

---

# Europa als ein Massstab für das schweizerische Wirtschaftsrecht?

## Rechtsvergleichende Fragestellungen zu einem „Weg nach Europa“ anhand des neuen Kollektivanlagenrechts

PETER V. KUNZ<sup>1</sup>

### Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	456
1.	Gratulation.....	456
2.	Übersicht .....	457
II.	Rechtsvergleichung als zentrale juristische Disziplin.....	457
1.	Allgemeines.....	457
2.	Rechtssetzung.....	458
3.	Rechtsanwendung.....	460
4.	Mögliche „Wege nach Europa“.....	462
a.	Europabericht 2006.....	462
b.	Pole sowie Mittelwege einer Annäherung .....	463
c.	Autonomer Nachvollzug sowie Rechtsfolge.....	463
III.	Kollektivanlagenrecht in der Schweiz .....	466
1.	Allgemeines.....	466
a.	EU-Bezug bei kollektiven Kapitalanlagen.....	466
b.	Umfeld der EU.....	467
c.	Neuerungen in der Schweiz .....	468
2.	Rechtssetzung.....	468
a.	Investmentgesellschaft mit variablem Kapital.....	468
b.	Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen.....	469
3.	Rechtsanwendung.....	470
a.	Europarechtskonforme Auslegung.....	470
b.	Aspekte der Rechtsvergleichung.....	471
IV.	Weitere wirtschaftsrechtliche Beispiele.....	471
1.	Börsenrecht.....	471
2.	Fusionsrecht.....	472
3.	Aktienrecht – aktuelle „grosse“ Revision.....	473
a.	Ausgangslage.....	473

<sup>1</sup> Der Aufsatz wurde im *Oktober 2008* abgeschlossen. Für ihre wertvolle Unterstützung beim Aufsatz bedanke ich mich bei meiner wissenschaftlichen Assistentin, Frau M<sup>L</sup>aw MARLENE KOBIERSKI.

b. Rechtsvergleichende Hinweise .....	474
V.    Schlussbemerkungen.....	475
VI.   Literaturverzeichnis (Auswahl).....	476

## I.    Einleitung

### 1.    Gratulation

Prof. Dr. EUGEN BUCHER war viele Jahre an der *Universität Bern* tätig. Der Unterzeichner hatte in diesem Zusammenhang noch als junger Student die Möglichkeit zur Teilnahme an verschiedenen Vorlesungen und damit die Chance, den Jubilar als *Lehrer* zu beobachten. Der „Höhepunkt“ für den Unterzeichner lag in den 1980er-Jahren beim Verfassen einer Seminararbeit, die vom Jubilar immerhin als „gut“ qualifiziert wurde.

Des Weiteren hat EUGEN BUCHER die *Forschung* in der Schweiz und ebenfalls im Ausland in vielerlei Hinsicht massgeblich beeinflusst. Sein Schrifttum war und ist nach wie vor beeindruckend. Dem Jubilar schien dabei der Auslandsbezug immer wichtig zu sein, so dass er als einer der „*grossen Rechtsvergleicher*“ der Schweiz gilt. Der Unterzeichner übt ein Teildeputat in diesem Bereich aus, so dass ein weiterer Bezug zum Jubilar besteht.

Im Jahre 1982 gründete die Eidgenossenschaft das *Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung* (SIR)<sup>2</sup>, in dessen Beirat der Unterzeichner heute als Vertreter der Universität Bern mitwirken darf<sup>3</sup>. Und schon früh hat EUGEN BUCHER auch in diesem Bereich seine tiefen Spuren hinterlassen, nämlich als Mitglied bzw. Sekretär verschiedener *eidgenössischer Kommissionen*, die für die Gründung des SIR seit den 1960er-Jahren eingesetzt waren<sup>4</sup>.

Vor diesem Hintergrund des Jubilars schien es eigentlich naheliegend, ein *rechtsvergleichendes* Thema für die Festschrift von EUGEN BUCHER zu wählen. Für einen Wirtschaftsrechtler wie den Unterzeichner steht schon seit einigen Jahren ohne Zweifel die *Thematik „Europa“* (was immer dies heissen mag!) im Vordergrund des wissenschaftlichen Interesses, und zwar unter ver-

<sup>2</sup> Rechtsgrundlage des SIR ist ein Bundesgesetz vom 6. Oktober 1978: SR 425.1; im Internet: <http://www.admin.ch/ch/d/sr/4/425.1.de.pdf>; ausserdem gibt es dazu eine Verordnung vom 19. Dezember 1979: SR 425.11; hierzu: <http://www.admin.ch/ch/d/sr/4/425.11.de.pdf>.

<sup>3</sup> SIR auf Internet: [www.isdc.ch](http://www.isdc.ch).

<sup>4</sup> Referenzen zum Jubilar finden sich in der Botschaft des Bundesrates „über die Schaffung eines schweizerischen Institutes für Rechtsvergleichung“ vom 4. Februar 1976: BBl 1976 I 810 FN 1/FN 2 sowie 811; zudem: EUGEN BUCHER, Bericht [verfasst als Sekretär] zum Projekt eines gesamtschweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung (Zürich 1965) – Privatdruck.

schiedensten Facetten. Ich hoffe, dass die folgenden Ausführungen das Interesse von EUGEN BUCHER finden werden.

## 2. Übersicht

Der *Rechtsvergleichung* kommt m.E. in der Schweiz<sup>5</sup> eine oftmals noch unterschätzte, aber doch wohl wachsende Bedeutung für die Forschung sowie (gerade im Wirtschaftsrecht) für die Praxis zu, so dass einleitend auf diese relativ junge Wissenschaftsdisziplin im Sinne einer ersten Auslegeordnung einzugehen ist<sup>6</sup>. Dabei wird ersichtlich, dass *viele Wege* nicht allein nach „Rom“, sondern ebenfalls *nach „Europa“* führen<sup>7</sup>.

In verschiedenen Bereichen des Wirtschaftsrechts der Schweiz wird eine internationale (nicht allein: europäische) Prägung – fast schon eine Art *informelle ausländische Rezeption* – ersichtlich. Dies gilt beispielsweise<sup>8</sup> im Börsenrecht, im Fusionsrecht und im geplanten Aktienrecht.

Paradebeispiel für eine internationale und insbesondere eine *europäische Prägung* stellt das total revidierte *Kollektivanlagenrecht* dar, auf das etwas detaillierter einzugehen ist. Die Prägungselemente finden sich zwar in erster Linie bei der Rechtssetzung<sup>9</sup>, doch hat dies unmittelbare Auswirkungen auf die Rechtsanwendung<sup>10</sup> – der *schweizerische Richter* ist, oft verkannt, schon *längst nicht mehr frei*, wenn es um die Auslegung von entsprechenden Normen geht: die Schweiz ist „Europa“..!

## II. Rechtsvergleichung als zentrale juristische Disziplin

### 1. Allgemeines

Als sog. *Rechtsvergleichung* betrachtet wird<sup>11</sup> „die unter dem Gesichtspunkt der Gleichheit oder Verschiedenheit erfolgte Inbezugsetzung der Lösungen, die ein und dasselbe Problem in verschiedenen Rechtsordnungen gefunden hat“<sup>12</sup> – etwas einfacher: Rechtsvergleichung vergleicht *inländisches* Recht

<sup>5</sup> Zu bedauern ist, dass die Rechtsvergleichung jüngst in den *Vereinigten Staaten von Amerika* unter enormen „Druck“ geraten ist (nicht zuletzt beim Federal Supreme Court), obwohl dieser Wissenschaftsbereich *ursprünglich* in diesem Land von *eminenter Bedeutung* war.

<sup>6</sup> Vgl. dazu hinten II. 1. – 3.

<sup>7</sup> Vgl. dazu hinten II. 4.

<sup>8</sup> Vgl. dazu hinten IV.

<sup>9</sup> Vgl. dazu hinten III. 2.

<sup>10</sup> Vgl. dazu hinten III. 3.

<sup>11</sup> Allg.: KUNZ, Rechtsvergleichung, 37 ff.; SCHLUEP, Rechtstheorie, Rz. 1623 ff.

<sup>12</sup> ERICH H. KADEN, Rechtsvergleichung (Berlin 1938) 10.

mit *ausländischem* Recht, um gewisse Erkenntnisse daraus zu gewinnen<sup>13</sup>, d.h. die „Inbezugsetzung“ enthält einen „*übernationalen*“ Kontext<sup>14</sup>.

Ob die Rechtsvergleichung eine „Königsdisziplin“ der Rechtswissenschaft darstellt<sup>15</sup>, kann hier offen bleiben. Unterschätzt wird aber m.E. meist deren grosse Praxisrelevanz<sup>16</sup>, und zwar sowohl in der Rechtssetzung (sozusagen als eine „legislative Rechtsvergleichung“<sup>17</sup> als auch in der Rechtsanwendung<sup>18</sup>; die Schweiz hat seit jeher eine grosse Tradition in beiden Bereichen<sup>19</sup>. Es ist – etwas trivialisiert – nicht verboten, durch den *Blick über den nationalen Tellerrand hinaus* klüger zu werden<sup>20</sup>.

Die Schweiz profitiert seit langer Zeit von Erkenntnissen im Ausland, die mittels einer Rechtsvergleichung „*importiert*“ werden<sup>21</sup>. Auf der anderen Seite wurde schweizerisches Recht auch immer wieder ins Ausland „*exportiert*“, und zwar nicht nur das *Zivilrecht* in toto im Jahre 1926 in die Türkei<sup>22</sup>, sondern – wie vor Kurzem vom Jubilar aufgezeigt<sup>23</sup> – ebenfalls das *Obligationenrecht* in andere Länder im Nahen Osten oder in Nordafrika.

