

1

Otto Sandrock

Das Recht ausländischer Investoren auf Zugang zu den deutschen Märkten (1)

Peter V. Kunz

Instrumente der Rechtsvergleichung in der Schweiz bei der Rechtssetzung und bei der Rechtsanwendung (31)

Brett A. Mangrum

Cultural Algorithms: The Status of Software Patents in a Global Environment (83)

Literatur (101)

Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft

Archiv für Internationales Wirtschaftsrecht

Begründet 1878 von *Franz Bernhöft, Georg Cohn, Josef Kohler*

Herausgegeben von

Klaus Peter Berger, Köln
Rolf Birk, Trier
Werner F. Ebke, Heidelberg
Bernhard Großfeld, Münster

Karl Matthias Meessen, Düsseldorf
Hanno Merkt, Freiburg i. Br.
Otto Sandrock, Münster

Redaktion: Maria Wolfer
Redaktionsassistentz: Ingeborg Rossbach

Redaktionelle Anfragen und Manuskripteinsendungen werden erbeten an:

Verlag Recht und Wirtschaft GmbH
Mainzer Landstraße 251, 60326 Frankfurt am Main
E-Mail: verlag@betriebs-berater.de

Alle Beiträge werden unter der Voraussetzung aufgenommen, dass der Verfasser den Gegenstand nicht gleichzeitig an anderer Stelle behandelt.

Zitierweise: ZVglRWiss

ZVglRWiss im Internet: www.ruw.de

Bezugspreise: Jahresvorzugspreis (4 Ausgaben): € 239,- incl. Versandkosten und MwSt., Beorderungsgebühr jährlich (fällt an bei Fremdzahler): € 2,65 netto. Preis des Einzelheftes: € 82,-. Auslandspreise auf Anfrage. Rechnungslegung erfolgt jährlich. Die Abonnementgebühren sind im Voraus zahlbar. Der Abonnementvertrag ist auf unbestimmte Zeit geschlossen. Eine Kündigung ist jederzeit bis sechs Wochen vor Ende des Bezugsjahres möglich. Liegt dem Verlag zu diesem Zeitpunkt keine Kündigung vor, verlängert sich das Abonnement automatisch um ein weiteres Jahr zum dann gültigen Jahrespreis, zahlbar im Voraus.

Inhalt

Abhandlungen

<i>Otto Sandrock</i> , Das Recht ausländischer Investoren auf Zugang zu den deutschen Märkten	1
<i>Peter V. Kunz</i> , Instrumente der Rechtsvergleichung in der Schweiz bei der Rechtssetzung und bei der Rechtsanwendung	31
<i>Brett A. Mangrun</i> , Cultural Algorithms: The Status of Software Patents in a Global Environment	83

Literatur

<i>Sebastian Cohnen</i> , Der Konkurs der Kapitalgesellschaft in Spanien (Rezensentin: Prof. Dr. iur. Dr. h. c. María Luisa Aparicio González)	101
---	-----

Gemäß § 5 Abs. 2 des Hessischen Gesetzes über Freiheit und Recht der Presse in Hessen wird mitgeteilt: Gesellschafter der Recht und Wirtschaft Verlag GmbH ist die Deutscher Fachverlag GmbH, Gesellschafter der Deutscher Fachverlag GmbH sind: Herr Andreas Lorch, Frau Catrin Lorch, Frau Anette Lorch, Frau Britta Lorch sowie die Deutscher Fachverlag GmbH.

Unser Serviceteam beantwortet Ihnen alle Fragen rund um die ZVglRwiss

- ▶ **Servicetelefon** 069/7595-2788
- ▶ **Fax** 069/7595-2760
- ▶ **E-Mail** kundenservice@betriebs-berater.de

Die Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Keine Haftung für unverlangt eingesandte Manuskripte. Mit der Annahme zur Alleinveröffentlichung erwirbt der Verlag alle Rechte, einschl. der Befugnis zur Einspeisung in eine Datenbank.

© 2009 Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, Frankfurt am Main. Printed in Germany. Satz: Lichtsatz Michael Glaese GmbH, 69502 Hemsbach. Druck: Wilhelm & Adam, Werbe- und Verlagsdruck GmbH, 63150 Heusenstamm. Umschlaggestaltung: Rainer Schmitt, 68199 Mannheim. Verantwortlich für den Textteil: Prof. Dr. Rolf Birk, Trier, Prof. Dr. Otto Sandrock, Münster, und Frau Maria Wolfer, Frankfurt; für den Anzeigenteil: Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, Mainzer Landstraße 251, 60326 Frankfurt am Main. Es gilt Preisliste Nr. 28.

Instrumente der Rechtsvergleichung in der Schweiz bei der Rechtssetzung und bei der Rechtsanwendung

Prof. Dr. Peter V. Kunz, Rechtsanwalt, LL.M. (G.U.L.C.), Bern*

ZVglRWiss 108 (2009) 31–82

Die Rechtsvergleichung hat eine langjährige und meist praxisorientierte Tradition in der Schweiz, und zwar sowohl in der Rechtssetzung als auch in der Rechtsanwendung. Dem Bundesgericht, also dem höchsten Gericht der Schweiz, kommt eine international anerkannte Vorreiterrolle im Bereich der Rechtsvergleichung zu. Die vorliegende Abhandlung beabsichtigt, die schweizerischen Instrumente der Rechtsvergleichung in einer Übersicht zu erläutern. Die Europäische Union (EU) stellt den zentralen internationalen Bezugspunkt des Landes dar. Da die Schweiz heute und wohl in absehbarer Zukunft nicht Mitglied der EU ist bzw. sein wird, fallen verschiedene Spezialitäten – also: eigentliche „Swiss Finishes“ – auf in der Rechtssetzung (z.B. die EU-Kompatibilitätsprüfung und der autonome Nachvollzug von EU-Recht) und in der Rechtsanwendung (z. B. die europarechtskonforme Auslegung).

Inhalt

I. Vorbemerkungen	32
II. Bedeutung der Rechtsvergleichung in der Schweiz	34
1. Grundverständnis zur Rechtsvergleichung	34
2. Weite Verbreitung in der Schweiz	35
3. Institutionelle Situation	37
III. Aspekte der Rechtssetzung	39
1. Einführung	39
2. Ausländischer Druck	42
3. Eklektische Anregungen	44
4. Prüfung der EU-Kompatibilität	49
5. Autonomer Nachvollzug von EU-Recht	53
6. Bedeutung von völkerrechtlichen Verträgen	57
7. Selbstregulierungen im Wirtschaftsrecht	60
IV. Aspekte der Rechtsanwendung	63
1. Einführung	63
2. Auslegungshilfe bei Verweisungen	67
3. Lückenfüllung	69
4. Europarechtskonforme Auslegung schweizerischen Rechts	72
5. Völkerrechtskonforme Auslegung schweizerischen Rechts	76
V. Schlussbemerkungen	78

* Der Unterzeichner ist Ordinarius für Wirtschaftsrecht und für Rechtsvergleichung an der Universität Bern: www.iur.unibe.ch; ich bedanke mich für seine große Unterstützung bei meinem Assistenten, Herrn Rechtsanwalt *Mark Montanari*, MLaw Bern.

1. Aspekte zu „Europa“ bzw. zur Europäischen Union.....	78
2. Weitere rechtsvergleichende Aspekte.....	80
3. Keine abschließende Aufzählung der Instrumente der Rechtsvergleichung	82

I. Vorbemerkungen

In den Vereinigten Staaten von Amerika (USA) spielte die Rechtsvergleichung nach der Staatsgründung im 18. Jahrhundert sowie lange Zeit im 19. Jahrhundert eine große Rolle¹. Seit einiger Zeit, nicht zuletzt nach den jüngsten Ernennungen am U.S. Federal Supreme Court², hat sich diese historische Tatsache dramatisch verändert, und es erscheint unklar, in welche Richtung die Entwicklungen in den USA gehen werden³ – teils werden sogar die Absetzung von Richtern bzw. „impeachments“ gegen Richter verlangt, die bei der Rechtsanwendung ausländisches Recht (mit-)berücksichtigen möchten.

Es ist zu hoffen, dass diese wohl für jeden Rechtsvergleicher beunruhigenden Aspekte in den USA keinen „fundamental change“ darstellen; solange aber der aktuelle „swing vote justice“ seine anerkanntermaßen positive Einstellung zum ausländischen Recht beibehält, muss nicht mit dem Schlimmsten gerechnet werden.

Die Rechtsvergleichung ist und bleibt in Europa sowie in den meisten europäischen Staaten weiterhin bedeutsam. Dies gilt beispielsweise für Frankreich, das spätestens seit der Pariser Weltausstellung im Jahre 1900⁴ eine zentrale Rolle in der (wissenschaftlichen) Rechtsvergleichung wahrnimmt⁵, sowie für Deutschland, wo zu Beginn des 20. Jahrhunderts erste Lehrstühle für Rechtsvergleichung an Universitäten errichtet wurden⁶ und wo insbesondere die Max-Planck-Gesellschaft mit ihren zahlreichen (Rechts-)Instituten internationale Maßstäbe gesetzt hat.

-
- 1 Statt aller: *Konrad Zweigert/Hein Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. Tübingen 1996, 233 ff.
 - 2 Bei den Bestätigungsanhörungen im U.S. Senat gab es Kandidatenvoten, die Zweifel wecken dürften – der neue Chief Justice John G. Roberts Jr. zeigte sich prinzipiell zurückhaltend: „[F]oreign law provided an indiscriminate grabbag where almost any position could find comfort“ (IHT 3. Oct. [2005] 4); der ebenfalls neu gewählte Justice Samuel Alito Jr. konstatierte: „I don’t think it’s appropriate or useful to look to foreign law in interpreting the provisions of our Constitution. (...) I think the Framers would be stunned by the idea that the Bill of Rights is to be interpreted by taking a poll of the countries of the world“ (IHT 12. Jan. [2006] 5).
 - 3 *Peter V. Kunz*, Einführung zur Rechtsvergleichung in der Schweiz, recht 2006, 54.
 - 4 Die Wissenschaftsdisziplin der Rechtsvergleichung wurde sozusagen begründet am „Congrès International de Droit Comparé“ in Paris; weitere Hinweise: *Ralf Michaels*, Im Westen nichts Neues?, *RabelsZ* 2002, 98 ff.
 - 5 Frankreich gilt seit jeher als „Hochburg“ der Rechtsvergleichung; *Kurt Hanns Ebert*, Rechtsvergleichung – Einführung in die Grundlagen, Bern 1978, 35.
 - 6 Beispielsweise gründete die Universität München ein Institut für Rechtsvergleichung im Jahre 1916.

Zu „Europa“ – wenn auch (noch) nicht zur Europäischen Union (EU) – gehört die Schweiz, allenfalls etwas unbemerkt, und zwar schon seit langer Zeit:

Es stellt sich im Folgenden die Frage, ob bzw. wie sich dieser europäische Zentralstaat, der traditionell zum sog. deutschen Rechtskreis⁷ gezählt wird, mit der Rechtsvergleichung befasst. Viele ausländische Beobachter dürften in Bezug auf die Schweiz ein oder mehrere Vorurteile haben, u. a., dass sich diese „kleine Alpendemokratie“ sozusagen als Insel in ein isolationistisches „Réduit“ zurückgezogen habe⁸ – eine durchaus nachvollziehbare Einschätzung, nachdem die Schweiz am 6. 12. 1992 den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) abgelehnt hat⁹. Doch dieses Vorurteil gegenüber der Schweizerischen Eidgenossenschaft ist m. E. unbegründet, wie im Folgenden aufgezeigt werden soll, nicht zuletzt angesichts einer Vorreiterrolle in der Rechtsvergleichung.

Die Abhandlung geht der großen und permanent wachsenden Bedeutung der Rechtsvergleichung in der Schweiz¹⁰ auf den Grund und zeigt ausgewählte Aspekte einerseits für die schweizerische Rechtssetzung und andererseits für die schweizerische Rechtsanwendung auf. Bereits an dieser Stelle sei vorweggenommen: Die Schweiz ist „Europa“!

Rechtsvergleichung kommt nicht allein im Privatrecht vor, wo die längste Tradition besteht, sondern in allen übrigen Rechtsgebieten – im Strafrecht¹¹, im öffentlichen Recht¹² oder im Wirtschaftsrecht. Für die Schweiz dürfte angesichts der zunehmenden Globalisierung und der wachsenden internationalen Vernetzungen der schweizerischen Wirtschaft zunehmend das Wirt-

7 Allg.: *Ingeborg Schwenzer/Markus Müller-Chen*, Rechtsvergleichung, Tübingen 1996, 2ff.; *Zweigert/Kötz* (Fn. 1), 130ff.; *Ebert* (Fn. 5), 57ff.; *Kunz* (Fn. 3), 50 – u. a. mit dieser Überlegung haben die Eidgenössischen Räte im Jahre 2007 ein Rechtsinstitut aus dem angloamerikanischen Rechtskreis – die sog. Class Action – für die neue Schweizerische Zivilprozessordnung abgelehnt.

8 Ein weiteres beliebtes Vorurteil geht dahin, dass sich ausländische „Steuerflüchtlinge“ gerne hinter dem Schweizer Bankkundengeheimnis verstecken – die Thematik soll hier nicht vertieft werden; statt aller: *Peter V. Kunz*, Mythos schweizerisches „Bankgeheimnis“, in: Jusletter vom 17. 11. 2008, Rz. 1ff.

9 Der EWR hätte verschiedene EU-Rechtsgebiete als sog. „acquis communautaire“ in der Schweiz direkt anwendbar gemacht (z. B. das EU-Börsenrecht); da dies nun nicht der Fall ist, wird EU-Recht durch andere Instrumente in die Schweiz „importiert“: Vgl. dazu hinten III. 2.–6. Generell: *Astrid Epiney/Andreas Felder*, Europäischer Wirtschaftsraum und Europäische Gemeinschaft: Parallelen und Divergenzen in Rechtsordnung und Auslegung, ZVglRWiss 2001, 425 ff.

10 Vgl. dazu hinten II.

11 Statt aller: *Günter Heine*, Europa und die strafrechtliche Bekämpfung des Glücksspiels, in: *Neuere Entwicklungen im schweizerischen und internationalen Wirtschaftsrecht*, Zürich 2007, 1ff.; *Ders.*, Korruptionsbekämpfung im Geschäftsverkehr durch Strafrecht? Internationale Entwicklungen und rechtsvergleichende Befunde, ZBJV 2002, 533 ff.

12 Als Beispiel: *Axel Tschentscher*, Dialektische Rechtsvergleichung – Zur Methode der Komparistik im öffentlichen Recht, JZ 2007, 807 ff.

schaftsrecht¹³ als „melting pot“ (oder sozusagen als „Krone“) von Privatrecht, von öffentlichem Recht und von Strafrecht im Vordergrund stehen¹⁴. Die folgenden Ausführungen fokussieren sich deshalb auf dieses Rechtsgebiet¹⁵. Ausnahmsweise wird in der Darstellung auf einige nicht-wirtschaftsrechtliche Legiferierungen verwiesen.

II. Bedeutung der Rechtsvergleichung in der Schweiz

1. Grundverständnis zur Rechtsvergleichung

Bei der Rechtsvergleichung geht es, vereinfacht, um einen „übernationalen“ Kontext, und zwar 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“¹⁶. Diese „Inbezugsetzung“ betrifft inländisches (= i.c. schweizerisches) Recht und ausländisches Recht, wobei für die Rechtsvergleichung ein „Mehr“ zum Darstellen von Auslandsrechten (sog. Länderberichte)¹⁷ dazukommen muss¹⁸, d.h. die bloße Deskription von ausländischen Rechten reicht methodisch nicht aus.

Die Rechtsvergleichung ist kein Rechtsgebiet (wie etwa das Gesellschaftsrecht oder das Kartellrecht), sondern eine Methode, die als zweckfrei gilt¹⁹. Mit der Rechtsvergleichung, die eine „*école de vérité*“ darstellt, wird der „Vorrat an Lösungen“ erweitert sowie bereichert²⁰. Es geht bei der Rechtsvergleichung nicht – wie gelegentlich missverstanden – um schönggeistige Abgehobenheit, sondern primär um Praxisorientierung. Gerade die Praktiker in der Rechtssetzung und in der Rechtsanwendung ziehen Gewinn aus der Ausei-

13 Hierzu: *Kunz* (Fn. 3), 38; die „Abhängigkeiten“ der schweizerischen Rechtsordnung vom Ausland und die entsprechenden „Rücksichtnahmen“ sind gut ersichtlich bei drei wirtschaftsrechtlichen Spezialgesetzen, die in den letzten Jahren in Kraft getreten sind, nämlich beim Börsen- und Effektenhandelsgesetz (BEHG: SR 954.1), beim Fusionsgesetz (FusG: SR 221.301) sowie beim Kollektivanlagengesetz (KAG: SR 951.31).

14 Generelles: *Thomas Cottier*, Die Globalisierung des Rechts – Herausforderungen für Praxis, Ausbildung und Forschung, ZBJV 1997, 217 ff.

15 Hinweise: *Peter V. Kunz*, Zehn bemerkenswerte Auffälligkeiten bei den Revisionen der letzten Jahre im schweizerischen Gesellschaftsrecht, SJZ 2008, 567 f.

16 *Erich H. Kaden*, Rechtsvergleichung, Berlin 1938, 10; ähnlich für die Schweiz: *Arthur Meier-Hayoz*, Berner Kommentar – Einleitung: Art. 1–10 ZGB, Bern 1962, N 356 zu Art. 1 ZGB.

17 Länderberichte stellen „Auslandrechtskunde“ dar: *Arnold F. Rusch*, Methoden und Ziele der Rechtsvergleichung, in: Jusletter vom 13. 2. 2006, Rz. 2 ff.

18 *Kunz* (Fn. 3), 41; *Ebert* (Fn. 5), 146.

19 Statt aller: *Rusch* (Fn. 17), Rz. 5.

20 Mit Verweisung auf *Zitelmann*: *Zweigert/Kötz* (Fn. 1), 14.

nersetzung mit rechtsvergleichenden Fragen. Diese Praxisorientiertheit ist in der Schweiz der zentrale Ansatzpunkt²¹.

M. E. besteht ein pragmatisches Hauptrisiko darin, die Rechtsvergleichung rechtspolitisch „vorzuschieben“ und damit – fast Rosinen pickend – legale „Begründungen“ zu (er-)finden. Es ist schließlich nicht verboten, durch den Blick über den Tellerrand der eigenen nationalen Rechtsordnung hinaus klüger zu werden²². Trotz des erheblichen Potenzials dieser Wissenschaftsdisziplin mangelt es den Rechtsvergleichern gelegentlich an Selbstvertrauen. Das Selbstverständnis schwankt zwischen den Polen einer behaupteten „Königsdisziplin“²³ sowie eines behaupteten „Cinderella-Komplexes“²⁴. Die Wahrheit dürfte irgendwo in der Mitte liegen.

2. Weite Verbreitung in der Schweiz

a) Rechtssetzung sowie Rechtsanwendung

Die schweizerische Rechtsvergleichung, die im Vergleich mit dem Ausland zahlreiche Spezialitäten („Swiss Finishes“) aufweist, verfügt zwar über einen institutionellen Rahmen²⁵ (z. B. bei der universitären Ausbildung). Sie ist weit verbreitet und primär praxisorientiert. Der Praxisbezug kommt sowohl in der Rechtssetzung²⁶ als auch in der Rechtsanwendung²⁷ zum Ausdruck.

Den Rechtssetzern (also insbesondere dem Eidgenössischen Parlament als Legislative sowie dem schweizerischen Bundesrat als Exekutive)²⁸ stehen verschiedene Instrumente der Rechtsvergleichung zur Verfügung – betreffend die EU, die für die Schweiz im Vordergrund steht²⁹, bilden z. B. die sog. EU-Kompatibilitätsprüfung³⁰ sowie der sog. autonome Nachvollzug von EU-Recht³¹ zentrale „Swiss Finishes“.

Den Rechtsanwendern in der Schweiz, wenn auch in durchaus unterschiedlichem Ausmaße den Gerichten sowie den Behörden, stehen andere Instrumente zur Verfügung als den Rechtssetzern, nämlich (als Beispiele) die sog.

21 In diesem Sinne: *Kunz* (Fn. 3), 37 sowie 42 f.; *Rusch* (Fn. 17), Rz. 10.

22 *Kunz* (Fn. 3), 42.

23 *Rusch* (Fn. 17), Rz. 8.

24 *Michaels* (Fn. 4), 112 m. w. H.; illustrative Übersicht: *Bernhard Großfeld* (Hrsg.), *Rechtsvergleich – Verkannt, vergessen, verdrängt*, Münsteraner Studien zur Rechtsvergleichung Bd. 62, Münster 2000.

25 Vgl. dazu unten II. 3.

26 Vgl. dazu unten III.

27 Vgl. dazu unten IV.

28 In Ausnahmefällen verfolgen in der Schweiz auch gliedstaatliche, d. h. kantonale Rechtssetzer rechtsvergleichende Methoden: *Martin Philipp Wyss*, *Europakompatibilität und Gesetzgebungsverfahren im Bund*, AJP 2007, 717 f. m. w. H. – in aller Regel geht es bei der legislativen Rechtsvergleichung aber um die Bundesebene.

29 Vgl. dazu unten V. 1.

30 Vgl. dazu unten III. 4.

31 Vgl. dazu unten III. 5.

Lückenfüllung³² sowie die sog. europarechtskonforme Auslegung³³. Das schweizerische Bundesgericht genießt mit gutem Grund den internationalen Ruf, die Rechtsvergleichung „weltweit am stärksten zu berücksichtigen“³⁴. Dabei geht das Bundesgericht pragmatisch vor. Es verfolgt – außer bei der europarechtskonformen Auslegung – einen arbiträren Kurs³⁵.

b) Gründe für die schweizerische Tradition

Die Rechtsvergleichung ist sehr bedeutsam für die gesamte schweizerische Jurisprudenz und wird seit vielen Jahren international zur Kenntnis genommen und beachtet (z. B. aufgrund der im Ausland verfolgten Praxis des Bundesgerichts oder in der zunehmenden Anerkennung des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung³⁶). Zahlreiche Umstände dürften die langjährige Tradition der schweizerischen Rechtsvergleichung – sei es in der Rechtssetzung oder in der Rechtsanwendung³⁷ – begünstigt haben:

Ein Kleinstaat³⁸ kann es sich beispielsweise schlicht nicht leisten, immer nur sozusagen aus dem eigenen Reservoir zu schöpfen – der „Vorrat an Lösungen“ wird durch Blicke ins Ausland relativ einfach vergrößert oder vertieft. Dass die schweizerischen Juristen im Allgemeinen geringe Berührungängste gegenüber ausländischen Rechtsordnungen haben, kann ebenfalls mit dem multikulturellen Hintergrund des Landes³⁹ und mit der hohen Sprachkompetenz⁴⁰ der meisten Schweizer (mit-)erklärt werden.

