision zwar *de iure* den legislativen Spielraum⁵¹, doch *de facto* muss differenziert werden, was im Rahmen dieser Publikation aufgezeigt werden soll. Die Schweiz beschreitet nicht nur, aber auch im Gesellschaftsrecht bereits „seit einigen Jahren verschiedene *juristische Wege nach „Europa“* bzw. in Richtung der Europäischen Union“⁵² und hat in diesem Zusammenhang ein oft übersehenes *System der Berücksichtigung von EU-Recht* entwickelt⁵³.

1.2 Ausgangslage

1.2.1 Rechtsvergleichung

Bei der *Rechtsvergleichung* geht es um einen *übernationalen* Kontext, d.h. im Wesentlichen um „die unter dem Gesichtspunkt der Gleichheit oder Verschiedenheit erfolgte Inbezugsetzung der Lösungen, die ein und dasselbe Problem in verschiedenen Rechtsordnungen gefunden hat“⁵⁴. Diese „*Inbezugsetzung*“ (= Vergleichung) betrifft (i) *inländisches* Recht (z.B. das schweizerische Gesellschaftsrecht)⁵⁵ und (ii) *ausländisches* Recht, wobei für eine Rechtsvergleichung ein „Mehr“ zum Darstellen von Auslandsrechten hinzukommt⁵⁶ – die *Deskription* von ausländischen Rechten⁵⁷ reicht methodisch nicht aus.

eine *einheitliche Rechtsanwendung* zu gewährleisten. Der Bundesrat seinerseits hat sich bisher *noch nicht* über die Opportunität eines Rahmenabkommens geäussert. Er wird ein solches nur dann verhandeln und abschliessen, wenn ein allfällig darin enthaltener *Übernahmemechanismus* im Interesse der *Schweiz* ist“ (Ziff. 6); Hervorhebungen hinzugefügt.

⁵⁰ Vgl. dazu hinten Ziff. 3.2.2.1.

⁵¹ Botschaft zum OR: „Die Schweiz ist *staatsvertraglich nicht* zur Übernahme des einschlägigen Sekundärrechts der Europäischen Gemeinschaft (EG) im Bereich des Gesellschafts- und Rechnungslegungsrechts *verpflichtet*. Der vorliegende Entwurf steht demnach in *keinem Widerspruch* zu etwaigen internationalen Verpflichtungen gegenüber der EG“ (BBl 2008 1630; Hervorhebungen hinzugefügt).

⁵² KUNZ, Sonderfall, S. 57.

⁵³ Vgl. dazu hinten Ziff. 1.2.3.

⁵⁴ KADEN, S. 10; ähnlich: MEIER-HAYOZ, N 356 zu Art. 1 ZGB.

⁵⁵ KUNZ, Minderheitenschutz, § 1 N 308 sowie § 17 N 1 ff.

⁵⁶ KUNZ, Einführung, S. 41.

⁵⁷ Das *ausschliessliche Darstellen* von Auslandsrechten wird als sog. *Länderbericht* bezeichnet; Länderberichte stellen „Auslandrechtskunde“ dar: RUSCH, Rz. 2 ff.

Die Rechtsvergleichung stellt kein Rechtsgebiet dar, sondern eine *Methode*, die zweckfrei funktioniert⁵⁸. Mit der Rechtsvergleichung als einer „*école de vérité*“ wird der „Vorrat an Lösungen“ bereichert⁵⁹. Es geht bei der Rechtsvergleichung nicht um schöngeistige Abgehobenheit, sondern um Praxisorientiertheit⁶⁰ in der Rechtssetzung und in der Rechtsanwendung. M.E. besteht ein Hauptrisiko darin, die Methode *rechtspolitisch* „*vorzuschieben*“ und damit legale „Begründungen“ zu (er-)finden. Der Rechtsvergleichung kommt insbesondere in einem Kleinstaat wie der Schweiz eine grosse Bedeutung zu⁶¹.

Beim *ausländischen Recht* als Referenzgrösse für die Rechtsvergleichung muss – insbesondere aus praktischen Gründen – eine *limitierende Auswahl* getroffen werden. Dies geschieht traditionellerweise durch die Bildung von sog. Rechtskreisen⁶², wobei eine Erosion festgestellt werden kann⁶³; seit einiger Zeit entwickelt sich ein sog. *europäischer Rechtskreis*, zu dem die Schweiz ebenfalls gehört⁶⁴. Für eine (wirtschaftsrechtliche) Rechtsvergleichung geniessen aus schweizerischer Perspektive die Rechtsordnungen der Nachbarstaaten und der USA⁶⁵ sowie generell das EU-Recht klare Präferenz – dies trifft in besonderem Ausmasse zu im *Gesellschaftsrecht*.

⁵⁸ Statt aller: RUSCH, Rz. 5.

⁵⁹ Mit Verweisung auf Zitelmann: ZWEIGERT/KÖTZ, S. 14.

⁶⁰ In diesem Sinne: KUNZ, Einführung, S. 37 sowie S. 42 f.; RUSCH, Rz. 10; u.a. wird die Rechtsvergleichung zur sog. *Europäisierung des Privatrechts* eingesetzt: KADNER, S. 249 f.; allg.: MCGUIRE, S. 163 ff.; NESSLER, S. 1 ff.

⁶¹ Hinweise: KUNZ, Instrumente, S. 34 ff. m.w.H.; zudem: WALTER, Rechtsprechung, S. 91 ff.; PEYER, S. 104 ff.; FURRER, S. 325 f.

⁶² Im Detail: ZWEIGERT/KÖTZ, S. 62 ff.; KUNZ, Einführung, S. 49 ff.; SCHOLLER, S. 373 ff.

⁶³ KADNER, S. 256 f. m.w.H. in FN 29.

⁶⁴ Die beiden traditionellen Rechtskreise – sc. die *deutsche* Rechtsfamilie sowie die *romanische* Rechtsfamilie – sind bereits heute (oder in naher Zukunft) obsolet; die Annäherungen dieser Rechtskreise, und zwar gerade angesichts der EU, machen eine Unterscheidung überflüssig; allg.: SCHOLLER, S. 373 ff.; hierbei steht die Europäisierung des Privatrechts im Vordergrund: KADNER, S. 249; diskutiert wird sogar ein eigentliches *Europäisches Zivilgesetzbuch*: ENGEL, S. 121 ff.; MCGUIRE, S. 163 ff.

⁶⁵ Allg.: HONSELL, S. 39 ff.; KIENER/LANZ, S. 155 ff.; BÖCKLI, S. 9 ff.; das *US-Amerikanische* Recht hat die (frühere) Dominanz des *Deutschen* Rechts gebrochen: SANDROCK, S. 3 ff.; ähnlich in Deutschland: VON HEIN, S. 63 ff.

1.2.2 Globalisierung des Wirtschaftsrechts

Seit dem Ende des Zweiten Weltkriegs erfolgt eine *Globalisierung* des Wirtschaftsrechts⁶⁶ mit weitreichenden Konsequenzen für die Rechtssetzungen und für die Rechtsanwendungen sowie für die Juristengemeinschaft generell. Die meisten Länder interessieren sich durchaus und zunehmend für ausländische Rechtsentwicklungen, wobei *zwei Pole* bestehen. Während in (i) der *Schweiz* die Rechtsvergleichung seit jeher fest verankert erscheint⁶⁷, ist in (ii) den *USA* – zumindest seit einigen Jahren⁶⁸ – eine eigentliche Gegenbewegung zu beobachten⁶⁹; vermehrt wird in den *USA* der Einfluss ausländischen Rechts bekämpft⁷⁰.

Die *andauernde Globalisierung* des Rechts stellt einen *rollenden Prozess* dar, der sämtliche Länder erfasst. Dies trifft z.B. ebenfalls auf *China*⁷¹ zu, das m.E. im 21. Jahrhundert die Rechtsvergleichung dominieren dürfte⁷². Es können Rechtsangleichungen sowie Rechtsvereinheitlichungen festgestellt werden. Das *Gesellschaftsrecht der Schweiz* erweist sich – im Grossen und Ganzen – als durchaus ähnlich⁷³ wie beispielsweise die Ordnungen in Deutschland, in den *USA*, in Finnland, in Australien

⁶⁶ KUNZ, Instrumente, S. 80 ff. m.w.H.; zudem: COTTIER, S. 217 ff.; EBKE, S. 99 ff.

⁶⁷ Hinweise: PEYER, S. 104 ff.; WALTER, Rechtsprechung, S. 91 ff.; KUNZ, Einführung, S. 42 ff.

⁶⁸ Lange Zeit spielte die Rechtsvergleichung eine grosse Rolle in den *USA*: ZWEIGERT/KÖTZ, S. 233 ff.

⁶⁹ Selbst die Richter am *U.S. Federal Supreme Court* sind seit Jahren arg zerstritten; illustrativ ein Referat vom 30. Juli 2010 („A decent Respect to the Opinions of [Human]kind“) von Associate Justice *Ruth Bader Ginsburg*: http://www.supremecourt.gov/publicinfo/speeches/viewspeeches.aspx?Filename=sp_07_30_10.html; es wird eine Vielzahl von Gründen angeführt: STIEFEL/MAXEINER, S. 218 ff.; detailliert: POSNER, S. 347 ff.

⁷⁰ (i) Von einigen „*Think Tanks*“ wird gefordert, *Absetzungsverfahren gegen Richter* durchzuführen, die ausländisches Recht zu berücksichtigen gewillt sind: KUNZ, Instrumente, S. 32 m.w.H.; (ii) im *Bundesstaat Oklahoma* wurde im Sommer 2010 eine *Verfassungsänderung* (sog. „*Save Our State Amendment*“) vorgeschlagen mit folgendem Wortlaut: „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“; selbst in den *USA* wird keine Veränderung zugunsten der Rechtsvergleichung erwartet: STIEFEL/MAXEINER, S. 235 f.; allg.: POSNER, S. 347 ff.

⁷¹ KUNZ, Instrumente, S. 80 FN 369.

⁷² Zum wirtschaftlichen Aufschwung der letzten Jahre und zur künftigen globalen Bedeutung von *China*: *The Economist*, 13. November 2010, 11 („*China buys up the world*“); *China* verfügt z.B. über ein sehr modernes Finanzmarktrecht: PISSLER, S. 73 ff. m.w.H.

⁷³ Detailliert (zum körperschaftsrechtlichen Minderheitenschutz): KUNZ, Minderheitenschutz, § 17 N 7 ff.

oder im Iran. Die wirtschaftsrechtliche Globalisierung erfolgt entweder informell⁷⁴ oder formell⁷⁵.

Eine *wirtschaftsrechtliche Harmonisierung* auf globaler Ebene dürfte in Zukunft unvermeidlich sein, was allenfalls bedauert werden mag⁷⁶, aber trotzdem realistisch erscheint. Der Bundesrat gab jüngst⁷⁷ zu bedenken: „Die Sicherheit und die Wohlfahrt der Schweiz hängen immer mehr von *Entwicklungen im Ausland* ab. Von daher steigt die Notwendigkeit, Aussen- und Innenpolitik aufeinander abzustimmen und Einfluss zu nehmen auf das regionale und internationale Umfeld“⁷⁸. Die *Motive* für solche globalen Angleichungen können durchaus verschieden sein: Erleichterung der Geschäftstätigkeiten⁷⁹, Vereinfachung für Finanzierungsmöglichkeiten⁸⁰, Verhinderung eines „Wettrennens“ der Landesrechte⁸¹ etc.

Weniger auf staatlicher Ebene als vielmehr auf *private Initiative* gehen verschiedene Rechtsharmonisierungsbestrebungen zurück. Im Bereich des Wirtschafts(privat)rechts kommt seit langer Zeit den Aktivitäten von UNIDROIT bzw. des „International Institute for the Unification of Private Law“⁸² besondere Bedeutung zu – z.B. entstehen in diesem Zusammenhang immer wieder sog. *Mustergesetze* oder sog. *Prinzipien* in wirtschaftsrechtlichen Bereichen; hierbei steht das Vertragsrecht und nicht das

⁷⁴ Zu erwähnen sind etwa die Rezeption „in den Köpfen“ einerseits sowie die *Eklektik* aus dem Ausland andererseits: Vgl. dazu hinten Ziff. 3.2.2.2.

⁷⁵ Beispiele: Rechtsvereinheitlichungen basierend (i) auf *EU-Verordnungen* (vgl. dazu hinten Ziff. 2.1.2.2) sowie (ii) das sog. *UN-Kaufrecht* (CISG).

⁷⁶ M.E. abzulehnen ist indes eine *legislative Gleichmacherei*, die mögliche *Wettbewerbsvorteile der Schweiz* („Swiss Finishes“) a priori negieren würde; die Schweiz scheint allerdings vor einem solchen Wettbewerb bewusst zurückzuschrecken: Vgl. dazu hinten Ziff. 2.3.3.

⁷⁷ Vgl. dazu vorne Ziff. 1.1.2.1.

⁷⁸ Aussenpolitischer Bericht 2009: BBl 2009 6305; Hervorhebung hinzugefügt.

⁷⁹ Beispiele: Gründungen von *Tochtergesellschaften im Ausland* durch internationale Konzerne; geschäftliche Aktivitäten sozusagen „vor Ort“.

⁸⁰ International tätige Kapitalgeber sind bei ihren Investments oft daran interessiert, dass sie die *Anlageformen kennen* bzw. wissen, worauf sie sich einlassen.

⁸¹ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.3.3.

⁸² Internet: www.unidroit.org; UNIDROIT wurde in Rom im *Jahre 1926* aufgrund eines Beschlusses des Völkerbunds gegründet – nachdem Italien im Jahre 1940 aus dem Völkerbund austrat, löste sich UNIDROIT und wurde zu einer selbständigen *internationalen Organisation*, die heute von 63 Mitgliedstaaten getragen wird; die *Schweiz* wurde Mitglied am 20. April 1940.

Gesellschaftsrecht im Vordergrund⁸³. Bis anhin hat sich UNIDROIT nicht mit gesellschaftsrechtlichen Themen befasst.

1.2.3 Übersicht zu den Instrumenten einer EU-Annäherung

1.2.3.1 *Rechtssetzung*

Im schweizerischen Recht gibt es verschiedene Methoden bzw. Instrumente im Bereich der *Rechtssetzung*, durch die sichergestellt werden soll, dass ausländisches Recht im *legislativen* Prozess berücksichtigt wird. Es besteht allerdings *keine Pflicht* des Rechtssetzers. Die Vorgehensweisen sind mehr pragmatisch als dogmatisch. Die meisten Instrumente beziehen im Prinzip sämtliche Rechtsordnungen des Auslands ein, doch bestehen zudem einige *EU-spezifische Instrumente* – als Übersicht:

Betreffend die EU bzw. das EU-Recht stehen im Vordergrund (i) die *Kompatibilitätsprüfung* zum Recht der EU⁸⁴ sowie (ii) der *autonome Nachvollzug* von EU-Recht⁸⁵; weitere legislative Instrumente, die sich nicht allein, aber ebenfalls auf EU-Recht beziehen, sind (iii) Staatsverträge⁸⁶, (iv) Pressionen („Druck“) aus dem Ausland⁸⁷, (v) eklektische Anregungen⁸⁸ („Abkupferungen“) sowie (vi) internationale Standards⁸⁹.

1.2.3.2 *Rechtsanwendung*

Das schweizerische Recht kennt verschiedene Methoden bzw. Instrumente im Bereich der *Rechtsanwendung*, durch die bei der *Auslegung* generell-abstrakter Regelungen durch Gerichte oder durch Behörden ausländisches Recht berücksichtigt wird. Je nach in Frage stehendem legislativem Instrument hat der Rechtsanwender sogar eine *Pflicht* zur Berücksichtigung. Die Instrumente ziehen zwar im Grundsatz sämtliche Rechtsordnungen des Auslands heran, doch gibt es einige *EU-spezifische Instrumente* – als Übersicht:

⁸³ Aus dem UNIDROIT Annual Report – 2009: (i) Model Law on *Leasing* (S. 7 sowie S. 14 f.) sowie (ii) Principles of *Commercial Contracts* (S. 7 sowie S. 15 ff.).

⁸⁴ Vgl. dazu hinten Ziff. 3.2.2.4.

⁸⁵ Vgl. dazu hinten Ziff. 3.2.2.5.

⁸⁶ Vgl. dazu hinten Ziff. 3.2.2.1.

⁸⁷ Vgl. dazu hinten Ziff. 3.2.2.2.

⁸⁸ Vgl. dazu hinten Ziff. 3.2.2.2.

⁸⁹ Vgl. dazu hinten Ziff. 3.2.2.3.

Betreffend die EU bzw. das EU-Recht stehen im Vordergrund (i) die *staatsvertragliche* Auslegung bzw. die völkerrechtskonforme Interpretation (nämlich beim Vorliegen von EU-Staatsverträgen)⁹⁰ sowie – heute noch selten – (ii) die *europarechtskonforme* Auslegung⁹¹; weitere Methoden der Rechtsanwendung, die über das EU-Recht hinausgehen, sind – nebst der allgemeinen Frage nach (iii) einem rechtsvergleichenden Auslegungselement⁹² – etwa (iv) die Lückenfüllung⁹³ sowie (v) die Berücksichtigung internationaler Standards⁹⁴.

2. Gesellschaftsrecht der EU

2.1 Einführung

Nach den schrecklichen Erfahrungen mit *zwei Weltkriegen*, durch die weite Teile von Europa betroffen waren, werden seit den 1950er Jahren zahlreiche Versuche zu einer umfassenden sog. *europäischen Integration* unternommen. Der Prozess verläuft mehr oder weniger rollend und ist nach wie vor nicht abgeschlossen. Mit „*Maastricht*“ (1992) und insbesondere jüngst mit „*Lissabon*“ (2009)⁹⁵ wurden die wichtigsten Bausteine der heutigen Europäischen Union mit zurzeit 27 Mitgliedstaaten gelegt. Zentraler Gedanke der Integration ist die Schaffung eines sog. *einheitlichen Binnenmarktes* für sämtliche Wirtschaftsbereiche⁹⁶.

Seit längerer Zeit kann von einer *Europäisierung des Gesellschaftsrechts* gesprochen werden⁹⁷. Wie kaum ein anderer Teil der Privatrechte der einzelnen EU-Mitgliedstaaten werden nämlich deren Gesellschaftsrechte durch europäisches *Sekundärrecht*⁹⁸ – und zwar primär durch die EU-Richtlinien sowie durch die Rechtsprechung des Europäischen Ge-

⁹⁰ Vgl. dazu hinten Ziff. 3.3.2.2.

⁹¹ Vgl. dazu hinten Ziff. 3.3.2.5.

⁹² Vgl. dazu hinten Ziff. 3.3.2.1.

⁹³ Vgl. dazu hinten Ziff. 3.3.2.4.

⁹⁴ Vgl. dazu hinten Ziff. 3.3.2.3.

⁹⁵ Der *Vertrag von Lissabon* trat am 1. Dezember 2009 in Kraft und brachte einige grundlegende Veränderungen für die EU mit sich: FISCHER, S. 21 ff.; JAAG, § 38; der Vertrag über die Europäische Gemeinschaft (EGV) wurde ersetzt durch den sog. *Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union* (AEUV).

⁹⁶ *Wirtschaftliche Basis sind vier Grundfreiheiten*: Vgl. dazu hinten Ziff. 2.2.1.1.; generell zum Binnenmarkt: TEICHMANN, S. 25 ff.

⁹⁷ Statt aller: NOBEL, Aktienrecht, Kapitel 2 Rz. 1 ff.; SCHWARZ, Rz. 1 ff.

⁹⁸ HABERSACK, § 1 Rz. 1.

richtshofs (EuGH)⁹⁹ dazu – beeinflusst. Obwohl es zurzeit (noch) *kein* „*Europäisches Obligationenrecht*“ gibt, besteht in weiten Teilen ein *harmonisiertes* Gesellschaftsrecht¹⁰⁰. Die aktuellen Tendenzen der Europäischen Privatrechtsvereinheitlichung betreffen verschiedene Themen des Obligationenrechts (z.B. Verträge sowie Delikte).

Die gesellschaftsrechtliche Harmonisierung innerhalb der EU (bzw. generell in Europa) fand und findet weiterhin in erster Linie im Bereich des *Körperschaftsrechts* statt¹⁰¹, und zwar insbesondere in Bezug auf die grenzüberschreitend tätigen Grossunternehmungen – meist in der Form als *Aktiengesellschaft* (AG) gegründet und betrieben¹⁰² – und weniger bei kleineren, national aktiven Unternehmungen, die oftmals die Rechtsform einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) aufweisen¹⁰³; das *Personengesellschaftsrecht* erfährt auf EU-Ebene bloss eine geringe Harmonisierung¹⁰⁴.

Das EU-Gesellschaftsrecht umfasst einerseits *Rechtsangleichungen* (insbesondere durch zahlreiche gesellschaftsrechtliche EU-Richtlinien)¹⁰⁵ sowie andererseits *Rechtsvereinheitlichungen* (v.a. durch einige gesellschaftsrechtliche EU-Verordnungen, die supranationale Gesellschaftsformen begründen)¹⁰⁶. Das Gesellschaftsrecht der EU stellt im Einzelnen ein *äusserst umfangreiches* Rechtsgebiet dar, das im Rahmen dieses Beitrags nicht im Detail, sondern einzig in einer kursorischen *Übersicht* dargestellt

⁹⁹ Zum EuGH: HERDEGEN, § 9.

¹⁰⁰ Diese Harmonisierung erfolgte in verschiedenen *Entwicklungsstufen*: Vgl. dazu hinten Ziff. 2.5; im Detail: BEHRENS, *Modernisierung*, S. 149 ff., v.a. S. 152 f.

¹⁰¹ Ehemals war eine kapitalgesellschaftsrechtliche Komplettharmonisierung geplant, doch ist die EU von dieser Maximalzielsetzung längst abgerückt: BEHRENS, *Modernisierung*, S. 150.

¹⁰² (i) Ein ursprüngliches Ziel der gesellschaftsrechtlichen Harmonisierung in der EU lag denn auch in einer *Vereinheitlichung des Aktienrechts*: HABERSACK, § 4 Rz. 5; WELLER, Rz. 40; (ii) ein weiteres Ziel bestand darin, die gesellschaftsrechtliche Publizität innerhalb der EU sicherzustellen (a.a.O. § 4 N 6) – beide Ziele wurden nur, aber immerhin *teilweise* erreicht.

¹⁰³ WITT, S. 873.

¹⁰⁴ Hinsichtlich der Gesellschaftsform der *EWIV* (vgl. dazu hinten Ziff. 2.4.1) bestimmen die Mitgliedstaaten, ob dieser Gesellschaftsform Rechtspersönlichkeit zukommt oder nicht (Art. 3 VO-EWIV) – z.B. in *Deutschland* ist die *EWIV* eine *Personengesellschaft* nach nationalem Recht; nichtsdestotrotz gilt das Prinzip der Fremddorganschaft (Art. 16 Abs. 1 VO-EWIV sowie Art. 19 VO-EWIV).

¹⁰⁵ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.2.2.2 sowie Ziff. 2.4.2.

¹⁰⁶ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.2.2.2 sowie Ziff. 2.4.1.

werden kann¹⁰⁷. Das Schwergewicht liegt auf den Regelungsbereichen, die für die Schweiz bedeutsam sind.

