

Zehn bemerkenswerte Auffälligkeiten bei den Revisionen der letzten Jahre im schweizerischen Gesellschaftsrecht

Prof. Dr. Peter V. Kunz, Rechtsanwalt, LL.M. (Bern)¹

I. Einführung

Die aktuellen Entwicklungen der Wirtschaftsrealitäten in der Schweiz sowie im Ausland bringen tagtäglich *grösste Herausforderungen* mit sich. Insofern nehmen sowohl die quantitativen als auch die qualitativen Anforderungen für die damit beschäftigten Berufspersonen immer mehr zu. Dies gilt in besonderem Masse für die *Juristengilde*, und zwar unbesehen des konkreten Tätigkeitsfeldes (z.B. Rechtsberatung, Rechtssetzung oder Rechtsanwendung).

Seit einigen Jahren werden die Schweizer Juristen mit einem teils evolutionären und teils revolutionären *Umbruch bei der Rechtssetzung*

zum Wirtschaftsrecht² im Allgemeinen sowie zum Gesellschaftsrecht³ im Besonderen konfrontiert. In den *1990er-Jahren* erfolgte bei der wirtschaftsrechtlichen Rechtssetzung ein «Wechsel vom Kriechgang in den Schnellgang»⁴. Obwohl die zahlreichen Revisionen und Revisionsprojekte wissenschaftlich meist gut dokumentiert sind, droht ein *Übersichtsverlust* für Nichtspezialisten. Tatsächlich erscheinen viele wirtschaftsrechtliche Revisionen eher zufällig als planmässig⁵.

Die *Vielzahl* der Revisionen bzw. Revisionsprojekte – als erste Auffälligkeit erwähnt – im schweizerischen *Gesellschaftsrecht*, die im Folgenden den wesentlichen Gegenstand der Ausführungen bilden, folgen ganz offensichtlich keinen formellen Planungsprinzipien der verschiedenen Rechtssetzer. Interessierte Beobachter dürften aber (mindestens) *zehn Auffälligkeiten* bemerken, die eine gewisse zusammenfassende Einordnung der gesellschaftsrechtlichen Revisionen zulassen. Es handelt sich somit fast um eine Art von *Allgemeinem Teil* der aktuellen Gesellschaftsrechtsrevisionen in der Schweiz.

II. Ausgewählte Auffälligkeiten im Gesellschaftsrecht

A. Zunehmende Dekodifikation

1. Ausgangslage

Zumindest bis in die 1990er-Jahre hatten es die Juristen (und ebenfalls die sonstigen Interessierten) relativ

Seit einigen Jahren ergeben sich für die Schweizer Juristen erhebliche Neuerungen bei der Rechtssetzung zum Wirtschaftsrecht und zum Gesellschaftsrecht. Obwohl die zahlreichen Revisionen wissenschaftlich gut dokumentiert sind, drohen Nichtspezialisten die Übersicht zu verlieren. Der Autor untersucht die Revisionsprojekte der vergangenen Jahre und ortet eine Vielzahl von Auffälligkeiten, die er anhand von Beispielen erläutert. Unter Einbezug der zukünftigen Entwicklungen analysiert er namentlich die Dekodifikation, den Paradigmenwechsel Wirtschaftsform statt Rechtsform, die Bedeutungssteigerung der Verordnungsstufe, die Privatinitiative als legislativen Motor sowie die Selbstregulierung als Basis der Regulierung. Zi.

Depuis quelques années, la législation en matière de droit économique et de droit des sociétés impose des innovations considérables pour les juristes suisses. Bien que la doctrine sur les nombreuses révisions soit dense, il y a un risque que les non-spécialistes perdent la vue d'ensemble. L'auteur examine les projets de révision de ces dernières années et met en exergue un grand nombre de particularités, qu'il explicite au moyen d'exemples. En tenant compte des développements futurs, il analyse notamment le phénomène de la décodification, le changement de paradigme relatif à la forme économique qui remplace la forme légale, l'augmentation significative du nombre de réglementations, l'initiative privée comme moteur législatif ainsi que l'autoréglementation comme base de la réglementation juridique. P.P.

¹ Der Autor ist Ordinarius für Wirtschaftsrecht und für Rechtsvergleichung, Direktor am Institut für Wirtschaftsrecht (www.iwr.unibe.ch) sowie Leiter des Departements für Wirtschaftsrecht an der Universität Bern. Der Aufsatz wurde im Juli 2008 abgeschlossen.

² Ausgewählte Beispiele: Peter V. Kunz, Aufbruchstimmung im Schweizer Wirtschaftsrecht – Die Rechtssetzung als Herausforderung für die Rechtsanwendung, Jusletter vom 18. Februar 2008, Rz. 1 ff.

³ Überblicke: Theodor Bühler, Ein neues schweizerisches Recht der Handelsgesellschaften?, SJZ 2006 173 ff.; Peter V. Kunz, Permanenter Umbruch im Gesellschaftsrecht – Eine Übersicht zu den legislativen Sturmböen seit 1991, SJZ 2006 145 ff.

⁴ Peter Forstmoser, Wirtschaftsrecht im Wandel – Erfahrungen aus vier Jahrzehnten, SJZ 2008 134.

⁵ Der Autor wird vereinzelt *rechtspolitische Kritik* üben.

einfach, das schweizerische Gesellschaftsrecht zu finden, indem sie nämlich einfach das *Obligationenrecht* (OR)⁶ zur Hand nehmen konnten; ergänzt wurde das OR für Detailvorschriften durch die Handelsregisterverordnung (HRegV)⁷. Das OR – notabene als formell «Fünfter Teil» des Zivilgesetzbuches (ZGB)⁸ – folgte somit ursprünglich ganz überwiegend⁹ dem *Kodifikationsideal* des privatrechtlichen Gesetzgebers.

Doch schon bald wurde im gesetzten Privatrecht der Schweiz eine legislatorische Umkehrung bzw. eine zunehmende Tendenz zur sog. *Dekodifikation* festgestellt. Darunter wird, etwas trivialisiert, das Ansinnen des Gesetzgebers verstanden, «zu revidierende privatrechtliche Materien aus dem ZGB und OR auszulagern»¹⁰, d.h., es wurden immer wieder und immer mehr privatrechtliche *Spezialgesetze* als «*Leges Speciales*» zu ZGB/OR erlassen (im Bereich des schweizerischen Wirtschaftsrechts z.B. das Versicherungsvertragsgesetz [VVG] sowie das Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb [UWG]).