Die internationalen Entwicklungen (gerade in „Europa“) werden aus ideellen und aus wirtschaftlichen Überlegungen seitens der Behörden besonders genau beobachtet⁴¹. Neben den europäischen Staaten stehen insbesondere die

32 Vgl. dazu unten IV. 3.

33 Vgl. dazu unten IV. 4.

34 Kunz (Fn. 3), 44; Hervorhebung des Originals weggelassen; beispielsweise bei *Zweigert/Kötz* (Fn. 1), 18: „vor allem aber in der Schweiz, wo man in der Rechtsprechung des Bundesgerichts auf Schritt und Tritt rechtsvergleichende Überlegungen finden kann“; zudem: *Patrik R. Peyer*, Zur zunehmenden Bedeutung der Rechtsvergleichung als Hilfsmittel der Rechtsfindung, recht 2004, 111.

35 Nicht selten stellt die Rechtsvergleichung in Bundesgerichtsurteilen eher eine „Supplement-Begründung“ oder ein „A-propos-Argument“ dar: *Kunz* (Fn. 3), 44.

36 Vgl. dazu unten II. 3. a).

37 Erklärungsversuche: *Gerhard Walter*, Die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Schweizer Bundesgerichts, recht 2004, 92.

38 Die Schweiz verfügt über etwa 7,5 Mio. Einwohner (Quelle: „Die Bevölkerung der Schweiz 2007“, Bericht des Bundesamts für Statistik).

39 Der Anteil der ausländischen Wohnbevölkerung macht in der Schweiz etwa 21 Prozent aus (Quelle: „Die Bevölkerung der Schweiz 2007“, Bericht des Bundesamts für Statistik).

40 In der Schweiz werden heute vier Landessprachen und drei Amtssprachen gepflegt: Art. 4 sowie Art. 70 der Bundesverfassung (BV: SR 101).

41 Dies geht etwa aus dem „Europabericht 2006“ des Bundesrats (Fn. 179) hervor (BBl. 2006 6828), auf den an anderer Stelle detaillierter einzugehen ist: Vgl. dazu unten III. 5. a) aa).

USA jeweils unter Beobachtung⁴², d.h. U.S.-amerikanische Aspekte fließen gerade in der Rechtsvergleichung zum Wirtschaftsrecht immer wieder ein. Diese Berücksichtigung geschieht etwa durch eine informelle Rezeption⁴³. In den letzten Jahrzehnten hat sich das Wirtschaftsrecht der USA zu einer sog. dominanten Rechtsordnung entwickelt⁴⁴, was eine faktische Vormachtstellung mit sich bringt. Im Übrigen besteht m. E. ein eigentlicher „Nachbarländer-Komplex“ in der Schweiz⁴⁵.

3. Institutionelle Situation

a) Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung

aa) Rechtsgrundlagen

Im Jahre 1982 gründete die Eidgenossenschaft das Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung (SIR)⁴⁶ bzw. Institut Suisse de Droit Comparé (ISDC)⁴⁷ in Lausanne⁴⁸ – sozusagen ein „schweizerisches Max-Planck-Institut“. Die Institutsgründung wurde als notwendig erachtet, weil es ein Problem darstellte, dass die Schweiz die Auslandsrechtskunde sozusagen „im Ausland einkaufen“ musste. Verschiedene Kommissionen leisteten Vorbereitungsarbeiten bereits seit den 1960er-Jahren⁴⁹.

Das SIR hat sich durch seine Tätigkeiten in der relativ kurzen Zeit seiner Existenz höchstes internationales Ansehen erworben⁵⁰. Es nimmt einen öf-

42 Allg.: *Heinz Aemisegger*, Die Bedeutung des US-amerikanischen Rechts bzw. der Rechtskultur des common law in der Praxis schweizerischer Gerichte – am Beispiel des Bundesgerichts, AJP 2008, 18 ff.

43 Vgl. dazu unten III. 3. a).

44 *Kunz* (Fn. 3), 50; *Otto Sandrock*, Über das Ansehen des deutschen Zivilrechts in der Welt – Von der „Weltstellung“ des deutschen zur „Hegemonie“ des U.S.-amerikanischen Rechts, ZVglRWiss 2001, 39 konstatiert: „Bei nüchterner Betrachtung müssen wir auch zugestehen, dass dem U.S.-amerikanischen Zivilrecht im internationalen Rechtsverkehr seit vielen Jahren schon in gewisser Weise eine „Hegemonie“-Stellung zugefallen ist“.

45 Insbesondere kommt es bei rechtsvergleichenden Argumentationen kaum jemals vor, dass Deutschland nicht berücksichtigt würde.

46 Zentrale Rechtsgrundlage des SIR ist ein Bundesgesetz vom 6. 10. 1978 (BG über SIR): SR 425.1; im Internet unter: <http://www.admin.ch/ch/d/sr/4/425.1.de.pdf>; außerdem gibt es dazu eine Verordnung vom 19. 12. 1979: SR 425.11; hierzu: <http://www.admin.ch/ch/d/sr/4/425.11.de.pdf>.

47 Internet: www.isdc.ch.

48 Art. 1 Abs. 2 BG über SIR – verschiedene Standorte standen ehemals zur Debatte; am Schluss setzte sich Lausanne gegen Basel und Bern durch (das SIR befindet sich auf dem Areal der Universität Lausanne).

49 Allg.: Botschaft des Bundesrates „über die Schaffung eines schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung“ vom 4. 2. 1976: BBl. 1976 I 809 ff.

50 *Kunz* (Fn. 3), 37 Fn. 6 sowie 53 – erstaunlicherweise ist der Bekanntheitsgrad des SIR in der Schweiz (noch) relativ gering.

fentlich-rechtlichen Status als selbstständige Anstalt des Bundes ein⁵¹. Die SIR-Organen⁵² sind der Institutsrat⁵³, dessen Ausschuss, der Direktor (bzw. zurzeit die Direktorin) sowie die Direktion. Über die Zukunft des SIR, insbesondere über dessen Status und dessen Finanzierung, wird seit einiger Zeit intensiv diskutiert – nicht zuletzt unter dem Stichwort einer „Reprivatisierung“. Eine Revision des Bundesgesetzes vom 6. 10. 1978 steht indes nicht (mehr) unmittelbar bevor.

bb) Realitäten zum SIR

Im Zentrum der aktuellen Tätigkeiten des SIR steht insbesondere⁵⁴ die Rechtsberatung (z. B. mittels Gutachten oder mittels Berichten), und zwar für Privatpersonen, für Gerichte, für Verwaltungsorgane sowie für internationale Organisationen. Das SIR beantwortet dabei Rechtsfragen zum nationalen Recht aller Staaten und sämtlicher Rechtsgebiete. Mehrheitlich übt das SIR deskriptive Rechtsvergleichung aus, d. h. es stellt für ihre Klienten das ausländische Recht in „Länderberichten“ dar.

Das SIR wird für die legislative Rechtsvergleichung⁵⁵ heute zwar nicht systematisch, aber immer wieder für Spezialfragen beigezogen⁵⁶. Eine weitere Haupttätigkeit des SIR besteht im Führen einer Fachbibliothek für Rechtsvergleichung⁵⁷, die grundsätzlich jedermann offensteht, der zum ausländischen bzw. zum internationalen Recht recherchieren möchte. Sie weist heute etwa 300 000 Werke in mehr als 60 Sprachen auf. Das SIR ist das zentrale Forschungszentrum für die Rechtsvergleichung in der Schweiz – und seine Bedeutung dürfte in Zukunft weiter zunehmen⁵⁸.

b) Ausbildung und Forschung an schweizerischen Universitäten

An einigen schweizerischen Universitäten fristet das Lehr- und das Forschungsgebiet der Rechtsvergleichung noch ein „stiefmütterliches Dasein“⁵⁹. Dies mag überraschen und muss m. E. ohne Einschränkungen bedauert werden. Einer großen Tradition der Rechtsvergleichung kann sich dagegen die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Bern rühmen⁶⁰, an der der

51 Art. 1 Abs. 1 BG über SIR.

52 Art. 5 ff. BG über SIR.

53 Der Bundesrat wählt die Mitglieder des Rats; der Verfasser ist seit dem Jahre 2005 Mitglied.

54 Art. 3 BG über SIR.

55 Vgl. dazu unten III.

56 Zur Bedeutung des SIR: *Pierre Widmer*, Rechtsvergleichung und Gesetzgebung, *Leges* 3/2003, 10.

57 Art. 3 Abs. 2 BG über SIR.

58 *Kunz* (Fn. 3), 52 f. m. w. H.

59 *Kunz* (Fn. 3), 37 – Übersicht: a. a. O. 51 ff. m. w. H.

60 Berner Fakultätsmitglieder spielten u. a. eine zentrale Rolle bei der Gründung und der Etablierung des SIR in Lausanne.

Verfasser ein Teildeputat wahrnimmt. Verschiedene andere Universitäten scheinen seit einiger Zeit ebenfalls mehr Gewicht auf die Rechtsvergleichung zu legen. Außerdem bestehen einige „think tanks“ sowie Forschungsprojekte auf universitärer Ebene (nicht nur im Bereich des Wirtschaftsrechts, sondern z. B. auch im rechtsvergleichenden Strafrecht).

Die Rechtsvergleichung sollte im akademischen Unterricht künftig eine größere Rolle spielen⁶¹, und zwar nicht nur in der Schweiz, kommt diesem Fachgebiet doch nicht zuletzt eine gewichtige Ausbildungsfunktion⁶² für die Rechtswissenschaftler zu.

Schon vor 30 Jahren wurde mit gutem Grund moniert: „Der Jurist unserer Zeit – ganz besonders aber die junge Juristengeneration – tritt (...) einer nie gekannten Herausforderung gegenüber. Eine Fülle von Rechtsproblemen unserer Gegenwart und nahen Zukunft sind gar nicht mehr in den beschaulichen, altvertrauten Bezirken des nationalstaatlichen Rechts in vereinzelter Selbstgenügsamkeit zu lösen. (...) Ist unsere heutige Juristengeneration in ihrer überwiegenden Mehrzahl auf diese Herausforderungen genügend vorbereitet? Die Frage stellen, heißt sie verneinen. Für die meisten Juristen gleicht doch die fremde Rechtswelt einem Raum mit blinden Fenstern, die jeglichen Ausblick und Einblick versperren“⁶³.

Diese Situation hat sich m. E. in den letzten drei Jahrzehnten (in der Schweiz und wohl ebenfalls im Ausland!) leider nicht geändert. Dadurch liegt ein großes Potenzial der Rechtsentwicklung im In- und Ausland brach. Die Rechtsvergleichung kann nämlich als Grundlagenfach für die Ausbildung der Juristen dienen, die zusätzlich außerdem für die Praxis in der Rechtssetzung und in der Rechtsanwendung vorbereitet werden.

III. Aspekte der Rechtssetzung

1. Einführung

a) Allgemeines

Die Rechtssetzung stellt eine „vorwegnehmend-distanzierte, generalisierende Regelung oder Programmierung einer Vielzahl gleich gelagerter Fälle, als Schaffung von Ordnungsmustern für wiederholbares künftiges Geschehen oder von Modellen für zwischenmenschliches Verhalten“⁶⁴ dar. Es geht m. a. W. um hoheitliche Akte bzw. um Regulierung⁶⁵. Triebfeder in diesem le-

61 Allg.: *Zweigert/Kötz* (Fn. 1), 20 ff.

62 *Kunz* (Fn. 3), 46; ebenso: *Michael Bogdan*, *Comparative Law*, Stockholm 1994, 27 f.

63 *Ebert* (Fn. 5), 7.

64 *Georg Müller*, *Funktionen der Rechtssetzung im modernen Staat*, ZBl. 1996, 100.

65 Davon abzugrenzen ist die Selbstregulierung, bei der es teils ebenfalls um Rechtsvergleichung gehen kann: Vgl. dazu unten III. 7.

gislativen Prozess (sc. beim Erlassen generell-abstrakter Normen) – sei es durch die Legislative oder durch die Exekutive oder durch eine Delegation – ist jeweils die Rechtspolitik. Dabei wird der Zusammenhang zur 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“ (...)“⁶⁶.

Die zunehmende Globalisierung und die „Verlagerung der kreativen Rechtentwicklung auf die internationale Ebene“⁶⁷ stellen große Herausforderungen für die Rechtssetzung in der Schweiz und im Ausland dar. Bei der schweizerischen Rechtssetzung sollte die Rechtsvergleichung möglichst frühzeitig integriert⁶⁸ und für verschiedene Tätigkeiten beigezogen werden (z. B. Suche nach dem Konzept, materielle Erarbeitung der Regelung, Ausarbeitung der Botschaft sowie Hearings in den parlamentarischen Beratungen)⁶⁹.

In der Schweiz können insbesondere fünf Varianten internationaler „Einflüsse“ – sog. Einfallstore ins schweizerische Recht – festgestellt werden, die im Folgenden zumindest im Überblick dargestellt werden sollen⁷⁰.

Die legislative Rechtsvergleichung hat somit einen unmittelbaren Bezug zu entsprechenden Entscheidungen der Rechtssetzung. Sie steht außerdem in Zusammenhang mit dem Prinzip der Gewaltenteilung: Ohne rechtssetzendes Einfallstor keine rechtsvergleichende Rechtsanwendung!

b) Ungebundenheit der Gesetzgebung (Legiferierung)

Es darf in diesem Zusammenhang niemals übersehen werden, dass der legislative Prozess im Prinzip schrankenlos⁷¹ verläuft: „Die Rechtssetzung (...) folgt dem Grundsatz der Ungebundenheit der Legiferierung. Der Rechtssetzer – sei es das Parlament oder der Bundesrat oder eine delegierte Behörde – wird unbeschrieben dessen eine spezifische Interessenabwägung vornehmen, d. h. bestimmten (rechts-)politischen Wertungen zum Durchbruch verhelfen.“

66 Peter V. Kunz, *Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht – Eine gesellschaftsrechtliche Studie zum aktuellen Rechtszustand verbunden mit Rückblick und mit Vorausschau sowie mit rechtsvergleichenden Hinweisen*, Habil. Bern 2001, § 1 N 311; Hervorhebungen des Originals weggelassen; oder etwas anders ausgedrückt: „In today’s complex society, the law-maker as well as the legal scholar is often faced with difficult problems (...). Instead of guessing and risking less appropriate results, it would be better to use the enormous wealth of experience that is found in the foreign legal systems“ (Bogdan [Fn. 62], 29).

67 Cottier (Fn. 14), 229.

68 Detailliert: Widmer (Fn. 56), 9 ff.; Kunz (Fn. 3), 45.

69 Kunz (Fn. 3), 45; Widmer (Fn. 56), 12.

70 Vgl. dazu unten III. 2. – 6.

71 Allfällige staatsvertragliche Verpflichtungen bleiben vorbehalten.

Es erscheint offensichtlich, dass gerade auch die „Lösungen“ bzw. die Erfahrungen im Ausland berücksichtigt werden sollten – ohne dass dafür eine Pflicht besteht⁷².“

Die EU-Kompatibilitätsprüfung⁷³, als Beispiel, sieht gewisse Vorgaben bei der Vorbereitung von Legiferierungen vor. Die Eidgenössischen Räte bleiben trotzdem juristisch völlig frei, ob sie kompatibles oder inkompatibles Recht erlassen wollen. Primäre Zielsetzung der Prüfung ist nicht die Harmonisierung, sondern die Transparenz⁷⁴ – dieser Aspekt wird in der rechtsvergleichenden Diskussion in der Schweiz regelmäßig übersehen.

Die prinzipielle legislative Ungebundenheit erlaubt es, mittels der Rechtssetzung einen Wettbewerbsvorteil bzw. sogar einen möglichen „Standortvorteil Schweiz“ zu verfolgen⁷⁵. Realistischerweise ergeben sich indes faktische Relativierungen der Ungebundenheit insbesondere durch fünf Varianten:

1. ausländischer Druck („Pressionen“)⁷⁶,
2. eklektische Anregungen („Abkupferungen“)⁷⁷,
3. Prüfung der Kompatibilität zum EU-Recht⁷⁸,
4. autonomer Nachvollzug von EU-Recht⁷⁹ und
5. Umsetzung völkerrechtlicher Verpflichtungen⁸⁰.

Es kommt regelmäßig vor, dass mehrere dieser Varianten in einem einzigen Bundesgesetz kombiniert werden⁸¹. In diesem Fall muss m. E. im Detail feststellbar sein, welche konkreten Normen nach welcher Variante – wenn überhaupt! – implementiert wurden. Der Grund liegt darin, dass je nach dem zur Anwendung gelangenden Instrument eine unterschiedliche Folge für die Rechtsanwendung resultieren kann, m. a. W.: Der Rechtssetzer ist zwar ungebunden, der Rechtsanwender dann aber nicht notwendigerweise ebenfalls.

72 *Kunz* (Fn. 3), 46 – Hervorhebungen des Originals weggelassen; detaillierter: *ders.* (Fn. 66), § 9 N 11/N 13 ff.

73 Vgl. dazu unten III. 4.

74 Vgl. dazu unten III. 4. a) aa).

75 Hierzu: *Rusch* (Fn. 17), Rz. 6/Rz. 11; *Kunz* (Fn. 3), 46.

76 Vgl. dazu unten III. 2.

77 Vgl. dazu unten III. 3.

78 Vgl. dazu unten III. 4.

79 Vgl. dazu unten III. 5.

80 Vgl. dazu unten III. 6.

81 *Thomas Cottier/Daniel Dzamko/Erik Evtimov*, Die europakompatible Auslegung des schweizerischen Rechts, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2003, Bern 2004, 364: „[Dem Gesetzgeber] steht es frei, autonomen Nachvollzug auch punktuell und unvollständig, gewissermaßen á la carte vorzunehmen“ – Hervorhebung des Originals weggelassen; m. E. den Prototyp für diesen „Split“ stellt das Kollektivanlagengesetz (KAG) dar, bei dem nach der EU-Kompatibilitätsprüfung einerseits ein autonomer Nachvollzug von EU-Recht (bei den offenen Anlageformen) und andererseits eklektische Anregungen (bei den geschlossenen Anlageformen) festgestellt werden können: Vgl. dazu unten III. 3. b).

2. *Ausländischer Druck*

a) Methode

Ein prosperierender Kleinstaat wie die Schweiz steht – zu Recht oder zu Unrecht – nicht selten unter ausländischem Druck. Entsprechende Pressionen müssen nicht notwendigerweise in der Sache „berechtigt“ und können durchaus wirtschaftspolitisch motiviert sein⁸². Bei einer solchen Ausgangslage resultiert oftmals ein eigentlicher Abwehrreflex, und die Schweiz fühlt sich regelmäßig als „David“ im Kampf gegen die ausländischen „Goliaths“.

Nichtsdestotrotz gibt die Schweiz, mangels Alternativen, pragmatisch bzw. realpolitisch immer wieder (und wohl immer häufiger) ausländischen Druckversuchen nach⁸³. Gerade im Wirtschaftsrecht macht dies durchaus Sinn, weil faktisch seit einigen Jahren eigentliche internationale Rechtsharmonisierungen zu beobachten sind (z. B. im Gesellschaftsrecht, im Kotierungsrecht, im Finanzmarktrecht, im Immaterialgüterrecht, im Wettbewerbsrecht).

Es bestehen m. E. allerdings weder ein System noch eine Methode, in welchen Fällen sich die Schweiz „einsichtig“ zeigt und in welchen Situationen eben gerade nicht. D. h. es kommt auf den Einzelfall an. Immerhin dürfte feststehen: 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 pauschal, als sog. *Lex Americana* verschrien⁸⁴.

b) Beispiele

Pressionen durch das Ausland lösten und lösen in der Schweiz zahlreiche Gesetzgebungen aus – jüngst gilt dies etwa für die geplante Liberalisierung der TV-Werberegelungen (z. B. soll neu Werbung für Bier und Wein zugelassen werden)⁸⁵ durch eine Revision des eidgenössischen Radio- und Fernsehgesetzes (RTVG).

Im vorliegenden Zusammenhang interessanter erscheint ein wirtschaftsrechtliches Beispiel der jüngeren Vergangenheit:

82 Diesen Verdacht hegen die Schweizer regelmäßig (wohl nicht selten mit gutem Grund!) bei Angriffen auf das traditionelle schweizerische Bankkundengeheimnis: *Kunz* (Fn. 8), Rz. 55 ff.

83 *Kunz* (Fn. 15), 567 f.

84 Beispielsweise hatte die strafrechtliche Insiderregelung gemäß Art. 161 StGB (SR 311.0) in der Schweiz lange Zeit unter mangelnder Akzeptanz zu leiden, weil die Norm als „*Lex Americana*“ galt.

85 Zusatzbotschaft zur Botschaft vom 21. 9. 2007 zur Genehmigung des Abkommens über die Teilnahme der Schweiz am EG-Programm MEDIA für die Jahre 2007 – 2013 (...), abrufbar unter <http://warwww.bakom.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00512/03026/03029/index.html?lang=de>; allg.: NZZ Nr. 278/2008, 15 („EU erzwingt liberalere TV-Werberegelung“).