## 2. Rechtssetzung

Bei der *Rechtssetzung* geht es jeweils um den Erlass von generell-abstrakten Normen; hierbei zu berücksichtigen: „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“ (...)“<sup>24</sup>.

<sup>13</sup> Zur *Erkenntnisfunktion*: ZWEIGERT/KÖTZ, Rechtsvergleichung, 14.

<sup>14</sup> ZWEIGERT/KÖTZ, Rechtsvergleichung, 2.

<sup>15</sup> RUSCH, Rechtsvergleichung, Rz. 8.

<sup>16</sup> Hinweise: RUSCH, Rechtsvergleichung, Rz. 10.

<sup>17</sup> Vgl. dazu hinten II. 2.

<sup>18</sup> Vgl. dazu hinten II. 3.

<sup>19</sup> Zur *Rechtssetzung*: WIDMER, Rechtsvergleichung, 9 ff.; zur *Rechtsanwendung*: PATRIK R. PEYER, Zur zunehmenden Bedeutung der Rechtsvergleichung als Hilfsmittel der Rechtsfindung, recht 22 (2004) 104 ff.; GERHARD WALTER, Die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Schweizer Bundesgerichts, recht 22 (2004) 91 ff.

<sup>20</sup> KUNZ, Rechtsvergleichung, 42.

<sup>21</sup> Dies galt bereits zu Zeiten des Erlasses der schweizerischen Kodifikationen – hierzu etwa: EUGEN BUCHER, Der Einfluss des französischen Code Civil auf das Obligationenrecht, in: Das Obligationenrecht 1883-1993 (Bern 1984) 139 ff.

<sup>22</sup> Hinweise: J. MICHAEL RAINER, Europäisches Privatrecht – Die Rechtsvergleichung (2. A. Frankfurt am Main 2007) 233 f.; allg.: EUGEN BUCHER, The position of the Civil Law of Turkey in the Western Civilisation, in: Atatürk and Modern Turkey (Lausanne 1999) 7 ff.

<sup>23</sup> EUGEN BUCHER, Das Schweizerische Obligationenrecht – ein Markstein und ein Vorbild, NZZ Nr. 132 (2006) 31.

<sup>24</sup> KUNZ, Minderheitenschutz, § 1 N 311; Hervorhebungen im Original; detaillierter: KUNZ, Instrumente, 39 ff.

Rechtsvergleichende Elemente kommen im Rahmen der Rechtssetzung – sei es durch die Legislative oder durch die Exekutive oder durch delegierte Behörden – in verschiedener Hinsicht „ins Spiel“. Im Wesentlichen können m.E. vier Varianten *internationaler Einflüsse* festgestellt werden (wobei die EU-Thematik naturgemäss heute im Vordergrund steht):

- Ausländischer Druck: Es gibt zahlreiche Beispiele dafür, dass schweizerische Regelungen als Folge von *Pressionen aus dem Ausland* erlassen wurden<sup>25</sup>. Das neue Revisionsaufsichtsgesetz (RAG)<sup>26</sup> wurde ebenfalls auf Druck aus dem Ausland, d.h. aus den USA<sup>27</sup> und als „neueste[s] Beispiel amerikanischer Hegemonie“<sup>28</sup> verabschiedet – es handelt sich faktisch um eine *Lex Americana*.
- Eklektische Anregungen im Ausland: Traditionellerweise lässt sich der schweizerische Gesetzgeber von ausländischen Ordnungen bzw. Erfahrungen mindestens „anregen“. Entsprechende „Abkupferungen“ im Ausland, die legal und nicht zu beanstanden sind<sup>29</sup>, erfolgten in den letzten Jahren z.B. durch verschiedene wirtschaftsrechtliche Spezialgesetze<sup>30</sup>.
- EU-Kompatibilität: Seit Jahrzehnten<sup>31</sup> werden für die Schweizer Gesetze arbiträr ausländische Rechtsordnungen (mit-)berücksichtigt<sup>32</sup>. Der Bundesrat ist zudem verpflichtet<sup>33</sup>, in seinen Botschaften das Verhältnis zum europäischen Recht (EU-Kompatibilität)<sup>34</sup> darzulegen<sup>35</sup>; etwas ähnliches schreiben zudem der „Gesetzgebungsleitfaden“<sup>36</sup> sowie der „Botschaftsleitfaden“<sup>37</sup> vor<sup>38</sup>. Die *Eidgenössischen Räte* sind indes *völlig frei*:

<sup>25</sup> Erwähnt sei etwa im Strafrecht die *Insiderregelung* gemäss Art. 161 StGB (SR 311.0). KUNZ, Instrumente, 42 ff.

<sup>26</sup> Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren (Revisionsaufsichtsgesetz, RAG) vom 16. Dezember 2005: SR 221.302.

<sup>27</sup> Mit weiteren Hinweisen: PETER BÖCKLI, Zwanzig Knacknüsse im neuen Revisionsrecht, SZW 80 (2008) 117 f.; KUNZ, Aufbruchstimmung, Rz. 53.

<sup>28</sup> PETER FORSTMOSER, Wirtschaftsrecht im Wandel – Erfahrungen aus vier Jahrzehnten, SJZ 104 (2008) 134 f.; Hervorhebung des Originals weggelassen.

<sup>29</sup> In diesem Sinne bereits: KUNZ, Rechtsvergleichung, 46.

<sup>30</sup> Vgl. dazu hinten IV. 1/2. Ausserdem: KUNZ, Instrumente, 44 ff.

<sup>31</sup> Die Ursprünge liegen in den *1960er-Jahren*: WIDMER, Rechtsvergleichung, 10.

<sup>32</sup> Allg.: WIDMER, Rechtsvergleichung, 9 ff. m.w.H.; KUNZ, Instrumente, 49 ff.

<sup>33</sup> In diesem Sinne nämlich Art. 141 des Bundesgesetzes über die Bundesversammlung vom 13. Dezember 2002 (Parlamentsgesetz, ParlG): SR 171.10; der Bundesrat beschloss schon vorher, nämlich am 3. Februar 1988, in sämtlichen Botschaften auf die Europaverträglichkeit der Vorlage einzugehen: SPINNER/MARITZ, Nachvollzug, 128.

<sup>34</sup> Detailliert: WYSS, Europakompatibilität, 717 ff. m.w.H., v.a. 720 ff. („Typologie“).

<sup>35</sup> Prüfungen gibt es vereinzelt auch auf *kantonalen* Ebene: WYSS, Europakompatibilität, 717 f.

<sup>36</sup> Internet: [http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/staat\\_buerger/legistik.Par.0005.File.d](http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/staat_buerger/legistik.Par.0005.File.d) – 166 f./Ziff. 2651.

<sup>37</sup> Internet: [http://www.admin.ch/ch/d/bk/sprach/internet/bolf/blf\\_lang\\_d.doc](http://www.admin.ch/ch/d/bk/sprach/internet/bolf/blf_lang_d.doc) – 15 f./Ziff. 1.6.

<sup>38</sup> KUNZ, Rechtsvergleichung, 45 m.w.H.

Die Kompatibilitätsprüfung bezweckt einzig „sicherzustellen, dass Abweichungen vom EG-Recht nur noch bewusst, in voller Kenntnis der Auswirkungen auf das Aussenverhältnis der Schweiz erfolgen“<sup>39</sup>.

- Autonomer Nachvollzug von EU-Recht: Dabei handelt es sich um einen der möglichen „Wege nach Europa“<sup>40</sup>, d.h. um einen (rechtspolitischen)<sup>41</sup> Annäherungsmechanismus an die *Europäische Union* (EU)<sup>42</sup> betreffend Rechtssetzung, ohne für die Schweiz eine Mitgliedschaft eingehen zu müssen. Jüngstes wirtschaftsrechtliches Beispiel eines solchen autonomen Nachvollzugs stellt z.T.<sup>43</sup> das Kollektivanlagenrecht dar.

Das gesetzte Recht ist und bleibt indes in jedem Fall *schweizerisches* Recht, d.h. dessen „internationale Motivation“ – von der blossen Eklektik bis hin zum autonomen Nachvollzug – wird somit im Prinzip nicht hinterfragt. Folglich bleibt der Rechtsanwender in der Schweiz *grundsätzlich frei*, ob bzw. wie stark er dabei ausländisches Recht (mit-)berücksichtigen will oder eben nicht; eine m.E. nicht zu unterschätzende *Einschränkung* muss indes beim autonomen Nachvollzug von EU-Recht gemacht werden<sup>44</sup>.

### 3. Rechtsanwendung

Die *Rechtsanwendung* stellt „im Ergebnis vollzogene Rechtssetzung“ dar<sup>45</sup> bzw. „führt die Gesetzgebung im Einzelfall zu Ende“<sup>46</sup>, d.h. es geht um die individuell-konkreten Umsetzungen durch Gerichte oder Behörden. Dabei ist insbesondere die *rechtsvergleichende Frage* zu beantworten, „ob man eine überlegene ausländische Lösung für die Auslegung der heimischen Gesetze heranziehen kann und soll“<sup>47</sup>.

Ohne weiteres geht dies nicht, braucht es doch vielmehr ein *Einfallstor* für die Rechtsvergleichung. Ohne jeglichen „Bezugspunkt“ im Schweizer Recht kann somit ein schweizerischer Rechtsanwender nicht einfach ausländisches Recht (mit-)berücksichtigen; ein allgemeingültiges sog. „rechtsvergleichendes

<sup>39</sup> SPINNER/MARITZ, Nachvollzug, 129.

<sup>40</sup> Vgl. dazu hinten II. 4.

<sup>41</sup> COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV, Auslegung, 360 („gesetzgebungspolitisches Konzept“).