2. Beispiele

Das *Phänomen der Dekodifikation* ist seit einigen Jahren besonders ausgeprägt, wenn auch nicht erstmalig¹¹, ebenfalls in Bezug auf das *Gesellschaftsrecht*, zu beobachten, d.h., die zunehmende gesellschaftsrechtliche Dekodifikation ist die *zweite* Auffälligkeit der letzten Jahre. Es gibt zahlreiche Spezialgesetze, die entweder unmittelbare oder mittelbare Normen zum Gesellschaftsrecht enthalten (oder in Zukunft enthalten werden):

– *Unmittelbare* gesellschaftsrechtliche Normen – Beispiele: (i) *Börsengesetz* (BEHG)¹² mit Regeln z.B. zur Meldepflicht¹³ und zur Angebots-

pflicht für Aktionäre sowie zur Kraftloserklärung von Wertpapieren; (ii) *Fusionsgesetz* (FusG)¹⁴ mit Normen z.B. zur Spaltung von Gesellschaften; (iii) *Kollektivanlagengesetz* (KAG)¹⁵, das in der Schweiz zwei neue Gesellschaftsformen einführt¹⁶.

– *Mittelbare* gesellschaftsrechtliche Normen – Beispiele: (iv) *Revisionsaufsichtsgesetz* (RAG)¹⁷, das eine staatliche Beaufsichtigung von Revisionsgesellschaften in der Schweiz einführt, und zwar auf internationalen «Druck» hin¹⁸; (v) ein geplantes *Bucheffektengesetz* (BEG)¹⁹ betreffend die Verwahrung und Verwaltung von sog. Massenwertpapieren²⁰.

Eine gesellschaftsrechtliche Dekodifikation ist m.E. *nicht eo ipso* «gut» oder «schlecht». Eine Integration aller gesellschaftsrechtlichen Normen in eine einzige Kodifikation (sc. ins OR), müsste diese allenfalls sogar *unübersichtlich* machen²¹. Doch sicherlich macht die zunehmende Dekodifikation die Rechtspraxis komplizierter und «gefährlicher», weil es geschehen kann, dass die Normen einer *Lex Specialis* übersehen werden – Haftpflichtfälle für die gesellschaftsrechtliche Beratung dürften in Zukunft zunehmen.

3. Zukunft

Rechtssetzung: Zurzeit befinden sich (ausser mit dem BEG)²² keine gesellschaftsrechtlichen neuen Spezialgesetze in der gesetzgeberischen «Pipeline»²³. Tatsächlich wurden bzw.

chenden Bundesratsbeschluss vom 12. April 1957 (BVM: 531.541); hierzu: Peter V. Kunz, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht (Habil. Bern 2001) § 2 N 117 ff. m.w.H.

¹⁰ Susanne Gerner, Dekodifikation – Zur Auflösung der kodifikatorischen Einheit im schweizerischen Zivilrecht (Diss. Bern 2006) 5.

¹¹ Bekanntestes *Beispiel* schon aus *früherer Zeit*: Bankengesetz (BankG: SR 952.0) als Spezialgesetz, das u.a. betreffend die personelle Trennung zwischen operativer Tätigkeit und Aufsicht eine *gesellschaftsrechtliche* Materie regelt (kurz: Corporate Governance bzw. CG); allg.: Michael Wegmüller, Die Ausgestaltung der Führungs- und Aufsichtsaufgaben des schweizerischen Verwaltungsrates (Diss. Bern 2007) 170 f. m.w.H.

¹² SR 954.1.

¹³ Zum Verhältnis von Art. 680 Abs. 1 OR (Lex Generalis) und Art. 20 BEHG (Lex Specialis): Peter V. Kunz, Börsenrechtliche Meldepflicht in Theorie und Praxis, in: Unternehmen – Transaktion – Recht, Liber Amicorum für R. Watter (Zürich 2008) 233 f. m.w.H.

¹⁴ SR 221.301.

¹⁵ SR 951.31.

¹⁶ Vgl. dazu hinten II. B. 2.

¹⁷ SR 221.302.

¹⁸ Vgl. dazu hinten II. I. 2.

¹⁹ Dieses neue Spezialgesetz ist (noch) *nicht in Kraft* – allg.: Peter V. Kunz, Legislative Aktivitäten im Finanzmarktrecht – zum Entwurf für ein neues Bundesgesetz über Bucheffekten (Bucheffektengesetz, BEG), in: Anlagerecht – SBT 2007 (Basel 2007) 25 ff.

²⁰ Jüngst: Hans Caspar von der Crone/Eva Bilek, Aktienrechtliche Querbezüge zum geplanten Bucheffektengesetz (BEG), SZW 2008 193 ff., v.a. 200 ff.; Martin Hess/Alain Friedrich, Das neue Bucheffektengesetz (BEG), GesKR 2008 98 ff.

²¹ Diese Gefahr droht z.B. bei der aktuellen «grossen» Aktienrechtsrevision, sodass m.E. eine *Lex Specialis* (AktG) zu erwägen wäre: Vgl. dazu hinten II. A. 3.

²² Vgl. dazu vorne II. A. 2.

²³ Von privater Seite wurde jüngst ein «Spezialgesetz für Publikumsgesellschaften» zur Prüfung vorgeschlagen (sozusagen als *Lex Specialis* für das «Börsengesellschaftsrecht»): Peter Nobel, Aktien- und Börsenrecht: Vielfalt und Einheit, SZW 2008 192.

⁶ SR 220.

⁷ SR 221.411.

⁸ SR 210.

⁹ Als kleine *Ausnahme vom Grundsatz* erwähnt werden kann das *Spezialgesellschaftsrecht* betreffend die Sitzverlegungen in Kriegszeiten, basierend auf dem entspre-

²⁴ Vgl. dazu hinten II. C. 2.

²⁵ Es gab vor einigen Jahren sogar einen Entwurf für ein *Spezialgesetz* für die *Rechnungslegung* und die *Revision* (RRG), doch das Projekt wurde «gesplittet» und ins OR integriert: Kunz (Fn. 3) 148 sowie 150.

²⁶ Die bundesrätliche *Botschaft* stammt vom 21. Dezember 2007 (BBl 2008 1589 ff.); im *Spätsommer 2008* begannen die *Experten-Anhörungen* in den vorberatenden Kommissionen des Eidgenössischen Parlaments.

²⁷ Bei der letzten «grossen» Revision zu Beginn der 1990er-Jahre wurde z.B. das neue Institut der *Sonderprüfung «eingequetscht»* in Art. 697a - Art. 697g OR.