Zu Beginn des neuen Jahrtausends erschütterten verschiedene Wirtschafts- sowie Unternehmensskandale die Wirtschaftsrealitäten in den USA und weltweit. In erster Linie der Konkurs von „Enron“ im Jahre 2001 und der damit zusammenhängende Untergang der Revisionsunternehmung „Arthur Andersen“ führten in den USA zu regulatorischen Maßnahmen bei den Rechnungslegungsvorschriften sowie bei der Revisionsaufsicht. Der „Sarbanes Oxley Act“ (SOX)⁸⁶ wurde auf internationaler Ebene berühmt-berüchtigt und löste in zahlreichen Staaten Folgegesetzgebungen aus⁸⁷. Nicht anders verhielt es sich in der Schweiz, und zwar mit erstaunlich wenig Gegenwehr bzw. ohne (rechtspolitische) Abwehrreflexe:

Einerseits wurde das materielle Revisionsrecht per 1. 1. 2008 durch eine Revision des Obligationenrechts (OR) grundlegend überarbeitet⁸⁸. Der SOX-Einfluss kam dann andererseits zum Ausdruck in einem neuen finanzmarktrechtlichen Spezialgesetz per 1. 9. 2007, nämlich im neuen Revisionsaufsichtsgesetz (RAG)⁸⁹, das die Revisoren bzw. die Revisionsunternehmen in der Schweiz erstmals einer staatlichen Aufsicht unterstellt⁹⁰.

In diesem Bereich dominierte in der Schweiz früher die Selbstregulierung⁹¹, die nunmehr durch eine Regulierung abgelöst wird⁹². Das RAG wurde ohne Zweifel auf Druck aus den USA⁹³ und somit als „neueste[s] Beispiel amerikanischer Hegemonie“⁹⁴ verabschiedet – es handelt sich faktisch um eine „Lex

86 Abrufbar unter <http://www.sec.gov/about/laws/soa2002.pdf>.

87 Allg.: *Peter F. Weibel*, SOX zwingt zum Schulterschluss – Ein Erfahrungsbericht, ST 2006, 106 ff.; *Oliver L. Knöfel*, Whistleblowing und Sarbanes-Oxley (...), RIW 2007, 493 ff.

88 Statt aller: *Rico A. Camponovo/Monique Graffenried-Albrecht*, Neues Revisionsrecht – offene juristische Fragen (...), ST 2008, 204 ff.; *Florian Zibler*, Das neue Revisionsrecht des Obligationenrechts, Reprax 3/2007, 1 ff.

89 Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren (Revisionsaufsichtsgesetz, RAG) vom 16. 12. 2005: SR 221.302; die Botschaft zum RAG vom 23. 6. 2004 findet sich auf Internet: <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2004/3969.pdf>.

90 Hierzu: *Thomas Rufer*, Das neue Revisionsaufsichtsgesetz ist in Kraft (...), ST 2007, 922 ff.; *Hans Peter Walter/Reto Sanwald*, Die Revision über die Revisionsstellen – Instrument zur echten Qualitätsverbesserung?, SZW 2007, 450 ff.

91 Vgl. dazu unten III. 7; hierzu kürzlich: Selbstregulierung im Schweizer Finanzsektor („EBK-Bericht Selbstregulierung“) vom Juli 2007: http://www.ebk.admin.ch/d/publik/medienmit/20070704/20070704_02_d.pdf.

92 Allg.: *Peter V. Kunz*, Corporate Governance – Tendenz von der Selbstregulierung zur Regulierung, in: FS für P. Böckli, Zürich 2006, 479.

93 Mit weiteren Hinweisen: *Peter Böckli*, Zwanzig Knacknüsse im neuen Revisionsrecht, SZW 2008, 117 f.; zudem: *Peter V. Kunz*, Aufbruchstimmung im Schweizer Wirtschaftsrecht – Die Rechtssetzung als Herausforderung für die Rechtsanwendung, Jusletter vom 18. 2. 2008, Rz. 53.

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

Americana“⁹⁵. Noch etwas verschleiern zu diesem Aspekt der Bundesrat: „Ein Handlungsbedarf besteht aufgrund 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 (...)“⁹⁶.

c) Folgerungen

Die ausländischen Pressionen, die nicht allein in der Schweiz, sondern ebenfalls in den meisten anderen (nicht dominanten) Staaten vorkommen, stellen ein Instrument der Rechtsvergleichung dar. Die in schweizerisches Recht (z. B. ins RAG) „umgegossenen“ ausländischen Einflüsse (z. B. von SOX) folgen keiner Methode, sondern, vereinfacht, einer Machtpolitik des „Stärkeren“ gegen den „Schwächeren“. Ein faktischer Zwang geht der Freiwilligkeit (oder der rechtspolitischen Einsicht) vor.

In diesem wirtschafts- und finanzmarktrechtlichen Bereich gibt es, ganz anders als bei einem autonomen Nachvollzug von EU-Recht⁹⁷, kein formell harmonisiertes Recht:

M. E. folgt daraus, dass es für die Rechtsanwendung des entsprechenden schweizerischen Rechts eben keine Automatismen und insbesondere keine irgendwie gearteten „auslandskonformen“ Interpretationen – also: europarechtskonforme Auslegung⁹⁸ oder völkerrechtskonforme Auslegung⁹⁹ – gibt. Die ausländischen Pressionen genügen eo ipso nicht. Es braucht ein formelles Einfallstor¹⁰⁰ ins Schweizer Recht (z. B. eine echte Lücke)¹⁰¹, durch das diese tatsächlichen Einflüsse rechtlich „einfließen“ können.

3. Eklektische Anregungen

a) Methode

Der wesentliche Unterschied zwischen der Eklektik¹⁰² bzw. der „Abkupferung“ von ausländischen Vorbildern einerseits und den ausländischen Pressionen¹⁰³ andererseits liegt in der größeren Freiwilligkeit. Der Rechtssetzer geht

95 Kolumne: *Hans Peter Walter*, Das Revisionsaufsichtsrecht als Lex Americana?, ST 2008, 854.

96 Botschaft zum RAG: BBl. 2004 3979.

97 Vgl. dazu unten III. 5.

98 Vgl. dazu unten IV. 4.

99 Vgl. dazu unten IV. 5.

100 Anders ausgedrückt: „[E]s braucht in jedem Fall irgendeinen Bezug zum Rechtserlass“ (*Kunz* [Fn. 3], 43); m.E. gibt es kein (allgemeingültiges) rechtsvergleichendes Auslegungselement: Vgl. dazu unten IV. 1. b).

101 Vgl. dazu unten IV. 3.

102 Erstmals zu den eklektischen Anregungen: *Kunz* (Fn. 3), 46.

103 Vgl. dazu oben III. 2.

nicht systematisch vor. Ein eigentliches rechtspolitisches Rosinenpflücken („cherry picking“) steht im Vordergrund. Die Ungebundenheit der Legiferierung¹⁰⁴ wirkt sich in diesem Bereich besonders stark aus. Eklektische Anregungen im Ausland kommen oftmals vor und sind ohne Weiteres legal.

Werden nicht nur Einzelregelungen im Ausland, sondern vielmehr zusammenhängende Systeme oder umfassende Normvorstellungen ins schweizerische Recht „übernommen“, liegt eine sog. informelle Rezeption¹⁰⁵ ausländischen Rechts vor. Der „Export“ internationalen Rechts stammt traditionellerweise aus den USA¹⁰⁶, aus den Nachbarländern¹⁰⁷ der Schweiz (und zwar insbesondere aus Deutschland)¹⁰⁸ sowie aus der EU¹⁰⁹ bzw. aus europäischen Staaten¹¹⁰. Solche Rezeptionen – v. a. aus den USA¹¹¹ – beginnen oftmals eher zufällig in den Köpfen der im Ausland ausgebildeten Juristen¹¹².

b) Beispiele

Für eklektische Anregungen oder für informelle Rezeptionen gibt es unzählige Beispiele im Schweizer Wirtschaftsrecht. Im Bereich des Gesellschaftsrechts war Deutschland lange Zeit das dominierende „Exportland“. Schon im

104 Vgl. dazu oben III. 1. b); in diesem Sinne bereits *Kunz* (Fn. 3), 46: „Selbstverständlich ist der Rechtssetzer frei, welche ausländischen „Modelle“ er aufnehmen will und welche nicht“.

105 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* [Fn. 1], 16); allg.: *Rodolfo Sacco*, Einführung in die Rechtsvergleichung, Baden-Baden 2001, Rz. 25 ff. m. w. H.

106 Statt aller: *Wolfgang Wiegand*, Die Rezeption amerikanischen Rechts, ZBJV 1988, 229 ff.; *Peter Böckli*, Osmosis of Anglo-Saxon Concepts in Swiss Business Law, in: *The International Practice of Law*, Basel 1997, 9 ff.; *Aemisegger* (Fn. 42), 18 ff.

107 Es liegt geradezu ein „Nachbarländer-Komplex“ vor; allg.: *Kunz* (Fn. 15), 567.

108 Vgl. dazu unten III. 3. b).

109 *Kunz* (Fn. 3), 40 Fn. 34; *Roland von Büren*, Aus der Enge des Sonderbundes in die Weite Europas: Gedanken zur Entwicklung unseres Privatrechts, in: BAV/AAB, 4/1994, 7 ff.

110 Allg.: *Eva Lein*, Legal Transplants in European Private Law, in: *Legal Engineering and Comparative Law*, Zürich 2008, 69 ff.; *Gudula Deipenbrock*, Legal Transplants? – Rechtsvergleichende Grundüberlegungen zum technischen Rechtsnormtransfer, ZVglRWiss 2008, 343 ff.

111 Kritisch: *Heinrich Honsell*, Amerikanische Rechtskultur, in: FS für R. Zäch, Zürich 1999, 39 ff., v. a. 52 ff.; allg.: *Wolfgang Wiegand*, Reception of American Law in Europe, *American Journal of Comparative Law* 1991, 229 ff.; *ders.*, Americanization of Law: Reception or Convergence?, in: *Legal Culture and the Legal Profession*, Oxford 1996, 137 ff.

112 *Kunz* (Fn. 3), 39 – gerade LL.M.-Studien an ausländischen Universitäten verpflanzen entsprechende Vorstellungen oder Konzepte: *Wiegand* (Fn. 106), 236 ff. sowie 259; allg.: *Marcel Senn*, Methode und Recht, in: FS für R. Zäch, Zürich 1999, 111 ff.

19. Jahrhundert lehnte sich der schweizerische Gesetzgeber als Modell an die deutschen Rechtsfiguren des Mittelalters statt an die römisch-rechtlichen Rechtsinstitute an¹¹³. In den 1930er-Jahren wurden die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH)¹¹⁴ und in den 1990er-Jahren die Sonderprüfung¹¹⁵ in der Schweiz eingeführt – jeweils von deutschen Vorbildern¹¹⁶ ange-regt.

Einen m. E. einzigartigen legislativen Fußabdruck für Common Law im Schweizer Aktienrecht hinterließ der Einfluss des U.S.-Gesellschaftsrechts bei der Aktionärsklage auf Gesellschaftsauflösung aus wichtigem Grund (Art. 736 Ziff. 4 Satz 2 OR)¹¹⁷:

„Statt [auf Gesellschaftsauflösung] kann der Richter auf eine andere sachge-mäße und den Beteiligten zumutbare Lösung erkennen“ – typisch für das Common Law des angloamerikanischen Rechtskreises ist das breite richterliche Rechtsfolgeermessen (sozusagen „as the court sees fit“), das informell rezi-piert wurde¹¹⁸.

Der Bundesrat strebt mindestens faktisch eine Harmonisierung des Gesell-schaftsrechts mit dem internationalen Recht an:

„Aufgrund der internationalen Vernetzungen der schweizerischen Wirt-schaft empfiehlt es sich, das Gesellschaftsrecht [inklusive dem Restrukturierungsrecht] unabhängig von einem Beitritt zur Europäischen Union mit dem Recht unserer Nachbarstaaten zu harmonisieren“¹¹⁹ – dies geschieht m. E. mittels „Abkupferungen“ und nicht mittels eines autonomen Nachvollzuges von EU-Recht.

Neben dem Gesellschaftsrecht können verschiedene wirtschaftsrechtliche Beispiele für eklektische Anregungen erwähnt werden, und zwar gerade im Finanzmarktrecht:

Da die Schweiz den Beitritt zum EWR abgelehnt hat¹²⁰, wurde das Börsen-recht der EU nicht automatisch zu schweizerischem Recht; beim in der Folge auf Bundesebene erlassenen Börsen- und Effektenhandelsgesetz (BEHG) „übernahm“ der Rechtssetzer dann aber trotzdem zahlreiche Einflüsse aus der EU und aus anderen Länderordnungen¹²¹. Ähnlich verhielt es sich beim Ver-sicherungsrecht, das nach der EWR-Ablehnung nichtsdestotrotz europäisiert

113 Hinweise zur Historie: *Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser*, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. Bern 2004, § 10 N 8 ff.

114 Art. 772 ff. OR.

115 Art. 697a ff. OR.

116 Zur Sonderprüfung: *Kunz* (Fn. 15), 568 Fn. 152.

117 Allg. zur Klage: *Peter V. Kunz*, Zur Auflösungsklage gemäß Art. 736 Ziff. 4 OR – Garant für ein indirektes Austrittsrecht?, in: FS für R. Bär, Bern 1998, 235 ff.

118 *Kunz* (Fn. 66), § 1 N 313 Fn. 788 sowie § 17 N 53.

119 Botschaft zum Fusionsgesetz (FusG): BBl. 2000 4515.

120 Vgl. dazu oben I.

121 Details: *Kunz* (Fn. 3), 45 Fn. 119.

wurde¹²². Beim neuen Kollektivanlagengesetz (KAG) besteht m. E. schließlich ein rechtlicher „Split“ des ausländischen Einflusses, d. h. bei den sog. offenen Kapitalformen¹²³ liegt ein autonomer Nachvollzug von EU-Recht vor¹²⁴, während es bei den sog. geschlossenen Kapitalformen¹²⁵ um eklektische Anregungen geht¹²⁶.

c) Folgerungen

Die eklektischen Anregungen, die realiter oftmals vorkommen, stellen ein Instrument der Rechtsvergleichung im schweizerischen Recht bzw. in der Rechtssetzung der Schweiz dar. Eine Methode oder ein System, wann und wie solche „Abkupferungen“ vorzunehmen sind, existieren nicht. Es resultieren – wie bereits bei den ausländischen Pressionen¹²⁷ – keine automatischen Folgen für die Rechtsanwendung. D. h. die „anregenden“ Normen der ausländischen Rechtsordnungen finden nicht ipso iure Einfluss in der Schweiz, solange bzw. sofern kein Einfallstor (z. B. eine echte Gesetzeslücke) vorhanden ist.

M. E. entwertet das faktisch häufig vorkommende „cherry picking“ in diesem Bereich die Methode der Rechtsvergleichung, weil damit fast alles und jedes irgendwie „begründet“ werden kann. Aktuell findet in der Schweiz eine sog. „große“ Aktienrechtsrevision statt¹²⁸ (nach dem Vorentwurf¹²⁹ und dem

122 Übersicht: *Anton K. Schnyder*, Schweizerisches Versicherungsrecht vor dem Hintergrund europäischer Entwicklungen, in: FS für E.A. Kramer, Basel 2004, 865 ff., v.a. 875 ff.

123 Anlagfonds: Art. 25 ff. KAG; Investmentgesellschaften mit variablem Kapital (SICAV): Art. 36 ff. KAG.

124 Vgl. dazu unten III. 5.

125 Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen (KkK): Art. 98 ff. KAG; Investmentgesellschaften mit fixem Kapital (SICAF): Art. 110 ff. KAG.

126 Die KkK ist eine gänzlich neue Gesellschaftsform in der Schweiz, die im Wesentlichen nach den Vorbildern der angelsächsischen Limited Partnership (LP) und der deutschen GmbH & Co. KG „modelliert“ wurde; allg.: *Theodor Härtsch*, Geschlossene kollektive Kapitalanlagen, in: Recht der kollektiven Kapitalanlagen, Bern 2007, 120 m.w.H.; *Adrian Dörig*, Das neue schweizerische Kollektivanlagengesetz, RIW 2007, 172; die KkK basiert also nicht auf einem automatischen Nachvollzug von EU-Recht: *Peter V. Kunz*, Recht der KMU: Personengesellschafts- und GmbH-Recht, Bern 2008, 13 Fn. 76 m.w.H.

127 Vgl. dazu oben III. 3.

128 Statt aller: *Peter V. Kunz*, Status quo der „grossen Aktienrechtsrevision“ – Ein Mammutprojekt für das 21. Jahrhundert, in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht III, Bern 2008, 125 ff.

129 Internet: <http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision.Par.0006.File.tmp/VE%20definitveFassung%2005.11.30%20Variante%20EDA.pdf>.

Begleitbericht¹³⁰ im Jahre 2005 wurden der Entwurf¹³¹ sowie die bundesrätliche Botschaft¹³² im Jahre 2007 publiziert). An zwei aktienrechtlichen Beispielen wird das sinn- und methodenlose Rosinenpflücken offensichtlich:

Einerseits sollten die Inhaberaktien in der Schweiz abgeschafft werden, was mit internationalen Tendenzen im angloamerikanischen Rechtskreis „begründet“ wurde¹³³ – notabene unter Außerachtlassung, dass diese behauptete Tendenz in anderen Rechtskreisen nicht besteht; der Vorschlag ist heute obsolet¹³⁴. Andererseits wird eine Limitierung der Revisionshaftung rechtsvergleichend „begründet“ mit Verweisungen¹³⁵ auf Deutschland sowie auf Österreich, und zwar erneut unter Außerachtlassung, dass eine solche Haftungsbegrenzung in anderen Staaten¹³⁶ bewusst abgelehnt wurde.

Eine zentrale Motivation für solche „Abkupferungen“ im Ausland ist der Wettbewerb um das bessere Rechtssystem. Im Vergleich mit ausländischen Ordnungen versucht – vereinfacht – das Schweizer Recht, einen Standortvorteil zu erringen¹³⁷. Die vorwiegend rechtspolitischen Themen wie beispielsweise „race to the bottom“ oder „race to the top“ müssen in diesem Zusammenhang diskutiert und verstanden werden¹³⁸. Es kann aber auch darum gehen, einen Standortnachteil zu verhindern¹³⁹.

Tatsächlich sind die „Abkupferungen“ wissenschaftlich kaum erforscht (und möglicherweise auch nicht erforschbar!), in der Schweiz wie auch im Ausland. Sie stellen nur, aber immerhin Erscheinungen der Wirtschaftsrealitäten dar.

130 Begleitbericht zum Vorentwurf OR; publiziert auf dem Internet: <http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtrevision.Par.0004.File.tmp/05-11-30%20defFassungBegleitberichtVarianteEDA.pdf>.

131 Internet: <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2008/1751.pdf>.

132 Internet: <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2008/1589.pdf> (Botschaft zum OR 2007).

133 Hinweise: *Kunz* (Fn. 3), 46; *ders.* (Fn. 128), 139f.

134 Auf die Abschaffung der Inhaberaktien soll de lege ferenda verzichtet werden, und zwar nach einem „Aufschrei in der Vernehmlassung“: *Andreas von Planta*, Der Entwurf 2007 eines neuen Aktienrechts, GesKR Sondernummer Aktienrecht/2008, 5; allg. zur Thematik: *Max Boemle*, Die aktuelle Frage: „Ist es richtig, die Inhaberaktie abzuschaffen?“, ST 2006, 270f.

135 *Kunz* (Fn. 128), 130f. m.w.H.; *ders.* (Fn. 3), 46.

136 Übersicht zu anderen europäischen Staaten: *Dieter Widmer*, Lösung der Haftungsfrage wird greifbar, ST 2006, 857f. m.w.H.

137 Dazu: *Rusch* (Fn. 17), Rz. 6/Rz. 11.

138 *Kunz* (Fn. 3), 46 Fn. 131.

139 Im Zusammenhang mit der globalen Finanz- und Bankenkrise in den Jahren 2007/2008 verstärkten die EU bzw. verschiedene europäische Länder ihren Einleger-schutz – die Schweiz war faktisch gezwungen nachzuholen, um nicht Kundengelder ins Ausland zu verlieren: NZZ Nr. 283/2008, 21 („EU-Staaten wollen die Sparrer besserstellen“ sowie „Mehr Schutz für Bankkunden in der Schweiz“).

4. Prüfung der EU-Kompatibilität

a) Methode

aa) Basis

Die Gesetzeserlasse des Bundes sowie die Botschaften des schweizerischen Bundesrates entstehen nicht im luftleeren Raum¹⁴⁰. Seit Ende der 1980er-Jahre werden Überprüfungen der Kompatibilität sozusagen formalisiert vorgenommen¹⁴¹. Gemäß Art. 141 des Bundesgesetzes über die Bundesversammlung vom 13. 12. 2002¹⁴² hat der Bundesrat als Exekutive die Erlassentwürfe in einer Botschaft zuhanden der Bundesversammlung als Legislative zu verabschieden und zu begründen, wobei er zahlreiche Aspekte – insbesondere das Verhältnis zum europäischen Recht – erläutern muss.

Seit einigen Jahren müssen von der Bundesverwaltung einerseits ein sog. Gesetzgebungsleitfaden¹⁴³ sowie andererseits ein sog. Botschaftsleitfaden¹⁴⁴ (beides sog. Verwaltungsverordnungen) bei der Erarbeitung von Rechtserlassen berücksichtigt werden. Beide Anleitungen verlangen im legislativen Prozess „Rechtsvergleichende Studien“¹⁴⁵ sowie das Abhandeln der Themen „Rechtsvergleich und Verhältnis zum europäischen Recht“¹⁴⁶.

Die formalisierte EU-Kompatibilitätsprüfung bezweckt in erste Linie „sicherzustellen, dass Abweichungen vom EG-Recht nur noch bewusst, in voller Kenntnis der Auswirkungen auf das Außenverhältnis der Schweiz erfolgen“¹⁴⁷. Mit diesem Instrument der Rechtsvergleichung¹⁴⁸ wird m.a.W. nicht etwa eine Harmonisierung mit dem EU-Recht¹⁴⁹ angestrebt, sondern primär Transparenz. Nebst dem Recht der EU bzw. den Ordnungen von anderen

140 Detaillierter: *Kunz* (Fn. 3), 45 f.

141 Zum Historischen: *Wyss* (Fn. 28), 718 f.

142 Parlamentsgesetz (ParlG): SR 171. 10.

143 Leitfaden für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes; diese Verwaltungsverordnung findet sich auf dem Internet: http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/staat_buerger/legistik.Par.0005.File.d.