<sup>42</sup> Allg.: FORSTMOSER, Vorvollzug, 523 ff.; SPINNER/MARITZ, Nachvollzug, 127 ff.; WIEGAND, Anwendung, 171 ff.; KUNZ, Instrumente, 53 ff.

<sup>43</sup> Vgl. dazu hinten III. 2. a/3. a.

<sup>44</sup> Stichwort der *europarechtskonformen Auslegung*: Vgl. dazu hinten II. 3.

<sup>45</sup> KUNZ, Minderheitenschutz, § 9 N 8 a.E.

<sup>46</sup> COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV, Auslegung, 363.

<sup>47</sup> ZWEIGERT/KÖTZ, Rechtsvergleichung, 16.

Auslegungselement“ ist methodologisch m.E.<sup>48</sup> nicht anzuerkennen<sup>49</sup>. Für die Rechtsanwendung als *mögliche Türöffner* stehen im Vordergrund:

- Verweisungen: Sollten sich allenfalls ausdrückliche *Verweisungen* auf ausländisches Recht bzw. auf internationale Standards in Erlassen finden, „so müssen die entsprechenden *ausländischen* Regelungen bei der Auslegung des anwendbaren *schweizerischen* Erlasses herangezogen oder als Handlungsanweisung beachtet werden“<sup>50</sup>. Es handelt sich in der legislativen Realität indes um Ausnahmen<sup>51</sup>.
- Echte Lücken: Das wichtigste Einfallstor der Rechtsvergleichung in der Rechtsanwendung bilden die *echten Lücken*, d.h. die planwidrigen Unvollständigkeiten des Gesetzes. Da im Rahmen von Art. 1 Abs. 2 ZGB der Richter als *Gesetzgeber* vorzugehen hat, kann er<sup>52</sup> ebenfalls ausländische Normen etc.<sup>53</sup> zur Lückenfüllung verwenden<sup>54</sup>. Ausländische bzw. internationale Regelungen können zudem auch über Art. 1 Abs. 3 ZGB (also: „bewährte Lehre und Überlieferung“) „eingeführt“ werden<sup>55</sup>.
- EU-Nachvollzug/Auslegungskonsequenz: Der autonome Nachvollzug von Recht der EU ist nicht „l’art pour l’art“<sup>56</sup>, sondern stellt einen bewussten

<sup>48</sup> Detailliert: KUNZ, Instrumente, 64 ff. Das Bundesgericht scheint in seinem *pragmatischen Methodenpluralismus* indes eine Art von *rechtsvergleichendem Auslegungselement* anzuerkennen – so z.B. in 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*)“ (...); Hervorhebungen hinzugefügt; weitere Hinweise etwa bei: SCHLUEP, Rechtstheorie, Rz. 1620 ff.

<sup>49</sup> Wohl gl.M.: SCHLUEP, Rechtstheorie, Rz. 1650 f.; m.E. hat sich die bisherige Fokussierung auf *grammatische*, auf *historische*, auf *systematische* sowie schliesslich auf *teleologische* Auslegungselemente durchaus bewährt und muss nicht „ergänzt“ werden.

<sup>50</sup> KUNZ, Rechtsvergleichung, 43; KUNZ, Instrumente, 67 f.

<sup>51</sup> Beispiele: Art. 83 Abs. 3 KAG (= Rechtsanwendung durch eine *Aufsichtsbehörde*); Art. 108 Abs. 2 KAG; Art. 8 Abs. 3 BEHG (i.c. geht es nicht um die Rechtsanwendung, sondern um die Rechtssetzung, indem die Schweizer Börsen die entsprechenden *EU-Richtlinien* ins *Kotierungsreglement implementieren* müssen: KUNZ, Rechtsvergleichung, 43); Art. 7 Abs. 2 lit. d FINMAG (für FINMA-Regulierungen soll „internationalen Mindeststandards“ gefolgt werden); Art. 28 Abs. 2 BankV (SR 952.02).

<sup>52</sup> ARTHUR MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar – Einleitung: Artikel 1-10 ZGB (Bern 1962): „Da der Bundesgesetzgeber die komparative Methode anwendet, muss auch der Richter, welcher bei der Lückenfüllung ja nach Art. 1 Abs. 2 ZGB wie der Gesetzgeber vorzugehen hat, bei der Gesetzesergänzung die Rechtsvergleichung pflegen“; zudem: SCHLUEP, Rechtstheorie, Rz. 1635 f.

<sup>53</sup> Dazu gehört nicht zuletzt *EU-Recht*: WYSS, Europakompatibilität, 727.

<sup>54</sup> In BGE 126 III 138 ff. Erw. 4/Erw. 7 argumentierte das Bundesgericht im Zusammenhang mit einer *Lückenfüllung* (a.a.O. Erw. 4) mittels Rechtsvergleichung zur Frage der (*nationalen*) *Erschöpfung im Patentrecht*; in BGE 132 III 363 Erw. 3.2 bezog sich das Bundesgericht auf ausländische Urteile, weil es „bisher die Grundsatzfrage“ nicht entschieden hatte, ob die Unterhaltskosten für ein *ungeplantes Kind* einen Schaden darstellen.

<sup>55</sup> In diesem Sinne: WIDMER, Rechtsvergleichung, 15; RUSCH, Rechtsvergleichung, Rz. 9; KUNZ, Rechtsvergleichung, 43.

<sup>56</sup> Vgl. dazu hinten II. 4. c.

Annäherungsmechanismus an die EU dar. Dies setzt voraus, dass der Akt eine Art von „*Rechtsverbindlichkeit*“ in der Schweiz erlangt:

„Der Nutzen des privatrechtlichen autonomen Nachvollzuges hängt in ganz entscheidendem Masse von einer weitgehenden Übereinstimmung der Auslegungsergebnisse umgesetzter, EU-interner Normen und nachvollzogener, EU-externer Normen ab“<sup>57</sup>. Das Bundesgericht erfüllt dieses Anliegen mit der Vorgabe, dass eine *europarechtskonforme Auslegung* des *Schweizer* Rechts erfolgen müsse<sup>58</sup>.

Die *Rechtsanwendung* wird von der *Rechtssetzung* determiniert<sup>59</sup> – und nicht anders verhält es sich in diesem Bereich. Wenig überraschend dominiert denn auch in der Schweiz die *legislative Rechtsvergleichung* seit jeher. Mit der in den letzten Jahren erfolgten verstärkten Ausrichtung nach „Europa“ bzw. zur EU<sup>60</sup> hin, wird dies noch akzentuiert. Unbesehen dessen könnte und m.E. sollte sich die Rechtsanwendung *mehr als bis anhin* von ausländischen Erfahrungen oder Urteilen sozusagen „*inspirieren*“ lassen<sup>61</sup>.

#### 4. Mögliche „Wege nach Europa“

##### a. Europabericht 2006

Die Schweiz ist rechtspolitisch *keine juristische Insel* und „kann sich nicht von den internationalen Rechtsentwicklungen abkoppeln, jedenfalls nicht im Wirtschaftsrecht“<sup>62</sup>. Dies gilt gerade in Bezug auf die Europäische Union. Unbesehen dessen kann die Beziehung zwischen der Schweiz und der EU wohl im besten Fall als *wechselvoll* bezeichnet werden<sup>63</sup>.

<sup>57</sup> WIEGAND, Anwendung, 177.

<sup>58</sup> Vgl. dazu hinten II. 4. c; BGE 129 III 350 Erw. 6 (zu *Art. 333 OR*) – BGE 4P.299/2004 Erw. 3; zudem: BGE 130 III 190 Erw. 5.5.1 (zum *Pauschalreisegesetz*); des Weiteren: WIEGAND, Anwendung, 181 ff.; KUNZ, Aufbruchstimmung, Rz. 48 FN 139; KUNZ, Instrumente, 72 ff.

<sup>59</sup> Detailliert: KUNZ, Minderheitenschutz, § 9 N 13 ff.

<sup>60</sup> Vgl. dazu hinten II. 4.

<sup>61</sup> Im *Gesellschaftsrecht* können zwei Beispiele aus dem *US-Recht* erwähnt werden, nämlich die Thematik „*oppression*“/„*reasonable expectations*“ einerseits sowie die Thematik „*business judgment rule*“ andererseits: KUNZ, Minderheitenschutz, § 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, Auslegung, 389.

<sup>62</sup> FORSTMOSER, Vorvollzug, 537.

<sup>63</sup> 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 Integration Nr. 81 (Basel 2007) 3 ff. m.w.H.



Der Bundesrat hat am 28. Juni 2006 den sog. *Europabericht 2006* publiziert<sup>64</sup>, der „eine Grundlage für die Debatte über die Beziehungen zwischen der Schweiz und der EU aus interessenpolitischer Optik“ schaffen soll<sup>65</sup>; aus *wirtschaftlichen* und *ideellen* Gründen kommt der Europapolitik im Rahmen der schweizerischen Aussenpolitik „erste Priorität“ zu<sup>66</sup>. Im Europabericht 2006 werden ausserdem die *legalen Instrumente* einer möglichen Annäherung zwischen der Schweiz und der EU aufgezeigt<sup>67</sup>.

#### b. Pole sowie Mittelwege einer Annäherung

Die beiden Pole des „Verhältnisses Schweiz/EU“ sind schnell erwähnt: Alleingang der Schweiz oder Mitgliedschaft in der EU – m.E. sind im heutigen Zeitpunkt beide „Optionen“ kaum gangbare Wege, so dass Mittelwege gesucht werden müssen. Die verschiedenen Instrumente einer Annäherung sind „vielfältig, entwicklungsfähig und schliessen einander nicht aus“<sup>68</sup>.

Der *autonome Nachvollzug von EU-Recht*, auf den noch detaillierter eingegangen wird<sup>69</sup> und der zu diesen politischen Mittelwegen gehört, ist „zentraler Bestandteil der schweizerischen Europapolitik“<sup>70</sup>.