²⁸ BBl 2008 1772-1775.

²⁹ Mit diesem Vorschlag: Peter V. Kunz, Status quo der «grossen Aktienrechtsrevision» (...), in: *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht III* (Bern 2008) 155.

³⁰ Statt aller: Christoph Hurni, Die Vermögensübertragung im Spannungsfeld zwischen Vermögens- und Unternehmensrecht (Diss. Bern 2007) 11 ff.

³¹ Ablehnend: Kunz (Fn. 9) § 10 N 114.

³² Hurni (Fn. 30) 12.

³³ A.M. Genner (Fn. 10) 22: «Damit ist aber auch klar, dass die *Autonomie* des Konsumkreditgesetzes (und aller anderen *privatrechtlichen* Spezialgesetze) *keine vollständige* ist. Der Rekurs auf die *Kodifikation* [sc. auf das OR] erweist sich immer wieder als *notwendig* (...); Hervorhebungen hinzugefügt; oder Hurni (Fn. 30) 12: «Das verbietet, das Fusionsgesetz autonom, rein exegetisch aus sich selbst heraus auszulegen».

³⁴ Missverständlich z.B. die *Botschaft* zum geplanten BEG: Kunz (Fn. 19) 56 f. m.w.H.

³⁵ Allg.: Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht (10. A. Bern 2007) § 11 N 1 ff. m.w.H.; Rolf H. Weber, Juristische Personen, in: SPR II/4 (Basel 1998) 80 ff.; NC bedeutet einen *Formenzwang* einerseits und eine *Formenfixierung* andererseits: Kunz (Fn. 9) § 6 N 172 Fn. 490.

³⁶ Peter Forstmoser, Abschied vom Numerus Clausus im Gesellschaftsrecht?, in: *Wirtschaftsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts*, FS für P. Nobel (Bern 2005) 78 (Titel zu § 1).

³⁷ Statt aller: Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 35) § 11 N 5 f.

³⁸ Einzig das frühere *Liechtensteinische Gesellschaftsrecht* kannte *keinen* NC: Forstmoser (Fn. 36) 81 f.

³⁹ Hinweise bei: Forstmoser (Fn. 36) 82 ff.

werden sogar gewichtige Gesellschaftsrechtsmaterien – insbesondere das materiell vollständig überarbeitete²⁴, *neue Revisionsrecht* gemäss Art. 727 ff. OR sowie das zurzeit noch im Entwurfsstadium befindliche, *künftige Rechnungslegungsrecht* – ins OR integriert, und zwar entgegen einer ursprünglichen legislativen Planung (Stichwort: RRG)²⁵.

Bekanntlich wird das *Aktienrecht* gemäss Art. 620 ff. OR einer «grossen» *Revision* unterzogen²⁶. Formal soll indes alles beim Alten bleiben, d.h., die Ordnung *de lege lata* dürfte mit (weiteren)²⁷ *Zusatzartikeln* ergänzt werden. Dies führt etwa zum Vorschlag, zwischen den aktuellen Art. 697 OR und Art. 697a OR *zusätzlich* Art. 697^{bis-sexies} E OR «einzuschieben»²⁸; dass dadurch die Übersichtlichkeit leidet und die Rechtssicherheit gefährdet sein könnte, versteht sich ohne Weiteres.

Meines Erachtens müsste ernsthaft überlegt werden, das *Aktienrecht* in ein sog. *Schweizer Aktienrechtsgesetz* (AktG) zu dekodifizieren²⁹.

Rechtsanwendung: Die *Doktrin*³⁰ versucht immer wieder, behauptete innere «Querbezüge» bzw. angebliche inhärente «Verbindungen» zwischen den Spezialgesetzen und dem OR als *Auslegungsargument* für die Ersteren heranzuziehen (z.B. eine «harmonische Auslegung» von OR und BEHG fordernd³¹ oder die fusionsrechtliche Vermögensübertragung als Teil eines allgemeinen Sukzessionsrechts verstehend³²):

Dieser *methodische Ansatz* kann zumindest *nicht* unbesehen befürwortet werden. Meines Erachtens stellen die (z.B. gesellschaftsrechtlichen) Spezialgesetze nämlich *autonome Erlasse* dar, die sozusagen «aus sich selber» interpretiert werden müssen, d.h. im Rahmen der üblichen Me-

thodologie, und nicht zwangsläufig mit Blick auf das OR relativiert werden dürfen³³ – es sei denn, dass dies die Auslegung des Spezialerlasses nahelegen würde. Immerhin muss es m.E. je nach Auslegungsergebnis zulässig sein, dass bei der Interpretation des Spezialerlasses (z.B. für eine Lückenfüllung) auf das OR bzw. auf das ZGB ebenfalls Bezug genommen wird, wenn die *Lex Specialis* eben *keine Ordnung* enthält³⁴.

B. Ergänzung des Numerus Clausus

1. Ausgangslage

Das schweizerische Vertragsrecht basiert auf dem Prinzip der Vertragsfreiheit, sodass Innominatskontrakte ohne Weiteres möglich sind. Das Gesellschaftsrecht in der Schweiz wird hingegen von anderen Grundsätzen bestimmt mit der Folge, dass es *keine Innominatsgesellschaften* gibt. Sowohl die Gründung als auch die Ausgestaltung von Gesellschaften unterstehen einem sog. *Numerus clausus* (NC)³⁵, der seit dem 19. Jahrhundert geradezu ein «steinernes Fundament des schweizerischen Gesellschaftsrechts» darstellt³⁶.

Der NC dient³⁷ in erster Linie dem Verkehrsschutz sowie der Rechtssicherheit und entspricht – mit einer einzigen, heute obsoleten Ausnahme³⁸ – *internationalem Standard*. Immerhin kann eine *Flexibilisierung* im Rahmen der Europäischen Union (EU) festgestellt werden³⁹. Traditionellerweise zeigte sich das Schweizer Gesellschaftsrecht *äusserst zurückhaltend* betreffend Flexibilisierungen. Seit der Vereinheitlichung des Gesellschaftsrechts auf Bundesebene mit dem OR 1883 wurde im Obligationenrecht überhaupt nur *eine einzige neue*

Gesellschaftsform eingeführt, und zwar die *GmbH* im Jahre 1936⁴⁰.