144 Leitfaden zum Verfassen von Botschaften des Bundesrates; diese Verwaltungsverordnung ist ebenfalls auf dem Internet auffindbar: http://www.admin.ch/ch/d/bk/sprach/internet/bolf/blf_lang_d.doc.

145 Gesetzgebungsleitfaden: 166 f./Ziff. 2651.

146 Botschaftsleitfaden: 15 f./Ziff. 1. 6.

147 *Bruno Spinner/Daniel Maritz*, EG-Kompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts. Vom autonomen zum systematischen Nachvollzug, in: FS für R. Zäch, Zürich 1999, 129.

148 Nach *Widmer* (Fn. 56), 10 handelt es sich um eine „besondere Art der Rechtsvergleichung“.

149 Allg. zur Thematik: *Christine Breining-Kaufman*, Deregulierung und Europaverträglichkeit als Maximen der Gesetzgebung im Wirtschaftsrecht, in: Aspekte des Wirtschaftsrechts, FS Schweizerischer Juristentag 1994, Zürich 1994, 441 ff. m.w.H.

europäischen Staaten werden weitere (meist „verwandte“) Auslandsrechte dargestellt¹⁵⁰.

bb) Vorgehen

Die Bundesverwaltung hat im Hinblick auf die EU-Kompatibilitätsprüfung entsprechende organisatorische Maßnahmen zu treffen¹⁵¹. Es fällt auf, dass erstens bei der Überprüfung „nur sehr vereinzelt auf die allfällige Rechtsprechung zum Gemeinschaftsrecht eingegangen“ wird, und dass zweitens „häufig wenig Klarheit darüber zu herrschen [scheint], ob ein Geschäft überhaupt auf seine Europakompatibilität zu überprüfen“ ist¹⁵².

Die EU-Kompatibilitätsprüfung ist eine Aufgabe der Exekutive, also des Bundesrates sowie der Bundesverwaltung¹⁵³, die deren Adressaten sind. M. E. werden natürlich ebenfalls hierarchisch nachrangige Verwaltungsstellen darauf verpflichtet.

Die Eidgenössischen Räte hingegen – also das Parlament auf Bundesebene – bleiben bezüglich ihres legislativen Verhaltens völlig frei¹⁵⁴. Immerhin nehmen sie ihre legislative Ungebundenheit in erhöhter Transparenz wahr. D. h. die Parlamentarier wissen genau, ob und wann sie mit dem Recht der EU kompatibles oder inkompatibles schweizerisches Recht erlassen, was zu faktischen Zwängen führen mag – insofern könnte fast von einer Art inländischer (statt ausländischer!) Pression gesprochen werden.

b) Beispiele

Die „große“ Aktienrechtsrevision, bei der zurzeit in erster Linie eklektisch vorgegangen wird¹⁵⁵, soll ein erstes wirtschaftsrechtliches Beispiel für Kompatibilitätsprüfungen mit dem EU-Recht sein. Die Kompatibilitäts-Thematik war bereits beim bundesrätlichen Vorentwurf sowie beim Begleitbericht von Bedeutung¹⁵⁶ und gewann zusätzliches Gewicht im Rahmen der Botschaft sowie des Entwurfs, die im Jahre 2009 in die parlamentarischen Beratungen gelangen sollen. Dies kann an verschiedenen Stellen aufgezeigt werden:

Bei der EU-Kompatibilitätsprüfung wird i. S. einer deskriptiven Rechtsvergleichung auf einige zentrale EU-Richtlinien zum Gesellschaftsrecht hingewiesen¹⁵⁷; erstaunlicherweise wird auf einzelne ausländische Länderordnun-

150 Die (Mit-)Berücksichtigung ausländischer Rechtsordnungen ist wesentlich älter als die eigentliche Prüfung auf die Kompatibilitäten mit dem EU-Recht; entsprechende Prüfungen werden schon seit den 1960er-Jahren vorgenommen: *Widmer* (Fn. 56), 10.

151 Details: *Wyss* (Fn. 28), 719 f.

152 Dieser Versuch einer „Typologie“ findet sich bei *Wyss* (Fn. 28), 720 m.w.H.

153 Gemeint sind „alle Dienststellen der Bundesverwaltung“: *Wyss* (Fn. 28), 719.

154 Vgl. dazu oben III. 1. b).

155 Vgl. dazu oben III. 3. c).

156 Hinweise: *Kunz* (Fn. 3), 45 f.

157 Botschaft zum OR 2007: BBl. 2007 1630 ff.

gen nicht eingegangen¹⁵⁸. Der Teil der Rechnungslegung wurde z. B. von einem externen Gutachter spezifisch vor der Botschaftspublikation auf seine „Europa-Kompatibilität“ untersucht¹⁵⁹. Neben bewussten Anpassungen ans EU-Recht¹⁶⁰ behält der Entwurf verschiedene (kleinere) „Swiss Finishes“ bei¹⁶¹.

Der Gesetzgebungsprozess stellt ein permanentes Abwägen der verschiedenen Interessen dar. Die Situation zur EU-Kompatibilität umschreibt der Bundesrat wie folgt:

„Die Schweiz ist staatsvertraglich nicht zur Übernahme des einschlägigen Sekundärrechts der Europäischen Gemeinschaft (EG) im Bereich des Gesellschafts- und Rechnungslegungsrechts verpflichtet. (...) Nichtsdestotrotz wäre eine völlig eigenständige Rechtsentwicklung (...) problematisch. Der Entwurf steht in weiten Teilen mit dem maßgeblichen EG-Recht im Einklang. Auf eine Übernahme der einschlägigen Vorschriften der EG wurde jedoch insbesondere dort verzichtet, wo diese materiell nicht zu überzeugen vermögen“¹⁶².

Das vor einigen Jahren erlassene Umstrukturierungsrecht bzw. das schweizerische Fusionsrecht (FusG), bei dem in erster Linie ein eklektisches Vorgehen gewählt wurde¹⁶³, soll als zweites wirtschaftsrechtliches Beispiel für eine EU-Kompatibilitätsprüfung¹⁶⁴ erwähnt werden. Dieses Rechtsgebiet erweist sich ebenfalls als „weitgehend europarechtskonform“¹⁶⁵.

Das Ende der 1990er-Jahre in Kraft getretene Börsenrecht (BEHG), das stark im Ausland „abgekupfert“ wurde¹⁶⁶, kann als drittes Beispiel für die Kompatibilitätsprüfung mit dem EU-Recht genannt werden. In der Botschaft wurde bewusst nicht nur auf die EU, sondern auch auf andere Staaten verwie-

158 Ganz anders war dies der Fall bei der letzten „großen“ Aktienrechtsrevision zu Beginn der 1990er-Jahre; in der damaligen Botschaft wurde auf zahlreiche Länderordnungen hingewiesen: BBl. 1983 II 756 ff. (Deutschland, Frankreich, Italien, Niederlande, Belgien, Großbritannien).

159 Botschaft zum OR 2007: BBl. 2007 1605.

160 Beispiel: Erhöhung der Mindestliberierung bei Aktien von 20 Prozent auf 25 Prozent (Botschaft zum OR 2007: BBl. 2007 1638; Begleitbericht zum Vorentwurf OR: 41).

161 Beispiel: Erwerb eigener Aktien in Spezialsituationen bis 20 Prozent statt nur bis 10 Prozent (Begleitbericht zum Vorentwurf OR: 60 Fn. 124) – der Grenzwert in der EU ist auf 10 Prozent beschränkt; auf die Einführung von sog. echten nennwertlosen Aktien, die nicht EU-kompatibel wären (Begleitbericht zum Vorentwurf OR: 25 Fn. 65), wird hingegen verzichtet.

162 Botschaft zum OR 2007: BBl. 2007 1630.

163 Vgl. dazu oben III. 3. b).

164 Die Prüfung erfolgte sehr detailliert in der Botschaft zum FusG: BBl. 2000 4382 ff. mit Verweisungen auf zahlreiche Rechtsordnungen im Ausland (Deutschland, Frankreich, Italien) und auf das „Verhältnis zum europäischen Recht“ (a. a. O. 4515 f.).

165 *Thomas Weibel*, Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Zürich 2004, N 22 zu Art. 1 FusG.

166 Vgl. dazu oben III. 3. b).

sen (z. B. Deutschland, USA, Frankreich)¹⁶⁷. Als rechtsvergleichendes Fazit konnte festgehalten werden, dass der Entwurf zum BEHG mit der EU im Besonderen sowie mit dem Ausland im Allgemeinen „kompatibel“ sei¹⁶⁸ und insofern den internationalen Standards genügt werde¹⁶⁹ – m. E. ohne autonomen Nachvollzug von EU-Recht¹⁷⁰.

c) Folgerungen

Die EU-Kompatibilitätsprüfungen stehen jeweils am Anfang des legislativen Prozesses auf Bundesebene. D. h. sie werden den anderen möglichen Instrumenten der Rechtsvergleichung (z. B. der Eklektik¹⁷¹ oder dem autonomen Nachvollzug von EU-Recht¹⁷²) zeitlich „vorgesoben“, wobei nicht immer klar ist, ob im Einzelfall tatsächlich eine solche Prüfung vorgenommen werden muss oder nicht¹⁷³.

Nachdem eine Kompatibilitätsprüfung erfolgt ist, kann der Rechtssetzer entscheiden, ob – und wenn ja: welche – weitere(n) rechtsvergleichende(n) Instrumente zum Einsatz gelangen sollen. Der Rechtssetzer genießt größte Freiheiten.

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-Harmonisierung¹⁷⁴ führen¹⁷⁵, obwohl dies mit diesem Instrument eigentlich nicht beabsichtigt wird. Tatsächlich scheinen die Feststellungen entweder zu „Kompatibilitäten“ oder aber zu „Inkompatibilitäten“ zur EU seit einiger Zeit erhöhtes rechtspolitisches Gewicht in der Schweiz zu haben. Damit wird m. E. allerdings ein potenzieller schweizerischer Vorteil im Standortwettbewerb relativiert¹⁷⁶.

167 Botschaft zum BEHG: BBl. 1993 1436 ff.

168 Botschaft zum BEHG: BBl. 1993 1438.

169 *Dieter Zobl*, Kommentar zum Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel, Zürich 2000, Einleitung N 28 („Internationalen Standards sollte vor allem deshalb entsprochen werden, weil die globale Vernetzung der Finanzmärkte und die zunehmende Notwendigkeit der internationalen Kooperation eine entsprechende Harmonisierung voraussetzen“) sowie N 139.

170 Vgl. dazu unten III. 5. b).

171 Vgl. dazu oben III. 3.

172 Vgl. dazu unten III. 5.

173 Detaillierter: *Wyss* (Fn. 28), 720 ff. m.w.H.

174 Teils handelt es sich dabei um ein mittelbares Revisionsziel – beispielsweise beim FusG gemäß Botschaft zum FusG: BBl. 2000 4354 („Die neue Regelung ermöglicht ferner eine gewisse Harmonisierung der schweizerischen Rechtsordnung mit dem Recht unserer Nachbarstaaten und der Europäischen Union“).

175 Dabei muss darauf hingewiesen werden, dass nicht nur eine EU-Harmonisierung, sondern seit einigen Jahren bzw. Jahrzehnten fast schon eine internationale Harmonisierung im globalen Wirtschaftsrecht stattfindet; dieser Tendenz kann und will sich die Schweiz nicht widersetzen.

176 Allg.: *Wyss* (Fn. 28), 727 f.

5. *Autonomer Nachvollzug von EU-Recht*

a) Methode

aa) *Basis*

Die Schweiz kann und soll sich „nicht von den internationalen Rechtsentwicklungen abkoppeln, jedenfalls nicht im Wirtschaftsrecht“¹⁷⁷. Dies gilt gerade in Bezug auf die EU, wobei die Beziehungen mit der Schweiz als (gegenseitig!) wechselseitig bezeichnet werden müssen¹⁷⁸. Der Bundesrat hat am 28. 6. 2006 den sog. Europabericht 2006 publiziert¹⁷⁹, der eine „Grundlage für die Debatte über die Beziehungen zwischen der Schweiz und der EU aus interessenpolitischer Optik“ schafft¹⁸⁰. Aus wirtschaftlichen und ideellen Gründen kommt der Europapolitik in der schweizerischen Außenpolitik „erste Priorität“ zu¹⁸¹.

Im Europabericht 2006 werden nebst strategischen Aspekten insbesondere verschiedene legale Instrumente einer möglichen Annäherung zwischen der Schweiz und der EU aufgezeigt¹⁸². Beim autonomen Nachvollzug von EU-Recht handelt es sich nur, aber immerhin um einen denkbaren Weg nach Europa, d. h. um einen (rechtspolitischen)¹⁸³ Annäherungsmechanismus gegenüber der EU¹⁸⁴ im Bereich der Rechtssetzung, ohne aber für die Schweiz eine EU-Mitgliedschaft – m. E. zurzeit ein Tabuthema – eingehen zu müssen.

bb) *Vorgehen*

Ein möglicher Weg nach „Europa“ bzw. in die „Nähe der EU“ besteht im autonomen Nachvollzug von EU-Recht. Ein solcher Nachvollzug liegt indes m. E. nicht vor, wenn sich der Schweizer Gesetzgeber von der EU einzig „inspirieren“ lässt¹⁸⁵ – in einem solchen Fall dürfte es meist um eine (rechtsfolgenlose) Eklektik¹⁸⁶ gehen. Bis anhin gibt es in der Schweiz wenige Anwendungs-

177 Peter Forstmoser, Der autonome Nach-, Mit- und Vorvollzug europäischen Rechts: das Beispiel der Anlagendfondsgesetzgebung, in: FS für R. Zäch, Zürich 1999, 537.

178 Übersicht zur Entwicklung: Thomas Cottier/Rachel Liechti, Die Beziehungen der Schweiz zur Europäischen Union – Eine kurze Geschichte differenzieller und schrittweiser Integration, in: Basler Schriften zur europäischen Intergration Nr. 81, Basel 2007, 3 ff. m.w.H.

179 Internet: <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2006/6815.pdf> (BBl. 2006 6815 ff.).

180 Europabericht 2006 (Fn. 179), BBl. 2006 6828.

181 Europabericht 2006 (Fn. 179), BBl. 2006 6828.

182 Europabericht 2006 (Fn. 179), BBl. 2006 6830 ff.

183 Cottier/Dzamko/Evtimov (Fn. 81), 360 („gesetzgebungspolitisches Konzept“).

184 Allg.: Forstmoser (Fn. 177), 523 ff.; Spinner/Maritz (Fn. 147), 127 ff.; Wolfgang Wiegand, Zur Anwendung von autonom nachvollzogenem EU-Privatrecht, in: FS für R. Zäch, Zürich 1999, 171 ff.

185 Gl.M.: Cottier/Dzamko/Evtimov (Fn. 81), 389.

186 Vgl. dazu oben III. 3.

fälle¹⁸⁷. Zudem ist zu beachten: „Ob autonomer Nachvollzug vorliegt, muss (...) im Einzelfall untersucht werden“¹⁸⁸.

Eine eigentliche legislative Methodik zum autonomen Nachvollzug von EU-Recht ist (mindestens bis anhin) nicht entwickelt worden. Dieses Instrument der Rechtsvergleichung wurde zudem erstaunlicherweise noch kaum wissenschaftlich in vertiefter Weise untersucht. Der schweizerische Gesetzgeber versucht beim autonomen Nachvollzug, materiell¹⁸⁹ möglichst nahe beim Recht der EU, das im schweizerischen Recht implementiert werden soll, zu bleiben. Basis ist jeweils ein rechtspolitischer Entscheid der Legislative.

b) Beispiele

Der autonome Nachvollzug von EU-Recht stellt ein relativ junges Instrument der Rechtsvergleichung dar. M. E. liegt im Regelfall¹⁹⁰ in der Schweiz wohl kein solcher Nachvollzug vor, sondern eher eine „Abkupferung“ von ausländischem Recht. Vor einer Verallgemeinerung muss gewarnt werden. Bei verschiedenen Gesetzen erweist sich der autonome Nachvollzug von EU-Recht zwar als unbestritten, doch es gibt auch Beispiele, bei denen die Rechtslage wesentlich unklar(er) ist, weil zwar von einer Harmonisierung, aber nicht von einem eigentlichen Vollzug geredet bzw. geschrieben wird.

Nicht strittige Beispiele¹⁹¹ für einen autonomen Nachvollzug von Recht der EU sind das Betriebsübernahmerecht gemäß Art. 333 OR, das Pauschalreisegesetz, das Patentrecht (teilweise)¹⁹², das in Vorbereitung befindliche öffentliche Vergaberecht¹⁹³, das Anwaltsgesetz, das Nationalbankgesetz sowie das Mehrwertsteuerrecht¹⁹⁴.

187 Vgl. dazu unten III. 5. b).

188 *Cottier/Dzamko/Evtimov* (Fn. 81), 362.

189 Prinzipiell irrelevant ist der verwendete Wortlaut der Regelung(en).

190 *Kunz* (Fn. 15), 568: „Der autonome Nachvollzug von EU-Recht dürfte m. E. in Zukunft nach wie vor die Ausnahme bleiben“; Hervorhebungen des Originals weglassen.

191 Übersicht im Europabericht 2006 (Fn. 179), BBl. 2006 6831 f. m.w.H.

192 Hierzu: *Christoph Gasser*, Das ergänzende Schutzzertifikat, in: SIWR IV, Basel 2006, 689 ff.; *Spinner/Maritz* (Fn. 147), 135; m. E. ergibt sich der autonome Nachvollzug von EU-Recht im Patentrecht v. a. aus Art. 140l Abs. 2 PatG (SR 232.14), der für einen Teilbereich (nämlich: Regelung der Zertifikatserteilung) vorsieht: „Er [der Bundesrat] berücksichtigt die Regelung in der Europäischen Gemeinschaft“ – damit stimmt diese Regelung im Wesentlichen überein mit Art. 152 Abs. 2 KAG.

193 Generell: *Kaspar Luginbühl*, Die Nachprüfung der Vergabe öffentlicher Aufträge, in: Jusletter vom 24. 11. 2008, Rz. 1 ff., v. a. Rz. 10 (in Bezug auf die anstehende Totalrevision des Bundesgesetzes über das Beschaffungswesen – das öffentliche Beschaffungswesen gehört zu den „Bilateralen I“: Vgl. dazu unten V. 1.

194 Detailliert: *Marlene Kobierski*, Die europarechtskonforme Auslegung im schweizerischen Mehrwertsteuerrecht – erscheint im Jahre 2009 in der ASA.

Das Anlagensfondsrecht bzw. das Kollektivanlagenrecht gehört ebenfalls dazu; es stellt das „Paradebeispiel direkten Einflusses des EU-Richtlinienrechts auf die Schweiz“ dar¹⁹⁵:

Verschiedene Normen des AFG nahmen explizit Bezug auf das Recht der EU¹⁹⁶. 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 der Verordnungsgebung die „maßgebenden Anforderungen des Rechts der Europäischen Gemeinschaften“ zu beachten). Auch außerhalb dieser gesetzlichen Bereiche¹⁹⁷ wurde das Recht der EU (mit-)berücksichtigt¹⁹⁸.

Bei den offenen kollektiven Kapitalanlagen (also: Anlagensfonds sowie SICAV) besteht ein autonomer Nachvollzug von EU-Recht. Bei den geschlossenen kollektiven Kapitalanlagen (also: KKK¹⁹⁹ sowie SICAF) gilt dies nicht, d. h. in diesem Bereich ist der Gesetzgeber nur, aber immerhin eklektisch vorgegangen²⁰⁰.

Keine autonomen Nachvollzugsakte von EU-Recht liegen hingegen z. B. vor beim Börsenrecht (BEHG)²⁰¹, bei der aktuellen „großen“ Aktienrechtsrevision²⁰² sowie bei der aktienrechtlichen Sonderprüfung²⁰³.

195 *Forstmoser* (Fn. 177), 524 (zum früheren AFG); detailliert: *Peter V. Kunz*, Europa als ein Massstab für das schweizerische Wirtschaftsrecht? Rechtsvergleichende Fragestellungen zu einem „Weg nach Europa“ anhand des neuen Kollektivanlagenrechts – diese (bereits abgeschlossene) Abhandlung erscheint in einer Festschrift, die im Frühling 2009 publiziert wird; zudem: *Natalie Flatz*, Die Totalrevision des schweizerischen Anlagensfondsgesetzes aus dem Blickwinkel der Europakompatibilität (...), in: Aktuelle Entwicklungen des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts Bd. 9 (Basel 2007) 165 ff.

196 Art. 32 Abs. 2 AFG sowie Art. 43 Abs. 3 AFG sowie Art. 50 Abs. 1 AFG: *Forstmoser* (Fn. 177), 529.

197 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.

198 Die OGAW III-Richtlinie der EU wurde in der Schweiz zuerst auf Verordnungsstufe (= AFV sowie AFV-EBK) und danach auf Gesetzesstufe (= KAG) implementiert, und zwar, um ganz bewusst ein Höchstmaß an EU-Kompatibilität zu erreichen; Botschaft zum KAG: BBl. 2005 6404 sowie 6432; generelle Hinweise: *Philippe Reich*, Vom AFG zum KAG – Der schielende Blick auf die EU, in: Recht der kollektiven Kapitalanlagen, Bern 2007, 9 ff.

199 Hierzu: *Kunz* (Fn. 126), 13 Fn. 76.

200 Vgl. dazu oben III. 3.

201 Vgl. dazu oben III. 3. b) – allg.: *Breining-Kaufman* (Fn. 149), 454 f.; die Botschaft zum BEHG macht klar, dass die EU-Richtlinien nicht anwendbar sind: BBl. 1993 1435 sowie 1438.