Der Europabericht 2006 erwähnt insbesondere die folgenden *Instrumente der Europapolitik*: Anpassungen des Schweizer Rechts<sup>71</sup>, um eine Eurokompatibilität zu garantieren, bilaterale Abkommen mit der EU<sup>72</sup>, bilaterale Assoziierung mit der EU<sup>73</sup>, multilaterale Kooperation („EWR“)<sup>74</sup>, Zollunion<sup>75</sup> sowie EU-Beitritt<sup>76</sup>; ein *Alleingang* wird hingegen *nicht* erwähnt.

#### c. Autonomer Nachvollzug sowie Rechtsfolge

Ein möglicher *legislativer „Weg nach Europa“* besteht im autonomen Nachvollzug von EU-Recht. Ein solcher Nachvollzug liegt m.E. indes *nicht* vor,

<sup>64</sup> Internet: <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2006/6815.pdf> (BBl 2006 6815 ff.).

<sup>65</sup> Europabericht 2006: BBl 2006 6828.

<sup>66</sup> Europabericht 2006: BBl 2006 6828.

<sup>67</sup> Europabericht 2006: BBl 2006 6830 ff. Vgl. dazu hinten II. 4. b/c.

<sup>68</sup> Europabericht 2006: BBl 2006 6830.

<sup>69</sup> Vgl. dazu hinten II. 4. c.

<sup>70</sup> COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV, Auslegung, 361.

<sup>71</sup> Europabericht 2006: 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).

<sup>72</sup> Europabericht 2006: BBl 2006 6833 ff.

<sup>73</sup> Europabericht 2006: BBl 2006 6837.

<sup>74</sup> Europabericht 2006: BBl 2006 6837 ff.

<sup>75</sup> Europabericht 2006: BBl 2006 6836.

<sup>76</sup> Europabericht 2006: BBl 2006 6843 ff.; in diesem Fall müsste die Schweiz das *gesamte EU-Recht* („Acquis communautaire“) übernehmen.

wenn sich der Schweizer Gesetzgeber von der EU „inspirieren“ lässt<sup>77</sup>; in einem solchen Fall dürfte es meist um eine folgenlose Eklektik gehen<sup>78</sup>.

Bis anhin gibt es nur wenige Anwendungsfälle: „Ob autonomer Nachvollzug vorliegt, muss (...) im Einzelfall untersucht werden“<sup>79</sup> – Beispiele sind das Betriebsübernahmerecht gemäss Art. 333 OR, das Pauschalreisegesetz, das Kollektivanlagenrecht (teilweise)<sup>80</sup>, das Patentrecht (teilweise)<sup>81</sup> und des Weiteren das Mehrwertsteuerrecht<sup>82</sup>.

Gemäss jüngster bundesgerichtlicher Praxis<sup>83</sup> hat ein autonomer Nachvollzug von EU-Recht, der im Bereich der Rechtssetzung stattfindet, eine unmittelbare Rechtsfolge für die Rechtsanwendung, nämlich die *Pflicht* (z.B. der Gerichte)<sup>84</sup> zur *europarechtskonformen Auslegung*:

- BGE 129 III 335: „Das Recht der Europäischen Union entfaltet zwar *keine unmittelbaren verbindlichen* Auswirkungen auf das schweizerische Recht. Da die Revision 1993 [des OR] die Anpassung von Art. 333 OR an [eine EU-Richtlinie] im Rahmen des so genannten *autonomen Nachvollzugs* des europäischen Rechts bezweckte (...), ist die EU-Rechtsordnung indessen als *Auslegungshilfe* beizuziehen. Nachvollzogenes Binnenrecht ist *im Zweifel* europarechtskonform auszulegen“<sup>85</sup>.
- BGE 130 III 182: „Das Pauschalreisegesetz wurde *in Umsetzung* [einer EU-Richtlinie] im Rahmen des „Swisslex-Programms“ erlassen und enthält autonom nachvollzogenes europäisches Recht (...). Es ist daher *in Zweifelsfällen* europarechtskonform auszulegen“<sup>86</sup>.

<sup>77</sup> Gl.M.: COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV, Auslegung, 389.

<sup>78</sup> Vgl. dazu vorne II. 2.

<sup>79</sup> COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV, Auslegung, 362.

<sup>80</sup> Vgl. dazu hinten III.

<sup>81</sup> Hierzu: CHRISTOPH GASSER, Das ergänzende Schutzzertifikat, in: SIWR IV (Basel 2006) 689 ff.; SPINNER/MARITZ, Nachvollzug, 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 im Patentrecht (nämlich: Regelung der Zertifikatserteilung) vorsieht, was folgt: „Er [der Bundesrat] berücksichtigt die Regelung in der Europäischen Gemeinschaft“ – damit stimmt diese Regelung im Wesentlichen überein mit Art. 152 Abs. 2 KAG: Vgl. dazu hinten III. 1.

<sup>82</sup> Detailliert: MARLENE KOBIERSKI, Die europarechtskonforme Auslegung im schweizerischen Mehrwertsteuerrecht, erscheint 2009 in der ASA.

<sup>83</sup> 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*).

<sup>84</sup> Ohne Verpflichtung würde der autonome Nachvollzug „toter Buchstabe“ bleiben: WIEGAND, Anwendung, 183; ob es weitere Rechtsfolgen gibt, scheint in der Lehre weiterhin unklar zu sein: COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV, Auslegung, 363.

<sup>85</sup> BGE 129 III 350 Erw. 6; Hervorhebungen hinzugefügt; (noch) nicht explizit: BGE 123 III 466 ff. (dazu: WIEGAND, Anwendung, 184/188); vom *EU-Recht* als möglicher *Auslegungshilfe* geht ebenfalls aus: BGE 125 II 306 f. Erw. 4. e (Fernmelderecht).

<sup>86</sup> BGE 130 III 191 Erw. 5.5.1; Hervorhebungen hinzugefügt.

- BGE 2A.334/2003: „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 (...)“<sup>87</sup>.

M.E. müssen somit *verschiedene Aspekte* im Zusammenhang mit einem autonomen Nachvollzug von EU-Recht und einer daraus folgenden europarechtskonformen Auslegung beachtet werden:

Erstens muss es sich *de iure* um einen „autonomen Nachvollzug“ handeln<sup>88</sup>: „Massgebend ist der Wille des schweizerischen Gesetzgebers“<sup>89</sup>. Zweitens gilt dieser Auslegungsgrundsatz nicht allgemein, sondern nur *in Zweifelsfragen* der Interpretation<sup>90</sup>. Drittens bedeutet „europarechtskonform“, dass *sämtliche Quellen* des entsprechenden EU-Rechts beigezogen werden dürfen bzw. sogar müssen<sup>91</sup>. Die Anforderungen an die Rechtsanwendung bzw. an die mit dieser Tätigkeit befassten Personen steigen.

<sup>87</sup> BGE 2A.334/2003 Erw. 2.3 vom 30. April 2004; Hervorhebungen hinzugefügt; methodisch identisch bereits ein früherer Steuerentscheid: BGE 124 II 203 f. Erw. 6. a.

<sup>88</sup> Ob ein eigentlicher 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 in den Materialien* (z.B. in der Botschaft oder aber in den parlamentarischen Beratungen) findet; gl.M.: COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV, Auslegung, 364.

<sup>89</sup> COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV, Auslegung, 364.

<sup>90</sup> Der europarechtskonformen Auslegung kommt somit *keine selbständige Rolle* neben den übrigen (historischen etc.) Auslegungselementen zu; der „*Zweifelsfall*“-Ansatz sollte überdacht bzw. *aufgegeben* werden: KUNZ, Instrumente, 76.

<sup>91</sup> M.E. geht es also nebst der *EU-Rechtssetzung* des Weiteren um die darauf aufbauende *EU-Rechtsanwendung* (z.B. auch um die Urteile des EuGH); KUNZ, Instrumente, 76 FN 343. – gl.M.: WIEGAND, Anwendung, 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, Europakompatibilität, 726 f. m.w.H.

### III. Kollektivanlagenrecht in der Schweiz

#### 1. Allgemeines

##### a. EU-Bezug bei kollektiven Kapitalanlagen

Die *kollektiven Kapitalanlagen* auf vertraglicher Basis (= sog. Anlagefonds) wurden lange Zeit im Anlagefondsgesetz (AFG) reguliert. Bei der Revision des AFG 1995 stand die Thematik der EU im Vordergrund<sup>92</sup>. Das AFG mit dem entsprechenden Verordnungsrecht stellte denn auch ein „Paradebeispiel direkten Einflusses des EU-Richtlinienrechts auf die Schweiz“ dar<sup>93</sup>; verschiedene Normen nahmen *explizit Bezug* auf das Recht der EU<sup>94</sup>.

Trotz dieser und weiterer Annäherungen an das EU-Recht konnte das *andauernde Abwandern* schweizerischer kollektiver Kapitalanlagen ins Ausland (z.B. nach Luxemburg) *nicht verhindert* werden. Der Gesetzgeber entschloss sich deshalb zu einer Totalrevision und damit zum Erlass des Kollektivanlagengesetzes (KAG)<sup>95</sup>, das einige Neuerungen mit sich brachte<sup>96</sup>.

Die *EU-Perspektive* erscheint wichtig: Das KAG stellt m.E. nur, aber immerhin in Bezug auf die sog. *offenen Kapitalanlagen*<sup>97</sup> einen eigentlichen *autonomen Nachvollzug von EU-Recht* dar<sup>98</sup>, aber eben nicht bei den sog. *geschlossenen Kapitalanlagen*<sup>99</sup>; dieser „Split“ innerhalb eines Gesetzes ist juristisch unproblematisch: „[Dem Gesetzgeber] steht es frei, autonomen Nachvollzug auch punktuell und unvollständig, gewissermassen *à la carte* vorzunehmen“<sup>100</sup>.