2. Beispiele

Nach mehr als 70 Jahren wurde – als *dritte* Auffälligkeit – der gesellschaftsrechtliche NC in der Schweiz wieder einmal *ergänzt*, und zwar durch das *neue Kollektivanlagenrecht*; das KAG stellt eine Totalrevision sowie eine materielle Erweiterung des früheren Anlagerechts (AFG etc.) dar nach dem legislativen Motto: «same business – same risks – same rules». In diesem Zusammenhang führte das KAG per 1. Januar 2007 auf einen legislativen Schlag *zwei neue* Gesellschaftsformen ein, die – anders als die OR-Gesellschaften – einer finanzmarktrechtlichen, d.h. hoheitlichen Bewilligung bedürfen:

- *Investmentgesellschaft mit variablem Kapital (SICAV)*: Die SICAV ist eine spezialgesetzliche Körperschaft, die sich – trotz aller Unterschiede – an die *AG* *anlehnt*. Nebst den sog. Unternehmeraktionären gibt es die sog. Anlegeraktionäre, die einen jederzeitigen «exit» aus dem SICAV machen können, sodass das Kapital *zwangsläufig flexibel* sein muss.
- *Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen (KkK)*: Bei der KkK handelt es sich um eine Personengesellschaft ausserhalb des OR, die aber der OR-Kommanditgesellschaft nahesteht. Als Anlage wird ausschliesslich *Risikokapital* bzw. Private Equity zugelassen. Die KkK verfügt über mindestens einen unbeschränkt haftbaren Gesellschafter («general partner»), und dieser Gesellschafter muss *ex lege* eine *schweizerische AG* sein.

Es wurden seit dem Jahre 2007 erst *wenige Neugründungen* von SICAV⁴¹

und KkK⁴² vorgenommen. Sollten sich die wirtschaftlichen Gegebenheiten sowie das (steuer-)rechtliche Umfeld ändern, ist m.E. indes mit einer Zunahme von Gesellschaftsgründungen zu rechnen. Diese beiden neuen Gesellschaftsformen nehmen im Übrigen sogar eine Art mögliche *Vorbildfunktion* für die Gesellschaftsrechtsgesetzgebung wahr: Einerseits sind SICAV nämlich Modell für eine *Flexibilisierung* des Aktienkapitals⁴³, und andererseits könnten KkK den Weg für eine *Personengesellschaft mit einer relativierenden Gesellschafterhaftung* aufzeigen⁴⁴.

3. Zukunft

Die Notwendigkeit bzw. die Begründetheit eines *strengen NC* im Gesellschaftsrecht wurde immer wieder kritisch hinterfragt⁴⁵. Unbesehen dessen wird sich in der Schweiz zumindest am *Grundsatz nichts ändern*. Tatsächlich sollte der NC nicht preisgegeben werden, doch unter rechtspolitischem Aspekt erscheint m.E. eine *Flexibilisierung der angebotenen Gesellschaftsformen* ohne Weiteres wünschbar⁴⁶, d.h., der NC sollte kein Axiom (mehr) sein – dies sei an einem aktuellen Beispiel⁴⁷ erläutert:

Die *Personengesellschaften* haben in der Schweiz gegenüber den Kapitalgesellschaften einen erheblichen Wettbewerbsnachteil⁴⁸, nämlich die (meist unbeschränkte) *persönliche Gesellschafterhaftung*. Dieses unbestreitbare Ungleichgewicht könnte leicht korrigiert werden durch eine «kleine» Revision des OR, indem Art. 594 Abs. 2 OR ersatzlos gestrichen würde⁴⁹. Als Alternative dazu könnte (und m.E. sollte)⁵⁰ der gesellschaftsrechtliche NC ergänzt werden mit einer *neuen* Gesellschaftsform, der sog. *Partnerschaft mit beschränkter Haftung (PmbH)*⁵¹. Bis heute gibt es

⁴⁰ Zu den zahlreichen gesellschaftsrechtlichen Revisionen der letzten Jahre gehört ebenfalls die *Totalrevision des GmbH-Rechts* per 1. Januar 2008 – als Übersicht: *Peter V. Kunz*, Grosse GmbH-Reform als Chance und Herausforderung für schweizerische Unternehmungen (...), Jusletter vom 30. April 2007, Rz. 1 ff.

⁴¹ Erste Bewilligung: 24. September 2007.

⁴² Erste Bewilligung: 20. November 2007.

⁴³ Im Rahmen der anstehenden «grossen» Aktienrechtsrevision soll ein sog. *Kapitalband* eingeführt werden.

⁴⁴ *Peter V. Kunz*, Recht der KMU: Personengesellschafts- und GmbH-Recht, njus Entwicklungen 2007 (Bern 2008) 20; die KkK ist Beleg dafür, dass im Prinzip nichts gegen eine *schweizerische «GmbH & Co. KG»* spricht: Vgl. dazu hinten II. B. 3.

⁴⁵ In diesem Sinne: *Kunz* (Fn. 9) § 2 N 7; *ders.* (Fn. 2) Rz. 32; schon früh: *Rolf Bär*, Aktuelle Fragen des Aktienrechts, ZSR 85 (1966) II 494; *Roland von Büren/Daniel Hasler*, Ein Novum im Gesellschaftsrecht: Die Anlagegesellschaft mit variablem Grundkapital, in: Wirtschaftsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts, FS für P. Nobel (Bern 2005) 74, weisen darauf hin, dass der NC «nicht in Stein gemeißelt» ist.

⁴⁶ Gl.M.: *Forstmoser* (Fn. 36) 94 ff.

⁴⁷ Weitere Beispiele, die ohne Erfolg blieben: *Forstmoser* (Fn. 36) 86 ff.

⁴⁸ Hierzu: *Peter V. Kunz*, Besteht ein gesetzgeberischer Revisionsbedarf? Konkurrenzkampf um die beste Rechtsform für KMU (...), FuW Nr. 55 (2007) 29.

⁴⁹ Dadurch würde faktisch (sozusagen nach deutschem Vorbild) eine *Schweizer «GmbH & Co. KG»* zugelassen, was keinen Bruch mit dem NC darstellen würde: *Peter V. Kunz*, Aktualitäten im schweizerischen Personengesellschaftsrecht, in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht II (Bern 2007) 156 f.

⁵⁰ *Kunz* (Fn. 44) 8; *ders.* (Fn. 49) 157 f.

⁵¹ Erster Vorstoss: *Peter Böckli*, Partnerschaft mit beschränkter Haftung – ein Vorschlag de lege ferenda, in: Wirtschaftsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts, FS für P. Nobel (Bern 2005) 17 ff. sowie 50 ff. (Entwurf eines Gesetzestextes); jüngst: *Dorothea Herren-Senn*, Die vorgeschlagene Partnerschaft mit beschränkter Haftung (PmbH): Würde die PmbH die GmbH verdrängen?, SZW 2008 269 ff.

indes (noch) keine legislativen Aktivitäten in diese Richtung.