202 Vgl. dazu oben III. 3. c).

203 Vgl. dazu oben III. 3. b).

In der Lehre wird das Fusionsrecht (FusG) gelegentlich als weiteres Beispiel für einen autonomen Nachvollzug von EU-Recht erwähnt²⁰⁴ – m. E. trifft dies indes nicht zu²⁰⁵. Obwohl das FusG „weitgehend europakonform“²⁰⁶ ist, war das Vorgehen der Legislative eklektisch, was die Übereinstimmungen sowie die Abweichungen im Vergleich zum EU-Recht erklärt²⁰⁷. Beispielsweise sind in der EU für die kleinen und mittleren Unternehmungen (KMU)²⁰⁸ keine Erleichterungen vorgesehen²⁰⁹, und außerdem ist die sog. Vermögensübertragung²¹⁰ bzw. ein damit vergleichbares Institut dem Recht der EU gänzlich unbekannt.

c) Folgerungen

Die Pole im Verhältnis von Schweiz und EU sind schnell erwähnt: Alleingang der Schweiz oder Mitgliedschaft in der EU – m. E. sind im heutigen Zeitpunkt beide „Optionen“ politisch kaum gangbare Wege, so dass Mittelwege gesucht werden müssen. Die verschiedenen Instrumente einer Annäherung sind „vielfältig, entwicklungsfähig und schließen einander nicht aus“²¹¹. Der autonome Nachvollzug von EU-Recht, der zu diesen politischen Mittelwegen gehört, ist ein „zentraler Bestandteil der schweizerischen Europapolitik“²¹².

Der Europabericht 2006 erwähnt die folgenden Instrumente der Europapolitik: Anpassungen des Schweizer Rechts²¹³, um eine Eurokompatibilität zu

204 In diesem Sinne wohl: *Spinner/Maritz* (Fn. 147), 136; *Cottier/Dzamko/Evtimov* (Fn. 81), 362; detailliert: *Marc Amstutz/Ramon Mabillard*, Fusionsgesetz (FusG) Kommentar, Basel 2008, Systematischer Teil N 446 ff.

205 Die Botschaft zum FusG geht relativ weit: „Die Vorgaben der Europäischen Union sind (...) materiell gerechtfertigt und werden deshalb so weit wie möglich vom Entwurf für ein Fusionsgesetz übernommen“ (BBl. 2000 4515 f.).

206 *Thomas Weibel*, Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Zürich 2004, N 22 zu Art. 1 FusG.

207 Übersicht: *Thomas Brauchli*, Europakonformität der Bestimmungen des Fusionsgesetzes zum nationalen Fusionsvertrag, AJP 2005, 1509 ff.; *Lukas Morscher*, Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Basel 2005, N 25 ff. zu Art. 1 FusG.

208 Hinweise zu den KMU: *Peter V. Kunz*, Das neue Fusionsgesetz (FusG), in: *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht I*, Bern 2006, 210 ff.

209 Im Detail: *Amstutz/Mabillard* (Fn. 204), 462 ff. m.w.H.

210 Allg.: *Peter V. Kunz*, Umwandlung und Vermögensübertragung im schweizerischen Fusionsrecht – Blicke zurück und nach vorne, AJP 2004, 810 ff. – dieses Rechtsinstitut verfügt über einen „originellen Charakter“ (a.a.O. 810 Fn. 124 m.w.H.).

211 Europabericht 2006 (Fn. 179), BBl. 2006 6830.

212 *Cottier/Dzamko/Evtimov* (Fn. 81), 361.

213 Europabericht 2006 (Fn. 179), BBl. 2006 6831 ff.; bei diesen legislativen „Anpassungen“ steht der autonome Nachvollzug von EU-Recht als Möglichkeit im Vordergrund – oder m.a.W.: „Der so genannte autonome Nachvollzug wird dort angestrebt, wo wirtschaftliche Interessen (...) es erfordern oder rechtfertigen“ (a.a.O. 6831).

garantieren, bilaterale Abkommen mit der EU²¹⁴, bilaterale Assoziierung mit der EU²¹⁵, multilaterale Kooperation („EWR“)²¹⁶, Zollunion²¹⁷ sowie EU-Beitritt²¹⁸ – ein Alleingang wird nicht erwähnt.

Anders als z. B. bei einem eklektischen Vorgehen resultiert aus einem autonomen Nachvollzug von EU-Recht eine unmittelbare Rechtsfolge für die Rechtsanwendung, nämlich die Pflicht zu einer europarechtskonformen Auslegung²¹⁹. Der erwähnte Nachvollzug ist 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 zu Recht als Euphemismus bezeichnet²²⁰. Mit gutem Grund wird geltend gemacht, dass heute in verschiedenen Bereichen schon fast von einem „systematischen“ Nachvollzug von EU-Recht zu sprechen ist²²¹.

6. Bedeutung von völkerrechtlichen Verträgen

a) Methode

Die Staatsverträge bzw. die völkerrechtlichen Verträge zwischen der Schweiz und einem oder mehreren ausländischen Staaten spielen nicht in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts eine Rolle. Diese Regel für das schweizerische Wirtschaftsrecht findet ihre wichtigste Ausnahme im sog. Immaterialgüterrecht²²², das in weiten Teilen (und noch zunehmend) international harmonisiert wird, und zwar sowohl in formeller Hinsicht²²³ als auch unter materiel-

214 Europabericht 2006 (Fn. 179), BBl. 2006 6833 ff.

215 Europabericht 2006 (Fn. 179), BBl. 2006 6837.

216 Europabericht 2006 (Fn. 179), BBl. 2006 6837 ff.

217 Europabericht 2006 (Fn. 179), BBl. 2006 6836.

218 Europabericht 2006 (Fn. 179), BBl. 2006 6843 ff.; in diesem Fall müsste die Schweiz das gesamte EU-Recht („Acquis communautaire“) übernehmen.

219 Vgl. dazu unten IV. 4.

220 Forstmoser (Fn. 177), 531.

221 *Spinner/Maritz* (Fn. 147), 137 f.; zudem: *Cottier/Dzamko/Evtimov* (Fn. 81), 363.

222 Allg. zum internationalen Immaterialgüterrecht: *Carl Baudenbacher/Jürg Simon* (Hrsg.), *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Immaterialgüterrecht* (...), Basel 2006; *Jan Busche/Peter-Tobias Stoll*, *TRIPS – Internationales und europäisches Recht des geistigen Eigentums*, Köln/Berlin/München 2007.

223 Zahlreiche Staatsverträge vereinheitlichen einzig die Verfahrensaspekte der Immaterialgüterrechte, d. h. beispielsweise die Registrierung und deren Wirkungen; Beispiele: Vertrag über die internationale Zusammenarbeit auf dem Gebiet des Patentwesens (PCT), abgeschlossen in Washington am 19. 6. 1970 (SR 0.232.141.1), abrufbar unter <http://www.wipo.int/pct/en/texts/articles/atoc.htm#note1>; Madrider Abkommen über die internationale Registrierung von Marken, revidiert in Stockholm am 14. 7. 1970 (SR 0.232.112.3), abrufbar unter http://www.wipo.int/export/sites/www/madrid/en/legal_texts/pdf/madrid_agreement.pdf.

len Aspekten²²⁴. Diese Harmonisierungstendenzen durch Staatsverträge werden gefördert durch verschiedene internationale Organisationen²²⁵.

In der Schweiz ist zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht der sog. Monismus anerkannt²²⁶, d. h. die völkerrechtlichen Verträge gelten ohne eigentliche Umsetzung bzw. ohne formelle Transformation ins Landesrecht²²⁷. Der Staatsvertrag bildet einen integrierenden Bestandteil der Rechtsordnung²²⁸. Art. 190 BV hält fest: „Bundesgesetze und Völkerecht sind für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden maßgebend“.

Bei den völkerrechtlichen Verträgen wird danach unterschieden, ob sie „self executing“ oder „non-self executing“ sind. Bei der ersten Variante ist die staatsvertragliche Norm direkt anwendbar, also inhaltlich hinreichend bestimmt und klar, so dass sie die Grundlage eines Entscheids darstellen kann²²⁹; bei der zweiten Variante handelt es sich um völkerrechtliche Normen, die sich an die Rechtssetzer statt an die Rechtsanwender richten²³⁰ – obwohl infolge des Monismus entsprechende Staatsvertragsnormen zur gültigen Rechtsordnung gehören, bedarf es noch einer Konkretisierung bzw. einer „Umsetzung“ durch den Rechtssetzer.

b) Beispiele

Das aktuellste Beispiel für das hier umschriebene legislative Instrument der Rechtsvergleichung ist die am 1. 7. 2008 in Kraft getretene Revision des schweizerischen Urheberrechtsgesetzes (URG)²³¹. Zentraler Inhalt der Gesetzesänderung ist der rechtliche Schutz gegen die Umgehung technischer Maßnahmen (sog. Kopierschutz)²³²; Art. 39a URG hält in diesem Zusammenhang fest:

224 Einige wenige Staatsverträge schaffen eine Vereinheitlichung materieller Inhalte, indem Mindeststandards eines Schutzes vorgesehen werden – der wichtigste völkerrechtliche Vertrag in diesem Zusammenhang ist das Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights: TRIPS); verschiedene Unterlagen zum TRIPS finden sich auf dem Internet: http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/TRIPS_e.htm (als Beispiel).

225 Es seien als Beispiele erwähnt die World Intellectual Property Organization (WIPO) sowie die World Trade Organization (WTO): <http://www.wipo.int/portal/index.html.en> sowie <http://www.wto.org/>.

226 Botschaft des Bundesrates zur Bundesverfassung 1999 vom 20. 11. 1996 : BBl. 1997 I 134.

227 Statt aller: *Pierre Tschannen*, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern 2007, § 9 N 4; allg.: *Aemisegger* (Fn. 42), 20f.

228 Folglich muss der Staatsvertrag ohne Transformation von den Rechtsanwendern als verbindlich anerkannt werden: BGE 120 Ib 360 Erw. 2. c.

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

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

231 SR 231. 1.

232 *Ivan Cherpillod*, La révision de la loi sur le droit d'auteur, Jusletter vom 11. 2. 2008, Rz. 1 ff.; *Reto M. Hilty*, Urheberrecht in der Informationsgesellschaft – Schweizer Modell vs. Europäische Vorgaben, sic! 12/2004, 966ff.; *Sandrine Rohmer/Joëlle*

„(1) Wirksame technische Maßnahmen zum Schutz von Werken und anderen Schutzobjekten dürfen nicht umgangen werden. (2) ... (3) ... (4) Das Umgehungsverbot kann gegenüber denjenigen Personen nicht geltend gemacht werden, welche die Umgehung ausschließlich zum Zweck einer gesetzlich erlaubten Verwendung vornehmen.“

Diese urheberrechtliche Teilrevision erfolgte in der Schweiz sozusagen in Umsetzung der völkerrechtlichen Vorgaben, nämlich von zwei WIPO-Abkommen aus dem Jahre 1996²³³: WIPO Copyright Treaty (WCT) sowie WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT) – die entsprechenden Bemühungen gehen auf Anliegen der U.S.-amerikanischen Urheberrechtsindustrie zurück²³⁴. Die Schweiz hat sich indes bei der Umsetzung nicht beeilt, sondern zuerst die „internationale Entwicklung abgewartet“²³⁵. Doch heute gibt das nationale Recht die völkerrechtlichen Vorgaben wieder.

Ein zweites aktuelles Beispiel ergibt sich aus dem öffentlichen Recht: Im Zusammenhang mit dem Beitritt der Schweiz zu „Schengen“ per 12. 12. 2008 trat das revidierte schweizerische Bundesgesetz über Waffen, Waffenzubehör und Munition mit gleichem Datum in Kraft. Primäre Zielsetzung der neuen Rechtsgrundlage in der Schweiz ist gemäß Botschaft vom 11. 1. 2006 (Ziff. 1. 4. 4) die Umsetzung der EG-Waffenrichtlinie ins schweizerische Recht (z.B. wird für den Transport von Waffen über die Grenzen der sog. Europäische Feuerwaffenpass [EFWP] eingeführt); im Übrigen sollen aber außerdem originäre Lücken im schweizerischen Waffenrecht geschlossen werden.

c) Folgerungen

Im Bereich des Gesellschaftsrechts sowie des Finanzmarktrechts bestehen heute nur wenige Staatsverträge mit der Schweiz als Vertragspartnerin²³⁶ – ganz anders beim Immaterialgüterrecht. Ein Teil der Außenpolitik besteht darin, entsprechende völkerrechtliche Verträge abzuschließen, um nicht den Anschluss an die internationalen Harmonisierungen zu verpassen. Bei „non-self executing“ Staatsverträgen braucht es eine formelle Umsetzung.

Sambuc Bloise, Le nouveau droit d'auteur en Suisse (...), AJP 2007, 831 ff.; allg. zum neuen Urheberrecht: *Denis Barrelet/Willi Egloff*, Das neue Urheberrecht, 3. Aufl. Bern 2008; *Manfred Rehbinder/Adriano Vigano* (Hrsg.), URG-Kommentar, 3. Aufl. Zürich 2008.

233 Detailliert: *Cyrill P. Rigamonti*, Schutz gegen Umgehung technischer Maßnahmen im Urheberrecht aus internationaler und rechtsvergleichender Perspektive, GRUR Int 1/2005, 1 ff.

234 Hinweise bei: *Rigamonti* (Fn. 233), 4 Fn. 27.

235 *Rigamonti* (Fn. 233), 1 – i. c. war lange nicht unumstritten, ob überhaupt eine Anpassungspflicht besteht oder nicht (a. a. O. 12f. m.w.H.).

236 Eine wichtige Ausnahme bildet das sog. Haager Wertpapierübereinkommen (HWpÜ): Vgl. dazu unten V. 1.

Die umgesetzten Rechtsnormen stellen zwar schweizerisches Recht dar²³⁷; bei dessen Anwendung müssen dann aber spezifische Aspekte berücksichtigt werden (Stichwort: völkerrechtskonforme Auslegung)²³⁸. Es kann im Übrigen durchaus vorkommen, dass die nationalen Regelungen nebst der eigentlichen Umsetzung weitere Inhalte vorsehen, die also nicht „umgesetzt“, sondern beispielsweise „abgekupfert“ wurden²³⁹ – dies hat entsprechende Folgen für die Rechtsanwendung²⁴⁰.

7. Selbstregulierungen im Wirtschaftsrecht

a) Methode

Die Rechtssetzung stellt einen hoheitlichen Akt dar und führt zur sog. Regulierung. Im Bereich des Wirtschaftsrechts und insbesondere im Finanzmarktrecht²⁴¹ darf aber die sog. Selbstregulierung²⁴², bei der es um eine Art privater „Rechtssetzung“ durch Selbstregulatoren²⁴³ geht, nicht vergessen werden²⁴⁴. Es wird dabei zwischen der echten bzw. autonomen Selbstregulierung einerseits und der unechten bzw. staatlich gesteuerten Selbstregulierung andererseits unterschieden²⁴⁵.

Gerade in der Schweiz wurde in den letzten Jahren etwas Gegensteuer zur Deregulierung gegeben, so dass eine Tendenz zur Regulierung festzustellen ist²⁴⁶.

In selbstregulierenden „Erlassen“ der Schweiz werden immer wieder ausländische Rechtsvorstellungen oder internationale Standards implementiert.

237 Vgl. dazu oben III. 6. a).

238 Vgl. dazu unten IV. 5.

239 M.E. erscheint juristisch unproblematisch, wenn bei einem Rechtserlass in der Schweiz mehrere Instrumente der legislativen Rechtsvergleichung zum Einsatz gelangen.

240 Vgl. dazu unten IV. 3./5.

241 Allg.: *Rolf Watter/Dieter Dubs*, Bedeutung und Zukunft der Selbstregulierung im Kapitalmarktrecht, ST 2005, 743 ff.; Übersicht: EBK-Bericht Selbstregulierung (Fn. 91), 6 ff.

242 Detailliert: EBK-Bericht Selbstregulierung (Fn. 91), 9 ff.; statt aller außerdem: *Kunz* (Fn. 92), 475 ff. m.w.H.; *Arnold Marti*, Aufgabenteilung zwischen Staat und Privaten auf dem Gebiet der Rechtssetzung – Ende des staatlichen Rechtssetzungsmonopols?, AJP 2002, 1155 ff.; *Ders.*, Selbstregulierung anstelle staatlicher Gesetzgebung?, ZBl. 2000, 561 ff.; *Peter Nobel*, Gesetz oder private Selbstregulierung?, in: Kolloquium Schweizerisches Kapitalmarktrecht, Schweizerische Beiträge zum Europarecht Bd. 31, Genf 1987, 441 ff.

243 Hinweise: EBK-Bericht Selbstregulierung (Fn. 91), 7 ff.

244 Im Großen und Ganzen von untergeordneter Bedeutung erscheint die Selbstregulierung im Immaterialgüterrecht sowie im Wettbewerbsrecht; im Gesellschaftsrecht hingegen wurde die Thematik der Corporate Governance lange Zeit durch Selbstregulierung „geregelt“: *Kunz* (Fn. 92), 482 ff. m.w.H.

245 Hinweise: *Kunz* (Fn. 92), 477.

246 *Kunz* (Fn. 92), 477 ff. mit Beispielen aus dem schweizerischen Wirtschaftsrecht.

Dies kann entweder völlig freiwillig erfolgen oder aber durch gesetzlichen Zwang²⁴⁷, d. h. mittels Verweisungen²⁴⁸. Solche Vorgaben ex lege können m. E. im Einzelfall durchaus zu Auslegungshilfen im Bereich der Rechtsanwendung führen²⁴⁹. Bei der Selbstregulierung gibt es indes keinen formalisierten Legiferierungsakt, der Implementierungsfunktionen – wie etwa einen autonomen Nachvollzug von EU-Recht – erlauben würde.

b) Beispiele

Für die Rechtsvergleichung interessant erscheint der Umstand, dass gewisse Regelungsinhalte je nach konkreter Länderordnung entweder reguliert oder aber selbstreguliert sind. In der Schweiz gehört das sog. Kotierungsrecht²⁵⁰ der Selbstregulatoren „Börsen“²⁵¹, also die Ordnungen, die sich zur Zulassung von Wertpapieren zum Börsenhandel äußern (aber ebenfalls zur allfälligen Dekotierung)²⁵², zur Selbstregulierung²⁵³. Art. 8 Abs. 3 BEHG²⁵⁴ hält in diesem Zusammenhang fest: „Es [sc. das Kotierungsreglement der jeweiligen Börse] trägt international anerkannten Standards Rechnung.“

Die sog. Ad hoc-Publizität als Transparenzvorschrift für Publikumsgesellschaften (also: Gesellschaften mit kotierten Beteiligungspapieren) gehört nicht zum Schweizer Börsenrecht, sondern ist vielmehr auf der Ebene der Selbstregulierung vorgesehen – für die SIX Swiss Exchange gilt Art. 72 KR SIX: „Der

247 Zur sog. obligatorischen Selbstregulierung: EBK-Bericht Selbstregulierung (Fn. 91), 10.

248 Vgl. dazu unten IV. 2.

249 Generell: *Wolfgang Wiegand/Jürg Wichterle*, Die Ständeregeln der Banken als „bloße“ Auslegungshilfe – zur (Un-)Verbindlichkeit von Selbstregulierungen, recht 2000, 30 ff.

250 Allg.: *Peter V. Kunz*, Kotierung sowie Dekotierung – oder: „Werden“ und „Sterben“ der Publikumsgesellschaften, GesKR 2/3 (2006) 117 ff. sowie 118 Fn. 16; zudem: EBK-Bericht Selbstregulierung (Fn. 91), 11 f.

251 Hierzu: EBK-Bericht Selbstregulierung (Fn. 91), 8.

252 In der Schweiz bestehen heute zwei Börsen, nämlich einerseits die bekannte SIX Swiss Exchange in Zürich (www.six-swiss-exchange.com) sowie die BX Berne eXchange in Bern (www.berne-x.com); folglich müssen zwei Kotierungsreglemente beachtet werden, die im Großen und Ganzen aber übereinstimmen – für die SIX in Zürich: http://www.six-swiss-exchange.com/download/about/publications/rules_listing_de.pdf sowie für die BX in Bern: <http://www.berne-x.com/PDF/kotierung/BX-KR.pdf>.

253 Art. 4 BEHG; die Börsen müssen ihre Kotierungsreglemente der Aufsichtsbehörde zur Genehmigung vorlegen, so dass es sich um eine unselbstständige Selbstregulierung handelt; allg.: *Dieter Sigrüst*, Selbstregulierung versus staatliche Regulierung II, in: Schweizerisches Börsengesetz im europäischen Kontext, Basler Schriften zur europäischen Intergration Bd. 2, Basel 1994, 58 ff.

254 Diese gesetzliche Vorgabe ist ein „legislativ determiniertes Fest für die rechtsvergleichende Wissenschaft“: *Kunz* (Fn. 92), 478 Fn. 60 – Hervorhebung des Originals weggelassen.

Emittent informiert den Markt über Tatsachen, welche in seinem Tätigkeitsbereich eingetreten und nicht öffentlich bekannt sind²⁵⁵.“

Zur Selbstregulierung gehört regelmäßig die Rechnungslegung von Gesellschaften. Betreffend die neuen Kommanditgesellschaften für kollektive Kapitalanlagen (KkK) hält das schweizerische Kollektivanlagenrecht mit Art. 108 Abs. 2 KAG fest, dass deren Rechnungslegung „[i]nternational anerkannte Standards“ zu berücksichtigen hat.

Mit Selbstregulierungen sind in der Schweiz, aber ebenfalls in ausländischen Rechtsordnungen, verschiedene rechtliche Probleme verbunden, und zwar insbesondere in den Vollstreckungs- sowie in den Sanktionensbereichen²⁵⁶. Nicht zuletzt vor diesem Hintergrund finden sich im Ausland verschiedene Ad hoc-Publizitäts-Ordnungen auf der Regulierungs- statt auf der Selbstregulierungsebene. Als Beispiele können die Ordnungen in Deutschland²⁵⁷ und in der Volksrepublik China erwähnt werden²⁵⁸.