Das Kollektivanlagengesetz erwähnt an verschiedenen Stellen die EU auch ausdrücklich: *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 schliesslich *Art. 152 Abs. 2 KAG* (v.a. Vorgabe an den Bundesrat, bei der Verordnungs-

<sup>92</sup> Statt aller: BREINING-KAUFMAN, Europaverträglichkeit, 452 f.

<sup>93</sup> FORSTMOSER, Vorvollzug, 524.

<sup>94</sup> Art. 32 Abs. 2 AFG sowie Art. 43 Abs. 3 AFG sowie Art. 50 Abs. 1 AFG: FORSTMOSER, Vorvollzug, 529.

<sup>95</sup> Botschaft zum Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagengesetz) vom 23. September 2005: <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2005/6395.pdf>; SR 951.31.

<sup>96</sup> Vgl. dazu hinten III. 1. c.

<sup>97</sup> Art. 8 KAG: *vertragliche Anlagefonds* sowie Investmentgesellschaften mit *variablem* Kapital bzw. *SICAV*.

<sup>98</sup> Botschaft zum KAG: BBl 2005 6401 („Anpassung des Gesetzes an die OGAW-Richtlinie“) sowie 6432 („übernommen“); KUNZ, Aufbruchstimmung, Rz. 48; nicht anders verhielt es sich mit dem früheren Recht: FORSTMOSER, Vorvollzug, 523 ff.

<sup>99</sup> Art. 9 KAG: Kommanditgesellschaften für kollektive Kapitalanlagen bzw. *KkK* sowie Investmentgesellschaften mit *fixem* Kapital bzw. *SICAF*.

<sup>100</sup> COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV, Auslegung, 364; Hervorhebung im Original.

gebung die „massgebenden Anforderungen des Rechts der Europäischen Gemeinschaften“ zu beachten). Ausserhalb dieser gesetzlichen Bereiche<sup>101</sup> wurde das Recht der EU ebenfalls zumindest (mit-)berücksichtigt<sup>102</sup>.

b. Umfeld der EU

Die kollektiven Kapitalanlagen mit jederzeitigem Rückgaberecht („right to redemption“), d.h. die *offenen* Anlageformen werden seit langer Zeit auf EU-Ebene reguliert. Im Vordergrund stand die *OGAW-Richtlinie* („UCITS“)<sup>103</sup> aus dem Jahre 1985, die erstmals Mindestvorschriften für Fonds und SICAV in der EU einführte. In der Folge kam es zu verschiedenen Ergänzungen<sup>104</sup>. *Nicht* zu den OGAW gehören die „OGAW des *geschlossenen* Typs“<sup>105</sup>.

Diese EU-Rechtsgrundlagen waren „*massgeblich*“ einerseits für die Revision des AFG und andererseits für den Erlass des KAG<sup>106</sup>. Der schweizerische Rechtssetzer, aber ebenfalls der Rechtsanwender in der Schweiz sollte wohl sicherstellen, dass er die aktuellen Rechtsgrundlagen der EU kennt<sup>107</sup>.

Aktuellerweise werden die EU-Grundlagen *erneut überarbeitet* – im Jahre 2007 fand eine breite Konsultation statt<sup>108</sup>. Revisionsthemen sind u.a. die Regelungen zum Abbau bürokratischer Hemmnisse für den grenzüberschreitenden Vertrieb von OGAW-Fonds sowie zur Fusion von OGAW-Fonds; zudem sollen die Kooperationsmechanismen zwischen den nationalen Aufsichtsbehörden verbessert werden. Die schweizerischen „Beobachter“ der EU-Fonds-Szene haben offensichtlich alle Hände voll.

<sup>101</sup> 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.

<sup>102</sup> Hinweise: PHILIPPE REICH, Vom AFG zum KAG – Der schielende Blick auf die EU, in: *Recht der kollektiven Kapitalanlagen* (Bern 2007) 9 ff.

<sup>103</sup> *OGAW*: Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren; *UCITS*: Undertakings for Collective Investment in Transferable Securities; auf dem Internet aufzufinden unter: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0458:FIN:DE:PDF>.

<sup>104</sup> Die *EU-Produkte-Richtlinie* aus dem Jahre 2002 dehnte den Geltungsbereich der OGAW-Richtlinie aus; die *EU-Fondsdienstleistungs-Richtlinie* aus demselben Jahr schuf u.a. einen sog. „Euro-Pass“ für Fondsleitungen – *zusammenfassend* wird von der sog. *OGAW III-Richtlinie* gesprochen. Hinweise in der Botschaft zum KAG: BBl 2005 6403 ff.

<sup>105</sup> OGAW-Richtlinie: Art. 2 (1) Lemma 1.

<sup>106</sup> Vgl. dazu vorne III. 1. a.

<sup>107</sup> Die *OGAW III-Richtlinie* wurde zuerst auf *Verordnungsstufe* (= AFV sowie AFV-EBK) und danach auf *Gesetzesstufe* (= KAG) in der Schweiz *implementiert*, und zwar um ganz bewusst ein Höchstmass an EU-Kompatibilität zu erreichen; Botschaft zum KAG: BBl 2005 6404 sowie 6432.

<sup>108</sup> Hinweise: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/investment/legal\\_texts/index\\_de.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/investment/legal_texts/index_de.htm).

## c. Neuerungen in der Schweiz

Das gegenüber dem bisherigen Anlagefondsrecht total revidierte Kollektivanlagenrecht, das am 1. Januar 2007 in Kraft trat<sup>109</sup>, bringt insbesondere zwei Neuerungen bzw. *zwei Paradigmenwechsel* mit sich: Einerseits werden nunmehr nebst vertraglichen kollektiven Kapitalanlagen ebenfalls *gesellschaftsrechtliche* kollektive Kapitalanlagen reguliert<sup>110</sup>; andererseits ergänzt das KAG seit 70 Jahren erstmals wieder den sog. Numerus Clausus<sup>111</sup> und führt *zwei neue Gesellschaftsformen* ein.

Auf die neuen Typen von Gesellschaften, die u.a. durch die EU bzw. durch einige EU-Länder „inspiriert“ wurden, wird noch einzugehen sein<sup>112</sup>. Die Ausdehnung des *sachlichen Geltungsbereichs* kann gerechtfertigt werden durch das Motto: „same business – same risks – same rules“<sup>113</sup>. Einer einzigen *vertraglichen* Form (Anlagefonds<sup>114</sup>) stehen somit jetzt drei *gesellschaftsrechtliche* Formen (SICAV<sup>115</sup>, KkK<sup>116</sup> und SICAF<sup>117</sup>) gegenüber.

## 2. Rechtssetzung

## a. Investmentgesellschaft mit variablem Kapital

Die sog. *Investmentgesellschaft mit variablem Kapital* (bekannter französisch als Société d'Investissement à Capital Variable: SICAV)<sup>118</sup> ist eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft<sup>119</sup>, deren ausschliesslicher Zweck die Kollektivkapitalanlage darstellt<sup>120</sup> und die *ohne festes* Aktienkapital<sup>121</sup> auskommt, d.h.

<sup>109</sup> Übersicht: KUNZ, Aufbruchstimmung, Rz. 48 ff.

<sup>110</sup> Dies ergibt sich aus Art. 2 Abs. 1 KAG: „unabhängig von der Rechtsform“.

<sup>111</sup> Detaillierter: PETER V. KUNZ, Zehn bemerkenswerte Auffälligkeiten bei den Revisionen der letzten Jahre im schweizerischen Gesellschaftsrecht, SJZ 104 (2008) Ziff. II. B. (erscheint im Herbst 2008).

<sup>112</sup> Vgl. dazu hinten III. 2.

<sup>113</sup> KUNZ, Aufbruchstimmung, Rz. 48.

<sup>114</sup> Art. 25 ff. KAG.

<sup>115</sup> Art. 36 ff. KAG.

<sup>116</sup> Art. 98 ff. KAG.

<sup>117</sup> Art. 110 ff. KAG.

<sup>118</sup> Statt aller: ROLF H. WEBER, Aufbruch zu neuer juristischer Person: Investmentgesellschaft mit variablem Kapital, in: FS für H.M. Riemer (Bern 2007) 433 ff.; PETER SPINLER, Die neue Rechtsform der SICAV im KAG und die Interessenwahrnehmung der Anleger als Aktionäre, GesKR 1/2007, 79 ff.; ROLAND VON BÜREN/DANIEL HASLER, Ein Novum im schweizerischen Gesellschaftsrecht: Die Anlagegesellschaft mit variablem Grundkapital, in: FS für P. Nobel (Bern 2005) 57 ff.

<sup>119</sup> *Subsidiär* zum KAG kommt das *Aktienrecht* zur Anwendung – z.B. Art. 37 Abs. 1 KAG.

<sup>120</sup> Art. 36 Abs. 1 lit. d KAG.

<sup>121</sup> Art. 36 Abs. 1 lit. a KAG.

sie ist „*open-ended*“ – m.a.W. mit jederzeitigem Rückgaberecht der Aktien an die SICAV – ausgestaltet<sup>122</sup>.

Gegenüber der AG gemäss Art. 620 ff. OR weist die SICAV *zahlreiche Strukturunterschiede* auf – Beispiele:

*Mindesteinlage* bei der Gründung der SICAV in Höhe von entweder CHF 250'000.-- oder von CHF 500'000.--<sup>123</sup>; *Bewilligungspflicht* durch die EBK bzw. die FINMA<sup>124</sup>; *Revisionsstelle* als Pflichtorgan<sup>125</sup>; *Unterscheidung* zwischen sog. „Unternehmeraktien“ und sog. „Anlegeraktien“<sup>126</sup>, und schliesslich *kein Nennwert* der Aktien<sup>127</sup>.