C. Paradigmenwechsel: Wirtschaftsform statt Rechtsform

1. Ausgangslage

Das Gesellschaftsrecht in der Schweiz folgte lange Jahrzehnte dem sog. *Siloprinzip*: «Für jede Rechtsform [also: AG, GmbH etc.] wird eine eigene Ordnung aufgestellt, und diese gilt dann für sämtliche Gesellschaften in diesem Rechtskleid, vom kleinen Einpersonenbetrieb bis hin zum global tätigen Grossunternehmen»⁵². *Differenzierungen* quantitativer⁵³ oder qualitativer⁵⁴ Natur – also, etwas trivialisiert, nach «Bedeutsamkeit» der

Unternehmung – wurden von der früheren Gesellschaftsrechtsgesetzgebung in aller Regel⁵⁵ nicht vorgenommen.

Ein solcher legislativer Ansatz unterliess es, den *Unternehmungen angemessene* Organisationsmöglichkeiten zu verschaffen. Die Bedürfnisse können völlig unterschiedlich sein und richten sich eigentlich nie nach der Gesellschaftsform. Eine rechtliche Typologie-Debatte⁵⁶ wie in den 1960er-/1970er-Jahren kann es nicht mehr geben. Wenig überraschend hat der Gesetzgeber in den letzten Jahren immer wieder das *Siloprinzip aufgebrochen* und *rechtsformübergreifende* Aspekte legiferiert. Als neuartiges gesellschaftsrechtliches Konzept steht heute somit fest: «Die Gesellschaftsform ist tot, es lebe die Wirtschaftsform!»⁵⁷

2. Beispiele

Der gesellschaftsrechtliche Gesetzgeber *differenziert* seit einigen Jahren – und dies als *vierte* Auffälligkeit – vermehrt *rechtsformunabhängig* bzw. *-übergreifend*, d.h. vielmehr Bezugnehmend auf die «Bedeutsamkeit» der Unternehmung. Dies kann durch das Revisionsprojekt als solches zum Ausdruck gelangen⁵⁸ oder durch Normen, die einen «Übergang» zwischen bzw. eine Unabhängigkeit von den Gesellschaftsnormen sicherstellen – als Beispiele:

(i) *Börsenrecht* als eigentliches Sonderrecht für Publikumsgesellschaften (sog. «Börsengesellschaftsrecht»)⁵⁹, d.h. für Gesellschaften mit zum Börsenhandel zugelassenen bzw. kotierten Beteiligungspapieren; (ii) *GmbH-Rechtsrevision* im OR mit klarem Fokus auf kleine und mittlere Unternehmungen (KMU); (iii) *Fusionsrecht* mit Erleichterungen für KMU; (iv) *Revisionsrecht* im OR mit einer rechtsformunabhängigen Revisionspflicht⁶⁰.

Als durchaus positives Zwischenergebnis steht schon heute fest: «Die starre Abgrenzung aufgrund der gewählten Rechtsform ist somit in Kernbereichen des Wirtschaftsrechts abgelöst worden durch eine Ordnung, die es erlaubt, auf unterschiedliche wirtschaftliche Vorgänge – unabhängig von der gewählten Rechtsform – entsprechend ihrer Bedeutung und Komplexität differenzierend zu antworten»⁶¹. Eine Legiferierung in diese Richtung erscheint ohne Zweifel als positiv, was indes nicht bedeuten soll, dass im Wirtschaftsrecht ganz allgemein die sog. wirtschaftliche Betrachtungsweise eingeführt werden sollte.

3. Zukunft

Die *Wirtschaftsform* (anstelle der Gesellschaftsform) dürfte bei künftigen gesellschaftsrechtlichen Revisionen vermehrt in den Vordergrund gestellt werden. Aktuellstes Beispiel ist die «grosse» Aktienrechtsrevision, in deren Rahmen das *Rechnungslegungsrecht* für sämtliche privaten Unternehmensformen total revidiert und – zumindest soweit heute ersichtlich – ebenfalls *rechtsformunabhängig* ausgestaltet werden soll⁶².

Meines Erachtens hat dieser *legislative Paradigmenwechsel* ausserdem eine doppelte Konsequenz: Einerseits wird dadurch das rechtliche Umfeld für KMU, die das Rückgrat der Schweizer Wirtschaft darstellen, leichter erkennbar – es wird sogar ein sog. *KMU-Statut* im Gesellschaftsrecht ersichtlich⁶³. Andererseits würden es diese Differenzierungen erlauben, einen *Allgemeinen Teil* des Gesellschaftsrechts (z.B. im Rahmen der anstehenden «grossen» Aktienrechtsrevision)⁶⁴ ernsthafter in Erwägung zu ziehen.

⁵² Forstmoser (Fn. 4) 135.

⁵³ Elemente: Umsatz, Bilanzsumme oder Anzahl der Arbeitnehmer.

⁵⁴ Elemente: Nutzung des Finanzmarktes (z.B. Anleiheobligationen, Kotierung).

⁵⁵ Als aktienrechtliche *Ausnahmen* erwähnt: Art. 685b f. OR/Art. 685d ff. OR (Vinkulierung) sowie Art. 697h OR (Offenlegung).

⁵⁶ Hinweise: Kunz (Fn. 9) § 9 N 47 ff.

⁵⁷ Kunz (Fn. 2) Rz. 19 a.E.

⁵⁸ Beispielsweise durch die *Konzentration der Gesamtreform* auf typische Grossunternehmen bzw. auf Unternehmen, die den Finanzmarkt nutzen (sc. BEHG) oder auf typische KMU (sc. GmbH-Revision im OR).

⁵⁹ Sonderregelungen für Publikumsgesellschaften finden sich ausserdem im *Aktienrecht* (z.B. die unterschiedliche Behandlung der Vinkulierung: Art. 685b f. OR/Art. 685d ff. OR).

⁶⁰ Diese Revision wurde einem anderen Revisionsprojekt «aufgepfropft»: Vgl. dazu hinten II. E. 2.

⁶¹ Forstmoser (Fn. 4) 135.

⁶² Statt aller: Kunz (Fn. 2) Rz. 20.

⁶³ Kunz (Fn. 44) 5 ff.; ders. (Fn. 2) Rz. 19; allg.: Dorothea Herren, Das KMU-Statut: ein flüchtiges Ziel, Jusletter vom 6. November 2006, Rz. 1 ff.