2.2 EU-Rechtsquellen

2.2.1 Primärrecht

2.2.1.1 Grundverständnis

Zum sog. *Primärrecht* der EU¹⁰⁸ gehören insbesondere die durch die Mitgliedstaaten ausgehandelten Verträge (z.B. der AEUV)¹⁰⁹. Auf dieser Basis sollen im Hinblick auf den einheitlichen Binnenmarkt vier *Grundfreiheiten* sichergestellt werden¹¹⁰, nämlich die (i) sog. Warenverkehrsfreiheit, die (ii) sog. Dienstleistungsverkehrsfreiheit, die (iii) sog. Personenverkehrsfreiheit bzw. die Niederlassungsfreiheit¹¹¹ sowie die (iv) sog. Kapitalverkehrsfreiheit¹¹² – für das EU-Gesellschaftsrecht interessieren die letzten beiden Grundfreiheiten¹¹³.

Die *Niederlassungsfreiheit* lautet wie folgt: „Die Beschränkungen der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats sind nach Massgabe der folgenden Bestimmungen verboten. Das Gleiche gilt für Beschränkungen der Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften durch Angehörige eines Mitgliedstaats, die im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats ansässig sind“ (Art. 49 Abs. 1 AEUV)¹¹⁴. Diese Frei-

¹⁰⁷ Übersichten zum EU-Gesellschaftsrecht: HABERSACK, § 5 – § 13; NESSLER, S. 2 ff.

¹⁰⁸ Generell zur *Auslegungsmethodik* von EU-Recht: HAHN, S. 163 ff.; HAGER, S. 249 ff.

¹⁰⁹ Nebst den Gründungsverträgen gehören zum Primärrecht z.B. ebenfalls *allgemeine Rechtsgrundsätze* (Treu und Glauben etc.) sowie *Grundrechte*.

¹¹⁰ Übersicht: HERDEGEN, § 14.

¹¹¹ Statt aller: HABERSACK, § 3 Rz. 1 ff.; EGO, S. 60 ff.; JESTÄDT, S. 31 ff.; HERDEGEN, § 16 N 22 ff.; BEHRENS, Niederlassungsfreiheit, S. 68 ff.; die *Personenverkehrsfreiheit* bzw. die *Personenfreizügigkeit* (Art. 21 AEUV) kennt spezifische Ausgestaltungen – zu erwähnen sind insbesondere die (i) *Arbeitnehmerfreizügigkeit* (Art. 45 AEUV) sowie die (ii) *Niederlassungsfreiheit* in der EU (Art. 49 AEUV).

¹¹² Hinweise: HABERSACK, § 3 Rz. 28 ff.; KEMMERER, S. 17 ff.; HERDEGEN, § 18; ZÄCH/WEBER, S. 405 ff.; die Kapitalverkehrsfreiheit umfasst ebenfalls die Freiheit des Zahlungsverkehrs (Art. 64 AEUV).

¹¹³ Im Detail: HABERSACK, § 3.

¹¹⁴ Unter früherem Recht: MÜLBERT/SCHMOLKE, S. 233 ff.

heit gelangt bei natürlichen Personen sowie bei juristischen Personen (z.B. bei Körperschaften)¹¹⁵ zur Anwendung.

Den Mitgliedstaaten wird somit prinzipiell verboten, Gesellschaften bei der *originären Sitzwahl* oder bei der (späteren) *Sitzverlegung* in ihr jeweiliges Hoheitsgebiet zu behindern. Beim „Sitz“ wird zwischen tatsächlichem Sitz und rechtlichem Sitz differenziert; der *tatsächliche Sitz* kann nach Belieben verlegt werden¹¹⁶. Der EuGH (Art. 258 ff. AEUV) hat mit verschiedenen Urteilen (z.B. „Daily Mail“, „Centros“ oder „Überseering“)¹¹⁷ zur Niederlassungsfreiheit insbesondere bei Zuzugskonstellationen¹¹⁸ die Wahlfreiheit etabliert¹¹⁹.

Die *Kapitalverkehrsfreiheit*, die nicht nur innerhalb der EU, sondern ebenfalls für Drittstaaten gilt¹²⁰, lautet wie folgt: „Im Rahmen der Bestimmungen dieses Kapitels sind alle Beschränkungen des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern verboten“ (Art. 63 Abs. 1 AEUV)¹²¹. Unter Kapitalverkehr wird die *Freiheit zum Investieren* in eine Gesellschaft¹²² verstanden – sei es als Direktinvestition oder als Portfolioinvestition. Der EuGH hat insbesondere eine umfassende sog. „Golden Shares“-Rechtsprechung¹²³ entwickelt. Die Kapitalverkehrsfreiheit stellt hingegen

¹¹⁵ (i) *Art. 49 Abs. 2 AEUV*: „Vorbehaltlich des Kapitels über den Kapitalverkehr umfasst die Niederlassungsfreiheit (...) die Gründung und Leitung von Unternehmen, insbesondere von Gesellschaften (...)“; zudem (ii) *Art. 54 Abs. 1 AEUV*: „Für die Anwendung dieses Kapitels stehen die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaften, die ihren satzungsmässigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Union haben, den natürlichen Personen gleich, die Angehörige der Mitgliedstaaten sind“.

¹¹⁶ Beim *rechtlichen Sitz* wurde dies vom EuGH (noch) nicht bestätigt – bis heute wurde *keine Sitzverlegungsrichtlinie* der EU erlassen: Vgl. dazu hinten Ziff. 2.5.3.

¹¹⁷ HABERSACK, § 3 Rz. 11 ff.; zudem: MÜLBERT/SCHMOLKE, S. 238 ff.; JESTÄDT, S. 31 ff.; EGO, S. 82 ff. (detaillierte Rechtsprechungsübersicht).

¹¹⁸ Zu Wegzugskonstellationen: HABERSACK, § 3 Rz. 11 m.w.H.

¹¹⁹ Statt aller: WITT, S. 872 f. m.w.H.; WELLER, Rz. 3 ff.

¹²⁰ Allg.: KEMMERER, S. 79 ff.; vgl. dazu hinten Ziff. 2.2.1.2.

¹²¹ Detailliert: WELLER, Rz. 15 ff. m.w.H.

¹²² Es spielt keine Rolle, ob es sich um eine *Personengesellschaft* oder um eine *Kapitalgesellschaft* handelt.

¹²³ Zu den sog. „*Goldenen Aktien*“, die dem *Staat* eine Privilegierung beim Stimmrecht in meist strategisch wichtigen oder mindestens als staatliche Identifikationsobjekte empfundenen Gesellschaften einräumen (wollen), hat sich der EuGH in den letzten Jahren immer wieder im Sinne eines *umfassenden Diskriminierungs- und Beschränkungsverbots* geäußert: WELLER, Rz. 17.

nicht sicher, dass die geschäftliche Tätigkeit *bewilligungsfrei* ausgeübt werden kann¹²⁴.

2.2.1.2 Rechtslagen für Drittstaaten

Die *Niederlassungsfreiheit* gilt ausschliesslich zwischen den EU-Mitgliedstaaten. Die *Schweiz* ist im Verhältnis zur EU (und ebenfalls zum EWR) ein *Drittstaat*, so dass sich insbesondere schweizerische Gesellschaften nicht auf diese Grundfreiheit der EU berufen können. Betreffend das *Gesellschaftsrecht* besteht *kein Abkommen* zwischen der EU und der Schweiz¹²⁵. Das bestehende sog. Freizügigkeitsabkommen¹²⁶ gelangt ausschliesslich bei natürlichen Personen und nicht bei juristischen Personen zur Anwendung¹²⁷.

Anders verhält es sich bei der *Kapitalverkehrsfreiheit*. Beschränkungen dieser Grundfreiheit sind nicht nur unzulässig im Verhältnis der Mitgliedstaaten untereinander, sondern zusätzlich „zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern“ (Art. 63 Abs. 1 AEUV), d.h. dieser Grundfreiheit kommt eine sog. „*erga omnes*“-Wirkung zu, und zwar sogar *ohne Gegenrechtsvorbehalt* der EU¹²⁸; oder anders ausgedrückt: „Der Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit reicht, was dessen grenzüberschreitendes Moment betrifft, über den der übrigen Grundfreiheiten hinaus“¹²⁹.

Folglich dürfen – beispielsweise schweizerische – Gesellschaften durch die nationalen Rechtsordnungen der EU-Mitgliedstaaten nicht (in unzulässiger Weise) daran gehindert werden, sich an Unternehmungen im EU-Raum zu beteiligen¹³⁰. Dieses Prinzip bzw. die *erga omnes*-Wirkung wird indes *relativiert* durch die strenge Praxis des EuGH, die faktisch zu einer Hierarchisierung der Grundfreiheiten führt¹³¹.

¹²⁴ Urteil des EuGH vom 3. Oktober 2006 – C-452/04 („Fidium Finanz“).

¹²⁵ Hinweise: BEHRENS, Niederlassungsfreiheit, S. 72 sowie S. 98 f.

¹²⁶ Freizügigkeitsabkommen vom 21. Juni 1999: SR 0.142.112.681.

¹²⁷ Art. 1 Freizügigkeitsabkommen spricht explizit von „Staatsangehörigen“; eine mit Art. 54 AEUV vergleichbare Regelung (sc. Gleichstellung zwischen natürlichen und juristischen Personen) fehlt; gl.M.: BEHRENS, Niederlassungsfreiheit, S. 72; Art. 31 EWR sowie Art. 34 EWR, die für die Schweiz nicht gelten, sehen für *Gesellschaften aus EWR-Staaten* ebenfalls eine Niederlassungsfreiheit im Raum der EU vor.

¹²⁸ Dies war nicht immer der Fall: ZÄCH/WEBER, S. 413.

¹²⁹ KEMMERER, S. 79.

¹³⁰ Bei dieser Regelung geht es natürlich nicht um Altruismus der EU, sondern darum, die *Finanzierungsmöglichkeiten* für in der EU registrierte Gesellschaften zu *erleichtern*.

¹³¹ Allg.: OESTERHELT, S. 256 ff.

2.2.2 Sekundärrecht

2.2.2.1 Grundverständnis

Das sog. *Sekundärrecht* der EU, das generell-abstrakte Regelungen enthält, setzt das Primärrecht¹³² der EU um: „Für die Verwirklichung des Ziels des Binnenmarkts (...) spielt die Angleichung innerstaatlicher Rechtsvorschriften (Harmonisierung, Koordinierung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften) eine wesentliche Rolle“¹³³. Das Primärrecht geht dem Sekundärrecht vor, wobei ebenfalls *Hierarchiestufen* innerhalb des sekundären Gemeinschaftsrechts bestehen (z.B. gehen die Grundregeln den Durchführungsbestimmungen vor)¹³⁴.

Für das *EU-Gesellschaftsrecht* stehen im Bereich des EU-Primärrechts (i) die Niederlassungsfreiheit sowie (ii) die Kapitalverkehrsfreiheit – und die Rechtsprechung des EuGH dazu – im Vordergrund¹³⁵. Das gesellschaftsrechtliche EU-Sekundärrecht umfasst eine Vielzahl von Richtlinien¹³⁶ sowie einige Verordnungen¹³⁷. Ohne Zweifel findet sich die *gewichtigste Rechtsquelle* des *Gesellschaftsrechts der EU* im Sekundärrecht.

2.2.2.2 Rechtsquellen

Zum Sekundärrecht gehören gemäss *Art. 288 AEUV* im Wesentlichen die (i) Richtlinien¹³⁸, die (ii) Verordnungen¹³⁹ sowie die (iii) Empfehlungen¹⁴⁰. Das *EU-Gesellschaftsrecht* speist sich aus allen drei Rechtsquellen (zuzüglich der vielfältigen Rechtsprechung des EuGH), und zwar insbesondere aus den *EU-Richtlinien* und etwas weniger aus den EU-Verordnungen – ausserdem bestehen einige gesellschaftsrechtliche Empfehlungen. Das EU-Gesellschaftsrecht ist prinzipiell *nicht anwendbar* auf Drittstaaten (z.B. auf die Schweiz).

¹³² Vgl. dazu vorne Ziff. 2.2.1.

¹³³ HERDEGEN, § 19 Rz. 1.

¹³⁴ Hinweise: JAAG, § 20 Rz. 2003.

¹³⁵ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.2.1.1.

¹³⁶ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.4.2.

¹³⁷ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.4.1.

¹³⁸ HABERSACK, § 3 Rz. 42 ff.

¹³⁹ HABERSACK, § 3 Rz. 58 f.

¹⁴⁰ HABERSACK, § 3 Rz. 60.

Die EU-Verordnungen sind direkt anwendbares EU-Recht für die Rechtsunterworfenen in den Mitgliedstaaten der EU (Art. 288 Abs. 2 AEUV), so dass eine eigentliche Rechtsvereinheitlichung erfolgt. Die EU-Richtlinien gelten zwar nicht unmittelbar, sind aber verbindlich für die Mitgliedstaaten (Art. 288 Abs. 3 AEUV), die sie im nationalen Recht umzusetzen haben¹⁴¹ – hinsichtlich der Form und der Mittel sind die Mitgliedstaaten im Prinzip frei, soweit sie die von der Richtlinie vorgegebenen Ziele erreichen. Überhaupt nicht rechtlich verbindlich sind schliesslich die EU-Empfehlungen (Art. 288 Abs. 5 AEUV).

2.3 Grundsätze der EU-Rechtssetzung

2.3.1 Erlasskompetenz

Die EU-Mitgliedstaaten haben in bestimmten (Rechts-)Bereichen einen Teil ihrer Hoheitsrechte auf die EU *übertragen* – sog. *Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung*, d.h. es besteht zugunsten der EU keine generelle legislative Ermächtigung, sondern nur, aber immerhin, soweit die EU-Verträge diese Möglichkeit explizit¹⁴² vorsehen¹⁴³. Zielsetzung ist eine *Harmonisierung*. Dies trifft insbesondere im Bereich des *Gesellschaftsrechts* zu gemäss Art. 50 AEUV, und zwar in relativ breitem Umfang für (i) die Richtlinien der EU¹⁴⁴:

„(1) Das Europäische Parlament und der Rat erlassen gemäss dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses Richtlinien zur Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit für eine bestimmte Tätigkeit. (2) (g) [Sie koordinieren die] Schutzbestimmungen (...), die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 54 Absatz 2 [AEUV] im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten“.

¹⁴¹ Unter bestimmten Voraussetzungen (z.B. fehlende Umsetzung der Richtlinie, die inhaltlich die Verleihung von Rechten an Einzelne beabsichtigt; zudem muss der Rechtsinhalt bestimmbar sein) entsteht nichtsdestotrotz ein *Klageanspruch des Bürgers*: EuGH vom 19. November 1991 Rs. C-6/90 und C-9/90.

¹⁴² Zur begrenzten Möglichkeit von sog. *implied powers*: HERDEGEN, § 8 Rz. 61 f.

¹⁴³ Statt aller: HABERSACK, § 3 Rz. 34 ff.; HERDEGEN, § 8 Rz. 59 ff. („Ohne vertragliche Einwilligung der Mitgliedstaaten kann die Union nicht von sich aus neue Kompetenzen an sich ziehen“: a.a.O. Rz. 59); zudem: SCHWARZ, Rz. 190 ff.

¹⁴⁴ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.4.2; EU-Richtlinien = *Rechtsanpassungen*.

Diese vertragliche Rechtsgrundlage der EU reicht hingegen nicht für (ii) die Verordnungen der EU¹⁴⁵ im *Gesellschaftsrecht* und damit für *supranationale* gesellschaftsrechtliche Regelungen (insbesondere für die supranationalen Rechtsformen). Die Verordnungskompetenz wird auf eine Globalermächtigung abgestützt, und zwar auf *Art. 352 AEUV*:

„(1) Erscheint ein Tätigwerden der Union im Rahmen der in den Verträgen festgelegten Politikbereiche erforderlich, um eines der Ziele der Verträge zu verwirklichen, und sind in den Verträgen die hierfür erforderlichen Befugnisse nicht vorgesehen, so erlässt der Rat einstimmig auf Vorschlag der Kommission und nach Zustimmung des Europäischen Parlaments die geeigneten Vorschriften [z.B. EU-VO]. Werden diese Vorschriften vom Rat gemäss einem besonderen Gesetzgebungsverfahren erlassen, so beschliesst er ebenfalls einstimmig auf Vorschlag der Kommission und nach Zustimmung des Europäischen Parlaments“.

2.3.2 Subsidiaritätsprinzip sowie Mehrstaatenerfordernis

Selbst eine Erlasskompetenz¹⁴⁶ führt nicht automatisch zu einer EU-Regelung. Die Rechtssetzung der EU basiert ausserdem u.a. auf dem sog. *Subsidiaritätsprinzip*, d.h. die EU legiferiert nur, wenn die Ziele einzig durch eine Gesetzgebung auf Gemeinschaftsebene erreicht werden können¹⁴⁷: „Für die Abgrenzung der Zuständigkeiten der Union gilt der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung. Für die Ausübung der Zuständigkeiten der Union gelten die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismässigkeit“ (Art. 5 Abs. 1 EUV)¹⁴⁸.

Eine weitere prinzipielle Einschränkung der EU-Legiferierungskompetenz – als Ausfluss des Subsidiaritätsprinzips – findet sich schliesslich im sog. *Mehrstaatenerfordernis*; geregelt werden sollen ausschliesslich *trans-*

¹⁴⁵ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.4.1; EU-Verordnungen = *Rechtsvereinheitlichungen*.

¹⁴⁶ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.3.1.

¹⁴⁷ Hinweise:

http://subsidiarity.cor.europa.eu/not_subsi/quoi_subsi/tabid/219/Default.aspx.

¹⁴⁸ Materiell: „(3) Nach dem Subsidiaritätsprinzip wird die Union in den Bereichen, die nicht in ihre ausschliessliche Zuständigkeit fallen, nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Massnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können, sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind. Die Organe der Union wenden das Subsidiaritätsprinzip nach dem Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismässigkeit an. Die nationalen Parlamente achten auf die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips nach dem in jenem Protokoll vorgesehenen Verfahren“ (Art. 5 EUV).

nationale und keine nationalen Aspekte¹⁴⁹. Aus diesem Grund wird beispielsweise der Verordnungsentwurf zur *Societas Privata Europaea* (SPE) kritisiert¹⁵⁰. Gesellschaftsrechtliche (und sonstige) Themen *ausschliesslich innerstaatlicher* Natur unterstützen die Grundfreiheiten¹⁵¹ prinzipiell nicht.

2.3.3 Wettbewerb der Gesellschaftsrechtsordnungen?

Wenn in einem hoheitlichen Gebiet – sei es in einem Bundesstaat wie den USA oder in einem Staatenbund¹⁵² wie der EU – keine Rechtsvereinheitlichung(en), sondern höchstens Rechtsanpassung(en) vorgenommen werden, herrscht zwischen den Gliedstaaten bzw. zwischen den Mitgliedstaaten ein *Standortwettbewerb*. Hinsichtlich der *Attraktivität für „auswärtige“ Gesellschaften* spielen z.B. steuerrechtliche, kotierungsrechtliche oder gesellschaftsrechtliche Aspekte eine wichtige Rolle¹⁵³. Seit Jahrzehnten wird in den USA und ebenfalls in der EU über den *Wettbewerb von Gesellschaftsrechtsordnungen* debattiert¹⁵⁴.

Die durch das EU-Primärrecht und durch die Rechtsprechung des EuGH etablierte *Niederlassungsfreiheit* innerhalb der EU¹⁵⁵ führt zwangsläufig zu einem Wettbewerb der gesellschaftsrechtlichen Ordnungen der EU-Mitgliedstaaten¹⁵⁶ – mindestens im Bereiche der Richtlinien der EU,

¹⁴⁹ Vertrag von „Amsterdam“ – Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismässigkeit: „Folgende Leitlinien sollten bei der Prüfung der Frage, ob die genannte Voraussetzung [betreffend Subsidiarität] erfüllt ist, befolgt werden: Der betreffende Bereich weist transnationale Aspekte auf, die durch Massnahmen der Mitgliedstaaten nicht ausreichend geregelt werden können (...)“ (Ziff. 5); ein Teil der Lehre betrachtet indes das *Mehrstaatenerfordernis als überholt*: CASPER, S. 189 ff. m.w.H.

¹⁵⁰ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.4.1 sowie Ziff. 2.5.2.

¹⁵¹ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.2.1.1.

¹⁵² Die Verträge der EU sind auf eine *supranationale Zusammenarbeit* ausgerichtet.

¹⁵³ Kritiker eines solchen Wettbewerbs sprechen gerne von einem sog. „*race to the bottom*“, der Gesetzgeber und Befürworter von einem sog. „*race to the top*“ – ohne dass es einer Seite je gelungen wäre, empirische Beweise für ihren Standpunkt vorzulegen; in erster Linie handelt es sich um eine *rechtspolitische* Debatte.

¹⁵⁴ Detailliert: KUNZ, Minderheitenschutz, § 6 N 186 ff. (USA) sowie § 6 N 203 ff. (EU); spezifisch zu (i) den USA: GELTER, S. 171 ff.; zur (ii) EU: GELTER, S. 170 ff.; NESSLER, S. 1 ff.; GRUNDMANN, § 5 Rz. 158 ff.; TEICHMANN, S. 330 ff. m.w.H.

¹⁵⁵ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.2.1.1.

¹⁵⁶ Statt aller: WITT, S. 873; HABERSACK, § 3 Rz. 31 ff.

die zu keiner Vereinheitlichung führen. An diesem Standortwettbewerb¹⁵⁷ können nicht nur die EU-Mitgliedstaaten, sondern ebenfalls *Drittstaaten* teilhaben.

Der gesellschaftsrechtliche Wettbewerb ist innerhalb der Schweiz bzw. zwischen den Kantonen seit dem späten 19. Jahrhundert kein Thema (mehr)¹⁵⁸; im *Aussenverhältnis* könnte sich die Schweiz durch sog. „*Swiss Finishes*“ indes durchaus positiv abzugrenzen versuchen, d.h. sie wäre frei, durch eine selbständige Entwicklung des Gesellschaftsrechts einen *Wettbewerbsvorteil* etwa gegenüber den EU-Mitgliedstaaten zu gewinnen. Dass dies nicht geschieht, hat unterschiedliche Gründe – vermutlich wird nicht zuletzt befürchtet, dass (wieder einmal) *Druck aus dem Ausland* und insbesondere aus der EU die Schweiz treffen könnte¹⁵⁹.

Eine eigentliche *gesellschaftsrechtliche Rechtsvereinheitlichung* in der EU oder generell in Europa steht kaum bevor, obwohl diese im Bereich des Körperschaftsrechts ehemals geplant war¹⁶⁰: „Bei aller dem Wettbewerb der Rechtsformen geschuldeten Annäherung der nationalen Gesellschaftsrechte bleibt damit unverkennbar: Die unterschiedlichen Rechtstraditionen und Rechtskulturen in Europa wirken fort“¹⁶¹. Damit steht fest, dass einerseits EU-Mitgliedstaaten und andererseits (erst recht) Drittstaaten im Bereich des Gesellschaftsrechts weiterhin *grosse Gestaltungsfreiheiten* behalten.