SICAV gab und gibt es schon seit langer Zeit auf EU-Ebene und in einzelnen EU-Ländern (z.B. in Luxemburg oder in Irland). Das KAG nimmt m.E. in Bezug auf die schweizerische SICAV einen *autonomen Nachvollzug von EU-Recht* (sc. OGAW-Richtlinie)<sup>128</sup> vor, was in der Schweiz mit einer zentralen Rechtsfolge verbunden ist<sup>129</sup>.

#### b. Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen

Die sog. *Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen* (nicht offizielles Akronym: KkK)<sup>130</sup> ist eine spezialgesetzliche Personengesellschaft<sup>131</sup>, deren ausschliesslicher Zweck die Kollektivkapitalanlage in Risikokapital (also: „Private Equity“) darstellt<sup>132</sup>. Die KkK ist „*closed-ended*“ – m.a.W. *ohne* jederzeitiges Rückgaberecht der Beteiligung an die KkK – ausgestaltet<sup>133</sup>.

Gegenüber der Kommanditgesellschaft gemäss Art. 594 ff. OR weist die KkK *zahlreiche Strukturunterschiede* auf – Beispiele:

*Bewilligungspflicht* für die Gesellschaft<sup>134</sup>; Spezialitäten bei den beiden Gesellschafterkategorien der KkK, indem der *Komplementär* eine AG<sup>135</sup> und

<sup>122</sup> Art. 8 KAG.

<sup>123</sup> Art. 37 Abs. 2/Abs. 3 KAG.

<sup>124</sup> Art. 13 f. KAG.

<sup>125</sup> Art. 52 KAG.

<sup>126</sup> Art. 36 Abs. 1 lit. b KAG.

<sup>127</sup> Art. 40 Abs. 2 KAG.

<sup>128</sup> Vgl. dazu vorne III. 1. b.

<sup>129</sup> Vgl. dazu hinten III. 3. a.

<sup>130</sup> Statt aller: ADRIAN ANDERMATT, Die Swiss Limited Partnership – ein konkurrenzfähiges Investmentvehikel?, SJZ 103 (2007) 481 ff.; CHRISTIAN BÖHLER, Anlagevehikel für Private Equity – Einführung der Limited Partnership im schweizerischen Recht, ST 80 (2006) 506 ff.; zudem: PETER V. KUNZ, Die neue Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen (KkK), in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IV (Bern 2009).

<sup>131</sup> *Subsidiär* zum KAG kommt das *Recht der Kommanditgesellschaft* gemäss Art. 594 ff. OR zur Anwendung: Art. 99 KAG.

<sup>132</sup> Art. 103 Abs. 1 KAG.

<sup>133</sup> Art. 9 KAG.

<sup>134</sup> Art. 13 Abs. 2 lit. c KAG.

<sup>135</sup> Art. 98 Abs. 2 KAG.

der *Kommanditär* ein „qualifizierter Investor“<sup>136</sup> sein müssen; *Revisionsstelle* als Pflichtorgan<sup>137</sup>; Rechtsform als *Firmenbestandteil* nötig<sup>138</sup>.

Das *EU-Recht* (sc. OGAW-Richtlinien III)<sup>139</sup> regelt die KkK oder vergleichbare (geschlossene) Rechtsformen *nicht*. Das schweizerische Kollektivanlagenrecht nimmt m.E. in diesem Bereich *keinen autonomen Nachvollzug von EU-Recht* vor<sup>140</sup>, was bei den Rechtsfolgen zu berücksichtigen ist<sup>141</sup>. Immerhin liess sich der Gesetzgeber offensichtlich von *ausländischen „Vorbildern“ inspirieren* (nämlich von der angelsächsischen Limited Partnership<sup>142</sup> und von der deutschen GmbH & Co. KG), d.h. es geht um Eklektik<sup>143</sup>.

### 3. Rechtsanwendung

#### a. Europarechtskonforme Auslegung

Bei den *offenen* kollektiven Kapitalanlagen, also bei den vertraglichen Anlagfonds einerseits und bei den SICAV andererseits, nimmt das KAG einen autonomen Nachvollzug von EU-Recht vor<sup>144</sup>. Dies führt bei der Rechtsanwendung dazu, dass das *schweizerische* Kollektivanlagenrecht *europarechtskonform ausgelegt* werden muss<sup>145</sup>, d.h. unter unmittelbarer Berücksichtigung der OGAW III-Richtlinien der EU<sup>146</sup>.

Anders sieht es aus bei den *geschlossenen* kollektiven Kapitalanlagen (also: KkK sowie SICAF), 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<sup>147</sup>, und zwar im sozusagen „üblichen“ Rahmen der Rechtsvergleichung.

<sup>136</sup> Art. 98 Abs. 3 KAG.

<sup>137</sup> Art. 107 KAG.

<sup>138</sup> Art. 101 KAG.

<sup>139</sup> Vgl. dazu vorne III. 1. b.

<sup>140</sup> Hierzu: PETER V. KUNZ, *Recht der KMU: Personengesellschafts- und GmbH-Recht* (Bern 2008) 13 FN 76 m.w.H.

<sup>141</sup> Vgl. dazu hinten III. 3. b.

<sup>142</sup> Hierzu: THEODOR HÄRTSCH, *Geschlossene kollektive Kapitalanlagen*, in: *Recht der kollektiven Kapitalanlagen* (Bern 2007) 120 m.w.H.

<sup>143</sup> Vgl. dazu vorne II. 2.

<sup>144</sup> Vgl. dazu vorne III. 1. b/2. a.

<sup>145</sup> Vgl. dazu vorne II. 3/4 c.

<sup>146</sup> Vgl. dazu vorne III. 1. b.

<sup>147</sup> Vgl. dazu hinten III. 3. b.



b. Aspekte der Rechtsvergleichung

M.E. gibt es in der Schweiz zwar *kein allgemeingültiges* „rechtsvergleichendes Auslegungselement“<sup>148</sup> (neben dem grammatikalischen, dem historischen, dem systematischen und dem teleologischen Element der Auslegung)<sup>149</sup>. Trotzdem können rechtsvergleichende Aspekte immerhin berücksichtigt werden, wenn ein *legislatives Einfallstor* ins schweizerische Recht besteht – i.c. im Vordergrund stehen allfällige echte Lücken, die zu füllen sind<sup>150</sup>.

Bei den KkK, bei denen keine europarechtskonforme Auslegung möglich ist<sup>151</sup>, drängt sich dieses Vorgehen in hervorragender Weise auf, weil es mehrere *ausländische Vorbilder* (Limited Partnership sowie GmbH & Co. KG)<sup>152</sup> gibt, die den Gesetzgeber inspiriert bzw. zur *Eklektik angeregt* haben. Rein praktisch setzt dies aber voraus, dass die schweizerischen Rechtsanwender gewillt sind, sich mit ausländischen Rechtsordnungen zu beschäftigen.

## IV. Weitere wirtschaftsrechtliche Beispiele

### 1. Börsenrecht

Die globale Börsenszene erlebte in den letzten Jahren eine Konsolidierung<sup>153</sup>. Das *schweizerische Börsenrecht* als wichtiger Teil der Finanzplatzinfrastruktur gehörte ehemals zur Selbstregulierung<sup>154</sup> der Banken, bis es schliesslich in den Jahren 1997/98<sup>155</sup> *reguliert* wurde mit dem Börsengesetz (BEHG)<sup>156</sup> und

<sup>148</sup> Vgl. dazu vorne II. 3.

<sup>149</sup> Obwohl das Bundesgericht jüngst von einem „rechtsvergleichenden Auslegungselement“ spricht, hielt es im Jahre 2007 zur *Sonderprüfung* m.E. überzeugend 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; Hervorhebungen hinzugefügt).

<sup>150</sup> Vgl. dazu vorne II. 2.

<sup>151</sup> Vgl. dazu vorne III. 3. a.

<sup>152</sup> Vgl. dazu vorne III. 2. b.

<sup>153</sup> Hinweise statt aller: PETER V. KUNZ, *Kotierung sowie Dekotierung – oder: „Werden“ und „Sterben“ der Publikumsgesellschaften*, GesKR 2/3 (2006) 123 f.

<sup>154</sup> Hinweise: PETER V. KUNZ, *Corporate Governance – Tendenz von der Selbstregulierung zur Regulierung*, in: FS für P. Böckli (Zürich 2006) 478.

<sup>155</sup> Detailliert zur Gesetzgebungsgeschichte: KUNZ, *Minderheitenschutz*, § 3 N 199 ff.

<sup>156</sup> Botschaft zu einem Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, BEHG): BBl 1993 1369 ff.; SR 954.1.

mit zahlreichen Verordnungen – und diese Erlasse nahmen und nehmen auf das *internationale Umfeld* ebenfalls Rücksicht<sup>157</sup>.

Das *EU-Börsenrecht* gehörte zum „*acquis communautaire*“, der mit einer Annahme des sog. Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) direkt anwendbar geworden wäre – doch der EWR wurde bekanntlich am 6. Dezember 1992 abgelehnt. Die Botschaft zum BEHG erschien bereits am 24. Februar 1993 und war zumindest mittelbar noch vom EWR mitgeprägt.

Argumentativ wurde *nicht allein auf die EU* verwiesen, sondern ebenfalls auf zahlreiche andere Staaten und Organisationen – Beispiele<sup>158</sup>: Deutschland, USA, Frankreich, Vereinigtes Königreich, Italien. Das *Fazit* lautete, dass der Entwurf zum BEHG mit der EU bzw. mit dem Ausland „kompatibel“ sei<sup>159</sup>. Im Wesentlichen ging es darum, *internationalen Standards* zu genügen<sup>160</sup>.