Als zweites Beispiel nebst Art. 8 Abs. 3 BEHG ist eine gänzlich neue Regelung zu nennen²⁵⁹, nämlich Art. 7 Abs. 2 lit. d FINMAG. Die im Herbst 2008 neu geschaffene Eidgenössische Finanzmarktaufsichtsbehörde (FINMA) berücksichtigt bei ihren Regulierungen ebenfalls die „internationalen Mindeststandards“. Sollten diese Selbstregulierungen in der Folge zu Rechtsanwendungen (durch Behörden) führen, muss m. E. die ausländische Referenzordnung berücksichtigt werden. D.h. die Verweisung im schweizerischen Recht bildet ein Einfallstor für die Rechtsvergleichung durch die Rechtsanwender²⁶⁰.

255 Zudem bei der BX in Bern: Art. 18 KR BX (inhaltlich identisch mit Art. 72 KR SIX).

256 Übersicht: *Kunz* (Fn. 92), 481 f. m.w.H.

257 § 15 des Gesetzes über den Wertpapierhandel (WpHG) sowie viertes Finanzmarktförderungsgesetz vom 21.6. 2002, BGBl. I 2002, S. 2010, Internet: <http://www.bgbportal.de/BGBL/bgb1f/BGB102039s2010.pdf>; allg.: *Wolfgang Wiegand*, Ad hoc-Publizität und Schadenersatz, in: FG für J.-P. Chapuis, Zürich 1998, 150ff.

258 Das Wertpapiergesetz der Volksrepublik China enthält in § 62 WpG eine entsprechende Ordnung; detailliert: *Knut Benjamin Pissler*, Chinesisches Kapitalmarktrecht, Diss. Universität Hamburg 2003, 179 ff. m.w.H.

259 Die Schweiz hat – nicht zuletzt motiviert durch ausländische Vorbilder in Großbritannien und in Deutschland – ihre Finanzmarktaufsicht integriert, und zwar per 1. 1. 2009; dies bedeutet, dass die früher getrennten Aufsichten über die Banken (ehemals: Eidgenössische Bankenkommission, EBK) und über die privaten Versicherungen (ehemals: Bundesamt für Privatversicherungen, BPV) und über die Geldwäscherei (ehemals: Kontrollstelle für Geldwäscherei) in einer einzigen Behörde zusammengefasst werden, also in der neuen Finanzmarktaufsichtsbehörde (FINMA); deren Grundlage ist das Finanzmarktaufsichtsgesetz (FINMAG); Botschaft zum FINMAG vom 1. 2. 2006: <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2006/2829.pdf>.

260 Vgl. dazu unten IV. 2.

c) Folgerungen

Die selbstregulierenden „Rechtssetzer“ (also die Selbstregulatoren) können durchaus interessiert sein, ausländische Normvorstellungen oder internationale Standards in die privaten Ordnungen zu integrieren oder sich zumindest an regulierten Vorbildern im Ausland²⁶¹ zu orientieren. Formalisierte Abläufe (wie etwa die EU-Kompatibilitätsprüfungen²⁶² oder Ähnliches) liegen allerdings nicht vor, sondern meistens bloße Anregungen. Im Wesentlichen geht es bei solchen Einflüssen in Selbstregulierungen um rechtsfolgenlose Eklektik.

Am rechtlichen Charakter als Selbstregulierung ändert sich dadurch nichts, was bedeutsam für die Rechtsanwendung erscheint (z. B. zur „Vollstreckung“). In der Schweiz und im Ausland kranken die Selbstregulierungen jeweils an den gleichen Problemen, so dass sie einzig in ausgewählten Bereichen des (Wirtschafts-)Rechts vorkommen.

Das schweizerische Wirtschaftsrecht weist in weiten Teilen einen internationalen Bezug auf. Zahlreiche Wirtschaftsverbände in der Schweiz bemühen sich als Selbstregulatoren außerdem um entsprechende Aspekte. Insofern sollte wohl nicht überraschen, dass ein „Bezugnehmen“ auf das Ausland in der selbstregulierenden „Rechtssetzung“ durchaus bedeutsam ist. Wenn eine Selbstregulierung durch eine Regulierung ersetzt wird, was sich im Schweizer Wirtschaftsrecht seit einiger Zeit häuft, steht wieder eine „normale“ Rechtssetzung zur Debatte²⁶³. Nichtsdestotrotz kann m. E. die Selbstregulierung eine andauernde Bedeutung behalten²⁶⁴, und zwar nicht zuletzt für die Rechtsanwendung²⁶⁵.

IV. Aspekte der Rechtsanwendung

1. Einführung

a) Allgemeines

Die Rechtsanwendung ist mit der Rechtssetzung verwandt und wird durch diese determiniert, d. h. sie stellt „im Ergebnis vollzogene Rechtssetzung“²⁶⁶ dar bzw. „führt die Gesetzgebung im Einzelfall zu Ende“²⁶⁷. Es geht m. a. W. um die individuell-konkreten Umsetzungen durch Gerichte oder Behörden. Dabei ist insbesondere die rechtsvergleichende Frage zu beantworten, „ob

261 Diese ausländischen Vorbilder können zur Regulierung oder zur Selbstregulierung gehören; Hinweise zur internationalen Selbstregulierung im Börsenbereich: EBK-Bericht Selbstregulierung (Fn. 91), 15 ff.

262 Vgl. dazu oben III. 3.

263 Beispiele: Rechnungslegung sowie Revisionsaufsicht – vgl. dazu oben III. 2. b).

264 Detaillierter: *Kunz* (Fn. 92), 495 f. m.w.H.

265 Zum Verhalten der EBK: EBK-Bericht Selbstregulierung (Fn. 91), 20 ff.

266 *Kunz* (Fn. 66), § 9 N 8 a. E.

267 *Cottier/Dzamko/Evtimov* (Fn. 81), 363.

man eine überlegene ausländische Lösung für die Auslegung der heimischen Gesetze heranziehen kann und soll“²⁶⁸. Immerhin muss in diesem Zusammenhang vor einem eigentlichen „Rechtstourismus“ gewarnt werden²⁶⁹.

Die Rechtsvergleichung ist ein in der Schweiz längst anerkanntes, wenn auch nicht grenzenloses Hilfsmittel der richterlichen oder (wesentlich seltener) der behördlichen Rechtsanwendung²⁷⁰. Gerade im Bereich des Wirtschaftsrechts kommt dies regelmäßig zum Ausdruck. Ein Beispiel:

„Die Gerichte ziehen die allenfalls aus der Rechtsvergleichung gewonnenen Argumente heran, wenn die Auslegung einer schweizerischen Rechtsnorm allein nicht ausreicht bzw. noch zusätzlich verifiziert oder falsifiziert werden soll. Das Aktienrecht scheint der Rechtsvergleichung besonders zugänglich zu sein“²⁷¹.

Trotzdem dürfen die Möglichkeiten der Rechtsvergleichung bei der Rechtsanwendung nicht überschätzt werden. Dem schweizerischen Richter kommt nämlich bei der Auslegung von Rechtsnormen – mindestens im Prinzip – große Freiheit zu. Das gesetzte Recht ist und bleibt schweizerisches Recht. D. h. dessen mögliche „internationale Motivation“ wird im Regelfall²⁷² nicht berücksichtigt. Der Rechtsanwender ist somit autonom, ob bzw. wie stark er ausländisches Recht (mit-)berücksichtigen will oder eben nicht; eine nicht zu unterschätzende Einschränkung der richterlichen Freiheit muss beim autonomen Nachvollzug von EU-Recht gemacht werden²⁷³.

b) Thematik des rechtsvergleichenden Auslegungselements

In der Schweiz wird seitens der Lehre – weniger dogmatisch als pragmatisch – in Bezug auf die Rechtsanwendung teils für ein „mit der allgemeinen Rechtsentwicklung und dem internationalen Umfeld sinnvolles und kompatibles Resultat“ plädiert, und zwar „unter dem Aspekt und der Maxime der Europaverträglichkeit des schweizerischen Rechts“²⁷⁴. Das Bundesgericht folgt seit dem Jahre 1995 einem sog. pragmatischen Methodenpluralismus²⁷⁵, bei dem

268 *Zweigert/Kötz* (Fn. 1), 16.

269 *Peyer* (Fn. 34), 110f.; *Kunz* (Fn. 3), 43.

270 Allg.: *Peyer* (Fn. 34), 109ff.; *Ebert* (Fn. 5), 176ff.; detailliert: *Meier-Hayoz* (Fn. 16), N 360ff. zu Art. 1 ZGB.

271 *Kunz* (Fn. 66), § 1 N 310; allg. zudem: *Bogdan* (Fn. 62), 32f.

272 Als Ausnahmefälle sind die aufgezeigten Einfallstore zu erwähnen: Vgl. dazu oben IV. 2.–5.

273 Stichwort der europarechtskonformen Auslegung: Vgl. dazu unten IV. 4.

274 Ergebnisorientiert: *Cottier* (Fn. 14), 233 – für beide Zitate.

275 Statt aller: *Hans Peter Walter*, *Der Methodenpluralismus des Bundesgerichts bei der Gesetzesauslegung*, recht 1999, 157ff. m. w. H.; zum Verfahren der Auslegung: *Edward E. Ott*, *Die Beurteilung von Interessen bei der Gesetzesauslegung*, in: FS für E. A. Kramer, Basel 2004, 228ff.

verschiedene Auslegungselemente²⁷⁶ angewandt werden, nämlich das historische und das grammatikalische²⁷⁷ und das systematische sowie das teleologische²⁷⁸ Element.

In der Essenz (zu dieser schweizerischen Methodik) „lässt sich zwar [das Bundesgericht] nach den Vorgaben des Gesetzgebers in den Wasserweg der Rechtsfindung gleiten, steuert danach aber selbstständig einer der vom Flusslauf vorgegebenen Mündungsstellen zu und lässt sich den Kurs durch normative oder dogmatische Vorgaben wohl vorzeichnen, nicht aber vorschreiben. Sein autonom beanspruchter Pluralismus bestimmt nicht den Anfang, sondern das Ende seiner hermeneutischen Tätigkeit“²⁷⁹.

Es stellt sich die Frage, ob zu den vier anerkannten Elementen der Gesetzesinterpretation zusätzlich ein sog. rechtsvergleichendes Auslegungselement hinzukommt:

Die Thematik wird in der schweizerischen Doktrin²⁸⁰ am Rande behandelt²⁸¹, und die richterliche Praxis erscheint arbiträr. Für Liechtenstein: „Jedenfalls für den Kleinstaat (...) ist es durchaus gerechtfertigt, die Rechtsvergleichung als eigentliche ‚5. Auslegungsmethode‘ zu bezeichnen“²⁸². Seit einigen Jahren scheint das Bundesgericht die Rechtsvergleichung als wohl selbst-

276 Detailliert zur Methodik in der Schweiz: *Ernst A. Kramer*, *Sentenzen zu Gesetz, Richter und Methode*, in: FS für H.P. Walter, Bern 2005, 87 ff. m.w.H.

277 Hinweise: *Marc Amstutz/Marcel Alexander Niggli*, *Recht und Wittgenstein III – Vom Gesetzeswortlaut und seiner Rolle in der rechtswissenschaftlichen Methodenlehre*, in: FS für H.P. Walter, Bern 2005, 9 ff.; *Thomas Probst*, *Die Grenzen des möglichen Wortsinns: methodologische Fiktion oder hermeneutische Realität?*, in: FS für E.A. Kramer, Basel 2004, 249 ff.

278 Hierzu: *Walter R. Schluep*, *Teleologisches Auslegungselement: Trivialer Joker, Trumpf-Ass oder gleichgeordnete Stichkarte?*, in: FS für E.A. Kramer, Basel 2004, 271 ff.; das teleologische Element steht in der Schweiz faktisch etwas im Vordergrund: *Hans Dubs*, *Die „ratio legis“ in der bundesgerichtlichen Argumentation*, in: *Die Bedeutung der „ratio legis“*, Basel 2001, 21 ff.

279 *Walter* (Fn. 275), 157.

280 Allg. (schon vor mehr als 50 Jahren): *Konrad Zweigert*, *Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode*, *RabelsZ* 1949/50, 5 ff.

281 Auswahl: *Walter R. Schluep*, *Einladung zur Rechtstheorie*, Bern 2006, Rz. 1620 ff., v. a. Rz. 1630 ff.; *Kramer* (Fn. 276), 96; grundlegend: *Amstutz/Mabillard* (Fn. 204), N 480 ff.; *Marc Amstutz*, *Interpretatio multiplex – Zur Europäisierung des schweizerischen Privatrechts im Spiegel von BGE 129 III 335*, in: FS für E. A. Kramer, Basel 2004, 67 ff.; jüngst nun insbesondere: *Hans Peter Walter*, *Das rechtsvergleichende Element – Zur Auslegung vereinheitlichten, harmonisierten und rezipierten Rechts*, *ZSR* 2007, 259 ff.

282 Liechtensteinischer Staatsgerichtshof LES 2003, 71 (76) – zitiert gemäß: *Kramer* (Fn. 276), 96 Fn. 70.

ständiges Element der Auslegung anzuerkennen²⁸³ – doch das letzte Wort dürfte noch nicht gesprochen sein²⁸⁴.

M. E. ist diese methodische Ergänzung, die in einer „Formel“ der bundesgerichtlichen Rechtsprechung angesprochen wird, abzulehnen:

Es sollte m. a. W. kein generelles rechtsvergleichendes Auslegungselement für die Interpretation schweizerischer Rechtsnormen zur Anwendung gelangen²⁸⁵. Vielmehr braucht es irgendein Einfallstor (sic!) für die Rechtsvergleichung, d. h. ohne jeglichen „Bezugspunkt“ im Schweizer Recht kann ein schweizerischer Rechtsanwender nicht einfach ausländisches Recht (mit-)berücksichtigen. Ein anderes Vorgehen würde das sog. Territorialitätsprinzip²⁸⁶ sowie die Autonomie des Nationalstaates in Frage stellen²⁸⁷. Es fehlt hier der Platz zur detaillierteren Begründung (die einer späteren Publikation vorbehalten bleibt).

Als legislative Einfallstore für die Rechtsvergleichung in der Rechtsanwendung stehen echte Lücken²⁸⁸ in der Rechtsordnung oder autonomer Nachvollzug von EU-Recht²⁸⁹ oder völkerrechtliche Verträge²⁹⁰ im Vordergrund des Interesses. Eine rechtsvergleichende Rechtsanwendung „out of the blue“ muss m. E. abgelehnt werden.

283 BGE 127 III 323 Erw. 2. b. a.E.: „Im Übrigen sind bei der Auslegung alle herkömmlichen Auslegungselemente [sic!] zu berücksichtigen (systematische, teleologische, historische und rechtsvergleichende)“ (...); ebenso: BGE 124 III 266 Erw. 4 – dies entspricht der „zweiten Formel“ des Bundesgerichts zum pragmatischen Methodenpluralismus: *Walter* (Fn. 275), 158 Fn. 17; weitere Hinweise bei: *Schluep* (Fn. 281), Rz. 1620 ff.

284 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).

285 Wohl gl. M.: *Schluep* (Fn. 281), Rz. 1650 f.; m. E. hat sich die bisherige Fokussierung auf grammatikalische, auf historische, auf systematische sowie schließlich auf teleologische Auslegungselemente durchaus bewährt. Eine methodische „Ergänzung“ erweist sich als überflüssig.

286 Die zentrale Ausnahme des Territorialitätsprinzips im Wirtschaftsrecht der Schweiz findet sich im Kartellrecht, in dem das sog. Auswirkungsprinzip gültig ist; Art. 2 Abs. 2 des schweizerischen Kartellgesetzes (KG: SR 251) vom 6. 10. 1995 lautet zum Geltungsbereich: „Das Gesetz ist auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden“.

287 Eine generelle „Erosion der Nationalstaatlichkeit“ feststellend: *Amstutz* (Fn. 281), 68 m.w.H. in Fn. 5; ähnlich: *Walter* (Fn. 281), 260.

288 Vgl. dazu unten IV. 3.

289 Vgl. dazu unten IV. 4

290 Vgl. dazu unten IV. 5.

2. Auslegungshilfe bei Verweisungen

a) Methode

Denkbar ist, dass sich in einem schweizerischen Rechtserlass eine sog. Verweisung²⁹¹ auf internationales Recht bzw. auf eine internationale Ordnung bzw. auf irgendwelche internationalen Standards findet. Ist dies der Fall, müssen die entsprechenden ausländischen Regelungen²⁹² m. E. bei der Auslegung des anwendbaren schweizerischen Erlasses herangezogen und als eigentliche Handlungsanweisung beachtet werden²⁹³.

Solche Verweisungen in schweizerischen Rechtserlassen sind indes in der Realität äußerst selten, so dass dieses Einfallstor für die Rechtsanwendung doch eher ein Einfallstörchen darstellt. Die meisten Verweisungen auf internationale Referenzordnungen (z.B. Art. 8 Abs. 3 BEHG sowie Art. 7 Abs. 2 lit. d FINMAG) führen vielmehr zur Einführung der Rechtsvergleichung in der Selbstregulierung²⁹⁴; sollten dann aber diese Selbstregulierungen in der Folge zu irgendwelchen Rechtsanwendungen führen, muss m. E. das ausländische Recht ebenfalls berücksichtigt werden.

b) Beispiele

Im Schweizer Wirtschaftsrecht finden sich gelegentlich Verweisungen auf internationale Standards. Dies kommt indes seltener bei Regulierungen als vielmehr bei Selbstregulierungen vor. Bei schweizerischen Regulierungen herrschen andere Instrumente der Rechtsvergleichung vor – insbesondere der autonome Nachvollzug von EU-Recht, der meist weniger durch den Gesetzestext als eher durch die Gesetzesmaterialien erkennbar wird.

Im neuen Kollektivanlagenrecht wird ein Beispiel für die Rechtsanwendung ersichtlich im Zusammenhang mit der Berechnung und der Publikation des sog. Nettoinventarwertes (NAV) bei offenen²⁹⁵ kollektiven Kapitalanlagen: „Die Aufsichtsbehörde²⁹⁶ kann eine von Abs. 2 abweichende Methode zur Berechnung des Nettoinventarwertes oder der Nettoinventarwerte zulassen, soweit diese internationalen Standards entspricht und der Schutzzweck des Gesetzes dadurch nicht gefährdet wird (Art. 83 Abs. 3 KAG).“

291 Gemeint ist eine freiwillige Verweisung, d. h. es besteht weder durch den autonomen Nachvollzug von EU-Recht noch durch einen Staatsvertrag eine entsprechende Verpflichtung.

292 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.

293 *Kunz* (Fn. 3), 43.

294 Vgl. dazu oben III. 7.

295 In der Schweiz gibt es zwei Formen, nämlich die vertraglichen Anlagefonds sowie die Investmentgesellschaften mit variablem Kapital (SICAV).

296 Eidgenössische Bankenkommission (EBK) bis am 31. 12. 2008; nunmehr seit dem 1. 1. 2009: Finanzmarktaufsichtsbehörde (FINMA).

Ein zweites Beispiel zum Kollektivanlagenrecht findet sich in Art. 108 Abs. 2 KAG, und zwar einerseits für die Rechenschaftsablage sowie andererseits für die Bewertung des Vermögens der neuen Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen (KkK)²⁹⁷: „International anerkannte Standards sind zu berücksichtigen“. Diese Anweisung muss von der EBK bzw. der FINMA im Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeit befolgt werden und gehört damit zum Bereich der Rechtsanwendung.

Als drittes, gerade für einen Binnenstaat äußerst interessantes Beispiel aus dem öffentlichen Recht, das notabene eine Kombination von Verweisung einerseits und von Lückenfüllung andererseits enthält, kann schließlich Art. 7 Abs. 1 des schweizerischen Seeschiffahrtsgesetzes erwähnt werden (Marginalie „Rechtsanwendung durch den Richter“):

„Kann der Bundesgesetzgebung, insbesondere diesem Gesetz und den als anwendbar erklärten Bestimmungen internationaler Übereinkommen keine Vorschrift entnommen werden, so entscheidet der Richter nach den allgemein anerkannten Grundsätzen des Seerechts und, wo solche fehlen, nach der Regel, die er als Gesetzgeber aufstellen würde, wobei er Gesetzgebung und Gewohnheit, Wissenschaft und Rechtsprechung der seefahrenden Staaten berücksichtigt.“ Die Referenz auf die (ausländischen!) „seefahrenden Staaten“ und deren Rechte bildet das Einfallstor ins Schweizer Recht, wodurch die rechtsanwendende Rechtsvergleichung in diesem spezifischen Rechtsgebiet zum Tragen kommt.

c) Folgerungen

Verweisungen auf internationale Referenzordnungen kommen im schweizerischen Wirtschaftsrecht, wie erwähnt, selten bzw. fast gar nie vor: M. E. ist dies durchaus verständlich, weil die Verweisung ein ineffizientes Instrument der Rechtsvergleichung sowohl in der Rechtssetzung als auch in der Rechtsanwendung darstellen würde. Zahlreiche methodische Fragen blieben offen, und die „Büchse der Pandora“ würde ohne Not geöffnet.

Die Referenzordnung im Ausland, auf die in den wenigen Fällen durch das Gesetz verwiesen wird, muss als Auslegungshilfe bzw. sogar als Handlungsanweisung bei der Anwendung der schweizerischen Regulierung (oder der schweizerischen Selbstregulierung) herangezogen werden. Da dieses Instrument der Rechtsvergleichung in der Schweiz aber kaum angewandt wird, kann heute (noch) kaum Vertieftes dazu ausgeführt werden.

²⁹⁷ Es handelt sich dabei um eine Gesellschaft mit geschlossener Form der kollektiven Kapitalanlage.