¹⁵⁷ Beispiele für diesen Wettbewerb: (i) *Gründungsvorschriften* werden liberalisiert (z.B. Abschaffung des Mindestkapitalerfordernisses); (ii) Erweiterung der *Finanzierungsmöglichkeiten*; (iii) Vergrößerung der *Gestaltungsfreiheiten* der Gesellschafter; (iv) Verbesserung der Durchsetzung von *Verantwortlichkeitsansprüchen* – detailliert: WITT, S. 928 ff. m.w.H.; die Schweiz gerät in diesem Zusammenhang u.a. durch die Nichtzulassung einer „*GmbH & Co. KG*“ ins Hintertreffen (a.a.O. S. 930).

¹⁵⁸ Die *kantonalen* Gesellschaftsrechte wurden gegen Ende des 19. Jahrhunderts auf *Bundesebene* vereinheitlicht, so dass – anders als im Bereich des *Steuerrechts* – ein „race to the bottom“ bzw. ein „race to the top“ a priori ausgeschlossen wurde: Vgl. dazu hinten Ziff. 3.1.

¹⁵⁹ Diese Überlegung bzw. Befürchtung wurde vor *mehr als 20 Jahren* vom *Bundesrat* sogar ausdrücklich hervorgehoben bei der *letzten* „*grossen*“ Aktienrechtsrevision zu Beginn der 1990er Jahre: „Die Aktienrechtsrevision wird im Ausland mit grossem Interesse verfolgt. Wir werden schweizerische Eigenheiten auf die Dauer nur beibehalten können, wenn der politische Gesetzgebungsprozess zu sachlich vertretbaren Lösungen führt und nicht der Eindruck entsteht, die Schweiz wolle Privilegien schaffen oder erhalten, die sie im Wettbewerb gegenüber dem Ausland bevorteilen“ (Amt. Bull. StR 1988 464, BR Kopp).

¹⁶⁰ Zur Zielsetzung einer Komplettharmonisierung: BEHRENS, *Modernisierung*, S. 150.

¹⁶¹ WITT, S. 930 a.E.

2.4 Übersicht

2.4.1 EU-Verordnungen

Es gibt *relativ wenige* gesellschaftsrechtliche¹⁶² EU-Verordnungen¹⁶³. Im Vordergrund des Gesellschaftsrechts der EU stehen die Richtlinien, die den Mitgliedstaaten ein Ermessen bei der Umsetzung belassen (wollen). Die Verordnungen schaffen hingegen rechtsverbindliches Einheitsrecht, das *nicht umgesetzt* werden muss. Das EU-Gesellschaftsrecht sieht im heutigen Zeitpunkt nur, aber immerhin *drei supranationale* Gesellschaftsformen vor¹⁶⁴ – ausserdem befindet sich eine vierte Rechtsform (nämlich die SPE)¹⁶⁵ in Vorbereitung. Die supranationalen Organisationsformen stehen in Konkurrenz mit den nationalen Gesellschaften¹⁶⁶.

Die sog. (i) *Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung* (EWIV)¹⁶⁷ wurde bereits Mitte der 1970er Jahre vorgeschlagen und mittels EU-Verordnung im Jahre 1985 ermöglicht. Die Verordnung der EU belässt den nationalen Rechtssetzern erhebliche Spielräume zur selbständigen Legiferierung. Die EWIV kennt zahlreiche Schranken (z.B. eine Zweckbeschränkung)¹⁶⁸, so dass sie heute in der europäischen Wirtschaftspraxis eine *untergeordnete Rolle* („fast vollständiger Fehlschlag“)¹⁶⁹ spielt.

Die sog. (ii) *Societas Cooperativa Europaea* bzw. SCE („Europäische Genossenschaft“)¹⁷⁰, der Rechtspersönlichkeit zukommt, beruht auf der EU-Verordnung vom 22. Juli 2003 (Nr. 1435/2003)¹⁷¹. Als Genossenschaft ist die SCE demokratischen Strukturen („ein Mitglied, eine Stim-

¹⁶² In einem verwandten Bereich muss die sog. *Standard-Verordnung* zur Anwendung internationaler Rechnungslegungsstandards erwähnt werden: Verordnung (EG) Nr. 1606/2002 vom 19. Juli 2002 (ABl. L 243).

¹⁶³ Statt aller: WELLER, Rz. 62 ff.; MUSTAKI/ENGAMMARE, S. 343 ff.

¹⁶⁴ In Vorbereitung befindet sich zudem eine sog. *European Foundation* („Europäische Stiftung“), wobei deren Zukunft ungewiss sein dürfte; detailliert: JAKOB/STUDEN, S. 61 ff.; zudem: NOBEL/KAEMPF, S. 128.

¹⁶⁵ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.5.2.

¹⁶⁶ Hierzu: HÜGEL, S. 309 (zur SPE).

¹⁶⁷ Übersichten: GRUNDMANN, § 30; KUNZ, Minderheitenschutz, § 1 N 357 f.

¹⁶⁸ Die EWIV darf z.B. keinen Konzern leiten und nicht mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigen; ausserdem kann sie kein Kapital an den Finanzmärkten aufnehmen.

¹⁶⁹ GRUNDMANN, § 30 Rz. 1069; EWIV gibt es immerhin in *Belgien* und *Frankreich* (a.a.O. Rz. 1069).

¹⁷⁰ Zu den Vorarbeiten: GRUNDMANN, § 30 Rz. 1097 ff.; zudem: JUNG, S. 106 FN 10.

¹⁷¹ Die Richtlinie 2003/72/EG vom 22. Juli 2003 ergänzt das SCE-Statut im Hinblick auf die *Mitbestimmung*.

me“)¹⁷² und dem Prinzip der Gewinnverteilung nach Billigkeitsgrundsätzen verpflichtet¹⁷³. Der Hauptzweck der SCE besteht *nicht* darin, *ihre eigenen wirtschaftlichen* Interessen zu fördern, sondern die Interessen ihrer Gesellschafter.

Die sog. (iii) *Societas Europaea* bzw. SE¹⁷⁴ (also sozusagen die „Europäische Aktiengesellschaft“)¹⁷⁵ basiert auf einer Verordnung über das Statut der SE aus dem Jahre 2001, die im Jahre 2004 in Kraft trat¹⁷⁶. Das Statut sieht ein *einheitliches aktienrechtliches* Regime vor¹⁷⁷, wobei die EU einzig die zentralen Regelungsgegenstände (z.B. Gründung¹⁷⁸, Leitungsstrukturen, Hauptversammlung) vorgibt, so dass die Mitgliedstaaten die Ausführungsbestimmungen sowie zusätzliche Regelungen erlassen können¹⁷⁹; somit bilden die für die SE massgeblichen Bestimmungen eine „komplexe Normenpyramide“¹⁸⁰. Die Verabschiedung der Verordnung zur SE setzte u.a. eine Einigung zur *Mitbestimmung* der Arbeitnehmer voraus¹⁸¹.

¹⁷² Das Mindestkapital einer SCE beträgt *Euro 30'000.--*.

¹⁷³ WELLER, Rz. 65 m.w.H.

¹⁷⁴ Einige *bekannte Unternehmungen* in Deutschland sind heute als SE organisiert, nämlich etwa: (i) Allianz, (ii) BASF, (iii) Porsche sowie (iv) Fresenius; Hinweise: KIEM, S. 157 ff.

¹⁷⁵ Übersichten: SCHNYDER, Wendepunkt, S. 569 ff.; BEHRENS, SE, S. 197 ff.; GRUNDMANN, § 29; GÜNTHER, S. 7 ff.; NOBEL, Aktienrecht, Kapitel 3 Rz. 1 ff.

¹⁷⁶ Zur Vorgeschichte: GÜNTHER, S. 7 ff.

¹⁷⁷ Das Mindestkapital einer SE beträgt *Euro 120'000.--*.

¹⁷⁸ Es bestehen *vier* Gründungsvarianten: (i) Gründung durch Fusion; (ii) Gründung als Holding-SE; (iii) Gründung als Tochter-SE; (iv) Gründung durch rechtsformwandelnde Umwandlung; dieser Numerus clausus sollte wohl *erweitert* werden: CASPER, S. 191 ff. spricht sich ausserdem für die Zulässigkeit (v) einer *Bargründung* sowie (vi) einer Gründung durch *Spaltung* aus.

¹⁷⁹ Statt aller: BEHRENS, SE, S. 200 f.

¹⁸⁰ BEHRENS, SE, S. 200; generell zur „Verzahnung“: KIEM, S. 161 ff.

¹⁸¹ Die SE-Verordnung wird durch eine *SE-Mitbestimmungs-Richtlinie* (SERL) aus dem Jahre 2001 *ergänzt*; allg.: SCHNYDER, Wendepunkt, S. 579; der grösste Reformbedarf zur SE wird im Bereich der Mitbestimmung geortet: KIEM, S. 170 ff. sowie S. 179; zur Revisionsdebatte: CASPER, S. 181 ff.; HENSSLER, S. 222 ff. sowie S. 231 ff.

2.4.2 EU-Richtlinien

2.4.2.1 Hinweise

Es gibt *zahlreiche* gesellschaftsrechtliche¹⁸² EU-Richtlinien¹⁸³. Von den Richtlinien bzw. Richtlinienvorschlägen, die teils überarbeitet wurden, sind bisher *16 Richtlinien* in Kraft getreten (und später in die nationalen Gesellschaftsrechte umgesetzt worden). Geregelt werden in erster Linie die *Aktienrechte*. Eine wichtige Zielsetzung der Rechtssetzung besteht darin, das Gesellschaftsrecht sozusagen zu „entschlacken“ (sog. SLIM-Initiative)¹⁸⁴. Die massgeblichen Regelungen finden sich in den jeweiligen nationalstaatlichen Gesetzen. Im Wesentlichen¹⁸⁵ geht es um die folgenden gesellschaftsrechtlichen EU-Richtlinien, wobei die Jahreszahlen das ursprüngliche Erlassdatum darstellen¹⁸⁶:

(i) Publizitätsrichtlinie (ex. 1. Richtlinie: 1968)¹⁸⁷; (ii) Kapitalrichtlinie (2. Richtlinie: 1976)¹⁸⁸; (iii) Nationale Fusionsrichtlinie (3. Richtlinie: 1978); (iv) Bilanzrichtlinie (4. Richtlinie: 1978); (v) Spaltungsrichtlinie (6. Richtlinie: 1982); (vi) Konzernrechnungslegungsrichtlinie (7. Richtlinie: 1983); (vii) Abschlussprüferrichtlinie (ex. 8. Richtlinie: 1984 bzw. 2006); (viii) Internationale Fusionsrichtlinie (ex. 10. Richtlinie: 2005); (ix) Zweigniederlassungsrichtlinie (11. Richtlinie: 1989)¹⁸⁹; (x) Einperso-

¹⁸² Das *EU-Gesellschaftsrecht* ist Teil des umfassenderen *EU-Unternehmensrechts*, zu dem u.a. das (i) Finanzmarktrecht, das (ii) Wettbewerbsrecht und das (iii) Arbeitsrecht gehören: HABERSACK, § 4 Rz. 10; zum Finanzmarktrecht der EU: NOBEL, Finanzmarktrecht, § 5.

¹⁸³ Statt aller: WELLER, Rz. 43 ff.; BEHRENS, Modernisierung, S. 150 ff.; MUSTAKI/ENGAMMARE, S. 105 ff.

¹⁸⁴ BEHRENS, Modernisierung, S. 156 f. m.w.H.

¹⁸⁵ Bereits erwähnt wurde z.B. die SE-Mitbestimmungs-Richtlinie (2001): Vgl. dazu Ziff. 2.4.1; zu den Mängeln der SERL: HENSSLER, S. 231 ff.

¹⁸⁶ Die meisten Richtlinien wurden *in der Zwischenzeit* teils (mehrfach) revidiert und teils aufgehoben bzw. durch neue gesellschaftsrechtliche EU-Richtlinien ersetzt (= ex.).

¹⁸⁷ Themen: Offenlegungen; Gültigkeit von Rechtsgeschäften (Vertretungsmacht); Nichtigkeitsgründe.

¹⁸⁸ Themen: Mindestkapitalerfordernis; Erwerb eigener Aktien; Kapitalerhöhungen und -herabsetzungen; m.E. liegt bei der Frage der *Mindestliberierung* (Erhöhung von 20% auf neu 25% wie in Art. 9 der Kapitalrichtlinie) bloss eine Inspiration und *kein autonomer Nachvollzug* vor: a.M.: FORSTMOSER, Aktienrechtsreform, S. 34 (wobei dies wohl nicht „wörtlich“ gemeint ist).

¹⁸⁹ Die 11. Richtlinie flankiert die ex. 1. Richtlinie bei *unselbständigen* Zweigniederlassungen.

nen-GmbH-Richtlinie (ex. 12. Richtlinie: 1989)¹⁹⁰; (xi) Übernahmerichtlinie (ex. 13. Richtlinie: 2004)¹⁹¹; nunmehr jüngst: (xii) Aktionärsrechte-richtlinie (2007 ohne bisherige Revisionen)¹⁹².

Nicht sämtliche Bereiche des EU-Gesellschaftsrechts standen (und stehen) im Harmonisierungsvordergrund. Verschiedene gesellschaftsrechtliche Themen verbleiben in der originären Kompetenz der Mitgliedstaaten, die ausserdem sowohl bei den EU-Verordnungen als auch bei EU-Richtlinien legislativ tätig sein können (und sollen). Im Wesentlichen geht es beim Richtlinienrecht um zwei Rechtsbereiche, nämlich um das *Rechnungslegungs- und Revisionsrecht* einerseits sowie um das *Umstrukturierungsrecht* andererseits:

Eine sog. *EU-Umstrukturierungsrichtlinie* hat die EU nicht verabschiedet. Doch verschiedene Richtlinien, die ebenfalls die schweizerische Gesetzgebung beeinflusst haben¹⁹³, regeln Teilbereiche zu gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierungen, nämlich die Fusionen sowie die Spaltungen. Bei der 3. Richtlinie geht es um *innerstaatliche* Fusionen¹⁹⁴, und die ex. 10. Richtlinie regelt *grenzüberschreitende* Fusionen¹⁹⁵. Die 6. Richtlinie flankiert die nationale Fusionsrichtlinie, mit der sie unter verschiedenen Aspekten übereinstimmt (z.B. geht es einzig um *innerstaatliche* Spaltungen, und zwar ausschliesslich bei AG)¹⁹⁶.

Kein Bereich des EU-Gesellschaftsrechts wird so stark harmonisiert wie das *Rechnungslegungs- und Revisionsrecht*, und zwar auf allen Stufen (Richtlinien, Empfehlungen und sogar zwei Verordnungen). Die ex. 1. Richtlinie sieht insbesondere die Offenlegung des Jahresabschlusses vor. Kernelemente des *europäischen Bilanzrechts* für sämtliche Kapitalgesellschaften und für die GmbH & Co. KG¹⁹⁷ sind die 4. Richtlinie¹⁹⁸ so-

¹⁹⁰ Diese Richtlinie ist nicht nur bei *Einpersonen-GmbH*, sondern auch bei *Einpersonen-AG* anwendbar.

¹⁹¹ Übersicht: NOBEL, Aktienrecht, Kapitel 4 Rz. 43 ff.

¹⁹² Hierbei handelt es sich um die *jüngste* gesellschaftsrechtliche Richtlinie: Vgl. dazu hinten Ziff. 2.4.2.2.

¹⁹³ Vgl. dazu hinten Ziff. 3.2.2.5.

¹⁹⁴ Dabei geht es ausschliesslich um *Aktiengesellschaften*; allg.: WELLER, Rz. 49 ff.

¹⁹⁵ Hinweise: HABERSACK, § 4 Rz. 32.

¹⁹⁶ Statt aller: WELLER, Rz. 52 ff. m.w.H.

¹⁹⁷ WELLER, Rz. 54.

¹⁹⁸ Die Bilanzrichtlinie sieht *rechtsformunabhängige* Kriterien für unterschiedliche Bilanzierungen vor (z.B. Bilanzsumme und Beschäftigtenzahl) – in der Schweiz gehen die aktuellen Vorschläge für die Revision des Rechnungslegungsrechts in eine ähnliche Richtung; allg. zur Schweiz: FORSTMOSER, Aktienrechtsreform, S. 28 ff.; KUNZ, Auffälligkeiten, S. 561.

wie die 7. Richtlinie¹⁹⁹ – bei Publikumsgesellschaften sind ausserdem zwei spezifische *Verordnungen* zu berücksichtigen²⁰⁰. Die *Abschlussprüfung* wird auf verschiedenen Ebenen reguliert, insbesondere mit der ex. 8. Richtlinie (ehemals: Prüferbefähigungsrichtlinie; nunmehr: Abschlussprüferrichtlinie²⁰¹)²⁰².

2.4.2.2 Aktionärsrechterichtlinie

Die jüngste gesellschaftsrechtliche EU-Richtlinie, nämlich die sog. *Aktionärsrechterichtlinie* (sc. Richtlinie 2007/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates „über die Ausübung bestimmter Rechte von Aktionären in börsennotierten Gesellschaften“) wurde am 11. Juli 2007 verabschiedet. Sie war eine wichtige (und nunmehr erfüllte) Zielsetzung des *Aktionsplans* zum Gesellschaftsrecht aus dem Jahre 2003²⁰³.

Die EU-Aktionärsrechterichtlinie erscheint durchaus bedeutsam für die Schweiz, was mit zwei Beispielen belegt wird. Spätestens seit dem 21. Jahrhundert stellt die (i) *Elektronisierung der GV* ein zentrales Anliegen der Corporate Governance dar; entsprechende legislative Bestrebungen werden ebenfalls von der Aktionärsrechterichtlinie²⁰⁴ und ausserdem vom schweizerischen Gesetzgeber aufgenommen²⁰⁵. In der Schweiz sind heute und vermutlich auch in Zukunft (ii) *GV-Zirkularbeschlüsse unzulässig*,

¹⁹⁹ Auf *Konzerne* ist nicht die 4. Richtlinie, sondern ausschliesslich die 7. Richtlinie anwendbar.

²⁰⁰ (i) Die sog. IAS-Verordnung stammt aus dem *Jahre 2002* (sc. Verordnung [EG] Nr. 1606/2002); weitere Hinweise: WELLER, Rz. 57; HABERSACK, § 8 Rz. 57 ff. m.w.H.; (ii) die Verordnung (EG) Nr. 1126/2008 zur Übernahme bestimmter internationaler Rechnungslegungsstandards gemäss IAS-Verordnung wurde im *Jahre 2008* verabschiedet.

²⁰¹ Hierzu: HABERSACK, § 4 Rz. 31 sowie § 8 Rz. 63 ff.

²⁰² Betreffend die *Abschlussprüfung* hat die EU ausserdem *drei Empfehlungen* verabschiedet, nämlich die (i) Empfehlung 2008/362/EG vom 6. Mai 2008 (sc. Qualitätssicherung bei Abschlussprüfern, die Unternehmen von öffentlichem Interesse prüfen), die (ii) Empfehlung 2002/590/EG vom 16. Mai 2002 (sc. Grundprinzipien zur Unabhängigkeit) sowie die (iii) Empfehlung 2001/256/EG vom 15. November 2000 (sc. Mindestanforderungen an Qualitätssicherungssysteme).

²⁰³ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.5.1.

²⁰⁴ Art. 8 Aktionärsrechterichtlinie (1): „Die Mitgliedstaaten gestatten den Gesellschaften, ihren Aktionären jede Form der Teilnahme an der Hauptversammlung auf elektronischem Weg anzubieten (...)“.

²⁰⁵ Anfangs 2011 erscheint ein Aufsatz des Unterzeichners u.a. zu dieser Thematik in der AJP: „Evolution ins 21. Jahrhundert – : Zukunft der Generalversammlung von Aktiengesellschaften in der Schweiz“.

was m.E. ohnehin keinen Sinn macht²⁰⁶; zudem „verstösst“ diese Regelung ohne Not gegen die EU-Aktionärsrechterichtlinie²⁰⁷.

2.4.3 EU-Empfehlungen

Die sog. *EU-Empfehlungen* sind *nicht rechtsverbindlich*, und zwar weder zum Gesellschaftsrecht noch zu anderen Rechtsbereichen. Insofern unterscheiden sie sich grundlegend einerseits von den Verordnungen der EU, die für jedermann verbindlich sind, und andererseits von den EU-Richtlinien, die sich für die Mitgliedstaaten als rechtsverbindlich erweisen. Die EU verabschiedet Empfehlungen aus unterschiedlichen Motiven – nicht zuletzt kann eine Empfehlung als „*Versuchsballon*“ genutzt werden, um den „*Puls*“ der Mitglieder zu fühlen²⁰⁸.

Zum Gesellschaftsrecht bestehen einige Empfehlungen der EU. Die wesentlichsten gesellschaftsrechtlichen Empfehlungen betreffen *Corporate Governance-Aspekte* bei Gesellschaften²⁰⁹. Im Vordergrund stehen zwei EU-Empfehlungen aus den Jahren 2004/2005²¹⁰, und zwar zu den *Vergütungssystemen* von Exekutivmitgliedern²¹¹ – einer Thematik also, die in der Schweiz ebenfalls äusserst aktuell ist. Diese Empfehlungen²¹² wollen leistungsgerechte Entschädigungen in Publikumsgesellschaften etwa durch *Offenlegung(en)* absichern.

Eine Empfehlung der EU-Kommission vom 5. Juni 2008 äussert sich zur „Beschränkung der zivilrechtlichen Haftung von Abschlussprüfern

²⁰⁶ KUNZ, 20xx, Rz. 140 f.

²⁰⁷ Art. 12 Aktionärsrechterichtlinie: „Die Mitgliedstaaten gestatten den Gesellschaften, ihren Aktionären die Möglichkeit einzuräumen, per Brief vor der Hauptversammlung abzustimmen. Die Abstimmung per Brief darf lediglich solchen Anforderungen oder Beschränkungen unterworfen werden, die zur Feststellung der Identität erforderlich sind, und dies nur in dem Masse, wie sie diesem Zweck angemessen sind“ (Marginale: „Abstimmung per Brief“); zudem: KUNZ, 20xx, Rz. 141.

²⁰⁸ Sollte eine Empfehlung der EU von ihren Mitgliedstaaten ignoriert werden, dürfte das Vorliegen einer entsprechenden Richtlinie (erst recht einer Verordnung) relativ unwahrscheinlich sein.

²⁰⁹ BEHRENS, Modernisierung, S. 167 ff.

²¹⁰ (i) Empfehlung 2004/913/EG der Kommission vom 14. Dezember 2004 und (ii) Empfehlung 2005/162/EG vom 15. Februar 2005; diese beiden Empfehlungen werden nunmehr *ergänzt* durch eine *dritte* gesellschaftsrechtliche Empfehlung, und zwar durch die (iii) Empfehlung 2009/385/EG vom 30. April 2009.

²¹¹ Hinweise: NOBEL/KAEMPF, S. 139 m.w.H.

²¹² Ausserdem gibt es eine Empfehlung der Kommission vom 30. April 2009 (2009/384/EG) zur *Vergütungspolitik* spezifisch im *Finanzdienstleistungssektor*.

und Prüfungsgesellschaften²¹³. Obwohl die im Rahmen der „grossen“ Aktienrechtsrevision²¹⁴ geplante *Haftungsbeschränkung der Revisionsstelle* in der Schweiz systemwidrig ist (und m.E. abgelehnt werden sollte)²¹⁵, erweist sich die geplante schweizerische Neuerung nunmehr durchaus als *EU-kompatibel*. Diese Empfehlung muss im Zusammenhang mit den *harmonisierenden Vorstellungen*²¹⁶ zum Bilanzrecht einerseits sowie zur Abschlussprüfung andererseits gesehen werden.