Das BEHG hat allerdings keinen unmittelbaren Bezug zur EU<sup>161</sup>, d.h. es besteht m.E. insbesondere *kein* autonomer Nachvollzug von EU-Recht, so dass ebenfalls *keine* europarechtskonforme Auslegung vorzunehmen ist bei der Anwendung des BEHG. Unbesehen dessen liess sich der schweizerische Gesetzgeber von ausländischen Ordnungen *inspirieren*; konsequenterweise wird im Rahmen der Rechtsanwendung (nicht allein durch Gerichte)<sup>162</sup> immer wieder auch auf *Regelungen im Ausland* eingegangen<sup>163</sup>.

## 2. Fusionsrecht

Das eidgenössische *Fusionsgesetz* (FusG)<sup>164</sup> trat am 1. Juli 2004 in Kraft und soll gewisse Restrukturierungen – Fusionen, Spaltungen, Umwandlungen und Vermögensübertragungen – erleichtern<sup>165</sup>. Das FusG hat einen internationalen

<sup>157</sup> KUNZ, Rechtsvergleichung, 45 FN 119.

<sup>158</sup> Botschaft zum BEHG: BBl 1993 1436 ff.

<sup>159</sup> Botschaft zum BEHG: BBl 1993 1438.

<sup>160</sup> 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.

<sup>161</sup> Allg.: BREINING-KAUFMAN, Europaverträglichkeit, 454 f.; die Botschaft zum BEHG macht klar, dass die EU-Richtlinien nicht anwendbar sind: BBl 1993 1435 sowie 1438.

<sup>162</sup> Das Börsenrecht wird nicht allein von Gerichten angewandt, sondern auch von *Behörden*, und zwar insbesondere von der Übernahmekommission (UEK) sowie von der Eidgenössischen Bankkommission (EBK – künftig: FINMA).

<sup>163</sup> Als Beispiele: Empfehlung i.S. Quadrant AG vom 23. Juli 2002, E. 4: [http://www.takeover.ch/transactions/mo\\_offers/mo\\_quadrant/mo\\_quadrant.html](http://www.takeover.ch/transactions/mo_offers/mo_quadrant/mo_quadrant.html); des Weiteren: Empfehlung i.S. Forbo Holding AG vom 18. März 2005, E. 2.4.2: [http://www.takeover.ch/transactions/vo\\_offers/vo\\_forbo/vo\\_forbo\\_III.html](http://www.takeover.ch/transactions/vo_offers/vo_forbo/vo_forbo_III.html).

<sup>164</sup> Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung und Umwandlung (Fusionsgesetz; FusG) vom 13. Juni 2000: BBl 2000 4337 ff. (<http://www.admin.ch/ch/d/ff/2000/4337.pdf>). Dazu: SR 221.301.

<sup>165</sup> Zu *grenzüberschreitenden* Transaktionen: Art. 163a ff. IPRG.

Bezug<sup>166</sup>, d.h. es wird nicht zuletzt ebenfalls in das *EU-Umfeld eingebettet*. Die Botschaft zum FusG<sup>167</sup> ist detailliert auf die Kompatibilitäten mit dem Ausland eingegangen.

Das *EU-Restrukturierungsrecht* umfasst zahlreiche Richtlinien. Zwar sollten diese Grundlagen nicht übernommen werden, nichtsdestotrotz wurde vom Bundesrat festgehalten: „Auf Grund der internationalen Vernetzungen der schweizerischen Wirtschaft empfiehlt es sich, das Gesellschaftsrecht [inkl. dem Fusionsrecht] unabhängig von einem Beitritt zur Europäischen Union mit dem Recht unserer Nachbarstaaten zu harmonisieren“<sup>168</sup>.

In der Lehre wird das FusG gelegentlich als weiteres Beispiel für einen eigentlichen *autonomen Nachvollzug* von EU-Recht erwähnt<sup>169</sup> – m.E. trifft dies *nicht* zu<sup>170</sup>, was mit der weiteren rechtlichen Konsequenz verbunden ist, dass das FusG *nicht* europarechtskonform auszulegen ist.

Obwohl das FusG „weitgehend europakonform“<sup>171</sup> ist, war das Vorgehen der Legislative in erster Linie *eklektisch*, was in Bezug auf das EU-Recht die Übereinstimmungen sowie die Abweichungen erklärt<sup>172</sup> – beispielsweise sind in der EU für die KMU<sup>173</sup> keine Erleichterungen vorgesehen; ausserdem ist die Vermögensübertragung bzw. ein damit vergleichbares Institut dem Recht der EU gänzlich unbekannt.

### 3. Aktienrecht – aktuelle „grosse“ Revision

#### a. Ausgangslage

Nicht zuletzt aus Gründen der internationalen Verflechtung und der ebenfalls zunehmenden Globalisierung soll das *Aktienrecht umfassend revidiert* werden (die Rede ist von der sog. „grossen“ Aktienrechtsrevision)<sup>174</sup>:

<sup>166</sup> Allg.: KUNZ, Rechtsvergleichung, 45 FN 120.

<sup>167</sup> Eingegangen wird auf Deutschland, Frankreich, Italien und die EU: BBI 2000 4382 ff.

<sup>168</sup> Botschaft zum FusG: BBI 2000 4515.

<sup>169</sup> In diesem Sinne wohl: SPINNER/MARITZ, Nachvollzug, 136; COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV, Auslegung, 362.

<sup>170</sup> Die Botschaft zum FusG geht zugegebenermassen allerdings relativ weit: „Die Vorgaben der Europäischen Union sind (...) materiell gerechtfertigt und werden deshalb so weit wie möglich vom Entwurf für ein Fusionsgesetz übernommen“ (BBI 2000 4515 f.).

<sup>171</sup> THOMAS WEIBEL, Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz (Zürich 2004) N 22 zu Art. 1 FusG.

<sup>172</sup> Übersicht: THOMAS BRAUCHLI, Europakonformität der Bestimmungen des Fusionsgesetzes zum nationalen Fusionsvertrag, AJP 14 (2005) 1509 ff.; LUKAS MORSCHER, Basler Kommentar zum Fusionsgesetz (Basel 2005) N 25 ff. zu Art. 1 FusG.

<sup>173</sup> Hinweise zu den KMU: PETER V. KUNZ, Das neue Fusionsgesetz (FusG), in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht I (Bern 2006) 210 ff.

<sup>174</sup> Zu den Gründen der geplanten Revision: KUNZ, Mammutprojekt, 128 f.; zudem: DERS., Aufbruchstimmung, Rz. 25 ff. m.w.H.

Einem Vorentwurf<sup>175</sup> mit einem Begleitbericht<sup>176</sup> aus dem Jahre 2005<sup>177</sup> folgten die Vernehmlassung<sup>178</sup> im Jahre 2006 und dann der Entwurf<sup>179</sup> mit der Botschaft<sup>180</sup> im Jahre 2007<sup>181</sup>. Im Herbst 2008<sup>182</sup> befasste sich schliesslich die Rechtskommission des Ständerates damit, die u.a. den Unterzeichner als externen Experten anhörte.

M.E. passt das Revisionsvorhaben ins *internationale Umfeld* – gerade der Ausbau der *Corporate Governance* liegt im legislativen Trend vieler ausländischer Rechtsordnungen<sup>183</sup>. Verschiedene Vorschläge wurden bzw. werden mit „internationalen Tendenzen“ begründet; dies gilt beispielsweise für den Vorschlag zur *Abschaffung der Inhaberaktie* (nunmehr obsolet)<sup>184</sup>.

#### b. Rechtsvergleichende Hinweise

Das schweizerische Aktienrecht nimmt bereits traditionellerweise *Rücksicht* auf europäische Entwicklungen<sup>185</sup> – es hat denn auch in den letzten Jahren eine *Europäisierung des Aktienrechts* stattgefunden<sup>186</sup>. Dabei ist legislativ insbesondere zu berücksichtigen, dass verschiedene Rechtsangleichungen auf EU-Ebene stattfinden<sup>187</sup>. Rechtsentwicklungen *ausserhalb der EU* wurden und werden aber ebenfalls beobachtet.

<sup>175</sup> VE OR; Internet: <http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtrevision.Par.0006.File.tmp/VE%20definitiveFassung%2005.11.30%20Variante%20EDA.pdf>.

<sup>176</sup> Begleitbericht zum VE; Internet: <http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtrevision.Par.0004.File.tmp/05-11-30%20defFassungBegleitberichtVarianteEDA.pdf>.

<sup>177</sup> Statt aller: KUNZ, Mammutprojekt, 131 ff. m.w.H.

<sup>178</sup> Internet: <http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtrevision.Par.0014.File.tmp/20070214-ve-res-d.pdf>.

<sup>179</sup> E OR; Internet: <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2008/1751.pdf>.

<sup>180</sup> Botschaft zum OR: BBl 2007 1589 ff.; Internet: <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2008/1589.pdf>.

<sup>181</sup> Zum Entwurf lesenswert: Grosse Aktienrechtsrevision – Sondernummer, GesKR 2008.

<sup>182</sup> Im *November 2008* wird ausserdem eine *Zusatzbotschaft* publiziert zu einigen speziellen Fragen (z.B. Vergütung und Rückforderungen).

<sup>183</sup> KUNZ, Mammutprojekt, 129 f. m.w.H.

<sup>184</sup> Dazu der Begleitbericht zum VE OR: 27 (Insbesondere im „angloamerikanischen Raum sind Inhaberaktien weitgehend unbekannt“); allg.: KUNZ, Mammutprojekt, 139 f.

<sup>185</sup> Hierzu statt aller: CARL BAUDENBACHER, Das Ende des europäischen Sonderfalls Schweiz im Aktienrecht, in: *Recht, Staat und Politik am Ende des zweiten Jahrtausends* (Bern 1993) 581 ff.