3. Lückenfüllung

a) Methode

aa) Basis

Die sog. echte Gesetzeslücke²⁹⁸, also eine planwidrige Unvollständigkeit im schweizerischen Rechtserlass, bildet das zentrale Einfallstor für die Rechtsvergleichung im Bereich der Rechtsanwendung²⁹⁹. Art. 1 Abs. 2 ZGB³⁰⁰ – eine international bekannte Norm des schweizerischen Privatrechts – bringt es 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 [sic!] aufstellen würde“³⁰¹.“

Das Bundesgericht umschreibt dies wie folgt: „Namentlich im traditionell grenzüberschreitenden Rechtsverkehr lässt sich (...) eine sachgerechte Rechtsfindung und damit auch Lückenfüllung ohne rechtsvergleichende Grundlage nicht verwirklichen (...)“³⁰².“

Die gesetzliche Vorgabe des schweizerischen Zivilgesetzbuches hat unmittelbare Auswirkungen auf den Richter als Gesetzgeber, der eine Lückenfüllung vorzunehmen hat³⁰³. Der Rechtsvergleichung wird in der Schweiz nicht allein durch Art. 1 Abs. 2 ZGB (also: „Richter als Gesetzgeber“), sondern ebenfalls durch Art. 1 Abs. 3 ZGB zum Durchbruch verholfen: „Es [sc. das Gericht] folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung“³⁰⁴.“ Die Marginalie zu Art. 1 ZGB lautet relativ expansiv: „Anwendung des Rechts“³⁰⁵.“

298 Hierzu: *Marie Theres Fögen*, Wer zieht die Grenzen des Rechts? Eine Anmerkung zum „rechtsfreien Raum“, in: FS für H. P. Walter, Bern 2005, 71 ff.

299 Hierzu: *Kunz* (Fn. 3), 43.

300 Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. 12. 1907 (ZGB): SR 210. Eine vergleichbare Norm findet sich in Art. 7 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Seeschifffahrt unter Schweizer Flagge (Seeschifffahrtsgesetz) vom 23. 9. 1953 (SR 747.30), wobei die Ordnung ergänzt wird mit einer expliziten Verweisung auf das Recht bzw. die Rechtsordnungen „seefahrender Staaten“: Vgl. dazu oben IV. 2. b. a. E.

301 Allg.: *Walter R. Schluep*, Der Richter in der Maske des Gesetzgebers und die Notwendigkeit der Demaskierung, in: FS für H. P. Walter, Bern 2005, 199 ff.

302 BGE 126 III 138 Erw. 4.

303 Vgl. dazu unten IV. 3. a) bb).

304 Gemeint ist, dass „Gewohnheitsrecht“ (Abs. 2) sowie „bewährte Lehre“ (Abs. 3) ebenfalls im Ausland gefunden werden können: *Rusch* (Fn. 17), Rz. 9; *Meier-Hayoz* (Fn. 16), N 389 zu Art. 1 ZGB; hierzu *Widmer* (Fn. 56), 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“.

305 Das schweizerische Privatrecht verfügt über keinen Allgemeinen Teil, doch Art. 1–Art. 10 ZGB nehmen eine vergleichbare Funktion wahr, was die große Bedeutung von Art. 1 ZGB unterstreicht.

bb) Vorgehen

Es muss eine echte Gesetzeslücke im Schweizer Recht vorliegen, so dass ein Gericht überhaupt als Gesetzgeber entscheiden kann³⁰⁶. Sollte dies dann aber der Fall sein, hat dies direkte Auswirkungen auf die richterliche Lückenfüllung: „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 vorgehen hat, bei der Gesetzesergänzung die Rechtsvergleichung pflegen“³⁰⁷.

M.E. steht bei der rechtsvergleichenden Lückenfüllung eine sog. Systemkompatibilität zwischen der inländischen und der ausländischen Lösung im Vordergrund³⁰⁸. Dies wird vom Bundesgericht ebenfalls anerkannt:

„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, auf die Gesetzesanalogie, wenn eine positive Norm Gleichwertiges regelt, auf die Rechtsanalogie, wenn eine solche Norm fehlt, aber aus dem Geist der positiven Rechtsordnung ein Prinzip auszumachen ist, welches regelfähig umgesetzt werden kann (...)“³⁰⁹.“ In der Gerichtspraxis wird dieser Vorgabe m.E. nicht immer nachgelebt.

b) Beispiele

In der Praxis des Bundesgerichts finden sich zahlreiche Beispiele³¹⁰ für den Einfluss der Rechtsvergleichung mittels Lückenfüllung³¹¹, und zwar nicht nur im wirtschaftsrechtlichen Bereich. Kürzlich hatte das höchste Gericht der Schweiz die Frage zu entscheiden, ob ein Kind, das infolge einer fehlgeschlagenen Unterbindung geboren wurde, einen finanziellen Schaden darstellt oder nicht; das Bundesgericht bezog sich rechtsvergleichend auf verschiedene ausländische Urteile, weil es „bisher die Grundsatzfrage“ nicht entschieden hatte (und bejahte in der Folge diese Frage)³¹².

Im viel diskutierten und bekannten BGE 126 III 129 („Kodak“)³¹³ ging es um die wirtschaftsrechtliche Frage der Zulässigkeit von Parallelimporten.

306 Gl. M.: *Rusch* (Fn. 17), Rz. 9; *Ebert* (Fn. 5), 178.

307 *Meier-Hayoz* (Fn. 16), N 368 zu Art. 1 ZGB; zudem: *Schluep* (Fn. 281), Rz. 1635 f.

308 *Kunz* (Fn. 5), 43.

309 BGE 126 III 138 Erw. 4.

310 Hinweise: *Kunz* (Fn. 3), 44; *Walter* (Fn. 37), 92 ff.

311 Kantonale Gerichte gehen hingegen selten rechtsvergleichend vor.

312 BGE 132 III 363 Erw. 3.2 – erwähnt wurden Urteile aus Deutschland, aus den Niederlanden, aus Großbritannien sowie aus Österreich; NZZ Nr. 298/2005, 14 („Ein ungeplantes Kind als Schaden? Beim Kaiserschnitt die Eileiterunterbindung vergessen“).

313 Allg.: *Roland von Büren*, Über wettbewerbsrechtliche Sorgen und Sorglosigkeiten im Hause „Mon Repos“, in: FS für H. P. Walter, Bern 2005, 560 ff. m. w. H.

ten³¹⁴ im Patentrecht; für andere Bereiche des Immaterialgüterrechts bestand bereits eine höchstrichterliche Rechtsprechung³¹⁵. Nach Auslegung des Patentrechts wurde erkannt, dass in Bezug auf das sog. Erschöpfungsprinzip eine echte Lücke vorlag³¹⁶. Das Bundesgericht entschied sich in der Folge für eine nationale statt für eine internationale Erschöpfung, und zwar im Anschluss an eine detaillierte rechtsvergleichende Auseinandersetzung mit der Fragestellung³¹⁷:

„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 Patentrecht³¹⁸.“

c) Folgerungen

Eine Besonderheit des schweizerischen (Privat-)Rechts stellt ohne Zweifel die Regelung des Art. 1 Abs. 2 ZGB dar, wonach der „Richter als Gesetzgeber“ tätig sein darf bzw. muss, wenn es um eine Lückenfüllung geht. Diese Spezialität³¹⁹ ist ein wichtiger Grund für die große Bedeutung der Rechtsvergleichung in der Schweiz.

Es muss bedauert werden, dass im Wesentlichen nur das Bundesgericht, hingegen kaum jemals die kantonalen Gerichte diese Möglichkeit eines Einfalls-tores wahrnehmen.

M.E. enthält Art. 1 Abs. 2 ZGB – entgegen dem engen Wortlaut – sogar eine generelle Vorgabe für die Rechtsanwendung im Allgemeinen³²⁰, also

314 Zum Grundverständnis: *Peter V. Kunz*, Parallelimporte und selektive Vertriebssysteme nach revidiertem Markenrecht, recht 1994, 216 ff.

315 Es wurde jeweils eine internationale Erschöpfung bejaht, und zwar für das Markenrecht in BGE 105 II 56 f. Erw. 2 b und in BGE 122 III 471 ff. Erw. 3 – Erw. 5 sowie für das Urheberrecht in BGE 124 III 325 ff. Erw. 2 a und b sowie insbesondere j – im Urheberrecht ist jedoch die Einschränkung von Art. 12 Abs. 1 bis URG zu beachten, wo für die sog. audiovisuellen Werke die nationale Erschöpfung vorgesehen wird.

316 BGE 126 III 138 Erw. 3. b. a. E.

317 BGE 126 III 143 ff. Erw. 7; auf die folgenden Rechtsordnungen im Ausland wurde eingegangen: Deutschland, Frankreich, Österreich, Italien, EU, Argentinien, Brasilien, Sowjetunion, USA sowie Japan.

318 BGE 126 III 148 Erw. 7. d.

319 Vergleichbare Regelungen, wenn auch nicht so weit gehend wie das schweizerische Zivilgesetzbuch, finden sich z. B. in den §§ 6 und 7 des österreichischen ABGB sowie in Art. 12 ff. des italienischen Codice Civile.

320 Art. 1 Abs. 2 ZGB erwähnt zwar das „Gericht“ und mit „Es“ im zweiten Absatz wird darauf Bezug genommen, doch geht die Marginalie („Anwendung des Rechts“) wesentlich weiter und ist m.E. maßgebend für eine expansive Auslegung im Sinne des „Rechtsanwenders“.

nicht allein für die richterliche Lückenfüllung, und zwar unbesehen der anwendbaren Rechtsgrundlage³²¹. Aufgrund dieser Überlegung sollten auch behördliche Rechtsanwender bei der Füllung allfälliger echter Lücken die Disziplin der Rechtsvergleichung nutzbar machen. Tatsächlich beziehen sich Behörden gelegentlich³²² auf ausländisches Recht, doch erfolgt dies nur selten und jeweils ohne eigentliche Methodik (d.h. eher zufällig bzw. „en passant“ bzw. „à propos“)³²³.

4. Europarechtskonforme Auslegung schweizerischen Rechts

a) Methode

aa) Basis

In Bezug auf den autonomen Nachvollzug von EU-Recht, der ein junges legislatives Instrument der Rechtsvergleichung darstellt³²⁴, wird m. E. mit gutem Grund festgehalten: „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 ab³²⁵.“ Die rechtsvergleichende Rechtssetzung nützt also nichts (oder zumindest wenig) ohne entsprechende Folgen in der schweizerischen Rechtsanwendung.

Das Bundesgericht nimmt dieses Anliegen auf mit der Vorgabe, dass eine sog. europarechtskonforme Auslegung des Schweizer Rechts erfolgen müsse³²⁶, sofern dieses Recht tatsächlich den autonomen Nachvollzug von EU-

321 Das schweizerische Bundesgericht wendet in seiner ständigen Praxis den Grundsatz von Art. 1 Abs. 2 ZGB denn auch nicht nur im Privatrecht, sondern ebenfalls im öffentlichen Recht zumindest analog an (z.B. bereits in BGE 99 Ib 280); im Übrigen: *Thomas Fleiner*, Die verfassungsrechtliche Bedeutung von Art. 1 Abs. 2 ZGB, in: Gedächtnisschrift für P. Jäggi, Freiburg 1977, 319f. m.w.H.

322 Die Übernahmekommission (UEK), die sich mit dem börsenrechtlichen Übernahmerecht befasst, weist in ihren sog. Empfehlungen immer wieder auf ausländische Regelungen hin – z.B. in der Empfehlung vom 23. 7. 2002 betreffend Quadrant AG: Erw. 4.3 (Verweisung auf § 29 des deutschen WpÜG); Empfehlung vom 18. 3. 2005 betreffend Forbo Holding AG: Erw. 2.4.2 (Verweisung auf den englischen City Code on Takeovers and Mergers); noch seltener ist die Eidgenössische Bankenkommision (EBK) zu erwähnen – Ausnahme: Verfügung vom 23. 7. 2003 betreffend Smith & Nephew: Erw. 3.3.3 (Verweisung auf börsenrechtliche Regelungen in Großbritannien, in Deutschland sowie in Frankreich).

323 Insbesondere wird die Bezugnahme auf ausländisches Recht nie als Lückenfüllung deklariert – was m.E. methodisch korrekt wäre, wenn eine echte Gesetzeslücke vorliegen würde.

324 Vgl. dazu oben III. 5.

325 *Wiegand* (Fn. 184), 177.

326 BGE 129 III 350 Erw. 6 (betreffend der Betriebsübernahme gemäß Art. 333 OR); BGE 130 III 190 Erw. 5.5.1 (betreffend Art. 15 Pauschalreisegesetz); zudem: BGE 133 III 184 Erw. 3.5 (betreffend das Institut der Sonderprüfung).

Recht darstellt. Es besteht m. a. W. eine eigentliche Rechtspflicht³²⁷. Anders ausgedrückt bilden diese beiden Instrumente der Rechtsvergleichung zwei Seiten derselben Medaille. Das Bundesgericht hält fest:

„Wird (...) die schweizerische Ordnung einer ausländischen – hier der europäischen – angeglichen, ist die Harmonisierung nicht nur in der Rechtssetzung, sondern namentlich auch in der Auslegung und Anwendung des Rechts anzustreben (...)“³²⁸.

Es kann durchaus vorkommen, dass beim gleichen schweizerischen Bundesgesetz teilweise eine europarechtskonforme Auslegung vorkommt – und teilweise eben nicht. Dies hängt davon ab, welche Teile zum autonomen Nachvollzug von EU-Recht gehören – und welche eben nicht. Eindrücklich ist dies beim schweizerischen Kollektivanlagenrecht, das nur, aber immerhin in Bezug auf die offenen kollektiven Kapitalanlagen europarechtskonform auszulegen ist³²⁹. Hier geht es also mehr noch um Praxis als um bloße Theorie.

bb) Vorgehen

M. E. müssen somit verschiedene Aspekte im Zusammenhang mit der europarechtskonformen Auslegung von Schweizer Recht (als Folge eines autonomen Nachvollzugs von EU-Recht) beachtet werden – wobei kaum zu bestreiten ist, dass die Herausforderungen für die schweizerischen Gerichte und für die übrigen Rechtsanwender dadurch weiter wachsen. Zum heutigen Zeitpunkt ist die europarechtskonforme Auslegung in der Schweiz methodisch noch wenig erforscht, und es öffnet sich für die nahe Zukunft ein breites Forschungsfeld:

327 Wohl gl. M.: *Amstutz* (Fn. 281), 67 („verlangt“); ohne Verpflichtung würde der autonome Nachvollzug „toter Buchstabe“ bleiben: *Wiegand* (Fn. 184), 183; ob es weitere Rechtsfolgen gibt, scheint unklar zu sein: *Cottier/Dzamko/Evtimov* (Fn. 81), 363.

328 BGE 129 III 350 Erw. 6; das Bundesgericht scheint nach dem Wortlaut des Urteils dieses Prinzip ausdehnend zu verstehen (also das EU-Recht nur als ein Beispiel), doch m.E. gibt es bis anhin einzig Fälle mit einer europarechtskonformen Auslegung und nicht generell mit einer „auslandrechtskonformen“ Interpretation.

329 Bei den offenen – nicht aber bei den geschlossenen! – kollektiven Kapitalanlagen (also: vertragliche Anlagefonds und SICAV [Sociétés d'Investissement à Capital Variable]) nimmt das KAG einen autonomen Nachvollzug von EU-Recht vor; dies führt bei der Rechtsanwendung dazu, dass das schweizerische Kollektivanlagenrecht in diesem Bereich europarechtskonform ausgelegt werden muss, d.h. unter unmittelbarer Berücksichtigung der OGAW III-Richtlinien der EU. Anders sieht es aus bei den geschlossenen kollektiven Kapitalanlagen (KkK und SICAF [Sociétés d'Investissement à Capital Fixe]), die keine OGAW darstellen, so dass auch kein autonomer Nachvollzug von EU-Recht vorliegt; folglich ist bei der Rechtsanwendung auch nicht europarechtskonform auszulegen – trotzdem können ausländische Rechtsordnungen eine Rolle spielen, und zwar im sozusagen „üblichen“ Rahmen der Rechtsvergleichung (z. B. zur Lückenfüllung).

1. Es muss de iure wirklich um einen autonomen Nachvollzug von EU-Recht gehen (sozusagen als Grundvoraussetzung)³³⁰; dies dürfte nicht immer klar sein – „[m]aßgebend ist der Wille des schweizerischen Gesetzgebers“³³¹.
2. Dieser (neue) Auslegungsgrundsatz gilt nicht allgemein, sondern – soweit ersichtlich – nur in Zweifelsfragen³³² der Interpretation³³³.
3. „Europarechtskonform“ bedeutet, dass sämtliche Quellen des entsprechenden EU-Rechts beigezogen werden dürfen bzw. sogar müssen³³⁴; dies bedeutet m. E. aber auch eine sog. „Up date“-Pflicht des Rechtsanwenders³³⁵.

b) Beispiele

Obwohl die europarechtskonforme Auslegung ein noch relativ junges Instrument der Rechtsvergleichung in der Schweiz ist (d. h. parallel verlaufend mit dem autonomen Nachvollzug von EU-Recht), können einige illustrative Gerichtsurteile erwähnt werden. Die Methodik des Bundesgerichts dürfte noch nicht definitiv feststehen. Als Beispiele, bei denen eine europarechtskonforme Auslegung bejaht³³⁶ wurde³³⁷, seien erwähnt:

BGE 129 III 335³³⁸: Im Zusammenhang mit der Thematik der Betriebsübernahme bzw. Art. 333 OR war die Haftung des Übernehmers für offene, vor der Übernahme fällig gewordene Lohnforderungen umstritten. Das Bundesgericht sprach sich bei der Entscheidungsfindung m.W. erstmals für eine europarechtskonforme Auslegung aus:

330 Ob ein autonomer Nachvollzug von EU-Recht oder aber Eklektik vorgenommen wird, entscheidet der Gesetzgeber, d. h. von der ersten Variante kann m.E. 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* (Fn. 81), 364; *Walter* (Fn. 281), 270: „Die Frage beantwortet sich aus der historisch zu ermittelnden Regelungsabsicht des Gesetzgebers“.

331 *Cottier/Dzamko/Evtimov* (Fn. 81), 364.

332 Vgl. dazu unten IV. 4. b).

333 Der europarechtskonformen Auslegung kommt somit – anscheinend – keine selbstständige Rolle zu.

334 M.E. geht es also nebst der EU-Rechtssetzung des Weiteren um die darauf aufbauende EU-Rechtsanwendung (z. B. um die Urteile des EuGH) – gl. M.: *Wiegand* (Fn. 184), 183; allg. zur Thematik: *Thomas Probst*, Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes als neue Herausforderung für die Praxis und die Wissenschaft im schweizerischen Privatrecht, *BJM* 2004, 225 ff.; außerdem: *Andreas Furrer*, Der Einfluss der EuGH-Rechtsprechung auf das schweizerische Wirtschaftsprivatrecht, *SZIER* 2006, 311 ff.; *Wyss* (Fn. 28), 726 f.

335 Vgl. dazu unten IV. 4. c).

336 Die Gerichte nehmen schließlich ebenfalls eine europarechtskonforme Auslegung im Bereich des öffentlichen Vergaberechts vor: *Luginbühl* (Fn. 193), Rz. 10 a. E.

337 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.

338 Methodisch analysiert: *Amstutz* (Fn. 281), 67 ff.

„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 auszulegen³³⁹.“

BGE 130 III 182: In diesem Entscheid kommt der in BGE 129 III 335 begründete höchstrichterliche sog. „Zweifelsfall“-Ansatz zum Ausdruck, zu dem wohl noch nicht abschließend feststehen dürfte (und m.E. sollte)³⁴⁰, ob er in Zukunft beibehalten wird: „Das Pauschalreisegesetz wurde in Umsetzung [einer spezifischen EU-Richtlinie] im Rahmen des „Swisslex-Programms“ erlassen und enthält autonom nachvollzogenes europäisches Recht (...). Es ist daher in Zweifelsfällen europarechtskonform auszulegen³⁴¹.“

BGE 2A.334/2003: Die europarechtskonforme Auslegung kommt nicht nur im Privatrecht zur Anwendung, sondern in jedem schweizerischen Rechtsgebiet, das EU-Recht autonom nachvollzieht (also auch im öffentlichen Recht – z. B. im Steuerrecht):

„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 Umsatzsteuerrechte 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 (...)³⁴².“

339 BGE 129 III 350 Erw. 6; (noch) nicht explizit: BGE 123 III 466 ff. (dazu: *Wiegand* [Fn. 184], 184/188); vom EU-Recht als möglicher Auslegungshilfe geht ebenfalls aus: BGE 125 II 306 f. Erw. 4. e (Fernmelderecht).

340 M.E. muss die europarechtskonforme Auslegung bei Vorliegen eines autonomen Nachvollzugs von EU-Recht generell angewandt werden – es geht bei diesem Instrument um ein intensiveres „Angleichen“ an die EU als etwa bei der bloßen Lückenfüllung.

341 BGE 130 III 191 Erw. 5.5.1.

342 BGE 2A.334/2003 Erw. 2.3 vom 30. 4. 2004; methodisch identisch bereits ein früherer Steuerentscheid: BGE 124 II 203 f. Erw. 6. a; allg.: *Markus Reich*, Das Europäische Steuerrecht und sein Einfluss auf die schweizerische Steuerrechtsordnung, in: FS für R. Zäch, Zürich 1999, 749 ff.; a.M. zum Mehrwertsteuerrecht offensichtlich: *Walter* (Fn. 281), 270 m.w.H. in Fn. 40.

c) Folgerungen

Die europarechtskonforme Auslegung von schweizerischem Recht, das seinerseits autonom EU-Recht nachvollzieht, dürfte in (naher) Zukunft eine der großen Herausforderungen der schweizerischen Methodenlehre sein. Zahlreiche Fragen sind noch offen und methodisch kaum untersucht. Das Bundesgericht, das diese Methodik ebenfalls erst seit kurzem verwendet, hat kaum detaillierte Hinweise gegeben – und der erwähnte „Zweifelsfall“-Ansatz überzeugt nicht und sollte m. E. in jedem Fall überdacht werden.

Sicher wird mit der Methode der europarechtskonformen Auslegung nur, aber immerhin, dass die Herausforderungen für die Rechtsanwender in der Schweiz weiter wachsen. Es wird in der Zukunft sicherlich nicht mehr ausreichen, im nationalen Recht kundig zu sein, sondern die schweizerischen Juristen kommen nicht um das Studium ausländischen bzw. europäischen Rechts herum. Die Situation wird außerdem erschwert durch die m. E. unerlässliche sog. „Up date“-Pflicht (Dynamisierung)³⁴³. Die Bedeutung der Disziplin der Rechtsvergleichung wird somit künftig in der Schweiz exponentiell zunehmen.