2.5 Entwicklungen in der EU

2.5.1 Tendenzen

Die Entwicklungen des EU-Gesellschaftsrechts²¹⁷ verliefen über die Jahrzehnte hinweg *äusserst wechselvoll*, wobei an dieser Stelle einzig die jüngste Vergangenheit erwähnt werden kann bzw. soll²¹⁸. Eine sog. *Hochrangige Expertenkommission* zum Gesellschaftsrecht legte am 2. November 2002 einen „Bericht über moderne gesellschaftsrechtliche Rahmenbedingungen in Europa“ vor. Am 21. Mai 2003 folgte ein sog. *Aktionsplan* zur Modernisierung des Gesellschaftsrechts und zur Stärkung der Corporate Governance²¹⁹. In diesem Zusammenhang muss ebenfalls die *SLIM-Initiative* gesehen werden²²⁰.

Es erscheint offensichtlich, dass im Gesellschaftsrecht der EU heute eine *Reformmüdigkeit vorherrscht*, d.h. in den nächsten Jahren kann mit keinen „grossen Würfeln“ zu gesellschaftsrechtlichen Themen gerechnet werden (vorbehaltlich der neuen Rechtsform der SPE)²²¹. Verschiedene gesellschaftsrechtliche Projekte sind zurzeit noch *hängig* und dürften in

²¹³ Eine Haftungslimitierung wird empfohlen ausser bei *Vorsatz* (Ziff. 2), sofern die geprüfte Gesellschaft eine *Konzernobergesellschaft* ist oder über *kotierte* Beteiligungspapiere verfügt (Ziff. 1).

²¹⁴ Vgl. dazu hinten Ziff. 3.1.

²¹⁵ KUNZ, 20xx, Rz. 134 ff.

²¹⁶ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.4.2.1.

²¹⁷ Übersicht zu den gesellschaftsrechtlichen *Entwicklungen* der letzten Jahrzehnte: HABERSACK, § 4 m.w.H.; BEHRENS, Modernisierung, S. 149 ff.

²¹⁸ Aktualitäten: KAEMPF, S. 57 ff.; NOBEL/KAEMPF, S. 127 ff.

²¹⁹ HABERSACK, § 4 Rz. 27 ff.; zu einem positiven Abschluss kam z.B. die *Aktionärsrichtlinie*: Vgl. dazu vorne Ziff. 2.4.2.2; gescheitert hingegen ist etwa die *Konzernrichtlinie*: Vgl. dazu hinten Ziff. 2.5.3.

²²⁰ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.4.2.1.

²²¹ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.5.2.

der Zukunft realisiert werden²²². Andere Vorhaben im EU-Gesellschaftsrecht müssen hingegen im heutigen Zeitpunkt als (vermutlich) *gescheitert* betrachtet werden²²³.

2.5.2 Hängige Projekte

In den letzten Jahren kamen verschiedene *hängige* Projekte im EU-Gesellschaftsrecht zu einem *positiven Ende* – z.B. die beiden supranationalen Gesellschaftsformen²²⁴ der SCE sowie der SE, die Abschlussprüferrichtlinie (anstelle der früheren Prüferbefähigungsrichtlinie)²²⁵, die Internationale Fusionsrichtlinie²²⁶, die Übernahmerrichtlinie²²⁷ sowie die neue Aktionärsrechterichtlinie²²⁸. In den letzten Jahren hingegen kann eine Reformmüdigkeit²²⁹ kaum bestritten werden, was sich auch auf weiterhin pendente Vorhaben auswirken dürfte. Insbesondere erscheint offen, ob die geplante (i) sog. *EU-Sitzverlegungsrichtlinie* realistisch ist²³⁰. Ein anderes gesellschaftsrechtliches Projekt macht hingegen Fortschritte:

Die EU plant eine *supranationale* Gesellschaftsform für kleine und mittlere Unternehmungen (KMU)²³¹. Konkret wird über eine (ii) sog. *Societas Privata Europaea* bzw. SPE („Europäische GmbH“)²³² debattiert; die SPE soll zudem besonders als Konzernunternehmung geeignet sein²³³. Verschiedene Vorlagen stehen zur Diskussion:

Ende Juni 2008 hat die EU-Kommission einen Legislativvorschlag zum Statut einer SPE vorgelegt²³⁴, der inhaltlich *nicht unumstritten* erscheint²³⁵ – bei der SPE in der vorgeschlagenen Form steht etwa in Zwei-

²²² Vgl. dazu hinten Ziff. 2.5.2.

²²³ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.5.3.

²²⁴ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.4.1.

²²⁵ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.4.2.1.

²²⁶ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.4.2.1.

²²⁷ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.4.2.1.

²²⁸ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.4.2.2.

²²⁹ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.5.1.

²³⁰ Hinweise: HABERSACK, § 4 Rz. 2/Rz. 35 ff. m.w.H.

²³¹ Zu den Entwicklungen: GRUNDMANN, § 30 Rz. 1091 ff.; mehr als 99% aller Gesellschaften in der EU sind KMU, doch nur 8% sind grenzüberschreitend tätig: BÜCKER, S. 283 FN 4.

²³² Detailliert: BÜCKER, S. 281 ff.; GRUNDMANN, § 30 Rz. 1091 ff.; JUNG, S. 103 ff.; HÜGEL, S. 309 ff.

²³³ HOMMELHOFF, S. 256 f. m.w.H.

²³⁴ NOBEL/KAEMPF, S. 128 m.w.H. in FN 4.

²³⁵ Zu Fragen der *Unternehmensfinanzierung*: HOMMELHOFF, S. 255 ff.

fel, ob überhaupt die EU regeln soll bzw. darf, weil das Mehrstaatenerfordernis²³⁶ mangelt²³⁷; dieser Vorschlag sieht ein hohes Mass an Gestaltungsfreiheit vor²³⁸. Am 10. März 2009 wurde schliesslich eine legislative Entschliessung des Europäischen Parlaments über das Statut der SPE vorgelegt²³⁹, die gegenüber dem ersten Vorschlag einige Veränderungen mit sich bringt²⁴⁰ – insbesondere wird die Notwendigkeit eines *transnationalen Bezugs* nun (teilweise) doch wieder vorgesehen²⁴¹.

2.5.3 Gescheiterte Projekte

Es besteht meist eine (psychologisch) feine Trennlinie zwischen (noch) „hängig“ und (endgültig) „gescheitert“. Nur, aber immerhin einige gesellschaftsrechtliche Projekte wurden von den EU-Organen formell wieder *zurückgezogen*, andere Vorhaben dürften trotz andauernder Pendenz *niemals verwirklicht* werden. Angesichts der aktuellen Reformmüdigkeit im Gesellschaftsrecht kann kaum mit grösseren Bewegungen gerechnet werden.

Als *gescheitert* zu betrachten sind insbesondere die folgenden Vorschläge für Richtlinien der EU²⁴², nämlich eine (i) *Strukturrichtlinie* (5. Richtlinie)²⁴³ – zwischenzeitlich im Jahre 2001 formell zurückgezogen, wobei mindestens Teilbereiche davon mit der Aktionärsrechterichtlinie²⁴⁴ aufgenommen wurden; eine (ii) *Konzernrechtsrichtlinie* – die konzernrechtliche Rechnungslegung wurde hingegen schon vor langer Zeit geregelt²⁴⁵; eine (iii) *Liquidationsrichtlinie* (geplant als 14. EU-

²³⁶ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.3.2.

²³⁷ Grundlegend: JUNG, S. 108 m.w.H.; zur Kontroverse: HÜGEL, S. 310 ff.

²³⁸ BÜCKER, S. 308.

²³⁹ Internet: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P6-TA-2009-0094+0+DOC+PDF+V0//DE>.

²⁴⁰ Ehemals sollte das Mindestkapital nur *Euro 1.--* betragen, nun wird vorgeschlagen: *Euro 8'000.--*.

²⁴¹ *Abänderung 70* – Vorschlag zu Art. 3 Abs. 1 lit. ea): „[Die SPE] hat einen grenzüberschreitenden Bezug, der durch einen der folgenden Punkte nachgewiesen wird: [i] eine grenzüberschreitende Geschäftsabsicht oder einen grenzüberschreitenden Gesellschaftszweck, [ii] die Zielvorgabe, in mehr als einem Mitgliedstaat in erheblichem Umfang tätig zu sein, [iii] Niederlassungen in verschiedenen Mitgliedstaaten, oder [iv] eine in einem anderen Mitgliedstaat eingetragene Muttergesellschaft“.

²⁴² Statt aller: BEHRENS, Modernisierung, S. 152.

²⁴³ Hinweise: HABERSACK, § 4 Rz. 11 ff.

²⁴⁴ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.4.2.2.

²⁴⁵ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.4.2.1; detailliert zum *Europäischen Konzernrecht*: SCHWARZ, Rz. 866 ff. m.w.H. („Nach den gescheiterten Versuchen sowie nach dem Verzicht auf

Richtlinie); eine (iv) *Umstrukturierungsrichtlinie* – immerhin bestehen zwei Fusionsrichtlinien sowie eine Spaltungsrichtlinie²⁴⁶.

3. Einfluss auf die Schweiz

3.1 Historische Aspekte

Ausländische Einflüsse auf das schweizerische Gesellschaftsrecht reichen (i) historisch weit zurück, wobei *Deutschland* und den anderen Nachbarländern eine traditionell wichtige Rolle zukam. Es kann zusammengefasst gesagt werden, dass sich a priori weniger die römisch-rechtlichen als vielmehr die *deutsch-rechtlichen* Rechtsfiguren (z.B. die Gesamthandverhältnisse²⁴⁷ und die Genossenschaften) in der Schweiz durchgesetzt haben²⁴⁸. In (ii) den *kantonalen Gesellschaftsrechten* des 19. Jahrhunderts²⁴⁹ finden sich ebenfalls ausländische Einflüsse²⁵⁰, und zwar insbesondere durch den *französischen Code de Commerce* von 1808²⁵¹.

Legislative Rechtsvergleichung ist (iii) im *ersten Obligationenrecht* ersichtlich²⁵² anhand der Botschaft vom 27. November 1879²⁵³: „Auch in Beziehung auf die Kommanditgesellschaft hat sich der Entwurf im Allgemeinen den Bestimmungen des *deutschen* Handelsgesetzbuches angeschlossen“²⁵⁴; und weiter: „Unser Entwurf hat, alle diese legislativen Vorgänge in *England, Frankreich* und *Deutschland* benutzend, für die

konzernrechtliche Vorschriften für die SE, scheint man von einer Harmonisierung des Konzernrechts in Europa weiter denn je entfernt zu sein“: a.a.O. Rz. 946); HABERSACK, § 4 Rz. 15 f./Rz. 38.

²⁴⁶ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.4.2.1.

²⁴⁷ *Kollektivgesellschaften* und *Kommanditgesellschaften* sowie (meist) *einfache Gesellschaften*.

²⁴⁸ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 10 N 17.

²⁴⁹ Bis zum *OR 1881* war das Gesellschaftsrecht in der Schweiz nicht vereinheitlicht.

²⁵⁰ Insbesondere übernahmen die kantonalen Gesetzgeber die sog. *Konzessionspflicht* für AG „in Übereinstimmung mit den europäischen Vorbildern der Zeit“: BAUDENBACHER, S. 583; am wenigsten vom Ausland beeinflusst war die sog. *Zürcher Gruppe* der Kantone: BÜHLER, Rz. 7.

²⁵¹ Details zur *Rezeption*: BÜHLER, Rz. 4, Rz. 7 ff. m.w.H. sowie Rz. 68 f.

²⁵² Es finden sich in der Botschaft OR 1881 *detaillierte rechtsvergleichende* Ausführungen zum *gesamten OR*, also nicht allein zum Gesellschaftsrecht, sondern insbesondere auch zum Vertragsrecht.

²⁵³ BBl 1880 I 149 ff. – die aufgeführten Zitate stellen *Beispiele* dar, die leicht ergänzt werden könnten.

²⁵⁴ BBl 1880 I 216; Hervorhebung hinzugefügt.

privatwillkürliche Bildung korporativer Vereine [u.a. AG] (...) eine Reihe von Normen aufgestellt (...)²⁵⁵.

Die (iv) *erste* „grosse“ *Revision* in den 1930er Jahren führte die *Gesellschaftsform der GmbH* ein. In diesem Zusammenhang äusserte sich die Botschaft vom 21. Februar 1928²⁵⁶ ausführlich²⁵⁷ zu den Gesetzgebungen in *Deutschland* vom 20. April 1892 und in *Frankreich* vom 7. März 1925 – die Vorschläge lehnten sich eher an das französische Modell an, weil es in Deutschland zu „unleugbaren Missbräuchen und Auswüchsen“ gekommen war²⁵⁸.

Bei (v) der *zweiten* „grossen“ *Aktienrechtsrevision* in den 1990er Jahren standen die ausländischen Entwicklungen der letzten Jahrzehnte im Zentrum des legislativen Interesses: „Die meisten europäischen Staaten haben ihre Aktienrechtsgesetzgebungen im Laufe der sechziger, und dann nochmals während der siebziger Jahre reformiert“²⁵⁹. Die Botschaft vom 23. Februar 1983²⁶⁰ ging einerseits auf das *EU-Recht* und andererseits auf die Aktienrechtsordnungen in einigen *europäischen* Ländern ein²⁶¹, nämlich in Deutschland²⁶², in Frankreich, in Italien, in den Niederlanden, in Belgien und in Grossbritannien.

Im Rahmen (vi) der aktuellen *dritten* „grossen“ *Aktienrechtsrevision* werden verschiedene Themen mit ausländischem Recht gespiegelt. Mit der Botschaft vom 21. Dezember 2007²⁶³ schlug der Bundesrat – als

²⁵⁵ BBl 1880 I 222; Hervorhebungen hinzugefügt.

²⁵⁶ BBl 1928 I 205 ff.

²⁵⁷ BBl 1928 I 271 ff.

²⁵⁸ BBl 1928 I 271.

²⁵⁹ BBl 1983 II 756.

²⁶⁰ BBl 1983 II 745 ff.

²⁶¹ Das *EU-Recht* stand allerdings *nicht* im Zentrum: NOBEL, *Europäisierung*, S. 504 ff.; BBl 1983 II 756 ff. – es handelte sich um blosser *Länderberichte*; ausserdem wurden die Publizitätsempfehlungen der OECD thematisiert (a.a.O. 764); Einflüsse aus dem *angelsächsischen* Bereich sind ersichtlich, wenn auch nicht explizit, und zwar etwa bei der Neuordnung zur *Auflösungsklage* gemäss Art. 736 Ziff. 4 OR („andere sachgemässe [...] Lösung“): KUNZ, *Instrumente*, S. 46 (die Regelung stellt einen „einzigartigen legislativen Fussabdruck für Common Law im Schweizer Aktienrecht“ dar); gerade US-amerikanisches Recht beeinflusst immer mehr auch die Rechtsanwendung: AEMISEGGER, S. 18 ff.; allg.: BÖCKLI, S. 9 ff. (a.a.O. S. 9: „An Osmosis of Anglo-Saxon concepts in the field of business law is going on in Switzerland“).

²⁶² Deutschland inspirierte den Schweizer Gesetzgeber zur Regelung der *Sonderprüfung* (Art. 697a ff. OR).

²⁶³ BBl 2008 1589 ff.; hierbei handelt es sich sozusagen um die *Hauptbotschaft* der aktuellen Aktienrechtsrevision; die Botschaft vom 5. Dezember 2008 (BBl 2009 299 ff.) beschäftigt sich mit der sog. „Abzocker“-Initiative und stellt einen (ergänzten) sog. indirekten Gegenvorschlag zur Diskussion.

Beispiel – eine limitierte Revisionsstellenhaftung²⁶⁴ vor, wobei *Deutschland* und *Österreich* als Argumente angeführt wurden²⁶⁵; der Leitstern des Revisionsprojekts wurde (und wird) ebenfalls international geprägt²⁶⁶. Erstmals im gesellschaftsrechtlichen Vordergrund²⁶⁷ steht das *EU-Gesellschaftsrecht*. Die meisten rechtsvergleichenden Verweisungen auf ausländisches Recht wirken indes (zu) arbiträr, so dass das konkrete Vorgehen m.E. eher an ein *legislatives* „*Rosinenpicken*“ erinnert²⁶⁸.

Seit dem Zweiten Weltkrieg wurde immer wieder und immer häufiger die Frage nach der *Europaverträglichkeit* des Schweizer Rechts im Allgemeinen und des schweizerischen Gesellschaftsrechts im Besonderen gestellt²⁶⁹. Die Antwort(en)²⁷⁰ musste(n) je nach Zeitpunkt *differenziert* ausfallen; m.E. kann aber kaum bestritten werden, dass die Harmonisierungen bzw. Annäherungen sowohl in der Rechtssetzung als auch in der Rechtsanwendung *immer mehr zunehmen*, und eine Trendumkehr ist nicht zu erwarten, sogar ganz im Gegenteil.

3.2 Rechtssetzung

3.2.1 Grundverständnis

Bei der *Rechtssetzung* geht es um hoheitliche Akte (= Regulierung). Triebfeder in diesem legislativen Prozess bzw. beim Erlassen *generell-abstrakter* Normen²⁷¹ ist jeweils die *Rechtspolitik*. Dabei wird der Bezug zur

²⁶⁴ Ablehnend: KUNZ, 20xx, Rz. 134 ff.; eine gesellschaftsrechtliche *EU-Empfehlung* geht jedoch in diese Richtung: Vgl. dazu vorne Ziff. 2.4.3.

²⁶⁵ Begleitbericht zum Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts vom 2. Dezember 2005: S. 21; unter Verweisung auf den *angelsächsischen* Rechtskreis sollte zudem die Inhaberaktie mit dem neuen Aktienrecht abgeschafft werden (a.a.O. S. 27: „Im angloamerikanischen Rechtsraum sind Inhaberaktien weitgehend unbekannt“), doch wurde dieses Vorhaben in der Zwischenzeit aufgegeben.

²⁶⁶ Gemeint ist die sog. *Corporate Governance*: BBI 2008 1606 ff.; allg.: KUNZ, *Governance*, S. 99 ff.

²⁶⁷ BBI 2008 1630 ff.

²⁶⁸ Es dominieren m.a.W. zahlreiche „Abkupferungen“: Vgl. dazu hinten Ziff. 3.2.2.2.

²⁶⁹ BREINING-KAUFMANN, S. 446: „Im Zentrum stehen jetzt [nach der Ablehnung des EWR] die Erhaltung der internationalen Konkurrenzfähigkeit sowie die Offenhaltung europapolitischer Optionen“.

²⁷⁰ Statt aller: DESSEMONTET, S. 377 ff.; BAUDENBACHER, S. 581 ff.; NOBEL, *Europäisierung*, S. 518 ff.

²⁷¹ Der Erlass stammt entweder von der *Legislative* oder (delegiert) von der *Exekutive* oder (subdelegiert) von einer hierarchisch tieferen Behörde.

Rechtsvergleichung offensichtlich: „Die Rechtsvergleichung erweist sich (...) nicht bloss für die Rechtsanwendung *de lege lata*, sondern ebenfalls für die Rechtspolitik bzw. für die Rechtssetzung als nützlich. Nicht selten werden nämlich Forderungen *de lege ferenda* mit Entwicklungen in ausländischen Rechtsordnungen begründet oder zumindest „untermauert“ (...)“²⁷².

Die Globalisierung und die „Verlagerung der kreativen Rechtsentwicklung auf die internationale Ebene“²⁷³ stellen grosse Herausforderungen für die Rechtssetzung(en) dar. Bei der Rechtssetzung sollte die Rechtsvergleichung *möglichst frühzeitig integriert*²⁷⁴ und bei *verschiedenen Tätigkeiten* beigezogen werden (z.B. bei der Suche nach dem Konzept, bei der materiellen Erarbeitung der Regelung, bei der Ausarbeitung der Botschaft sowie bei den Hearings in den parlamentarischen Beratungen)²⁷⁵.

Es sollte niemals übersehen werden, dass der legislative Prozess – im Prinzip – *schrackenlos* verläuft: „Die Rechtssetzung (...) folgt dem Grundsatz der Ungebundenheit der Legiferierung. Der Rechtssetzer – sei es das Parlament oder der Bundesrat – wird unbesehen dessen eine spezifische Interessenabwägung vornehmen, d.h. bestimmten (rechts-)politischen Wertungen zum Durchbruch verhelfen“²⁷⁶. Es erscheint offensichtlich, dass in diesem Zusammenhang gerade auch die „Lösungen“ bzw. die Erfahrungen *im Ausland* berücksichtigt werden sollten – selbst für den Fall, dass *keine Pflicht* dazu besteht²⁷⁷.

Verschiedene Instrumente der legislativen Rechtsvergleichung²⁷⁸ beschränken diese Ungebundenheit. Es kommt ausserdem vor, dass *mehrere Instrumente in einem einzigen Bundesgesetz kombiniert* werden²⁷⁹. In

²⁷² KUNZ, Minderheitenschutz, § 1 N 311; Hervorhebungen des Originals weggelassen.

²⁷³ COTTIER, S. 229.

²⁷⁴ Detailliert: WIDMER, S. 9 ff.; KUNZ, Einführung, S. 45.

²⁷⁵ KUNZ, Einführung, S. 45; WIDMER, S. 12.

²⁷⁶ KUNZ, Einführung, S. 46; Hervorhebungen des Originals weggelassen.

²⁷⁷ Die prinzipielle legislative Ungebundenheit erlaubt es, mittels der Rechtssetzung einen *Wettbewerbsvorteil* bzw. sogar einen möglichen „Standortvorteil Schweiz“ zu verfolgen: RUSCH, Rz. 6/Rz. 11; in der EU soll ein gesellschaftsrechtlicher Wettbewerb hingegen verhindert werden: Vgl. dazu vorne Ziff. 2.3.3.

²⁷⁸ Vgl. dazu vorne Ziff. 1.2.1; diese Instrumente finden sich meist auf *Gesetzesebene* und selten auf *Verordnungsebene* – zudem handelt es sich fast immer um *Bundesrecht* und nicht um *kantonales Recht*.

²⁷⁹ COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV, S. 364: „[Dem Gesetzgeber] steht es frei, autonomen Nachvollzug auch punktuell und unvollständig, gewissermassen *à la carte* vorzunehmen“ – Hervorhebung des Originals weggelassen; m.E. den Prototyp für diesen

diesem Fall muss m.E. im Detail feststehen, (i) welche konkreten Normen (ii) nach welcher Variante – wenn überhaupt – implementiert wurden. Der Grund liegt darin, dass je nach zur Anwendung gelangendem Instrument (iii) eine *unterschiedliche Folge* für die *Rechtsanwendung* gegeben ist²⁸⁰. M.a.W. ist zwar der Rechtssetzer ungebunden, doch der Rechtsanwender nicht in jedem Fall.