⁶⁴ Mit diesem Postulat *de lege ferenda*: Kunz (Fn. 29) 158.

D. Weitgehende Überlappungen mit dem Finanzmarktrecht

1. Ausgangslage

Juristen denken gerne in klar abgegrenzten Kategorien. Amorphe Überschneidungen sowie hybride Überlappungen stossen oft auf Widerstand, weil simple Kategorisierungsmöglichkeiten fehlen. Die klassische Unterscheidung und traditionelle Abgrenzung zwischen *Privatrecht* sowie *öffentlichem Recht* wird zelebriert. Doch das *Wirtschaftsrecht* («dazwischen» oder besser: «darüber») war immer schon ein wenig anders⁶⁵ – nicht zuletzt, weil es nicht ohne Weiteres zu kategorisieren ist und Privatrecht sowie öffentliches Recht *symbiotisch verbindet*.

Innerhalb des Wirtschaftsrechts wird ebenfalls gerne immer wieder kategorisiert (z.B. Gesellschaftsrecht, Finanzmarktrecht, Konzernrecht, Kartellrecht, Immaterialgüterrecht oder Steuerrecht). Es bildeten sich sowohl in der Praxis als auch in der Forschung und in der Lehre *fast autonome* wirtschaftsrechtliche Disziplinen sowie *Spezialisierungen* heraus. Überschneidungen bzw. Überlappungen im Wirtschaftsrecht sind indes unvermeidbar, sodass jeweils eine gesamtheitliche Betrachtung naheliegt. Diesem Modell scheint nicht zuletzt die *finanzmarktrechtliche* Gesetzgebung⁶⁶ zu folgen.

2. Beispiele

Das Finanzmarktrecht hat in den letzten Jahren durch verschiedene *Leges Speciales*⁶⁷ das Gesellschaftsrecht bzw. das OR als *Lex Generalis* verdrängt. Nebst der Verdrängung sind aber auch zahlreiche Ergänzungen erkennbar. Insofern *überlappen* sich – als *fünfte* Auffälligkeit – das Finanzmarkt- bzw. das Gesellschaftsrecht immer mehr. Als Beispiele:

(i) Das *Börsenrecht* als finanzmarktrechtliches Spezialgebiet stellt seit zehn Jahren ein das OR im Allgemeinen sowie das Aktienrecht im Besonderen ergänzendes Recht für Publikumsgesellschaften dar⁶⁸ – nebst den erwähnten Besonderheiten für Publikumsgesellschaften⁶⁹ überlappt insbesondere die Ordnung zum sog. öffentlichen Übernahmeangebot⁷⁰ die «üblichen» privatrechtlichen⁷¹ bzw. gesellschaftsrechtlichen⁷² Bestimmungen.

(ii) Das *Kollektivanlagenrecht* führt, wie erwähnt⁷³, sogar neue Gesellschaftsformen ein.

3. Zukunft

Eine (noch) kaum diskutierte Frage ist, ob eine «*Unterstellung*» unter ein im Prinzip *nicht anwendbares Spezialrecht* möglich ist – als konkretes und aktuelles Beispiel: Kann sich eine private AG (also: keine kotierten Beteiligungspapiere) *freiwillig dem BEHG «unterstellen»* und damit die börsenrechtlichen Regelungen zur Anwendung bringen? Diese Fragestellung war bis anhin – fast unbemerkt – in zwei Fällen relevant, indem auf AG *ohne kotierte Aktien* nichtsdestotrotz das *BEHG angewendet* wurde:

Dies führte (i) betreffend «*Clair Finanz Holding AG*» zu einer Empfehlung der Übernahmekommission (UEK) vom 31. März 2004⁷⁴ sowie zu einem Gerichtsurteil⁷⁵ zur Kraftloserklärung von nichtkotierten Aktien und (ii) betreffend «*Heineken/Eichhof*» zu einer weiteren UEK-Empfehlung vom 5. Mai 2008⁷⁶. Die Frage verdient eine detaillierte Antwort, die an dieser Stelle (noch) nicht gegeben werden soll – m.E. erscheint es aber als illegal, dass mit einer solchen «*Unterstellung*» durch die private Gesellschaft deren private Aktionäre, auf die das OR angewendet werden muss, börsenrechtlich belastet werden können⁷⁷.

⁶⁵ Der Begriff «*Wirtschaftsrecht*» hat den früher üblichen Terminus «*Handelsrecht*» in den letzten Jahren weitgehend ersetzt.

⁶⁶ Vgl. dazu hinten II. D. 2. Das *Finanzmarktrecht* kennt – anders als das Gesellschaftsrecht – keine *Referenzkodifikation* wie das OR; immerhin wird in naher Zukunft eine gewisse *Vereinheitlichung* auf Behörden- sowie auf Sanktionsebene erfolgen durch das neue sog. Finanzmarktaufsichtsgesetz (FINMAG), das voraussichtlich am 1. Januar 2009 in Kraft treten soll – materiell finden sich indes die finanzmarktrechtlichen Regelungen weiterhin in den Spezialgesetzen; früher in Kraft getreten: Verordnung vom 16. Januar 2008 über die vorzeitige Inkraftsetzung von organisatorischen Bestimmungen des FINMAG: SR 956.1.

⁶⁷ Vgl. dazu vorne II. A. 2.

⁶⁸ Statt aller: Roland von Büren/Thomas Bähler, Eingriffe des neuen Börsengesetzes ins Aktienrecht, AJP 5 (1996) 391 ff.; Peter Nobel, Börsengesellschaftsrecht, in: FS für R. Bär (Bern 1998) 301 ff.

⁶⁹ Meldepflicht (Art. 20 BEHG); Angebotspflicht (Art. 32 BEHG); Kraftloserklärung (Art. 33 BEHG); allg.: Peter V. Kunz, Publikumsgesellschaften in der Schweiz (...), recht 15 (1997) 136 ff.

⁷⁰ Art. 22 ff. BEHG.

⁷¹ Beispiel: Kaufrecht (Art. 184 ff. OR).

⁷² Beispiel: Kompetenzen des VR (Art. 29 Abs. 2 BEHG).

⁷³ Vgl. dazu vorne II. B. 2.

⁷⁴ Internet: [http://www.takeover.ch/95.html?&f1680aa374&tx_bumadvice_pi1\[uid\]=58&tx_bumadvice_pi1\[view\]=detail](http://www.takeover.ch/95.html?&f1680aa374&tx_bumadvice_pi1[uid]=58&tx_bumadvice_pi1[view]=detail).