5. Völkerrechtskonforme Auslegung schweizerischen Rechts

a) Methode

Die sog. völkerrechtskonforme Auslegung stellt m. E. kein generelles Interpretationselement zum schweizerischen Recht dar. Vielmehr ist nach dieser Methode vorzugehen, wenn z. B. staatsvertragliche Normen mit Landesrecht kollidieren. Scheitert eine Konfliktlösung, geht im Allgemeinen das Völkerrecht dem schweizerischen Recht vor, und zwar selbst dann, wenn die landesrechtliche Ordnung erst nach dem Staatsvertrag erlassen wurde³⁴⁴.

Zu dieser Regel gibt es eine Ausnahme: Wenn nämlich der Rechtssetzer die Völkerrechtsverletzung bewusst in Kauf nahm, sieht sich das Bundesgericht selbst an völkerrechtswidriges Landesrecht gebunden³⁴⁵ – immerhin mit der Gegen Ausnahme für den Fall, dass es sich um zwingendes Völkerrecht („*ius cogens*“) handelt, das immer vorgeht³⁴⁶.

343 Der Rechtsanwender muss m. E. 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; gl. M.: *Amstutz* (Fn. 281), 68; wohl ebenfalls: *Walter* (Fn. 281), 272.

344 *Tschannen* (Fn. 227), § 9 N 31.

345 BGE 99 Ib 39 Erw. 4 („Schubert Praxis“); hierzu: *Tschannen* (Fn. 227), § 9 N 33 f. m. w. H. auf die Praxis.

346 Statt aller: *Tschannen* (Fn. 227), § 9 N 35.

Völkerrechtskonforme Auslegung³⁴⁷ bedeutet im Wesentlichen, dass dem beispielsweise mit einem Staatsvertrag in Widerspruch stehenden Landesrecht unter mehreren Lesearten jene Bedeutung beigelegt wird, die dem Sinn der völkerrechtlichen Norm am nächsten kommt³⁴⁸. 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“.

b) Beispiele

Die meisten Beispiele einer völkerrechtskonformen Auslegung entstammen dem Bereich des öffentlichen Rechts. Es geht hier nicht darum, eine umfassende Darstellung abzugeben – insofern sei auf die völkerrechtliche Spezialliteratur verwiesen. Das Bundesgericht erhebt das Prinzip der völkerrechtskonformen Auslegung über die verschiedenen Rechtsgebiete hinweg zu einer allgemeinen Interpretationsregel.

BGE 94 I 669: Es ging um eine Konzession zur gewerbsmäßigen Personenbeförderung auf dem Rhein, um das schweizerische Postregal und um eine Übereinkunft zwischen der Schweiz und dem Großherzogtum Baden vom 10. 5. 1879. Das Bundesgericht hält in diesem völkerrechtlichen Rechtsstreit aus den 1960er-Jahren fest:

„Es genügt festzuhalten, dass der Bundesgesetzgeber gültig abgeschlossene Staatsverträge gelten lassen will, sofern er nicht ausdrücklich in Kauf nimmt, dass völkerrechtswidriges Landesrecht zustande kommt. Im Zweifel muss innerstaatliches Recht völkerrechtskonform ausgelegt werden; d. h. so, dass ein Widerspruch mit dem Völkerrecht nicht besteht. Diese Auslegungsregel erlaubt es, Konflikte zwischen den beiden Rechtsordnungen meistens zu vermeiden (...)“³⁴⁹.

BGE 117 Ib 367: In diesem Steuerhinterziehungsfall ging es um das Verhältnis zur Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK): „Dabei ist der – unbestrittene – Grundsatz von Bedeutung, dass Bundesgesetze nicht nur verfassungskonform, sondern auch der Konvention entsprechend auszulegen sind, d. h. so, dass im Zweifelsfalle ein Konflikt zwischen beiden Rechtsordnungen möglichst vermieden wird (...)“³⁵⁰.

In der Schweiz genießt das Völkerrecht grundsätzlich Vorrang vor dem schweizerischen Recht: „Dies verlangt von den Rechtsanwendungsinstanzen eine völkerrechtskonforme Handhabung des Landesrechts“³⁵¹. Oder anders ausgedrückt: „[D]ie Eidgenossenschaft [kann sich] nicht unter Berufung auf inländisches Recht ihrer völkerrechtlichen Verpflichtungen entziehen (...)“.

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

348 Zum Methodischen: *Tschannen* (Fn. 227), § 9 N 36.

349 BGE 94 I 678 Erw. 6. a.

350 BGE 117 Ib 373 Erw. 2. f.

351 BGE 122 II 239 Erw. 4. e.

Das Landesrecht [muss] daher in erster Linie völkerrechtskonform ausgelegt werden³⁵².“ Diese Prinzipien gelten natürlich auch im Wirtschaftsrecht, soweit und sofern Staatsverträge zur Debatte stehen.

c) Folgerungen

Der Schweizer Wirtschaftsrechtler befasst sich heute noch in aller Regel weder mit Staatsverträgen noch mit völkerrechtlichen Auslegungsfragen – dies trifft zumindest außerhalb des Immaterialgüterrechts³⁵³ zu. Sollte in einem Einzelfall aber tatsächlich das schweizerische Recht einen völkerrechtlichen Vertrag umsetzen, muss vom Rechtsanwender die entsprechende Methodologie angewandt werden.

Gerade im Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU gibt es ein eigentliches vertragliches Netzwerk (z. B. die „Bilateralen I/II“)³⁵⁴, das eine völkerrechtskonforme Handhabung nahelegt. M. E. stellen aber die Staatsverträge bzw. die daraus folgende völkerrechtskonforme Auslegung heute und wohl weiterhin für die absehbare Zukunft eher ein untergeordnetes Instrument der wirtschaftsrechtlichen Rechtsvergleichung dar.

V. Schlussbemerkungen

1. Aspekte zu „Europa“ bzw. zur Europäischen Union

Das Verhältnis der Schweiz bzw. der Schweizer zu „Europa“ im Allgemeinen sowie zur Europäischen Union (bzw. wohl genauer: zu „Brüssel“) im Besonderen ist – im besten Fall – als zwiespältig zu bezeichnen. Die Schweizer Bevölkerung versteht zwar durchaus die wirtschaftlichen Notwendigkeiten einer Annäherung³⁵⁵, doch eine Mitgliedschaft der Schweiz in der EU, die außerdem ein Referendum von „Volk und Ständen“ (Art. 140 Abs. 1 lit. b BV) notwendig machen würde, d. h. eine Abstimmung mit Volks- und Kantons-Mehr, scheint mindestens heute keine realistische Option.

Doch die „Vorbehalte“ sind nicht etwa einseitig seitens der Schweiz gegenüber der EU, sondern gegenseitig, was kaum überraschen kann. Der Rat der Europäischen Union legte am 5. 12. 2008 einen Entwurf von Schlussfolgerungen zu den Beziehungen zwischen der EU und den EFTA-Ländern (zu denen die Schweiz gehört) vor; in Rz. 24 ff. des Entwurfs werden verschiedene teils

352 BGE 125 II 424 Erw. 4. c.

353 Im Steuerrecht bestehen auf internationaler Ebene ebenfalls zahlreiche Staatsverträge – insbesondere die Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) müssen in diesem Zusammenhang erwähnt werden.

354 Vgl. dazu unten V. 1.

355 Die Schweiz verdient heutzutage immerhin jeden dritten Franken in der EU, und zwei Drittel der schweizerischen Exporte gehen in die EU.

gewichtige Kritiken vorgebracht (z. B. zum Steuerrecht)³⁵⁶ sowie Forderungen an die Schweiz gestellt, die zu Diskussionen führen dürften³⁵⁷.

Der Rat der EU unterstützt indirekt das Instrument einer europarechtskonformen Auslegung schweizerischen Rechts: „Der Rat (...) erinnert (...) daran, dass die Teilnahme [der Schweiz] am Binnenmarkt eine einheitliche und gleichzeitige Anwendung und Auslegung des sich ständig weiter entwickelnden gemeinschaftlichen Besitzstands erfordert“³⁵⁸.

Die im gegenwärtigen Zeitpunkt bevorzugte Variante des Verhältnisses ist ein eigentliches Vertragsnetz („Bilateralismus“), d. h. ein „bilateraler Weg“ zwischen der Schweiz und der EU mit aktuell 18 Hauptabkommen³⁵⁹. Zu diesem aktuellen Vertragsnetz gehören z. B. das Freihandelsabkommen aus dem Jahre 1972, das Versicherungsabkommen aus dem Jahre 1989, zahlreiche Staatsverträge als sog. „Bilaterale I“³⁶⁰ (seit dem 1. 6. 2002) sowie als sog. „Bilaterale II“³⁶¹ (Inkrafttreten in verschiedenen Zeitpunkten)³⁶² und schließlich noch das am 12. 12. 2008 in Kraft getretene Schengen/Dublin-Abkommen.

Am 8. 2. 2009 wird in der Schweiz ein äußerst umstrittenes Referendum über die Weiterführung der Personenfreizügigkeit sowie über die Ausdehnung des freien Personenverkehrs auf die beiden neuen EU-Mitgliedstaaten Rumänien und Bulgarien durchgeführt – der Ausgang der in der Schweiz umstrittenen Abstimmung und mögliche Konsequenzen einer allfälligen Ablehnung sind im Zeitpunkt des Abschlusses dieses Manuskripts offen.

Eine teils faktische und teils rechtliche Harmonisierung des schweizerischen Rechts mit dem europäischem Recht entsteht durch verschiedene Instrumente der Rechtsvergleichung, die dargestellt wurden, und zwar insbeson-

356 Rz. 28 des Entwurfs der „Schlussfolgerungen“: „Vor diesem Hintergrund sieht [der Rat] mit großer Sorge, dass die Schweiz auf ihre Unternehmen bestimmte kantonale Steuerregelungen anwendet, die aus Sicht der EU staatliche Beihilfen darstellen, welche mit dem Abkommen unvereinbar sind. Der Rat appelliert an die Schweiz, diese steuerlichen Anreize abzuschaffen (...)“.

357 Illustratives Beispiel: *Rogel Köppel*, Sieg der Vernunft, Die Weltwoche Nr. 50/2008, 5 kritisiert den Entwurf in einem Editorial als „Gängelungsbroschüre“; dazu: *Carl Baudenbacher*, Wachsende Dynamik im Bilateralismus – Zum Bericht des EU-Rates über die Beziehungen zu den Efta-Staaten, NZZ Nr. 10/2009, 17.

358 Rz. 31 des Entwurfs der „Schlussfolgerungen“.

359 Übersicht: NZZ Nr. 285/2008, 18 („Ein europäischer Raum für Menschen, Forschung und Wirtschaft“).

360 Es handelt sich um sieben Staatsverträge mit den folgenden Themen: Personenfreizügigkeit, technische Handelshemmnisse, öffentliches Beschaffungswesen, Forschung, Agrarabkommen, Landverkehr sowie Luftverkehr.

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

362 Übersicht zu den Zeitpunkten: <http://www.europa.admin.ch/themen/00500/00507/index.html?lang=de>.

dere durch die EU-Kompatibilitätsprüfung³⁶³, durch den autonomen Nachvollzug von EU-Recht³⁶⁴, durch Staatsverträge mit der EU (z. B. die „Bilateralen“)³⁶⁵ sowie durch eklektische Anregungen im EU-Rechtsraum³⁶⁶. Diese legislative Rechtsvergleichung wird bei der Rechtsanwendung ergänzt durch das rechtsvergleichende Instrument einer europarechtskonformen Auslegung³⁶⁷.

2. Weitere rechtsvergleichende Aspekte

Das Wirtschaftsrecht erfährt seit Jahren, teils seit Jahrzehnten faktisch in vielen Bereichen (Gesellschaftsrecht, Kotierungsrecht, Finanzmarktrecht, Immaterialgüterrecht, Steuerrecht etc.) eine eigentliche internationale Harmonisierung. Die Wirtschaftsjuristen verstehen sich deshalb selbst global meist ohne Schwierigkeiten und sprechen zuzusagen „die gleiche Rechtssprache“. Diese Harmonisierungstendenzen erscheinen unabwendbar³⁶⁸, wie gerade das Beispiel der Volksrepublik China seit einigen Jahren aufzeigt³⁶⁹.

Dass sich die Schweiz gegen diesen Strom nicht wenden kann, soll und darf, versteht sich m. E. ohne Weiteres. Realiter erweist sich die schweizerische Rechtsordnung wesentlich besser international integriert als vermutet (gerade durch „Abkupferungen“).

Die Schweiz könnte und sollte sich m. E. aber noch vermehrt von ausländischem Recht „inspirieren“ lassen³⁷⁰ – mindestens im Rahmen der erwähnten

363 Vgl. dazu oben III. 4.

364 Vgl. dazu oben III. 5.

365 Vgl. dazu oben III. 6.

366 Vgl. dazu oben III. 3.

367 Vgl. dazu oben IV. 4.

368 Walter (Fn. 281), 260 spricht von einem „Drang nach einer internationalen Rechtsvereinheitlichung“.

369 Die Rechtsangleichungen stehen in erster Linie in Zusammenhang mit dem WTO-Beitritt; das chinesische Wirtschaftsrecht kopiert in den meisten Bereichen ausländische (und zwar häufig: deutsche) Vorbilder; allg.: *Gudula Deipenbrock*, Grundüberlegungen zum neuen chinesischen Gesellschaftsrecht und seinen Anwendungsvoraussetzungen aus der Sicht ausländischer Investoren, RIW 2007, 771 ff.; *Qiang Ding/Wolfgang Jäckle*, Das neue chinesische Sachenrechtsgesetz, RIW 2007, 807 ff.; *Ulrike Glück/Julia Tänzler*, Das neue Arbeitsvertragsgesetz der Volksrepublik China, RIW 2008, 343 ff.; *Bernd Waas/Yongxin Wu*, Das neue Arbeitsvertragsgesetz der Volksrepublik China, ZVglRWiss 2008, 231 ff.; *Moritz Lorenz*, Änderungen der Rechtspraxis durch das neue chinesische Kartellgesetz, RIW 2007, 927 ff.; *Pissler* (Fn. 259), 73 ff. (zum Börsenrecht).

370 Im Gesellschaftsrecht können zwei Beispiele aus dem U.S.-Recht erwähnt werden, nämlich die Thematik „oppression“/“reasonable expectations“ einerseits sowie die Thematik „business judgment rule“ andererseits: *Kunz* (Fn. 66), § 1 N 80 f. m.w.H. sowie § 6 N 124 ff.; wenn es um eine „Quelle der Inspiration“ geht, erfolgt keine Einschränkung auf das Recht der EU, und in aller Regel steht das Recht der USA im Vordergrund der wirtschaftsrechtlichen Inspiration: *Cottier/Dzamko/Evtimov* (Fn. 81), 389.

Instrumente der Rechtsvergleichung, d. h. wenn und soweit ein Einfallstor besteht. Die heute vorhandenen legalen Möglichkeiten erscheinen ausreichend. Im Bereich der Rechtssetzung kennen die zuständigen Stellen eine geringere Zurückhaltung als bei der Rechtsanwendung, was grundsätzlich richtig ist³⁷¹, denn ohne eigentliches Einfallstor ins schweizerische Recht kann (und darf) der Rechtsanwender nichts machen – dies ist nicht zuletzt eine Frage der Gewaltenteilung.

Die „Rechtskreise- bzw. Rechtsfamilien“-Theorie, die in der wissenschaftlichen Rechtsvergleichung eine lange Tradition hat, darf nicht überbewertet werden. Es sind verschiedene Relativierungen³⁷² zu beachten. Nichtsdestotrotz beobachten wir zurzeit die Entstehung eines sog. Europäischen Rechtskreises – und die Schweiz gehört dazu. Übersehen wird dabei oft, dass die Schweiz nicht nur zu nehmen, sondern m. E. ebenfalls zu geben hat³⁷³:

Durch die verschiedenen Instrumente der Rechtsvergleichung werden seit langer Zeit ausländisches Recht sowie internationale Rechtsverständnisse in die Schweiz importiert. Auf der anderen Seite sollte nicht vergessen werden, dass die schweizerische Rechtsordnung ebenfalls teils ins Ausland exportiert wurde – z. B. durch die Totalübernahme des Zivilrechts im Jahre 1926 in der Türkei³⁷⁴ oder des Obligationenrechts³⁷⁵ in einigen Ländern im Nahen Osten und in Nordafrika. Das Schweizer Privatrecht wurde in der (ausländischen) Lehre sogar schon als Vorbild für ein Europäisches Privatrechtsgesetzbuch erwähnt.

Ausländische Rechtssetzer und Rechtsanwender neigen aber leider meistens dazu, die Schweiz als Kleinstaat und deren Rechtsordnung zu unterschätzen. M. E. bleibt zu hoffen, dass in Zukunft vermehrt ebenfalls das „Ausland“ die schweizerischen Errungenschaften auf rechtswissenschaftlicher Ebene zur Kenntnis nehmen und allenfalls sogar adaptieren werden³⁷⁶. Wie gesagt: Es ist

371 Die legislative Rechtsvergleichung dominiert in der Schweiz; die Rechtsvergleichung in der Rechtsanwendung wird meistens eher bloß als „Neunerprobe“ herangezogen: *Walter* (Fn. 281), 261.

372 *Kunz* (Fn. 3), 49 f.; allg.: *Peter de Cruz*, *Comparative Law in a Changing World*, 3. Aufl. London 2007, 32 ff.; *Sacco* (Fn. 106) 175 f.

373 Insofern kann beispielsweise vorkommen, dass schweizerische Autoren dem deutschen Gesetzgeber empfehlen, von den Erfahrungen in der Schweiz zu lernen – hierzu etwa: *Karl Hofstetter*, *Von der „Landsgemeinde“ – zur „proxy“-Generalversammlung: Vorschläge für einen Paradigmenwechsel in der Schweiz – Analoge Anregungen zur deutschen Hauptversammlung*, ZGR 2008, 560 ff., v. a. 588 ff.

374 Hinweise statt aller: *J. Michael Rainer*, *Europäisches Privatrecht – Die Rechtsvergleichung*, 2. Aufl. Frankfurt am Main 2007, 233 f.; allg.: *Eugen Bucher*, *The position of the Civil Law of Turkey in the Western Civilisations*, in: *Atatürk and Modern Turkey*, Lausanne 1999, 7 ff.; *Zweigert/Kötz* (Fn. 1), 175 f.

375 Hierzu etwa: *Eugen Bucher*, *Das Schweizerische Obligationenrecht – ein Markstein und ein Vorbild*, NZZ Nr. 132/2006, 31.

376 Generell: *Daniel Thürer*, *Werte in Europa – Werte in der Schweiz*, in: *FS für R. Zäch*, Zürich 1999, 139 ff.

nicht verboten, klüger zu werden – und dies ist grenzüberschreitend keine Einbahnstraße...!

3. Keine abschließende Aufzählung der Instrumente der Rechtsvergleichung

Die im Rahmen dieser Abhandlung vorgestellten Instrumente der Rechtsvergleichung in der Schweiz, und zwar sowohl in der Rechtssetzung als auch in der Rechtsanwendung, stellen einzig Prototypen vor, die in der Realität nicht immer „rein“ vorkommen. Das schweizerische Wirtschaftsrecht zeichnet sich gerade durch einen großen opportunistischen Pragmatismus in diesem Bereich aus, d. h. es gibt immer wieder „Mischtypen“ rechtsvergleichender Instrumente. Dies wird abschließend ersichtlich an einem jüngsten Beispiel zum Themenbereich der „Finanzplatzinfrastruktur“ in der Schweiz:

Bei der mediatisierten Wertpapierverwahrung und dem effektenlosen Wertpapierhandel bei Massenwertpapieren, notabene zwei Voraussetzungen eines modernen Finanzplatzes, wird mit dem neuen Bundesgesetz über Bucheffekten (Bucheffektengesetz, BEG)³⁷⁷ eine Anpassung im internationalen Kontext gesucht – ein Oberziel der Ordnung stellt denn auch die „Rechtssicherheit im internationalen Verhältnis“ dar (Art. 1 Abs. 2 Satz 2 BEG).

Die Eidgenössischen Räte haben das neue BEG in der Schlussabstimmung vom 3. 10. 2008 verabschiedet, und die Referendumsfrist läuft bis am 22. 1. 2009, wobei mit keiner Opposition zu rechnen ist; das Datum des Inkrafttretens steht noch nicht fest. Das BEG ist eine „opportunistische Anpassung des Schweizer Rechts“ an die internationalen Verhältnisse und Realitäten³⁷⁸. Unbesehen dessen wird parallel dazu das sog. Haager Wertpapierübereinkommen (HWpÜ), also ein Staatsvertrag, ratifiziert³⁷⁹. Die schweizerische Vorgehensweise betreffend „Integration ausländischen Rechts“ folgt also durchaus dem pragmatischen typisch-schweizerischen Motto: „Das eine tun – und das andere nicht lassen!“

377 Detailliert: *Peter V. Kunz*, Legislative Aktivitäten im Finanzmarktrecht – zum Entwurf für ein neues Bundesgesetz über Bucheffekten (Bucheffektengesetz, BEG), in: *Anlagerecht Schweizerische Bankrechtstagung 2007*, Basel 2007, 25 ff. m.w.H. – Botschaft zum Bucheffektengesetz sowie zum Haager Wertpapierübereinkommen vom 15. 11. 2006: <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2006/9315.pdf>; zum bundesrätlichen Entwurf eines BEG: <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2006/9421.pdf>; verabschiedet: <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2008/8321.pdf>.

378 *Kunz* (Fn. 377), 41; Hervorhebung des Originals weggelassen.

379 Hinweise: *Kunz* (Fn. 274), 53; zudem detailliert: *Daniel Girsberger/Martin Hess*, Das Haager Wertpapierübereinkommen, *AJP* 8/2006, 992 ff.