3.2.2 Instrumente einer Annäherung im Gesellschaftsrecht²⁸¹

3.2.2.1 Staatsvertrag

Die Staatsverträge bzw. die völkerrechtlichen Verträge zwischen der Schweiz und einem oder mehreren ausländischen Staaten bzw. internationalen Organisationen spielen im Wirtschaftsrecht eine *untergeordnete* Rolle. Diese Regel findet ihre wichtigsten *Ausnahmen* einerseits im Doppelbesteuerungsrecht²⁸² sowie andererseits im Immaterialgüterrecht, das in weiten Teilen international harmonisiert wird, und zwar sowohl in formeller Hinsicht als auch unter materiellen Aspekten. Diese *staatsvertraglichen Harmonisierungstendenzen* werden durch verschiedene internationale Organisationen²⁸³ gefördert.

Bei den völkerrechtlichen Verträgen wird unterschieden, ob sie „*self executing*“ oder „*non self executing*“ sind. Bei der ersten Variante ist die staatsvertragliche Norm direkt anwendbar, also inhaltlich hinreichend bestimmt, so dass sie die Grundlage eines Entscheids darstellen kann²⁸⁴; bei der zweiten Variante handelt es sich um völkerrechtliche Normen, die

„*Split*“ stellt das Kollektivanlagenrecht bzw. Kollektivanlagengesetz (KAG: SR 951.31) dar, bei dem nach (i) der EU-Kompatibilitätsprüfung (ii) ein autonomer Nachvollzug von EU-Recht (bei den *offenen* Anlageformen) und (iii) eklektische Anregungen (bei den *geschlossenen* Anlageformen) festgestellt werden können: Vgl. dazu hinten Ziff. 3.3.2.5.

²⁸⁰ Beispielsweise muss eine Norm des schweizerischen Rechts nur, aber immerhin *euro-parechtskonform ausgelegt* werden, wenn sie im Rahmen eines *autonomen Nachvollzugs von EU-Recht* erlassen wurde: Vgl. dazu hinten Ziff. 3.2.2.5 sowie Ziff. 3.3.2.5.

²⁸¹ Detailliert: KUNZ, Instrumente, S. 39 ff. m.w.H.

²⁸² Sog. Doppelbesteuerungsabkommen (DBA); Hinweise: KUNZ, Musterabkommen, S. 4 ff.

²⁸³ Als Beispiele seien erwähnt die (i) Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), die (ii) World Intellectual Property Organization (WIPO) sowie die (iii) World Trade Organization (WTO); Internet: www.oecd.org, www.wipo.int/portal/index.html.en sowie www.wto.org/.

²⁸⁴ BGE 106 Ib 187; BGE 118 Ia 112 Erw. 2. b.

sich an die Rechtssetzer statt an die Rechtsanwender richten²⁸⁵, d.h. es bedarf noch einer Konkretisierung bzw. einer „Umsetzung“ durch den Rechtssetzer²⁸⁶.

Dem *Personenfreizügigkeitsabkommen* zwischen der Schweiz und der EU, das zu den Staatsverträgen der „Bilateralen I“ gehört, kommt keine gesellschaftsrechtliche Bedeutung zu, weil es juristische Personen ausser Acht lässt und auf natürliche Personen beschränkt ist²⁸⁷. Im Übrigen hat die Schweiz *keine gesellschaftsrechtlichen* Staatsverträge mit der EU abgeschlossen. Das rechtsvergleichende Instrument des völkerrechtlichen Vertrags dient somit *keiner Annäherung* des schweizerischen und des EU-Gesellschaftsrechts.

3.2.2.2 *Pressionen („Druck“) sowie Eklektik („Abkupferung“)*

Die Schweiz gibt pragmatisch oder realpolitisch immer wieder (i) *ausländischen Pressionen* nach²⁸⁸ – nicht zuletzt im Gesellschaftsrecht²⁸⁹. Im Wirtschaftsrecht macht dies Sinn, weil faktisch seit einigen Jahren internationale Rechtsharmonisierungen zu beobachten sind²⁹⁰ (z.B. im Gesellschaftsrecht, im Kotierungsrecht, im Finanzmarktrecht²⁹¹, im Immaterialgüterrecht, im Wettbewerbsrecht). M.E. bestehen *weder ein System noch eine Methode*, in welchen Fällen sich die Schweiz gegenüber Druckversuchen „einsichtig“ zeigt und in welchen Situationen eben gerade nicht, d.h. es kommt auf den Einzelfall an²⁹².

Der wesentliche Unterschied zwischen ausländischen Pressionen sowie (ii) der *Eklektik* (also der „Abkupferung“ von ausländischen Vorbil-

²⁸⁵ BGE 125 III 277 Erw. 2. d. aa; BGE 126 I 240 Erw. 2. b.

²⁸⁶ In Bezug auf das „umgesetzte“ schweizerische Recht muss eine völkerrechtskonforme Auslegung vorgenommen werden: Vgl. dazu hinten Ziff. 3.3.2.2.

²⁸⁷ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.2.1.2.

²⁸⁸ Aktuellstes Beispiel aus dem Bereich des *Doppelbesteuerungsrechts*: KUNZ, Musterabkommen, S. 4 ff.

²⁸⁹ KUNZ, Auffälligkeiten, S. 567 f. m.w.H.

²⁹⁰ Vgl. dazu vorne Ziff. 1.2.2.

²⁹¹ Zum *EU-Finanzmarktrecht*: NOBEL, Finanzmarktrecht, § 5.

²⁹² Je grösser der Druck bzw. je stärker der ausländische „Drücker“, desto eher wird durch eine schweizerische Legiferierung den ausländischen „Wünschen“ (mehr oder weniger) entsprochen – und wenn der wirtschaftspolitische Druck gegen die Schweiz, wie so oft in der Vergangenheit, aus den USA kommt, wird die Regelung, meist trivialisiert, als sog. *Lex Americana* verschrien; beispielsweise hatte die *strafrechtliche Insiderregelung* gemäss Art. 161 StGB aus diesem Grund lange Zeit unter mangelnder Akzeptanz zu leiden.

dem)²⁹³ liegt in der unterschiedlichen „Freiwilligkeit“ dieser zwei rechtsvergleichenden Instrumente. Der eklektische Rechtssetzer geht *nicht systematisch* vor. Ein „Rosinenpicken“ („cherry picking“) steht im Vordergrund. Die Ungebundenheit der Legiferierung²⁹⁴ wirkt sich besonders stark aus. Eklektische Anregungen aus dem Ausland kommen oftmals vor und sind legal.

Das schweizerische *Gesellschaftsrecht* wurde (und wird weiterhin) durch ausländisches Recht stark beeinflusst. Sowohl für Pressionen aus dem Ausland als auch für Eklektik ausländischer Rechtsinstitute bestehen zahlreiche gesellschaftsrechtliche Beispiele – interessanterweise steht indes das *EU-Gesellschaftsrecht* selten im Vordergrund²⁹⁵.

Beispielsweise erschütterten verschiedene *Unternehmensskandale* („Enron“, „Arthur Andersen“ etc.) die USA. Der daraufhin verabschiedete amerikanische „Sarbanes Oxley Act“ (SOX) löste in zahlreichen Staaten eigentliche Folgegesetzgebungen aus – ebenfalls in der Schweiz. Einerseits wurde das *materielle Revisionsrecht* grundlegend überarbeitet, und andererseits entstand unter dem Druck von SOX ein finanzmarktrechtliches Spezialgesetz, nämlich das *Revisionsaufsichtsrecht*, das die Revisoren bzw. die Revisionsunternehmen erstmals in der Schweiz einer staatlichen Aufsicht unterstellte²⁹⁶.

Das RAG wurde auf *Druck aus den USA* und als „neueste[s] Beispiel amerikanischer Hegemonie“²⁹⁷ verabschiedet; es handelt sich um eine „Lex Americana“²⁹⁸. Verschleiern zu diesem Aspekt der Bundesrat: „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 (...)“²⁹⁹.

Werden nicht allein Einzelregelungen legislativ *im Ausland* „gestohlen“, sondern zusammenhängende Systeme oder umfassende Normvor-

²⁹³ Erstmals: KUNZ, Einführung, S. 46.

²⁹⁴ Vgl. dazu vorne Ziff. 3.2.1; KUNZ, Einführung, S. 46: „Selbstverständlich ist der Rechtssetzer frei, welche ausländischen „Modelle“ er aufnehmen will und welche nicht“.

²⁹⁵ Anscheinend a.M.: KAEMPF, S. 70 ff.

²⁹⁶ Revisionsaufsichtsgesetz (RAG): SR 221.302; vorher stand die *Selbstregulierung* im Vordergrund.

²⁹⁷ FORSTMOSER, Wandel, S. 134 f.; Hervorhebung des Originals weggelassen.

²⁹⁸ WALTER, Revisionsaufsichtsrecht, S. 854.

²⁹⁹ Botschaft zum RAG: BB1 2004 3979.

stellungen ins schweizerische Recht „übernommen“, liegt eine informelle Rezeption³⁰⁰ vor. Der „Import“ *internationalen Rechts* – gerade im Bereich des Gesellschaftsrechts – stammt traditionellerweise aus den USA³⁰¹, aus den Nachbarländern³⁰² der Schweiz (und zwar insbesondere aus Deutschland³⁰³) sowie aus der EU³⁰⁴ bzw. aus europäischen Staaten³⁰⁵. Für eklektische Anregungen oder für informelle Rezeptionen gibt es unzählige Beispiele im *Gesellschaftsrecht* der Schweiz³⁰⁶; teils wehrt sich der schweizerische Gesetzgeber aber auch gegen solche Einflüsse³⁰⁷.

Eine *zentrale Motivation* für solche „Abkupferungen“ ist der *Wettbewerb* zwischen den Rechtsordnungen. Im Vergleich mit ausländischen Ordnungen versucht das Schweizer Recht, einen *Standortvorteil* zu erringen (oder zumindest einen Standortnachteil zu verhindern)³⁰⁸. Gesellschaftsrechtliche Themen³⁰⁹ wie „race to the bottom“ oder „race to the top“ müssen in diesem Zusammenhang diskutiert und verstanden werden. Tatsächlich sind die „Abkupferungen“ von ausländischem Recht wissenschaftlich *kaum erforscht* (und möglicherweise auch nicht erforschbar)³¹⁰, und zwar weder in der Schweiz noch im Ausland.

M.E. lösen die Pressionen einerseits sowie die Eklektik andererseits *keine spezifischen Rechtsfolgen* im Bereich der *Rechtsanwendung* aus³¹¹. Insbesondere bestehen keine Automatismen. Selbst für den Fall, dass der ausländische Druck oder das „Abkupfern“ von ausländischem Recht auf ein (nachweisbares) „Vorbild im ausländischen Recht“ zurückgeführt

³⁰⁰ Mit gutem Grund wird festgehalten: „Die Frage von der Rezeption fremder Rechtseinrichtungen ist nicht eine Frage der Nationalität, sondern eine einfache Frage der Zweckmässigkeit, des Bedürfnisses. Niemand wird von der Ferne holen, was er daheim ebenso gut oder besser hat, aber nur ein Narr wird die Chinarinde aus dem Grund zurückweisen, weil sie nicht auf seinem Krautacker gewachsen ist“ (RUDOLPH V. JHERING – zit. nach: ZWEIGERT/KÖTZ, S. 16).

³⁰¹ Statt aller: COTTIER, S. 222; BÖCKLI, S. 9 ff.; genau gleich verhält es sich in *Deutschland*: VON HEIN, S. 63 ff.

³⁰² Es kann von einem *Nachbarländer-Komplex* gesprochen werden; allg.: KUNZ, *Auffälligkeiten*, S. 567.

³⁰³ Vgl. dazu vorne Ziff. 3.1.

³⁰⁴ Hinweise: KUNZ, *Einführung*, S. 40 FN 34; VON BÜREN, S. 7 ff.

³⁰⁵ Allg.: LEIN, S. 69 ff.; DEIPENBROCK, S. 343 ff.

³⁰⁶ Statt aller: KUNZ, *Instrumente*, S. 45 ff. m.w.H.

³⁰⁷ Aktuelles (aktienrechtliches) Beispiel ist das *Verbot von Zirkularbeschlüssen*, die in der EU *zulässig* sind: Vgl. dazu vorne Ziff. 2.4.2.2.

³⁰⁸ Dazu: RUSCH, *Rz. 6/Rz. 11*.

³⁰⁹ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.3.3.

³¹⁰ Oftmals ergibt sich die „Abkupferung“ *nicht aus den Materialien* der Legiferierung.

³¹¹ Vgl. dazu hinten Ziff. 3.3.

werden könnte, muss *keine* „auslandsrechtskonforme“ *Auslegung* vorgenommen werden. In jedem Fall sollte wohl davon ausgegangen werden, dass das EU-Gesellschaftsrecht in Zukunft zunehmend das schweizerische Gesellschaftsrecht prägen wird.

3.2.2.3 *Verweisungen auf internationale Standards o.ä.*

Es kommt immer wieder vor, dass sich in einem *schweizerischen* Rechts-erlass eine *Verweisung auf internationales Recht* (bzw. auf eine „internationale Ordnung“ oder auf irgendwelche „internationalen Standards“) ³¹² findet ³¹³. Meist handelt es sich um Rechtsbereiche, bei denen der internationale Bezug offensichtlich ist ³¹⁴. Solche normativen Verweisungen resultieren entweder in einer umsetzenden *Rechtssetzung* – sei es durch eine Regulierung oder durch eine Selbstregulierung – oder in einer unmittelbaren oder in einer mittelbaren *Rechtsanwendung*; als Beispiele für alle drei Varianten seien erwähnt:

(i) Art. 7 Abs. 2 lit. d FINMAG ³¹⁵: „[Die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA reguliert im delegierten Rahmen.] Dabei berücksichtigt sie [sc. die FINMA] insbesondere (...) die internationalen Mindeststandards“ ³¹⁶; (ii) Art. 8 Abs. 3 BEHG ³¹⁷: „[Die Börse erlässt als Selbstregulator ein Reglement über die Zulassung von Effekten zum Handel]. Es [sc. das Reglement] trägt international anerkannten Standards Rechnung“ ³¹⁸. In beiden Fällen bedarf es zuerst einer *generell-abstrakten Umsetzung*

³¹² Generell: NOBEL, Aktienrecht, Kapitel 7 Rz. 1 ff.; der Autor arbeitet zurzeit an einem Aufsatz zu dieser spezifischen Thematik (geplante Publikation: 2011).

³¹³ Gemeint ist eine *freiwillige Verweisung*, d.h. es besteht weder durch den autonomen Nachvollzug von EU-Recht noch durch einen Staatsvertrag eine entsprechende Verpflichtung; allg.: NOBEL, Standards, S. 869 ff.

³¹⁴ Dies trifft etwa auf das *Finanzmarktrecht* zu; Beispiele: Art. 83 Abs. 3 KAG sowie Art. 108 Abs. 2 KAG – *zusätzlich* vollziehen einige Teile des Kollektivanlagenrechts einen *autonomen Nachvollzug von EU-Recht*: Vgl. dazu hinten Ziff. 3.2.2.5.

³¹⁵ Finanzmarktaufsichtsgesetz (FINMAG): SR 956.1.

³¹⁶ Dies ist ein Beispiel für eine *Regulierung*.

³¹⁷ Börsengesetz (BEHG): SR 954.1; allg.: KELLERHALS, S. 375 ff.; NOBEL, Standards, S. 884 ff.

³¹⁸ Dies ist ein Beispiel für eine *Selbstregulierung*; es bedeutet, dass sich der Selbstregulator „im Kontext ausländischer Rechtsentwicklung bewegen und das geforderte Niveau nicht unterschreiten“ soll: NOBEL, Globalisierung, S. 738; bei der Erarbeitung des Kotierungsreglements standen die *EU-Kapitalmarktrichtlinien*, aber *nicht das EU-Gesellschaftsrecht* als Referenzordnungen im Blickfeld (a.a.O. S. 739).

durch den Regulator bzw. durch den Selbstregulator, bevor dann diese „Transponierung“ angewandt werden kann³¹⁹.

Unmittelbar auf die Rechtsanwendung zielt (iii) Art. 7 Abs. 1 SSG³²⁰: „Kann der Bundesgesetzgebung, insbesondere [dem SSG] 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“³²¹.

Der Verweisung auf internationale Standards o.ä. kommt insbesondere im *Börsengesellschaftsrecht*, also im Gesellschaftsrecht der (kотиerten) Publikumsgesellschaften, eine nicht zu unterschätzende Bedeutung zu. Die *Kotierungsrechte* der beiden Börsen in der Schweiz (SIX sowie BX) enthalten Selbstregulierungen etwa zur Rechnungslegung einerseits sowie zur Transparenz von Publikumsgesellschaften andererseits – das Rechtsinstitut der sog. *Ad hoc-Publizität* hat sich m.E. sowohl in der Rechtssetzung als auch in der Rechtsanwendung³²² an ausländischen Standards (z.B. in Deutschland³²³ oder in China³²⁴) zu orientieren.

3.2.2.4 EU-Kompatibilitätsprüfung

Die sog. *EU-Kompatibilitätsprüfungen* stehen am Anfang des legislativen Prozesses auf Bundesebene, d.h. sie sind den anderen (möglichen) Instrumenten der Rechtsvergleichung – z.B. der Eklektik³²⁵ oder dem autonomen Nachvollzug von EU-Recht³²⁶ – zeitlich „vorgeschoben“. Dabei ist nicht immer klar, ob im Einzelfall eine solche Prüfung vorgenommen

³¹⁹ Vgl. dazu hinten Ziff. 3.3.2.3.

³²⁰ Seeschiffahrtsgesetz (SSG): SR 747.30; allg.: KRAMER, Methodenlehre, S. 254.

³²¹ Diese Regelung enthält eine einzigartige *Kombination* von *verschiedenen Instrumenten* der Rechtsvergleichung, nämlich (i) eine Verweisung auf internationales Recht, (ii) eine Bestimmung zur Lückenfüllung sowie (iii) einen Vorbehalt für Staatsverträge; die Referenz auf die (ausländischen!) „seefahrenden Staaten“ und deren Rechte bildet ein spezifisches *Einfallstor* ins Schweizer Recht.

³²² Vgl. dazu hinten Ziff. 3.3.2.3.

³²³ Die deutsche Ad hoc-Publizität wird *gesetzlich* vorgeschrieben und geregelt, und zwar im sog. Wertpapierhandelsgesetz: § 15 WpHG.

³²⁴ Hinweise zum chinesischen § 62 WpG: PISSLER, S. 179.

³²⁵ Vgl. dazu vorne Ziff. 3.2.2.2.

³²⁶ Vgl. dazu hinten Ziff. 3.2.2.5.

werden muss oder nicht³²⁷. Nachdem eine Kompatibilitätsprüfung erfolgt ist, kann der Rechtssetzer frei entscheiden, ob – und wenn ja: welche – weitere(n) rechtsvergleichende(n) Instrumente bei der Rechtssetzung zum Einsatz gelangen sollen.

M.E. zeigt sich in der heutigen schweizerischen Realität, und zwar gerade im Bereich des Wirtschaftsrechts, dass die Kompatibilitätsprüfungen mit dem EU-Recht *faktisch* zu einer *gewissen Angleichung* und sogar zu einer EU-Harmonisierung³²⁸ führen, obwohl dies mit diesem Instrument m.E. eigentlich nicht beabsichtigt wird³²⁹. Tatsächlich scheinen die Feststellungen entweder zu „Kompatibilitäten“ oder aber zu „Inkompatibilitäten“ zur EU seit einiger Zeit *erhöhtes rechtspolitisches Gewicht* zu geniessen. Damit wird indes ein potentieller schweizerischer Vorteil im Standortwettbewerb relativiert³³⁰.

Die „*grosse*“ *Aktienrechtsrevision*, bei der primär eklektisch vorgegangen wird³³¹, wurde – als Beispiel – einer detaillierten Kompatibilitätsprüfung mit dem EU-Recht unterworfen. Dies geschah zuerst beim bundesrätlichen *Vorentwurf* sowie beim Begleitbericht³³² und danach im Rahmen des *Entwurfs* sowie der Botschaft des Bundesrats:

Bei der aktienrechtlichen³³³ EU-Kompatibilitätsprüfung wird auf einige *EU-Richtlinien zum Gesellschaftsrecht* hingewiesen³³⁴, wobei einzelne ausländische Länderordnungen nicht im Detail erwähnt werden³³⁵.

³²⁷ Detaillierter: WYSS, S. 720 ff. m.w.H.

³²⁸ Teils handelt es sich dabei um ein mittelbares Revisionsziel, wie das Beispiel des Fusionsgesetzes (FusG: SR 221.301) gemäss Botschaft zum FusG: BBl 2000 4354 belegt: „Die neue Regelung ermöglicht ferner eine gewisse Harmonisierung der schweizerischen Rechtsordnung mit dem Recht unserer Nachbarstaaten und der Europäischen Union“; allg. BRAUCHLI, S. 1509 ff.

³²⁹ Es geht um nichts anderes als um *Transparenz* für die Legislative, die das Parlamentsgesetz (ParlG: SR 171.10) gemäss Art. 141 ParlG und zwei Verwaltungsverordnungen sicherstellen wollen.

³³⁰ Allg.: WYSS, S. 727 f.

³³¹ Vgl. dazu vorne Ziff. 3.1 sowie Ziff. 3.2.2.2.

³³² Hinweise: KUNZ, Einführung, S. 45 f.

³³³ Die Vorschläge zur *Rechnungslegung* wurden von einem *externen Gutachter* vor der Botschaftspublikation spezifisch auf deren „Europa-Kompatibilität“ untersucht: BBl 2007 1605.

³³⁴ Details der Botschaft: BBl 2007 1630 ff.

³³⁵ Ganz anders war dies der Fall bei der letzten „grossen“ Aktienrechtsrevision zu Beginn der 1990er-Jahre (vgl. dazu vorne Ziff. 3.1); in der damaligen Botschaft wurde auf zahlreiche Länderordnungen hingewiesen: BBl 1983 II 756 ff. (Deutschland, Frankreich, Italien, Niederlande, Belgien sowie Grossbritannien).

Nebst Anpassungen an das EU-Recht³³⁶ behält der Entwurf verschiedene (kleinere)³³⁷ „Swiss Finishes“ bei³³⁸. Die *Situation zur EU-Kompatibilität* umschreibt der Bundesrat wie folgt: „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“³³⁹.

3.2.2.5 Autonomer Nachvollzug von EU-Recht

Im *Europabericht 2006* des Bundesrats³⁴⁰ werden nebst strategischen Aspekten verschiedene legale Instrumente einer möglichen Annäherung zwischen der Schweiz und der EU aufgezeigt³⁴¹. Beim sog. *autonomen Nachvollzug von EU-Recht* handelt es sich nur, aber immerhin um einen denkbaren Weg, d.h. um einen (rechtspolitischen)³⁴² Annäherungsmechanismus gegenüber der EU³⁴³, ohne eine formelle EU-Mitgliedschaft eingehen zu müssen. Ein solcher Nachvollzug liegt indes nicht vor, wenn sich der schweizerische Gesetzgeber von der EU lediglich „inspirieren“ lässt³⁴⁴ – dann liegt vielmehr Eklektik³⁴⁵ vor.