⁷⁵ Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Zug vom 6. Januar 2005 – unpubliziert, aber besprochen: Raffael Büchi, Erstmalige Anwendung von Art. 33 BEHG auf eine nicht-kotierte Gesellschaft (...), AJP 2005 496 ff.

⁷⁶ Internet: [http://www.takeover.ch/37.html?&f112a908061&tx_bumadvice_pi1\[uid\]=488&tx_bumadvice_pi1\[view\]=detail](http://www.takeover.ch/37.html?&f112a908061&tx_bumadvice_pi1[uid]=488&tx_bumadvice_pi1[view]=detail).

⁷⁷ M.E. ist insbesondere *unmöglich*, dass *private Aktien kraftlos erklärt* werden im Rahmen von Art. 33 BEHG; Interview des Unterzeichners: Neue Luzerner Zeitung (NLZ) et al. vom 8. Mai 2008, 13 («Aktienexperte ortet rechtliche Probleme – Heineken/Eichhof»).

E. Drohender Qualitätsverlust infolge «Skandalitis» und «Ad-hoc-ismus»

1. Ausgangslage

Idealtypischerweise sollte ein überzeugender wirtschaftsrechtlicher oder sonstiger Gesetzgebungsprozess auf einer *rationalen (rechtspolitischen) Entscheidungsbasis* beruhen; insbesondere gilt es bei einer seriösen Legiferierung

grundsätzlich nichts zu überstürzen⁷⁸. Beispielsweise wäre eine *prospektive Gesetzesfolgenabschätzung*, wie dies im Ausland regelmässig vorgenommen wird⁷⁹, zumindest wünschbar, wenn nicht sogar notwendig.

Eine durch *Skandale à la «Enron»* oder *«Swissair»* («Skandalitis») oder durch *Tagesaktualitäten à la «Heuschreckenplage»* bei Industrieunternehmen («Ad-hoc-ismus») getriebene Rechtssetzung bringt *Qualitätsverluste* mit sich⁸⁰. Eine solche Entwicklung, die seit einiger Zeit im Bereich des Gesellschaftsrechts erkennbar ist⁸¹, bedroht den Wirtschaftsstandort Schweiz und stellt einen *internationalen Wettbewerbsnachteil* dar. Unternehmen sind nämlich auf Berechenbarkeit der Rechtsordnung und damit auf Rechtssicherheit dringend angewiesen⁸².

2. Beispiele

Gelegentlich scheinen verschiedene (Rechts-)Politiker den Kopf zu verlieren, indem lieber gestern als heute eine neue Ordnung verabschiedet werden soll. Dies führt gerade im Gesellschaftsrecht – als *sechste* Auffälligkeit – zu *immer fragwürdigerer Qualität* von Erlassen. Dieser Mangel kann sich entweder in der *Art* der Legiferierung oder aber im *Inhalt* der Rechtssetzung zeigen – hierfür können aktuelle Beispiele erwähnt werden:

- *Neues Revisionsrecht*: Die Unternehmensrevision in der Schweiz stand in den letzten Jahren unter zunehmender (u.a. rechtspolitischer) Kritik. Dass die Totalrevision des Revisionsrechts nach dem «Split» des RRG⁸³ vorgezogen wurde, kann kaum kritisiert werden. Problematischer erscheint, dass das Revisionsrecht (zusammen mit dem RAG) –

unter internationalem Druck⁸⁴ – der damals laufenden Totalrevision des *GmbH-Rechts* in einem «Huckepackverfahren»⁸⁵ sozusagen «aufgefropft» wurde⁸⁶.

- *Neues börsenrechtliches Meldepflicht-Regime*: Im Jahre 2007 wurde die Meldepflicht des Aktionärs mehrfach und grundlegend überarbeitet⁸⁷ – eine Revision betraf ebenfalls das *Börsengesetz* (Art. 20 revBEHG), das in einer «Nacht-und-Nebel-Aktion»⁸⁸ revidiert wurde. Zur neuen sog. *Stimmrechtssuspendierungsklage* gemäss Art. 20 Abs. 4^{bis} revBEHG bleiben allerdings zahlreiche materielle Fragen (z.B. zum Verschulden als Voraussetzung oder zum Umfang der Suspendierung) unbeantwortet⁸⁹; ausserdem wurde diese BEHG-Revision erneut einem Gesetz «aufgefropft», und zwar dem neuen FINMAG⁹⁰.

Erstaunlicherweise sind sich die Parlamentarier (oftmals) *durchaus bewusst*, dass sie zahlreiche Fragen mit der Verabschiedung eines Gesetzes nicht beantworten⁹¹ und gelegentlich den legislativen «courant normal» nicht einhalten⁹². Doch es wurde und wird im Eidgenössischen Parlament immer wieder darauf vertraut, dass dann schon irgendwann irgendwie irgendwo der *Richter* die *richtigen Antworten* geben wird. Dadurch stiehlt sich der gesellschaftsrechtliche Rechtssetzer aus der eigenen Verantwortung und *überfordert* die Rechtsanwender und *gefährdet* zudem die Rechtsunterworfenen – m.E. ist Art. 1 Abs. 2/Abs. 3 ZGB («Richter als Gesetzgeber») nicht legislatives Programm.

3. Zukunft

Der Autor ist *kein Naivling!* Natürlich wird es *niemals* einen Erlass geben,

⁷⁸ Damit soll nicht etwa das «Prinzip der Langsamkeit» – so Forstmoser (Fn. 4) 133 zur traditionellen schweizerischen Gesetzgebung – unterstützt werden.

⁷⁹ Hinweise: *Holger Fleischer*, Finanzinvestoren im ordnungspolitischen Gesamtgefüge von Aktien-, Bankaufsichts- und Kapitalmarktrecht, ZGR 2008, 191 ff.

⁸⁰ Kunz (Fn. 2) Rz. 9 ff.

⁸¹ Vgl. dazu hinten II. E. 2.

⁸² Forstmoser (Fn. 4) 137 kritisiert eine «Boulevardisierung».

⁸³ Vgl. dazu vorne II. A. 3.

⁸⁴ Vgl. dazu hinten II. I. 2.

⁸⁵ *Peter Forstmoser*, Im Huckepackverfahren und auf der Überholspur – Zwei fragwürdige «Novitäten» schweizerischer Gesetzgebung, NZZ Nr. 44 (2007) 27.

⁸⁶ Kunz (Fn. 2) Rz. 10.