<sup>186</sup> Schon vor langer Zeit: PETER NOBEL, *Europäisierung des Aktienrechts – Materialien für die schweizerische Totalrevision* (Diss. St. Gallen 1974) 1 ff.; zudem: FRANÇOIS DESSEMONTET, *Droit des sociétés*, in: *Die Europaverträglichkeit des schweizerischen Rechts* (Zürich 1990) 377 ff.

<sup>187</sup> Überblick: PETER NOBEL, *Transnationales und Europäisches Aktienrecht* (Bern 2006) 167 ff.

Wie bei anderen Gesetzesvorhaben musste die EU-Kompatibilität<sup>188</sup> der anstehenden Aktienrechtsrevision überprüft werden. Dies geschah im Detail im Begleitbericht zum VE<sup>189</sup> sowie in der Botschaft zum OR<sup>190</sup>. Dabei ging es um eine *eklektische Harmonisierung* und um *keinen autonomen Nachvollzug* von EU-Recht – m.E. ist dieses Vorgehen zu begrüßen<sup>191</sup>.

In verschiedenen Bereichen erweist sich das Revisionsprojekt heute indes als *nicht EU-kompatibel* (doch meist nur bei „kleinen“ Themen); als Beispiele dazu: Erwerb eigener Aktien, der in der EU strenger geregelt ist<sup>192</sup>, oder bei den Aktien die Mindestliberierung (ehemals)<sup>193</sup>.

Einige Vorschläge werden sozusagen rechtsvergleichend „begründet“<sup>194</sup> – z.B. betreffend die *Haftungsbegrenzung der Revisionsstelle*, die bis anhin in der Schweiz unbekannt ist. Dabei handelt es sich aber um ein bedauerliches „*cherry picking*“ durch angebliche „Rechtsvergleichung“<sup>195</sup>, weil in anderen Staaten eine Haftungsbegrenzung bewusst abgelehnt wurde<sup>196</sup>. M.E. sollte die Rechtsvergleichung *nicht vorgeschoben* werden.

## V. Schlussbemerkungen

Die einleitend gestellte Frage: „Europa als Massstab für das Schweizerische Wirtschaftsrecht?“ kann m.E. am besten mit einem „Ja, aber“ beantwortet werden: „Europa“ – und zwar im Sinne der Europäischen Union (EU) sowie generell der europäischen Staaten – ist zwar ein Orientierungspunkt für die Schweiz, doch daneben werden auch weitere ausländische Rechtsordnungen berücksichtigt (gerade das US-Amerikanische Recht)<sup>197</sup>.

<sup>188</sup> Vgl. dazu vorne II. 2.

<sup>189</sup> Begleitbericht zum VE OR: 36 ff. („Europarecht“).

<sup>190</sup> Botschaft zum OR: BBl 2007 1630 ff.

<sup>191</sup> KUNZ, Mammutprojekt, 130 FN 30.

<sup>192</sup> VE zum OR: 36 f. sowie 60.

<sup>193</sup> Angestrebt wird eine Annäherung an das EU-Recht; Botschaft zum OR: BBl 2007 1638; hierzu statt aller: PETER V. KUNZ, Geplante Neuerungen bei einigen Generalien der aktuellen Aktienrechtsrevision, GesKR 2008/Sondernummer grosse Aktienrechtsrevision, 11 FN 23.

<sup>194</sup> Der VE zum OR: 21 verweist auf *Deutschland* und *Österreich*; allg. zu den Hinweisen: KUNZ, Mammutprojekt, 130 f.

<sup>195</sup> Kritisch dazu: KUNZ, Mammutprojekt, 131.

<sup>196</sup> KUNZ, Mammutprojekt, 136 FN 72/FN 73.

<sup>197</sup> Das US-Amerikanische Wirtschaftsrecht stellt ein sog. *dominates Rechtssystem* dar, das in der Schweiz oftmals Vorbildcharakter übernimmt.

Schon seit langer Zeit und auf breiter Ebene findet im Wirtschaftsrecht eine *internationale Rechtsangleichung* statt<sup>198</sup>. Diesem faktischen Vorgang kann und m.E. soll sich die Schweiz ebenfalls „anschiessen“.

Die *Europäische Union* steht im *legislativen* Vordergrund, wobei es mehrere Möglichkeiten einer Harmonisierung gibt. Die einfachste und wohl die häufigste Variante ist die blosse *Inspiration* (Eklektik); für Juristen am interessantesten erscheint indes eine seltenere Variante:

Beim *autonomen Nachvollzug von EU-Recht* im Schweizer Recht geht es in der Wirtschaftsrealität meist um Sachzwänge, so dass realiter kaum je von „Autonomie“ oder „Freiwilligkeit“ die Rede sein kann; insofern wird die Begrifflichkeit zu recht als *Euphemismus* bezeichnet<sup>199</sup>. Mit gutem Grund wird geltend gemacht, dass heute in verschiedenen Bereichen schon fast von „*systematischem*“ Nachvollzug von EU-Recht zu sprechen ist<sup>200</sup>.

Die Rechtsvergleichung hat bei der *Rechtsanwendung* regelmässig ein geringeres Gewicht als bei der *Rechtsetzung*. Der einzige „Automatismus“ ergibt sich bei der *europarechtskonformen Auslegung* als Rechtsfolge eines autonomen Nachvollzugs von EU-Recht. EU- und andere Rechtsordnungen können schliesslich aber auch für die *Lückenfüllung* behilflich sein. M.E. hat deshalb die Rechtsvergleichung eine grosse Zukunft in der schweizerischen Jurisprudenz – was EUGEN BUCHER sicherlich freuen dürfte..!

## VI. Literaturverzeichnis (Auswahl)

BREINING-KAUFMAN CHRISTINE, Deregulierung und Europaverträglichkeit als Maximen der Gesetzgebung im Wirtschaftsrecht, in: Aspekte des Wirtschaftsrechts, FS Schweizerischer Juristentag 1994 (Zürich 1994); zit.: BREINING-KAUFMAN, Europaverträglichkeit

COTTIER THOMAS/DZAMKO DANIEL/EVTIMOV ERIK, Die europakompatible Auslegung des schweizerischen Rechts, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2003/Annuaire suisse de Droit européen 2003 (Bern 2004) 357 ff.; zit.: COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV, Auslegung

FORSTMOSER PETER, Der autonome Nach-, Mit- und Vorvollzug europäischen Rechts: das Beispiel der Anlagefondsgesetzgebung, in: FS für R. Zäch (Zürich 1999) 523 ff.; zit.: FORSTMOSER, Vorvollzug

<sup>198</sup> Diese Entwicklung wird akzentuiert seit dem *Zweiten Weltkrieg* und betrifft heute längst nicht mehr nur die „westlichen“ Staaten – als jüngstes Beispiel, das sich dieser Tendenz wohl oder übel anschliesst, ist die *Volksrepublik China*.

<sup>199</sup> FORSTMOSER, Vorvollzug, 531.

<sup>200</sup> SPINNER/MARITZ, Nachvollzug, 137 f.; zudem: COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV, Auslegung, 363.

- KUNZ PETER V., Aufbruchstimmung im Schweizer Wirtschaftsrecht – Die Rechtssetzung als zentrale Herausforderung für die Rechtsanwendung, in: Jusletter vom 18. Februar 2008; zit.: KUNZ, Aufbruchstimmung
- KUNZ PETER V., Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht (...) (Habil. Bern 2001); zit.: KUNZ, Minderheitenschutz
- KUNZ PETER V., Einführung zur Rechtsvergleichung in der Schweiz – Ein bedeutsames juristisches Fachgebiet für Studenten sowie für Praktiker zwischen „notwendigem Übel“ sowie „Königsdisciplin“, recht 24 (2006) 37 ff.; zit.: KUNZ, Rechtsvergleichung
- KUNZ PETER V., Instrumente der Rechtsvergleichung in der Schweiz bei der Rechtssetzung und bei der Rechtsanwendung, ZVglRWiss 108 (2009) 31 ff.; zit.: KUNZ, Instrumente
- KUNZ PETER V., Status quo der „grossen Aktienrechtsrevision“ – Ein Mammutprojekt für das 21. Jahrhundert, in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht III (Bern 2008) 125 ff.; zit.: KUNZ, Mammutprojekt
- RUSCH ARNOLD F., Methoden und Ziele der Rechtsvergleichung, in: Jusletter vom 13. Februar 2006; zit.: RUSCH, Rechtsvergleichung
- SCHLUEP WALTER R., Einladung zur Rechtstheorie (Bern 2006); zit.: SCHLUEP, Rechtstheorie
- SPINNER BRUNO/MARITZ DANIEL, EG-Kompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts. Vom autonomen zum systematischen Nachvollzug, in: FS für R. Zäch (Zürich 1999) 127 ff.; zit.: SPINNER/MARITZ, Nachvollzug
- WIDMER PIERRE, Rechtsvergleichung und Gesetzgebung, Leges 3 (2003) 9 ff.; zit.: WIDMER, Rechtsvergleichung
- WIEGAND WOLFGANG, Zur Anwendung von autonom nachvollzogenem EU-Privatrecht, in: FS für R. Zäch (Zürich 1999) 171 ff.; zit.: WIEGAND, Anwendung
- WYSS MARTIN PHILIPP, Europakompatibilität und Gesetzgebungsverfahren im Bund, AJP 16 (2007) 717 ff.; zit.: WYSS, Europakompatibilität
- ZWEIGERT KONRAD/KÖTZ HEIN, Einführung in die Rechtsvergleichung (3. A. Tübingen 1996); zit.: ZWEIGERT/KÖTZ, Rechtsvergleichung