Bis anhin gibt es in der Schweiz erst *wenige Anwendungsfälle*. Beachtlich bleibt: „Ob autonomer Nachvollzug vorliegt, muss (...) im Einzelfall untersucht werden“³⁴⁶. Eine *legislative Methodik* ist (noch) *nicht* entwi-

³³⁶ Beispiel: Erhöhung der *Mindestliberierung* bei Aktien von 20% auf 25% (Botschaft zum OR 2007: BBl 2007 1638; Begleitbericht zum Vorentwurf OR: S. 41) – m.E. handelt es sich hierbei um eine Abkupferung und nicht um einen autonomen Nachvollzug; a.M.: FORSTMOSER, Aktienrechtsreform, S. 34.

³³⁷ Allzu grosse Differenzen dürften u.a. nicht beabsichtigt sein, weil dies allenfalls *Druck aus dem Ausland* gegen die Schweiz auslösen könnte: Vgl. dazu vorne Ziff. 2.3.3 sowie Ziff. 3.2.2.2.

³³⁸ Beispiele: (i) *Erwerb eigener Aktien* in Spezialsituationen bis 20% statt nur bis 10% (Begleitbericht zum Vorentwurf OR: S. 60 FN 124) – der Grenzwert in der EU ist auf 10% beschränkt; (ii) *Verbot von Zirkularbeschlüssen*: Vgl. dazu vorne Ziff. 2.4.2.2.

³³⁹ Botschaft: BBl 2007 1630.

³⁴⁰ Vgl. dazu vorne Ziff. 1.1.2.1.

³⁴¹ Europabericht 2006: BBl 2006 6830 ff.

³⁴² COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV, S. 360 („gesetzgebungspolitisches Konzept“).

³⁴³ Allg. zur Thematik: FORSTMOSER, Beispiel, S. 523 ff.; SPINNER/MARITZ, S. 127 ff.; WIEGAND, Anwendung, S. 171 ff.; JAAG, § 42.

³⁴⁴ Gl.M.: COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV, S. 389; KUNZ, Auffälligkeiten, S. 568: „Der autonome Nachvollzug von EU-Recht dürfte m.E. in Zukunft nach wie vor die Ausnahme bleiben“; Hervorhebungen des Originals weggelassen.

³⁴⁵ Vgl. dazu vorne Ziff. 3.2.2.2.

³⁴⁶ COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV, S. 362.

ckelt worden. Der schweizerische Gesetzgeber versucht beim autonomen Nachvollzug von EU-Recht, materiell *möglichst nahe beim Recht der EU*, das im schweizerischen Recht implementiert werden soll, zu bleiben und dieses umzusetzen. Basis ist jeweils ein *rechtspolitischer* Entscheid der Legislative.

Bei verschiedenen Gesetzen erweist sich der autonome Nachvollzug von EU-Recht zwar als unbestritten, doch können ebenfalls zahlreiche Beispiele erwähnt werden, bei denen die Rechtslage unklar ist. *Unstrittige* Beispiele³⁴⁷ sind (i) das Betriebsübernahmerecht gemäss Art. 333 OR, (ii) das Pauschalreisegesetz, (iii) das Patentrecht (teilweise)³⁴⁸, (iv) das öffentliche Vergaberecht, (v) das Anwaltsgesetz, (vi) das Nationalbankgesetz sowie (vii) das Mehrwertsteuerrecht³⁴⁹. Im Bereich des *Gesellschaftsrechts* gehört (viii) das *Kollektivanlagenrecht* – mindestens in Teilbereichen – dazu³⁵⁰ und stellt geradezu das „Paradebeispiel direkten Einflusses des EU-Richtlinienrechts auf die Schweiz“ dar³⁵¹.

Verschiedene Normen des früheren Anlagefondsgesetzes (AFG) nahmen explizit Bezug auf das Recht der EU³⁵². Gleich verhält es sich unter dem geltenden Recht: Art. 31 Abs. 4 KAG (Vorgaben für Effektenfonds, die in der EU vertrieben werden sollen), Art. 53 KAG (Effektenfonds müssen dem „Recht der Europäischen Gemeinschaften entsprechen“) sowie Art. 152 Abs. 2 KAG (v.a. Vorgabe an den Bundesrat, bei

³⁴⁷ Übersicht im Europabericht 2006: BBl 2006 6831 f.; zudem: KUNZ, Instrumente, S. 53 ff. m.w.H.

³⁴⁸ Hierzu: SPINNER/MARITZ, S. 135; m.E. ergibt sich der autonome Nachvollzug von EU-Recht im Patentrecht v.a. aus Art. 140I Abs. 2 PatG (SR 232.14), der für einen Teilbereich (nämlich: Regelung der Zertifikatserteilung) vorsieht, was folgt: „Er [der Bundesrat] berücksichtigt die Regelung in der Europäischen Gemeinschaft“ – damit stimmt diese Regelung im Wesentlichen überein mit Art. 152 Abs. 2 KAG.

³⁴⁹ Detailliert: KOBIERSKI, S. 105 ff.

³⁵⁰ Hinweise: KUNZ, KkK, S. 48 f.; *umstritten* ist hingegen, ob (i) das *Fusionsgesetz* bzw. *FusG* dazugehört oder nicht – m.E. hat sich der Gesetzgeber zwar vom EU-Gesellschaftsrecht inspirieren lassen, doch liegt eben gerade *kein autonomer Nachvollzug* vor: KUNZ, Instrumente, S. 56 m.w.H. in FN 204 ff.; a.M.: COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV, S. 362; SPINNER/MARITZ, S. 136; allg.: BRAUCHLI, S. 1509 ff.; *kein autonomer Nachvollzug* von EU-Recht liegt vor – als weitere Beispiele – beim (ii) *Börsenrecht* (BBl 1993 1435 sowie 1438), bei der (iii) aktuellen „grossen“ *Aktienrechtsrevision* (hierzu: KUNZ, 20xx, Rz. 164; zu einer Spezialfrage [und wohl nicht als autonomer Nachvollzug i.e.S. gemeint]: FORSTMOSER, Aktienrechtsreform, S. 34) und bei der (iv) aktienrechtlichen *Sonderprüfung* (BGE 133 III 184 Erw. 3.5).

³⁵¹ FORSTMOSER, Beispiel, S. 524 (zum früheren AFG); detailliert zum KAG: KUNZ, Europa, S. 466 ff. m.w.H.

³⁵² Art. 32 Abs. 2 AFG sowie Art. 43 Abs. 3 AFG sowie Art. 50 Abs. 1 AFG; FORSTMOSER, Beispiel, S. 529; zudem: FLATZ, S. 172 ff.; BREINING-KAUFMANN, S. 452 f.

der Rechtssetzung die „massgebenden Anforderungen des Rechts der Europäischen Gemeinschaften“ zu beachten). Auch ausserhalb dieser gesetzlichen Bereiche³⁵³ wurde das Recht der EU (mit-)berücksichtigt³⁵⁴.

Zusammenfassend steht fest³⁵⁵, dass bei den sog. *offenen* kollektiven Kapitalanlagen (also: Anlagefonds³⁵⁶ sowie SICAV³⁵⁷) ein autonomer Nachvollzug von EU-Recht besteht; bei den sog. *geschlossenen* kollektiven Kapitalanlagen (also: KkK³⁵⁸ sowie SICAF³⁵⁹) hingegen nicht, d.h. in diesem Bereich ist der Gesetzgeber nur, aber immerhin eklektisch vorgegangen³⁶⁰.

Anders als etwa beim eklektischen Vorgehen³⁶¹ resultiert aus einem autonomen Nachvollzug von EU-Recht³⁶² eine *Rechtsfolge* für die Rechtsanwendung, nämlich die *Pflicht* zu einer europarechtskonformen Auslegung³⁶³. Der erwähnte Nachvollzug ist nur, aber immerhin das notwendige *Einfallstor* ins schweizerische Recht. In der Wirtschaftsrealität geht es dabei meist um Sachzwänge, so dass realiter kaum je von „Autonomie“ oder „Freiwilligkeit“ die Rede sein kann. Insofern wird die Begrifflichkeit m.E. zu Recht als *Euphemismus* bezeichnet³⁶⁴. Mit gutem Grund wird geltend gemacht, dass heute in verschiedenen Bereichen schon fast von einem „*systematischen*“ *Nachvollzug* von EU-Recht zu sprechen ist³⁶⁵.

³⁵³ Dies betrifft insbesondere die *Verordnungsstufen* – bei der KKV (SR 951.311): Art. 70 Abs. 1 lit. e, Art. 73 Abs. 2 lit. b, Art. 74 Abs. 2 lit. b/d/h, Art. 83 Abs. 1 lit. c, Art. 84 Abs. 5; bei der KKV/EBK (SR 951.312): Art. 8 Abs. 1 lit. f.

³⁵⁴ Die *OGAW III-Richtlinie der EU* wurde in der Schweiz zuerst auf Verordnungsstufe (= AFV sowie AFV-EBK) und danach auf Gesetzesstufe (= KAG) *implementiert*, um ein Höchstmass an EU-Kompatibilität zu erreichen; Botschaft zum KAG: BBl 2005 6404 sowie 6432; generell: REICH, KAG, S. 9 ff.; FLATZ, S. 174 ff.

³⁵⁵ Detailliert: KUNZ, KkK, S. 48 f.; KUNZ, Europa, S. 466 ff. m.w.H.

³⁵⁶ Der Anlagefonds ist eine kollektive Kapitalanlage auf *vertraglicher* statt auf gesellschaftsrechtlicher Basis.

³⁵⁷ SICAV = Société d'Investissement à Capital *Variable*; Hinweise: KUNZ, Europa, S. 468 f.

³⁵⁸ Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen; statt aller: KUNZ, Europa, S. 469 f. m.w.H.

³⁵⁹ SICAF = Société d'Investissement à Capital *Fixe*.

³⁶⁰ Für die *KkK* wurden insbesondere die (deutsche) *GmbH & Co. KG* und die (angelsächsische) *Limited Partnership* herangezogen: KUNZ, KkK, S. 48.

³⁶¹ Vgl. dazu vorne Ziff. 3.2.2.2.

³⁶² Vgl. dazu vorne Ziff. 3.2.2.5.

³⁶³ Vgl. dazu hinten Ziff. 3.3.2.5.

³⁶⁴ FORSTMOSER, Beispiel, S. 531.

³⁶⁵ SPINNER/MARITZ, S. 137 f.; zudem: COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV, S. 363.

3.3 Rechtsanwendung

3.3.1 Grundverständnis

Die *Rechtsanwendung* ist mit der Rechtssetzung insofern verwandt, als dass sie durch diese sozusagen determiniert wird, d.h. sie stellt „im Ergebnis vollzogene Rechtssetzung“³⁶⁶ dar bzw. „führt die Gesetzgebung im Einzelfall zu Ende“³⁶⁷. Es geht m.a.W. um die *individuell-konkreten* Umsetzungen durch Gerichte (= z.B. Urteile)³⁶⁸ oder durch Behörden (= z.B. Verfügungen). Dabei ist die rechtsvergleichende Frage zu beantworten, „ob man eine überlegene ausländische Lösung für die Auslegung der heimischen Gesetze heranziehen kann und soll“³⁶⁹. Immerhin muss vor einem „Rechtstourismus“ gewarnt werden³⁷⁰.

Die Methode der Rechtsvergleichung ist ein in der Schweiz längst anerkanntes, wenn auch nicht grenzenloses *Hilfsmittel* der *richterlichen* sowie (wesentlich seltener) der behördlichen Rechtsanwendung³⁷¹. Gerade im Bereich des Wirtschaftsrechts kommt dies regelmässig zum Ausdruck – als Beispiel: „Die Gerichte ziehen die allenfalls aus der Rechtsvergleichung gewonnenen Argumente heran, wenn die Auslegung einer schweizerischen Rechtsnorm alleine nicht ausreicht bzw. noch zusätzlich verifiziert oder falsifiziert werden soll. Das *Aktienrecht* scheint der Rechtsvergleichung besonders zugänglich zu sein“³⁷². M.E. bleiben allerdings zahlreiche *methodische Fragen* unbeantwortet³⁷³.

Die Möglichkeiten der Rechtsvergleichung sollten bei der Rechtsanwendung *nicht überschätzt* werden. Dem schweizerischen Richter kommt nämlich bei der Auslegung von Rechtsnormen – mindestens im Prinzip – grosse Freiheit zu³⁷⁴. Das gesetzte Recht ist und bleibt *schweizerisches*

³⁶⁶ KUNZ, Minderheitenschutz, § 9 N 8 a.E.

³⁶⁷ COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV, S. 363.

³⁶⁸ In der Schweiz ist fast nur das *Bundesgericht* rechtsvergleichend tätig (immerhin genießt das Bundesgericht insofern einen hervorragenden internationalen Ruf – statt aller: KADNER, S. 255 m.w.H.); bei wichtigen Fällen kann es vorkommen, dass ebenfalls *kantonale Gerichte* (Obergerichte, kaum jemals Bezirksgerichte) für ihre Argumentation rechtsvergleichende Ausführungen machen, doch ist dies äusserst selten der Fall.

³⁶⁹ ZWEIGERT/KÖTZ, S. 16.

³⁷⁰ PEYER, S. 110 f.; KUNZ, Einführung, S. 43.

³⁷¹ Allg.: PEYER, S. 109 ff.; detailliert: MEIER-HAYOZ, N 360 ff. zu Art. 1 ZGB.

³⁷² KUNZ, Minderheitenschutz, § 1 N 310; Hervorhebungen hinzugefügt.

³⁷³ Der Autor arbeitet zurzeit an einem Aufsatz zu dieser Thematik.

³⁷⁴ Spezifisch zur Auslegungsmethodik von EU-Recht: HAHN, S. 163 ff.; zudem: HAGER, S. 249 ff.

Recht, d.h. dessen mögliche *internationale Motivation* wird in der Vollzugsphase der Rechtsanwendung mindestens im Regelfall nicht berücksichtigt. Der Rechtsanwender ist *autonom, ob bzw. wie stark* ausländisches Recht (mit-)berücksichtigt werden soll; nicht zu unterschätzende Einschränkungen müssen beim autonomen Nachvollzug von EU-Recht³⁷⁵ und bei der völkerrechtskonformen Auslegung³⁷⁶ gemacht werden.

3.3.2 Instrumente einer Annäherung im Gesellschaftsrecht³⁷⁷

3.3.2.1 Rechtsvergleichendes Auslegungselement?

In der Schweiz wird von einem Teil der Lehre – weniger dogmatisch als pragmatisch – für ein „mit der allgemeinen Rechtsentwicklung und dem internationalen Umfeld sinnvolles und kompatibles Resultat“ im Rahmen der Rechtsanwendung plädiert, und zwar „unter dem Aspekt und der Maxime der Europaverträglichkeit des schweizerischen Rechts“³⁷⁸. Das Bundesgericht folgt generell einem sog. *pragmatischen Methodenpluralismus*, bei dem *verschiedene Auslegungselemente* zur Anwendung gelangen, nämlich (i) das historische, (ii) das grammatikalische, (iii) das systematische sowie (iv) das teleologische Element.

Es stellt sich die Frage, ob zu diesen vier traditionellen Elementen³⁷⁹ zusätzlich (v) ein sog. *rechtsvergleichendes Auslegungselement* hinzukommt³⁸⁰. Die Thematik wird in der schweizerischen Doktrin meist nur am Rande behandelt³⁸¹, und die richterliche Praxis erscheint arbiträr. Für *Liechtenstein*: „Jedenfalls für den Kleinstaat (...) ist es durchaus gerechtfertigt, die Rechtsvergleichung als „5. Auslegungsmethode“ zu bezeichnen“³⁸². Seit einigen Jahren scheint das Bundesgericht die Rechtsvergleichung als *selbständiges Element* der Auslegung anzuerkennen³⁸³, wobei das letzte Wort (noch) nicht gesprochen sein dürfte.

³⁷⁵ Vgl. dazu hinten Ziff. 3.3.2.5.

³⁷⁶ Vgl. dazu hinten Ziff. 3.3.2.2.

³⁷⁷ Detailliert: KUNZ, Instrumente, S. 63 ff. m.w.H.

³⁷⁸ Ergebnisorientiert: COTTIER, S. 233 – für beide Zitate.

³⁷⁹ Statt aller: KRAMER, Methodenlehre, S. 56 ff. m.w.H.

³⁸⁰ Detailliert: KRAMER, Methodenlehre, S. 252 ff.

³⁸¹ Auswahl: SCHLUEP, Rz. 1620 ff.; KRAMER, Sentenzen, S. 96; AMSTUTZ, S. 67 ff.; WALTER, Element, S. 259 ff.

³⁸² Liechtensteinischer Staatsgerichtshof LES 2003, 71 (76) – zitiert gemäss: KRAMER, Sentenzen, S. 96 FN 70.

³⁸³ BGE 127 III 323 Erw. 2. b. a.E.: „Im Übrigen sind bei der Auslegung alle herkömmlichen Auslegungselemente zu berücksichtigen (systematische, teleologische, histori-

M.E. muss eine solche methodische Ergänzung *abgelehnt* werden³⁸⁴. Es sollte m.a.W. *kein generelles* rechtsvergleichendes Auslegungselement bei der Interpretation schweizerischer Rechtsnormen³⁸⁵ zur Anwendung gelangen³⁸⁶. Vielmehr braucht es ein *legislatives Einfallstor* für die Rechtsvergleichung (eine Lücke, einen autonomen Nachvollzug von EU-Recht etc.). Ohne „Bezugspunkt“ im Schweizer Recht kann ein schweizerischer Rechtsanwender nicht ausländisches Recht (mit-)berücksichtigen. Ein anderes Vorgehen würde das *Territorialitätsprinzip* sowie die *Souveränität* des Nationalstaates in Frage stellen³⁸⁷.

3.3.2.2 Auslegung eines Staatsvertrags

Das Prinzip der sog. *völkerrechtskonformen* Interpretation³⁸⁸ bedeutet im Wesentlichen, dass dem mit einem Staatsvertrag in Widerspruch stehenden Landesrecht unter mehreren möglichen Interpretationen jene Bedeutung beigelegt wird, die dem *Sinn* der völkerrechtlichen Norm *am nächsten* kommt. Art. 5 Abs. 4 BV hält ausserdem fest: „Bund und Kantone beachten das Völkerrecht“; Art. 190 BV ergänzt: „Bundesgesetze und Völkerrecht sind für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend“.

In der Schweiz genießt das Völkerrecht – mindestens grundsätzlich – Vorrang vor dem schweizerischen Recht: „Dies verlangt von den Rechts-

sche und rechtsvergleichende)“ (...); ebenso: BGE 124 III 266 Erw. 4; weitere Hinweise bei: SCHLUEP, Rz. 1620 ff.; im Jahre 2007 hielt das Bundesgericht zur *Sonderprüfung* fest: „[R]echtsvergleichend mögen ausländische Regelungen zur Auslegung des geltenden schweizerischen Rechts insbesondere dann gewinnbringend beigezogen werden, wenn sie dem schweizerischen Gesetzgeber als Vorbild gedient haben, ohne dass im Konkreten eine Abweichung festzustellen ist, oder wenn eine bewusste Harmonisierung mit ausländischen Rechtsordnungen angestrebt worden ist (vgl. BGE 129 III 335 E. 6 S. 350). Dafür fehlen hier für die von den Klägern angeführte holländische Rechtsordnung jegliche Anhaltspunkte“ (BGE 133 III 184 Erw. 3.5).

³⁸⁴ KUNZ, Instrumente, S. 66 m.w.H.

³⁸⁵ Dies gilt für jegliches Recht, also ebenfalls für das *schweizerische Gesellschaftsrecht* – eine sozusagen „europaverträgliche“ Interpretation des Gesellschaftsrechts steht somit nicht zur Diskussion.

³⁸⁶ Wohl gl.M.: SCHLUEP, Rz. 1650 f.; die bisherige Fokussierung auf grammatikalische, auf historische, auf systematische sowie schliesslich auf teleologische Auslegungselemente hat sich bewährt, so dass m.E. eine methodische „Ergänzung“ *überflüssig* erscheint.

³⁸⁷ Generell eine „Erosion der Nationalstaatlichkeit“ feststellend: AMSTUTZ, S. 68 m.w.H. in FN 5; ähnlich: WALTER, Element, S. 260.

³⁸⁸ Grenzen der völkerrechtskonformen Auslegung: BGE 125 II 417 Erw. 4. c.

anwendungsinstanzen eine völkerrechtskonforme Handhabung des Landesrechts³⁸⁹. Oder etwas anders ausgedrückt: „[D]ie Eidgenossenschaft [kann sich] nicht unter Berufung auf inländisches Recht ihrer völkerrechtlichen Verpflichtungen entziehen (...). Das Landesrecht [muss] daher in erster Linie völkerrechtskonform ausgelegt werden“³⁹⁰. Diese Prinzipien gelten natürlich auch im *Wirtschaftsrecht*, soweit und *sofern Staatsverträge* zur Debatte stehen³⁹¹.

Die meisten Beispiele einer völkerrechtskonformen Auslegung durch das Bundesgericht stammen aus dem öffentlichen Recht³⁹² und kaum jemals aus dem Wirtschaftsrecht. Zum *Gesellschaftsrecht* gibt es heute keinen Staatsvertrag³⁹³ zwischen der Schweiz und der EU – insofern muss dieses rechtsvergleichende Instrument *ohne Relevanz* bleiben. Generell kann sogar gesagt werden: „M.E. stellen (...) die Staatsverträge bzw. die daraus folgende völkerrechtskonforme Auslegung heute und wohl weiterhin für die absehbare Zukunft eher ein *untergeordnetes* Instrument der *wirtschaftsrechtlichen* Rechtsvergleichung dar“³⁹⁴.

3.3.2.3 Berücksichtigung internationaler Standards o.ä.

Normen des schweizerischen Rechts *verweisen* relativ selten auf *internationale Standards o.ä.*, aber es kommt doch (immer wieder) vor³⁹⁵. Sollte eine solche legislative Verweisung vorliegen, müssen – im Prinzip – die entsprechenden *ausländischen* Regelungen als Referenzordnungen³⁹⁶ *berücksichtigt* und bei der Auslegung des anwendbaren schweizerischen Erlasses herangezogen bzw. sogar als eigentliche Handlungsanweisungen

³⁸⁹ BGE 122 II 239 Erw. 4. e.

³⁹⁰ BGE 125 II 424 Erw. 4. c.

³⁹¹ Gerade im *Verhältnis der Schweiz zur EU* erscheint dies – angesichts des (aktuellen) *Bilateralismus*: Vgl. dazu vorne Ziff. 1.1.2.2 – besonders bedeutsam.

³⁹² Hinweise: KUNZ, *Instrumente*, S. 76 ff.

³⁹³ Vgl. dazu vorne Ziff. 3.2.2.1.

³⁹⁴ KUNZ, *Instrumente*, S. 78; Hervorhebungen hinzugefügt.

³⁹⁵ Vgl. dazu vorne Ziff. 3.2.2.3.

³⁹⁶ Zu denken ist etwa an die zahlreichen *EU-Richtlinien im Finanzmarktrecht*, die im *schweizerischen Kotierungsrecht* aufgrund von Art. 8 Abs. 3 BEHG indirekt implementiert wurden; allg.: KELLERHALS, S. 375 ff.

für den Rechtsanwender³⁹⁷ beachtet werden³⁹⁸. M.E. ist methodisch zu differenzieren³⁹⁹:

(i) Wenn sich die Verweisung in erster Linie an den *Rechtssetzer* wendet (z.B. Art. 7 Abs. 2 lit. d FINMAG⁴⁰⁰), muss der Gesetzesauftrag vorerst umgesetzt werden⁴⁰¹ – beispielsweise durch eine Verordnung. In der anschliessenden Rechtsanwendung der „transponierten“ Norm kann bzw. muss zwar das ausländische Recht berücksichtigt werden, aber *nur, wenn* nachweisbar diese Ordnung in der *schweizerischen Norm implementiert* wurde⁴⁰². (ii) Hat hingegen der *Rechtsanwender* den internationalen Standard o.ä. unmittelbar bei der Interpretation heranzuziehen (z.B. Art. 7 Abs. 1 SSG⁴⁰³)⁴⁰⁴, muss eine *Implementierung nicht bewiesen* werden können, d.h. die internationale Referenzordnung ist in jedem Fall massgeblich⁴⁰⁵.

Die internationalen Standards o.ä. erscheinen konzeptionell *vergleichbar* mit dem autonomen Nachvollzug von EU-Recht⁴⁰⁶. Der zentrale Unterschied liegt darin, dass bei einer Blankettnorm „internationale Standards“ die anwendbare *Referenzordnung fehlt* und wohl auch nicht ohne weiteres bewiesen werden kann – beim autonomen Nachvollzug von EU-Recht ist hingegen jeweils klar, welche Ordnung der EU implementiert wird. Die internationalen Standards entwickeln sich fort im Laufe der Zeit, so dass – ähnlich wie bei der europarechtskonformen Auslegung⁴⁰⁷ – von einer *Up date-Pflicht* auszugehen ist.

³⁹⁷ Beispielsweise lautet die *Marginale von Art. 7 SSG*: „Rechtsanwendung durch den Richter“.

³⁹⁸ KUNZ, Einführung, S. 43; KUNZ, Instrumente, S. 68.

³⁹⁹ Der Autor arbeitet zurzeit an einem Aufsatz zu dieser Thematik.

⁴⁰⁰ Vgl. dazu vorne Ziff. 3.2.2.3.

⁴⁰¹ *Adressat* der Verweisung ist der *Regulator* bzw. *Selbstregulator*; die Anweisung muss *generell-abstrakt* erfüllt werden.

⁴⁰² Sog. *mittelbare* Berücksichtigung des *ausländischen* Rechts.

⁴⁰³ Vgl. dazu vorne Ziff. 3.2.2.3.

⁴⁰⁴ *Adressat* der Verweisung ist der *Rechtsanwender*; die Anweisung muss *individuell-konkret* erfüllt werden.

⁴⁰⁵ Sog. *unmittelbare* Berücksichtigung des *ausländischen* Rechts; nur, aber immerhin bei dieser Variante kommt der internationalen Ordnung ein grösseres Gewicht zu, d.h. es ist eine Art von „*auslandsrechtskonformer Auslegung*“ (ähnlich der europarechtskonformen Auslegung; Vgl. dazu hinten Ziff. 3.3.2.5) vorzunehmen.

⁴⁰⁶ Vgl. dazu vorne Ziff. 3.2.2.5.

⁴⁰⁷ Vgl. dazu hinten Ziff. 3.3.2.5.

3.3.2.4 Lückenfüllung

Die sog. *echte Gesetzeslücke*, d.h. eine planwidrige Unvollständigkeit in einem schweizerischen Rechtserlass, bildet das zentrale *Einfallstor* für die Rechtsvergleichung im Bereich der Rechtsanwendung⁴⁰⁸. Art. 1 Abs. 2 ZGB – die international bekannteste Norm des schweizerischen Privatrechts – bringt es wie folgt auf den Punkt: „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“⁴⁰⁹.

Das Bundesgericht⁴¹⁰ umschreibt die Notwendigkeiten: „Namentlich im traditionell grenzüberschreitenden Rechtsverkehr lässt sich (...) eine sachgerechte Rechtsfindung und damit auch Lückenfüllung ohne rechtsvergleichende Grundlage nicht verwirklichen (...)“⁴¹¹. Der Rechtsvergleichung wird nicht allein durch Art. 1 Abs. 2 ZGB („Richter als Gesetzgeber“), sondern zusätzlich durch Art. 1 Abs. 3 ZGB zum Durchbruch verholfen: „Es [sc. das Gericht] folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung“⁴¹².

M.E. muss bei der (rechtsvergleichenden) Lückenfüllung eine sog. *Systemkompatibilität* zwischen der inländischen Lücke und der ausländischen „Lösung“ angestrebt werden⁴¹³. Dies anerkennt das Bundesgericht: „Die richterliche Rechtsregel soll sich nach Möglichkeit in das vorgegebene System einpassen, dem Gedanken Rechnung tragend, dass gleichgelagerte Rechtsfragen ohne Not nicht unterschiedlich beantwortet werden sollen. Die Lückenfüllung ist damit auf den Weg der Analogie verpflichtet (...)“

⁴⁰⁸ Hierzu: KUNZ, Einführung, S. 43.

⁴⁰⁹ Eine vergleichbare Norm findet sich in Art. 7 Abs. 1 SSG: Vgl. dazu vorne Ziff. 3.2.2.3.

⁴¹⁰ Für die Doktrin insbesondere MEIER-HAYOZ, N 368 zu Art. 1 ZGB: „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“; zudem: SCHLUEP, Rz. 1635 f.

⁴¹¹ BGE 126 III 138 Erw. 4; nicht aus den Augen verloren werden darf, dass das Bundesgericht die Rechtsvergleichung *zusätzlich* als Auslegungselement heranzuziehen scheint, also *ausserhalb der Lückenfüllung*.

⁴¹² Gemeint ist, dass „*Gewohnheitsrecht*“ (Abs. 2) sowie „*bewährte Lehre*“ (Abs. 3) im *Ausland* ebenfalls gefunden werden können: RUSCH, Rz. 9; MEIER-HAYOZ, N 389 zu Art. 1 ZGB; hierzu WIDMER, S. 15: „Er [der Gesetzgeber] folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung und kann sich auch an einschlägigen Vorschriften oder Grundsätzen vergleichbarer ausländischer oder internationaler Regelungen orientieren“.

⁴¹³ KUNZ, Instrumente, S. 70; KUNZ, Einführung, S. 43.

aus dem Geist der positiven Rechtsordnung ein Prinzip [auszumachen], welches regelfähig umgesetzt werden kann (...)“⁴¹⁴.

Idealtypisch bei einer Lückenfüllung ging das Bundesgericht im bekannten BGE 126 III 129 („Kodak“) betreffend dem sog. *Erschöpfungsprinzip* im Patentrecht vor⁴¹⁵: „Zusammengefasst ist in rechtsvergleichender Sicht eine unterschiedliche Behandlung der Erschöpfung für die verschiedenen Immaterialgüterrechte weitverbreitet. Nahezu sämtliche Staaten gehen von der nationalen Erschöpfung im Patentrecht aus. Diese wird im europäischen Wirtschaftsraum auf die regionale Erschöpfung erweitert. Die internationale Rechtsvergleichung spricht damit für die nationale Erschöpfung im Patentrecht“⁴¹⁶.

In der bundesgerichtlichen Praxis – nicht zuletzt im Wirtschaftsrecht – finden sich zahlreiche Beispiele für das Einfallstor der Rechtsvergleichung mittels Lückenfüllung⁴¹⁷. M.W. geschah dies indes (noch) nie im Bereich des *Gesellschaftsrechts* – dies dürfte sich in Zukunft ändern, wobei sich (i) das EU-Gesellschaftsrecht bzw. (ii) die verschiedenen Gesellschaftsrechte europäischer Staaten zur Lückenfüllung aufdrängen.

3.3.2.5 *Europarechtskonforme Auslegung*

Die Doktrin stellt überzeugend fest: „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“⁴¹⁸. Das Bundesgericht nimmt dies mit der Anweisung auf, dass eine sog. *europarechtskonforme Auslegung* des schweizerischen Rechts⁴¹⁹ *nur, aber immerhin* erfolgen müsse⁴²⁰, sofern das anzuwendende Recht tatsächlich den autonomen Nachvollzug von EU-Recht⁴²¹ darstellt. Es be-

⁴¹⁴ BGE 126 III 138 Erw. 4.

⁴¹⁵ BGE 126 III 143 ff. Erw. 7; auf die folgenden ausländischen Rechtsordnungen ging das Bundesgericht ein: Deutschland, Frankreich, Österreich, Italien, EU, Argentinien, Brasilien, Sowjetunion, USA sowie Japan.

⁴¹⁶ BGE 126 III 148 Erw. 7. d.

⁴¹⁷ Hinweise: WALTER, Rechtsprechung, S. 92 ff. m.w.H.

⁴¹⁸ WIEGAND, Anwendung, S. 177.

⁴¹⁹ Übersicht: KRAMER, Methodenlehre, S. 292 ff. m.w.H.; KOBIERSKI, S. 112 ff.

⁴²⁰ Stellungnahmen finden sich z.B. in BGE 129 III 350 Erw. 6 (betreffend die Betriebsübernahme gemäss Art. 333 OR), in BGE 130 III 190 Erw. 5.5.1 (betreffend Art. 15 Pauschalreisegesetz); zudem allg.: BGE 133 III 184 Erw. 3.5 (betreffend das Institut der Sonderprüfung).

⁴²¹ Vgl. dazu vorne Ziff. 3.2.2.5.

steht eine *Rechtspflicht* des Rechtsanwenders⁴²². Diese beiden Instrumente der Rechtsvergleichung bilden zwei Seiten derselben Medaille⁴²³. Beispiele⁴²⁴:

BGE 129 III 335⁴²⁵: „Das Recht der Europäischen Union entfaltet zwar keine unmittelbaren verbindlichen Auswirkungen auf das schweizerische Recht. Da die Revision 1993 [des schweizerischen Obligationenrechts] 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“⁴²⁶.

BGE 130 III 182 (bestätigt wird mit dieser Entscheid u.a. der „Zweifelsfall“-Ansatz): „Das Pauschalreisegesetz wurde in Umsetzung [einer EU-Richtlinie] im Rahmen des „Swisslex-Programms“ erlassen und enthält autonom nachvollzogenes europäisches Recht (...). Es ist daher in Zweifelsfällen europarechtskonform auszulegen“⁴²⁷.

BGE 2A.334/2003⁴²⁸ – wohl etwas zu offen und weniger konsequent formuliert: „Nachdem das schweizerische Mehrwertsteuerrecht in weiten Teilen mit dem Umsatzsteuerrecht der Europäischen Union (EU) übereinstimmt, können auch Gesetzgebung, Lehre und Rechtsprechung in der EU zur Beurteilung herangezogen werden, wobei die Schweiz als Nicht-Mitglied nicht an die Rechtsordnung der EU gebunden ist. Die Umsatz-

⁴²² Wohl gl.M.: AMSTUTZ, S. 67 („verlangt“); ohne Verpflichtung würde denn auch der autonome Nachvollzug sozusagen „toter Buchstabe“ bleiben: WIEGAND, Anwendung, S. 183; ob es *weitere Rechtsfolgen* des autonomen Nachvollzugs von EU-Recht gibt, ist kaum erforscht: COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV, S. 363.

⁴²³ KOBIERSKI, S. 105: „wer A sagt, muss auch B sagen“; BGE 129 III 350 Erw. 6: „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 (...)“; das Bundesgericht scheint dieses *Prinzip ausdehnend* zu verstehen, also das *EU-Recht* nur als ein Beispiel, doch m.E. kann *nicht generell* von einer „auslandrechtskonformen“ Interpretation ausgegangen werden: Vgl. dazu vorne Ziff. 3.3.2.1.

⁴²⁴ Abgelehnt hat das Bundesgericht diesen Ansatz bei einem Streitfall zur *Sonderprüfung*, weil diese keinen Nachvollzug von EU-Recht (oder von holländischem Recht) darstellt: BGE 133 III 184 Erw. 3.5.

⁴²⁵ Methodisches: AMSTUTZ, S. 67 ff.; zudem: PROBST, S. 236 f.

⁴²⁶ BGE 129 III 350 Erw. 6; (noch) nicht explizit: BGE 123 III 466 ff. (dazu: WIEGAND, Anwendung, S. 184/188); zum EU-Recht als mögliche Auslegungshilfe: BGE 125 II 306 f. Erw. 4. e (Fernmelderecht).

⁴²⁷ BGE 130 III 191 Erw. 5.5.1.

⁴²⁸ Hinweise: PROBST, S. 237 f.

steuerrechte der Europäischen Gemeinschaft und ihrer Mitgliedstaaten stellen demnach eine nicht zu vernachlässigende Erkenntnisquelle und Interpretationshilfe dar, soweit der schweizerische Gesetzgeber nicht ausdrücklich und bewusst von der EU-Regelung abweicht (...)⁴²⁹.

M.E. müssen verschiedene Aspekte bei der europarechtskonformen Auslegung schweizerischen Rechts (als Folge eines autonomen Nachvollzugs von EU-Recht) beachtet werden⁴³⁰. Im heutigen Zeitpunkt ist diese Auslegungsmethodik in der Schweiz *noch wenig erforscht*, und es öffnet sich für die nahe Zukunft ein breites Forschungsfeld:

(i) Es muss *de iure* wirklich um einen *autonomen Nachvollzug von EU-Recht* gehen (sozusagen als Grundvoraussetzung)⁴³¹; dies dürfte nicht immer klar sein – „[m]assgebend ist der Wille des schweizerischen Gesetzgebers“⁴³². Zudem (ii) gilt dieser (neue) Auslegungsgrundsatz nicht generell, sondern – soweit ersichtlich – nur in *Zweifelsfragen* der Interpretation. Schliesslich (iii) bedeutet „europarechtskonform auszulegen“, dass als Referenz *sämtliche Quellen* des entsprechenden EU-Rechts beigezogen werden dürfen bzw. sogar müssen⁴³³, was u.a. zu einer Up date-Pflicht (Dynamisierung)⁴³⁴ des Rechtsanwenders führt.

Es kommt vor, dass im gleichen schweizerischen Bundesgesetz *teilweise* eine europarechtskonforme Auslegung zur Anwendung gelangt – und *teilweise* eben nicht. Dies hängt davon ab, *welche Teile* einen auto-

⁴²⁹ BGE 2A.334/2003 Erw. 2.3 vom 30. April 2004; methodisch identisch bereits ein früherer Steuerentscheid: BGE 124 II 203 f. Erw. 6. a; allg.: REICH, Einfluss, S. 749 ff.; a.M. zum Mehrwertsteuerrecht: WALTER, Element, S. 270 m.w.H. in FN 40.

⁴³⁰ Detaillierter: KUNZ, Instrumente, S. 72 ff. m.w.H.

⁴³¹ Ob ein autonomer Nachvollzug von EU-Recht oder aber Eklektik vorgenommen wird, entscheidet der *Gesetzgeber*, d.h. von der ersten Variante kann nur ausgegangen werden, wenn sich ein entsprechender klarer Hinweis entweder im Gesetz oder aber in dessen Materialien (z.B. in der Botschaft oder aber in den parlamentarischen Beratungen) findet; gl.M.: COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV, S. 364; WALTER, Element, S. 270: „Die Frage beantwortet sich aus der historisch zu ermittelnden Regelungsabsicht des Gesetzgebers“.

⁴³² COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV, S. 364.

⁴³³ Es geht nebst der (i) *EU-Rechtssetzung* um die darauf aufbauende (ii) *EU-Rechtsanwendung* (z.B. um Urteile des EuGH) – gl.M.: WIEGAND, Anwendung, S. 183; allg.: PROBST, S. 225 ff.; FURRER, S. 311 ff.; WYSS, S. 726 f.

⁴³⁴ Der Rechtsanwender muss die *laufenden* Änderungen auf EU-Ebene (z.B. bei den Richtlinien, aber auch bei den Präjudizien) berücksichtigen und künftig anwenden, und zwar selbst bei unveränderter schweizerischer Rechtsgrundlage – insofern besteht ein sog. *dynamischer Bezug* zwischen der nicht geänderten Basis im Schweizer Recht und der in Änderung befindlichen Basis im EU-Recht, das in der Schweiz früher autonom nachvollzogen worden ist: KUNZ, Instrumente, S. 76; AMSTUTZ, S. 68; wohl ebenfalls: WALTER, Element, S. 272.

nomen Nachvollzug von EU-Recht darstellen (oder eben gerade nicht). Eindrücklich ersichtlich wird dies beim schweizerischen Kollektivanlagenrecht, das nur, aber immerhin in Bezug auf die sog. *offenen* kollektiven Kapitalanlagen europarechtskonform auszulegen ist⁴³⁵. Dies betrifft somit eine (neue) Gesellschaftsform bzw. das *Gesellschaftsrecht* in der Schweiz⁴³⁶:

Einzig bei den *offenen* kollektiven Kapitalanlagen (vertragliche Anlagefonds und SICAV) nimmt das KAG einen autonomen Nachvollzug von EU-Recht vor. Dies führt dazu, dass *diese* Regelungen *europarechtskonform ausgelegt* werden müssen⁴³⁷. Anders sieht es aus bei den geschlossenen kollektiven Kapitalanlagen (KkK und SICAF), die keine sog. OGAW⁴³⁸ darstellen, so dass kein autonomer Nachvollzug von EU-Recht vorliegt; folglich ist bei der Rechtsanwendung *nicht* europarechtskonform auszulegen⁴³⁹ – trotzdem können bei *diesen beiden* Gesellschaften ausländische Gesellschaftsrechtsordnungen eine Rolle spielen, und zwar im „üblichen“ Rahmen der Rechtsvergleichung (z.B. bei einer Lückenfüllung)⁴⁴⁰.

4. Schlussbemerkungen

Viele Schweizerinnen und Schweizer haben einen *Abwehrreflex*, wenn es um die *Einflüsse von ausländischem Recht* im Allgemeinen und von EU-Recht im Besonderen auf die schweizerische Rechtsordnung geht – dabei wird diese Fragestellung indes nicht selten mit dem sog. Rechtspluralismus verwechselt, der ein völlig anderes Thema darstellt⁴⁴¹, und zwar im

⁴³⁵ In diesen Bereichen besteht ein *autonomer Nachvollzug von EU-Recht*: Vgl. dazu vorne Ziff. 3.2.2.5.

⁴³⁶ Detailliert: KUNZ, Europa, S. 466 ff. m.w.H.

⁴³⁷ Beispielsweise muss die sog. OGAW III-Richtlinie der EU herangezogen werden.

⁴³⁸ OGAW: Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren; UCITS: Undertakings for Collective Investment in Transferable Securities.

⁴³⁹ KUNZ, KkK, S. 49.

⁴⁴⁰ Vgl. dazu vorne Ziff. 3.3.2.4.

⁴⁴¹ Der Rechtspluralismus will die *kulturellen Eigenheiten der ausländischen Bevölkerung berücksichtigen* – die Ausländer sollen eine freie Wahl haben, ob sie „ihrer“ eigenen Rechtsordnung oder der Rechtsordnung des Wohnsitzlandes unterstellt sein wollen; rechtspluralistische Postulate oder Entscheide sorgen immer wieder für *Aufregung*, und zwar sowohl in der Schweiz (z.B. mit einem professoralen Postulat nach der Einführung von sog. „Scharia Gerichten“ in der Schweiz) als auch im Ausland (beispielsweise leitete in Deutschland im Jahre 2007 eine Richterin aus dem 34. Vers der 4. Surte

Zusammenhang mit der Integration von Ausländern in der Schweiz. Die Beeinflussung des Schweizer Rechts durch ausländische Rechtsentwicklungen stellt seit Jahren bzw. seit Jahrzehnten eine *Tatsache* dar, die sich a priori *weder als schlecht noch als gut* erweist.

Ein EU-Beitritt ist zumindest im heutigen Zeitpunkt (politisch) *nicht opportun* für die Schweiz; noch weiter geht der Versuch einer Volksinitiative, die ein mindestens 10-jähriges EU-Beitritts-Moratorium vorsehen will⁴⁴². Mit der *integralen Übernahme* des EU-Rechts als Folge eines Beitritts würde die Schweiz die Möglichkeit verlieren, durch juristische „Swiss Finishes“ einen *Wettbewerbsvorteil* zu erlangen oder zu bewahren. Ein Kleinstaat muss fit sein und bleiben für ein „race to the top“ oder für ein „race to the bottom“.

Die *Zukunft des Bilateralismus* erscheint – mindestens aus aktueller Sicht der EU – höchst ungewiss. Seitens der Schweiz wird in diesem Zusammenhang, zu Recht oder zu Unrecht, ein weiter zunehmender Druck durch die EU befürchtet. Doch die Zukunft kennt niemand. Nicht vergessen werden sollte ausserdem, dass selbst die *Zukunft der EU* nicht in Stein gemeisselt ist; die Krise der „Eurozone“ im Jahre 2010 beweist deren Fragilität.

Der Rat der EU hat am *14. Dezember 2010* sog. „Schlussfolgerungen des Rates zu den Beziehungen zwischen der EU und den EFTA-Ländern“ verabschiedet⁴⁴³. Der EU-Rat stellt darin den *Bilateralismus* zwischen der EU und der Schweiz immer mehr in Frage (Rz. 2 und Rz. 48); ausserdem wird – wie bereits früher – betont, „dass eine einheitliche und gleichzeitige Anwendung und Auslegung des sich ständig weiter entwickelnden gemeinschaftlichen Besitzstandes“ (Rz. 49) auch im Verhältnis zur Schweiz unerlässlich sei.

Die *Rechtsautonomie der Schweiz* bringt verschiedene Vorteile mit sich. Beispielsweise werden die von Rechtsanwendern begangenen *Verletzungen* von (schweizerischem) Recht, das entweder durch die EU inspiriert wurde oder sogar einen autonomen Nachvollzug darstellt, nicht sank-

ab, dass es „für den marokkanischen Kulturkreis nicht unüblich [sei], dass der Mann gegenüber der Frau ein Züchtigungsrecht ausübt“).

⁴⁴² Volksinitiative „Für ein EU-Beitrittsmoratorium“: BBl 2010 7915 ff. (Vorprüfung erfolgt am 9. November 2010; die Initiative in der Form einer allgemeinen Anregung wurde bei ihrer Ankündigung vor Pressevertretern damit begründet, dass „mit dem Nachvollzug von EU-Recht (...) „durch die Hintertüre“ ein „Beitritt [zur EU] auf Raten“ [stattfinde]“: NZZ vom 24. November 2010, S. 12.

⁴⁴³ Vgl. dazu vorne Ziff. 1.1.2.2.

tioniert; den EU-Mitgliedern bzw. den EWR-Mitgliedern droht hingegen eine *Staatshaftung* bei Verletzung von EU-Recht bzw. EWR-Recht⁴⁴⁴.

Vor Illusionen ist zu warnen, erweist sich die Schweiz doch bereits heute in vielen Bereichen als weitgehend integriert ins EU-Recht⁴⁴⁵. Das *Gesellschaftsrecht* wurde als Beispiel für eine *durchschnittliche* Anpassung dargestellt (andere Bereiche des Wirtschaftsrechts – z.B. das Versicherungsrecht⁴⁴⁶ oder das Steuerrecht⁴⁴⁷) sind ebenfalls relativ europarechtskonform ausgestaltet worden. *Automatismen* einer Rechtsanpassung müssen allerdings – u.a. aus souveränitätsrechtlichen Gründen – nach wie vor *abgelehnt* werden.

Vom Sprachwissenschaftler ADOLPHUS WILLIAM WARD ist das folgende *Bonmot* überliefert: „Der Pessimist klagt über den Wind, der Optimist hofft, dass der Wind sich dreht, und der Realist hisst die Segel“⁴⁴⁸ – dies lässt sich ohne weiteres auf das Verhältnis der Schweiz zur EU übertragen. Eine *realistische* Perspektive scheint durchaus angebracht zu sein. Unbesehen dessen, ob die Schweiz jemals Mitglied in der EU wird oder nicht, sollte das *Gesellschaftsrecht prinzipiell europakompatibel* ausgestaltet werden, wobei sinnvolle „Swiss Finishes“ vorbehalten bleiben sollten⁴⁴⁹.

Generell erscheint der Fokus in der Rechtssetzung und in der Rechtsanwendung auf die EU sowie auf die EU-Mitgliedstaaten als zu eng. *Inspirationen aus dem Ausland* können auch von anderen Staaten möglich sein; für das Wirtschaftsrecht stehen nach wie vor die USA im Vordergrund, doch ist absehbar, dass im Verlauf des 21. Jahrhunderts nicht zuletzt China eine wichtige Rolle spielen dürfte. Die Schweiz gilt mehrheitlich als Import-Staat betreffend legislative Anregungen, doch sollte das *Potential als Export-Staat* nicht unterschätzt werden; das Beispiel des exportierten Zivilgesetzbuches in die Türkei⁴⁵⁰ dürfte zwar einmalig

⁴⁴⁴ Die *Staatshaftungsrechtsprechung* des EFTA-Gerichtshofs wegen *Verletzung von EWR-Recht* wird von den Obersten Gerichtshöfen in (i) Island (1999), in (ii) Norwegen (2005) und – nunmehr jüngst – in (iii) Liechtenstein (2010) anerkannt: Liechtensteiner Vaterland vom 1. Dezember 2010, S. 8.

⁴⁴⁵ Statt aller: KOHLER, Rz. 1 ff.; zudem: KUNZ, Governance, S. 105 ff.

⁴⁴⁶ Hinweise: SCHNYDER, Versicherungsrecht, S. 865 ff.

⁴⁴⁷ Allg.: REICH, Einfluss, S. 749 ff. (verhindert werden soll in erster Linie ein *schädlicher Steuerwettbewerb*: a.a.O. S. 764); KOBIERSKI, S. 105 ff.

⁴⁴⁸ Zit. nach CASPER, S. 218.

⁴⁴⁹ KUNZ, 20xx, Rz. 165.

⁴⁵⁰ Im Jahre 1926 erfolgte in der Türkei eine Totalübernahme des schweizerischen Zivilrechts; Hinweise auf diesen und auf *weitere* Exportschlager ins Ausland: KUNZ, Instrumente, S. 81.

bleiben, doch dürfte die Schweiz immer wieder *legislative Exportschlager* entwickeln⁴⁵¹.

⁴⁵¹ Jüngstes wirtschaftsrechtliches Beispiel sind die Neuerungen im *Offenlegungsrecht* (Art. 20 BEHG), für die sich etwa *Deutschland* und *Österreich* interessieren.

Literaturverzeichnis

- AEMISEGGER, HEINZ: Die Bedeutung des US-amerikanischen Rechts bzw. der Rechtskultur des common law in der Praxis schweizerischer Gerichte – am Beispiel des Bundesgerichts, *AJP* 17 (2008), S. 18.
- AMSTUTZ, MARC: Interpretatio multiplex – Zur Europäisierung des schweizerischen Privatrechts im Spiegel von BGE 129 III 335, in: *Festschrift für E.A. Kramer*, Basel 2004, S. 67.
- BAUDENBACHER, CARL: Das Ende des Europäischen Sonderfalls Schweiz im Aktienrecht, in: *Festschrift für A. Koller*, Bern 1993, S. 581.
- BEHRENS, PETER (Modernisierung): Die Modernisierung des Europäischen Gesellschaftsrechts, in: JÖRG, FLORIAN S./ARTER, OLIVER (Hrsg.): *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht I*, Bern 2006, S. 149.
- BEHRENS, PETER (SE): Die Europäische Gesellschaft (Societas Europaea – SE), in: ARTER, OLIVER/JÖRG, FLORIAN S. (Hrsg.): *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht II*, Bern 2007, S. 197.
- BEHRENS, PETER (Niederlassungsfreiheit): Die Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften in der EG und dem EWR – Konsequenzen für die Schweiz, in: KUNZ, PETER V./JÖRG, FLORIAN S. JÖRG/ARTER, OLIVER (Hrsg.): *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht III*, Bern 2008, S. 67.
- BÖCKLI, PETER: Osmosis of Anglo-Saxon Concepts in Swiss Business Law, *The International Practice of Law*, S. 9.
- BRAUCHLI, THOMAS: Europakonformität der Bestimmungen des Fusionsgesetzes zum nationalen Fusionsvertrag, *AJP* 14 (2005), S. 1509.
- BREINING-KAUFMANN, CHRISTINE: Deregulierung und Europaverträglichkeit als Maximen der Gesetzgebung im Wirtschaftsrecht, in: *Aspekte des Wirtschaftsrechts, Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1994*, Zürich 1994, S. 441.
- BÜCKER, THOMAS: Die Organisationsverfassung der SPE, *ZHR* 173 (2009), S. 281.
- BÜHLER, THEODOR: Die Aktiengesellschaft in den kantonalen Gesetzgebungen bis zum alten Obligationenrecht 1881-1883, in: BAYER, WALTER/HABERSACK, MATHIAS (Hrsg.): *Aktienrecht im Wandel Bd. I*, Tübingen 2007, S. 287.
- CASPER, MATTHIAS: Erfahrungen und Reformbedarf bei der SE – Gesellschaftsrechtliche Reformvorschläge, *ZHR* 173 (2009), S. 181.
- COTTIER, THOMAS: Die Globalisierung des Rechts – Herausforderungen für Praxis, Ausbildung und Forschung, *ZBJV* 133 (1997), S. 217.
- COTTIER, THOMAS/DZAMKO, DANIEL/EVTIMOV, ERIK: Die europakompatible Auslegung des schweizerischen Rechts, in: EPINEY, ASTRID/THEUERKAUF, SARAH/RIVIÈRE, FLORENCE (Hrsg.): *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2003*, Bern 2004, S. 357.
- COTTIER, THOMAS/LIECHTI, RACHEL: Die Beziehungen der Schweiz zur Europäischen Union – Eine kurze Geschichte differenzieller und schrittweiser Integration, in: *Europainstitut Basel (Hrsg.): Basler Schriften zur europäischen Integration Bd. Nr. 81*, Basel 2007, S. 5.
- DEIPENBROCK, GUDULA: Legal Transplants? – Rechtsvergleichende Grundüberlegungen zum technischen Rechtsnormtransfer, *ZVglRWiss* 107 (2008), S. 343.
- DESSEMONTET, FRANÇOIS: Droit des sociétés, in: SCHINDLER, DIETRICH/HERTIG, GÉRARD/KELLENBERGER, JAKOB/THÜRER, DANIEL/ZÄCH, ROGER (Hrsg.): *Die Europa-*

- verträglichkeit des schweizerischen Rechts, Schriften zum Europarecht Bd. 1, Zürich 1990, S. 377.
- EBKE, WERNER F.: Wirtschaft und Recht im Zeichen der Globalisierung, in: Festschrift für J. N. Druey, Zürich 2002, S. 99.
- EGO, ALEXANDER: Europäische Niederlassungsfreiheit der Kapitalgesellschaft und deutsches Gläubigerschutzrecht, Diss., Passau 2005.
- ENGEL, ARNO JOHANNES: Ein Europäisches Zivilgesetzbuch? – Zukunftsperspektiven aus dem Blickwinkel der Gemeinschaftskompetenz, ZfRV 40 (1999), S. 121.
- EPINEY, ASTRID/FELDER, ANDREAS: Europäischer Wirtschaftsraum und Europäische Gemeinschaft: Parallelen und Divergenzen in Rechtsordnung und Auslegung, ZVgIR-Wiss 100 (2001), S. 425.
- FISCHER, KLEMENS H.: Der Vertrag von Lissabon – Text und Kommentar zum Europäischen Reformvertrag, Bern 2010.
- FLATZ, NATALIE: Die Totalrevision des schweizerischen Anlagengesetzes aus dem Blickwinkel der Europakompatibilität (...), in: BAUDENBACHER, CARL (Hrsg.): Aktuelle Entwicklungen des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts Bd. 9, Basel 2007, S. 165.
- FORSTMOSER, PETER (Beispiel): Der autonome Nach-, Mit- und Vorvollzug europäischen Rechts: das Beispiel der Anlagengesetzgebung, in: Festschrift für R. Zäch, Zürich 1999, S. 523.
- FORSTMOSER, PETER (Wandel): Wirtschaftsrecht im Wandel – Erfahrungen aus vier Jahrzehnten, SJZ (104) 2008, S. 133.
- FORSTMOSER, PETER (Aktienrechtsreform): Die „grosse“ Aktienrechtsreform – Übersicht und Gesamtwürdigung, in: Die „grosse“ Schweizer Aktienrechtsreform, Zürich/St. Gallen 2010, S. 1.
- FURRER, ANDREAS: Der Einfluss der EuGH-Rechtsprechung auf das schweizerische Wirtschaftsprivatrecht, SZIER 3 (2006), S. 311.
- GELTER, MARTIN: Wettbewerbsbedingungen im europäischen Gesellschaftsrecht, ZfRV 45 (2004), S. 170.
- GRUNDMANN, STEFAN: Europäisches Gesellschaftsrecht, Heidelberg 2004.
- GÜNTHER, MAIKO: La société anonyme européenne – Présentation, critique et perspectives de mise en oeuvre par la Suisse, Diss., Genf 2009.
- HABERSACK, MATHIAS: Europäisches Gesellschaftsrecht, München 2006.
- HAGER, GÜNTER: Rechtsmethoden in Europa, Tübingen 2009.
- HAHN, HARTMUT: Nationale Auslegungsmethoden, vergleichend betrachtet – europäische Anforderungen an die Methodenlehre, ZfRV 44 (2003), S. 163.
- HENSSLER, MARTIN: Erfahrungen und Reformbedarf bei der SE – Mitbestimmungsrechtliche Reformvorschläge, ZHR 173 (2009), S. 222.
- HERDEGEN, MATTHIAS: Europarecht, München 2010.
- HOMMELHOFF, PETER: Unternehmensfinanzierung in der Europäischen Privatgesellschaft, ZHR 173 (2009), S. 255.
- HONSELL, HEINRICH: Amerikanische Rechtskultur, in: Festschrift für R. Zäch, Zürich 1999, S. 39.
- HÜGEL, HANNS F.: Zur Europäischen Privatgesellschaft: Internationale Aspekte, Sitzverlegung, Satzungsgestaltung und Satzungslücken, ZHR 173 (2009), S. 156.
- JAAG, TOBIAS: Europarecht – Die europäischen Institutionen aus schweizerischer Sicht, Zürich 2009.
- JAKOB, DOMINIQUE/STUDEN, GORAN: Die European Foundation – Phantom oder Zukunft des europäischen Stiftungsrechts?, ZHR 174 (2010), S. 61.

- JESTÄDT, GUIDO A.: Niederlassungsfreiheit und Gesellschaftskollisionsrecht, Diss., Konstanz 2005.
- JUNG, PETER: Paradigmenwechsel im EG-Gesellschaftsrecht – Der Vorschlag der EU-Kommission für ein Statut der Societas Privata Europaea, in: Festschrift für R. von Büren, Basel 2009, S. 103.
- KADEN, ERICH H.: Rechtsvergleichung, Berlin 1938.
- KADNER, GRAZIANO THOMAS: Die Europäisierung der juristischen Perspektive und der vergleichenden Methode – Fallstudien, ZVglRWiss 106 (2007), S. 248.
- KAEMPF, MARKUS: Gesellschaftsrecht, in: KELLERHALS, ANDREAS (Hrsg.): Wirtschaftsrecht Schweiz – EU, Überblick und Kommentar 2009/10, Zürich/St. Gallen 2010, S. 57.
- KELLERHALS, ANDREAS: Von der gesetzlichen Pflicht zur Internationalisierung des schweizerischen Wirtschaftsrechts – Der Verweis auf international anerkannte Standards gemäss Art. 8 Abs. 3 BEHG, in: Festschrift für D. Zobl, Zürich 2004, S. 375.
- KEMMERER, MARTIN: Kapitalverkehrsfreiheit und Drittstaaten, Diss., Frankfurt 2008.
- KIEM, ROGER: Erfahrungen und Reformbedarf bei der SE – Entwicklungsstand, ZHR 173 (2009), S. 156.
- KIENER, REGINA/LANZ, RAPHAEL: Amerikanisierung des schweizerischen Rechts – und ihre Grenzen (...), ZSR 119 I (2000), S. 155.
- KOBIERSKI, MARLENE: Die europarechtskonforme Auslegung im schweizerischen Mehrwertsteuerrecht, ASA 78 (2009), S. 105.
- KOHLER, EMILIE: Influences du droit européen sur la législation suisse: analyse des années 2004 à 2007, Jusletter vom 31. August 2009.
- KRAMER, ERNST A. (Sentenzen): Sentenzen zu Gesetz, Richter und Methode, in: Festschrift für H.P. Walter, Bern 2005, S. 87.
- KRAMER, ERNST A. (Methodenlehre): Juristische Methodenlehre, Bern 2010.
- KUNZ, PETER V. (Minderheitenschutz): Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Habil., Bern 2001.
- KUNZ, PETER V. (Einführung): Einführung zur Rechtsvergleichung in der Schweiz – Ein bedeutsames juristisches Fachgebiet für Studenten sowie für Praktiker zwischen „notwendigem Übel“ sowie „Königsdisziplin“, recht 24 (2006), S. 37.
- KUNZ, PETER V. (Auffälligkeiten): Zehn bemerkenswerte Auffälligkeiten bei den Revisionen der letzten Jahre im schweizerischen Gesellschaftsrecht, SJZ 104 (2008), S. 557.
- KUNZ, PETER V. (20xx): Aktienrechtsrevision 20xx, Jusletter vom 2. Februar 2009.
- KUNZ, PETER V. (Instrumente): Instrumente der Rechtsvergleichung in der Schweiz bei der Rechtssetzung und bei der Rechtsanwendung, ZVglRWiss 108 (2009), S. 31.
- KUNZ, PETER V. (KkK): Die neue Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen (KkK) (...), in: KUNZ, PETER V./ARTER, OLIVER/JÖRG, FLORIAN S. (Hrsg.): Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IV, Bern 2009, S. 45.
- KUNZ, PETER V. (Sonderfall): „Sonderfall Schweiz“? – die Schweiz ist längst in Europa angekommen..., EWS 3/2009, ad 57.
- KUNZ, PETER V. (Musterabkommen): OECD-Musterabkommen und die Schweiz: Wie den Vorbehaltsverzicht umsetzen?, in: SECO (Hrsg.): Die Volkswirtschaft – Das Magazin für Wirtschaftspolitik, 02-2009, S. 4.
- KUNZ, PETER V. (Europa): Europa als ein Massstab für das schweizerische Wirtschaftsrecht? (...), in: Tradition mit Weitsicht, Festschrift für E. Bucher, Bern 2009, S. 455.
- KUNZ, PETER V. (Governance): Swiss Corporate Governance – an Overview, in: Swiss Reports presented at the XVIIIth International Congress of Comparative Law, Bern 2010, S. 99.

- LEIN, EVA: Legal Transplants in European Private Law, in: CASHIN RITAINE, ELEANOR/FRANCK, LAETTITIA/SHAHEEZA, LALANI (Hrsg.): Legal Engineering and Comparative Law, Zürich 2008, S. 69.
- MAGNUS, ULRICH: Die USA als Vorbild für die europäische Privatrechtsentwicklung?, in: Festschrift für W. Wiegand, Bern/München 2005, S. 535.
- MCGUIRE, MARY-ROSE: Ziel und Methode der Study Group on a European Civil Code, ZfRV 47 (2006), S. 163.
- MEIER-HAYOZ, ARTHUR: Berner Kommentar – Einleitung: Art. 1-10 ZGB, Bern 1962.
- MEIER-HAYOZ, ARTHUR/FORSTMOSER, PETER: Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Bern 2007.
- MÜLBERT, PETER O./SCHMOLKE, KLAUS ULRICH: Die Reichweite der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften – Anwendungsgrenzen der Art. 43 ff. EGV bei kollisions- und sachrechtlichen Niederlassungshindernissen, ZVgIRWiss 100 (2001), S. 233.
- MUSTAKI, GUY/ENGAMMARE, VALERIE: Droit européen des sociétés, Basel 2009.
- NESSLER, VOLKER: Wettbewerb der Rechtsordnungen oder Europäisierung? – Stand und Perspektiven des Europäischen Gesellschaftsrechts, ZfRV 41 (2000), S. 1.
- NOBEL, PETER (Europäisierung): Europäisierung des Rechts der Aktiengesellschaft, in: Festschrift für J. N. Druey, Zürich 2002, S. 503.
- NOBEL, PETER (Standards): Internationale Standards im Finanzmarktrecht (...), in: Festschrift für W. Wiegand, Bern/München 2005, S. 869.
- NOBEL, PETER (Aktienrecht): Transnationales und Europäisches Aktienrecht, Bern 2006.
- NOBEL, PETER (Globalisierung): Globalisierung des Gesellschaftsrechts, in: Festschrift für C. Baudenbacher, Bern 2007, S. 735.
- NOBEL, PETER (Finanzmarktrecht): Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards, Bern 2010.
- NOBEL, PETER/KAEMPF, MARKUS: Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Gesellschaftsrecht, in: EPINEY, ASTRID/GAMMENTHALER, NINA (Hrsg.): Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2008/2009, Zürich 2009, S. 127.
- OESTERHELT, STEFAN: Bedeutung der Kapitalverkehrsfreiheit für die Schweiz – Erkenntnisse aus kürzlich ergangenen Urteilen des EuGH zu Art. 56 EG-Vertrag, ST 82 (2008), S. 256.
- PEYER, PATRIK R.: Zur zunehmenden Bedeutung der Rechtsvergleichung als Hilfsmittel der Rechtsfindung, recht 22 (2004), S. 104.
- PISSLER, KNUT BENJAMIN: Chinesisches Kapitalmarktrecht, Diss., Hamburg 2003.
- POSNER, RICHARD A.: How Judges Think, Cambridge/Massachusetts 2008.
- PROBST, THOMAS: Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes als neue Herausforderung für die Praxis und die Wissenschaft im schweizerischen Privatrecht, BJM (2004), S. 225.
- REICH, MARKUS (Einfluss): Das Europäische Steuerrecht und sein Einfluss auf die schweizerische Steuerrechtsordnung, in: Festschrift für R. Zäch, Zürich 1999, S. 749.
- REICH, PHILIPPE (KAG): Vom AFG zum KAG – Der schielende Blick auf die EU, in: Recht der kollektiven Kapitalanlagen, Bern 2007, S. 9.
- RUSCH, ARNOLD F.: Methoden und Ziele der Rechtsvergleichung, Jusletter vom 13. Februar 2006.
- SANDROCK, OTTO: Über das Ansehen des deutschen Zivilrechts in der Welt – Von der „Weltstellung“ des deutschen zur „Hegemonie“ des U.S.-amerikanischen Rechts, ZVgIRWiss 100 (2001), S. 3.
- SCHLUEP, WALTER R.: Einladung zur Rechtstheorie, Bern 2006.

- SCHNYDER, ANTON K. (Wendepunkt): Zur Societas Europaea (SE) – Wendepunkt im Europäischen Gesellschaftsrecht?, in: Festschrift für J. N. Druey, Zürich 2002, S. 569.
- SCHNYDER, ANTON K. (Versicherungsrecht): Schweizerisches Versicherungsrecht vor dem Hintergrund europäischer Entwicklungen, in: Festschrift für E.A. Kramer, Basel 2004, S. 865.
- SCHOLLER, HEINRICH: Bedeutung der Lehre vom Rechtskreis und die Rechtskultur, *ZVglRWiss* 99 (2000), S. 373.
- SCHWARZ, GÜNTER CHRISTIAN: *Europäisches Gesellschaftsrecht*, Baden-Baden 2000.
- SPINNER, BRUNO/MARITZ, DANIEL: EG-Kompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts. Vom autonomen zum systematischen Nachvollzug, in: Festschrift für R. Zäch, Zürich 1999, S. 127.
- STIEFEL, ERNST C./MAXEINER, JAMES R.: Why Are U.S. Layers not Learning from Comparative Law?, in: *The International Practice of Law*, Basel 1997, S. 213.
- TEICHMANN, CHRISTOPH: *Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht*, Habil., Heidelberg 2004.
- VON BÜREN, ROLAND: Aus der Enge des Sonderbundes in die Weite Europas: Gedanken zur Entwicklung unseres Privatrechts, *BAV/AAB*, 4/1994, S. 7.
- VON HEIN, JAN: *Die Rezeption US-amerikanischen Gesellschaftsrechts in Deutschland*, Habil., Hamburg 2006.
- WALTER, GERHARD (Rechtsprechung): Die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Schweizer Bundesgerichts, *recht* 22 (2004), S. 91.
- WALTER, HANS PETER (Element): Das rechtsvergleichende Element – Zur Auslegung vereinheitlichten, harmonisierten und rezipierten Rechts, *ZSR* 125 I (2007), S. 259.
- WALTER, HANS PETER (Revisionsaufsichtsrecht): Das Revisionsaufsichtsrecht als *Lex Americana?*, *ST* 82 (2008), S. 854.
- WELLER, MARC-PHILIPPE: *Handels- und Gesellschaftsrecht*, in: GEBAUER, MARTIN/WIEDMANN, THOMAS (Hrsg.): *Zivilrecht unter europäischem Einfluss*, Stuttgart 2010, S. 993 (zit. nach Rz.).
- WIDMER, PIERRE: Rechtsvergleichung und Gesetzgebung, *Leges* 2003/3 (2003), S. 9.
- WIEGAND, WOLFGANG (Rezeption): Die Rezeption amerikanischen Rechts, *ZBJV* 124^{bis} (1988), S. 229.
- WIEGAND, WOLFGANG (Anwendung): Zur Anwendung von autonom nachvollzogenem EU-Privatrecht, in: Festschrift für R. Zäch, Zürich 1999, S. 171.
- WITT, CARL-HEINZ: Modernisierung der Gesellschaftsrechte in Europa, *ZGR* 38 (2009), S. 872.
- WYSS, MARTIN PHILIPP: Europakompatibilität und Gesetzgebungsverfahren im Bund, *AJP* 16 (2007), S. 717.
- ZÄCH, ROGER/WEBER URS M.: Die Einwicklung des freien Kapitalverkehrs im Recht der Europäischen Gemeinschaft, in: *Aspekte des Wirtschaftsrechts*, Festschrift Schweizerischer Juristentag 1994, Zürich 1994, S. 405.
- ZWEIGERT, KONRAD/KÖTZ, HEIN: *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Tübingen 1996.