⁸⁷ Dies betraf sowohl die *Verordnungsebene* (BEHV-EBK) als auch die *Gesetzesebene* (BEHG); allg.: *Hans Caspar von der Crone/Eva Bilek/Matthias Hirschele*, Neuerungen im Offenlegungsrecht, SZW 80 (2008) 8 ff.; *Jacques Iffland/Nadia Gilliard*, Les nouvelles règles en matière de publicité des participations importantes, GesKR 4 (2007) 379 ff.

⁸⁸ Kritische Stimme im Parlament: Amtl. Bull. NR 2007 101 (Kaufmann).

⁸⁹ Grundlegend in der Kritik: *Peter V. Kunz*, Die Stimmrechtssuspendierungsklage im revidierten Börsengesetz, SZW 2008 280 ff. m.w.H., v.a. 283 ff.

⁹⁰ Kunz (Fn. 89) 286 Fn. 73.

⁹¹ Offensichtlich bei der Revision von Art. 20 Abs. 4^{bis} revBEHG: Kunz (Fn. 89) 286 m.w.H. in Fn. 69 ff.

⁹² Zur BEHV-Revision: Kunz (Fn. 89) 285.

der *absolut «wasserdicht»* ist oder sein kann. Die Rechtsberater verdienen ihr Honorar u.a. damit, in jedem Gesetz entweder Lücken oder «Unstimmigkeiten» zu suchen sowie zu finden. Doch deren Arbeit wird allzu leicht gemacht, wenn die Rechtsetzer – sei es bei der Art oder beim Inhalt der Legiferierung – nicht mit der nötigen Sorgfalt⁹³ arbeiten.

Meines Erachtens als *positives Beispiel*, wie es «eigentlich ablaufen» sollte, kann die aktuelle «grosse» Aktienrechtsrevision erwähnt werden, die ein Mammutprojekt darstellt⁹⁴. Einem (i) *Vorentwurf* mit (ii) *Begleitbericht* folgte eine breite (iii) *Vernehmlassung*, und schliesslich wurde die (iv) *Botschaft* mit dem (v) *Entwurf* publiziert. In den vorberatenden (vi) *Kommissionen* des Parlaments werden ausserdem (vii) *Expertenanhörungen* durchgeführt. Damit sollte zumindest die Basis gelegt sein für eine (hoffentlich) überzeugende Gesetzgebung.

F. Privatinitiative als legislativer Motor

1. Ausgangslage

Die Rechtssetzung stellt einen *hoheitlichen* Akt dar. Nichtsdestotrotz ist die *Mitwirkung von Privaten* – z.B. im Rahmen von Vernehmlassungen zu Gesetzes- oder zu Verordnungsvorlagen – im Prozess der Rechtssetzung ausdrücklich vorgesehen.

Im Bereich des Wirtschaftsrechts im Allgemeinen sowie des Gesellschaftsrechts im Besonderen gibt es darüber hinausgehend schon lange Zeit eine *Tradition privater Initiative* nach dem Motto: «Anpacken statt Jammern». Somit sind «Anregungen» o.Ä. durch Private zum Erlass von Regulierungen *nichts Aussergewöhnliches* und nicht eo ipso kritikwürdig.

2. Beispiele

Verschiedene Rechtssetzungen haben insofern einen *privaten Ursprung*, wobei – als *siebte* Auffälligkeit – eine Zunahme entsprechender Vorstösse ersichtlich ist. Tatsächlich werden gelegentlich sogar *private Gesetzesentwürfe* vorgelegt, und zwar meist von Rechtsprofessoren⁹⁵ oder von Wirtschaftsorganisationen. Teilweise werden diese Entwürfe wenig beachtet⁹⁶, teilweise aber auch geradezu «umgegossen» in Rechtssetzung – als aktuelle Beispiele:

(i) Das in Vorbereitung befindliche *neue Bucheffektenrecht* (BEG)⁹⁷ wurde durch die Finanzbranche nach anfänglichem Zögern⁹⁸ unmittelbar angeregt; tatsächlich liessen die Schweizerische Bankiervereinigung sowie die damalige Finanzplatzinfrastrukturunternehmung SIS⁹⁹ vor einigen Jahren einen *privaten Entwurf* für ein sog. «Wertpapierverwahrungsgesetz» (WVG) erarbeiten¹⁰⁰, der in der Folge dem Eidgenössischen Finanzdepartement (EFD) «zur weiteren Bearbeitung»¹⁰¹ unterbreitet wurde. (ii) Das *neue börsenrechtliche Meldepflicht-Regime* gemäss Art. 20 revBEHG¹⁰² kann schliesslich auf einen ausformulierten Vorschlag von SwissHoldings zurückgeführt werden¹⁰³.

3. Zukunft

Meines Erachtens ist es durchaus *legitim*, wenn von privater Seite her detaillierte und sogar ausformulierte Vorschläge zu Regulierungen gemacht werden – dies ist wohl nicht zuletzt eine Folge der jüngsten Tendenz von der Selbstregulierung zur Regulierung¹⁰⁴. Heikel wäre indes eine (zu) starke Einflussnahme im weiteren Verlauf des Rechtssetzungsprozesses. Ausserdem scheint eine *Transparenz* des Vorgangs unerlässlich.

Verschiedene mehr oder weniger ausformulierte rechtspolitische Vorstösse zum schweizerischen Gesellschaftsrecht von privater Seite sind ausserdem *zurzeit «pendent»* – als Beispiele erwähnt: (i) ein Vorschlag bzw. ein Entwurf für eine *PmbH* (Personengesellschaft mit beschränkter Haftung)¹⁰⁵; im Rahmen der aktuellen

⁹³ Vgl. dazu vorne II. E. 2.

⁹⁴ Internet: <http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision.html>.

⁹⁵ Nicht gemeint ist deren *Expertentätigkeit*, wenn sie für den Bund einen *Vorentwurf* eines Gesetzesprojektes verfassen – damit wird keine Privatinitiative verfolgt, sondern ein Auftrag erfüllt.

⁹⁶ Als Vorstoss aus den 1990er-Jahren nach wie vor erwähnenswert: *Alain Hirsch/Peter Nobel*, Projekt einer privaten Aktiengesellschaft, SZW 1997 126 ff. – dieser ausformulierte Vorschlag auf privater Initiative hat m.E. zu unrecht leider *nur wenig Resonanz* erhalten: Kunz (Fn. 9) § 3 N 191 ff., v.a. N 193 ff.

⁹⁷ Vgl. dazu vorne II. A. 2.

⁹⁸ Lange Zeit sah die Finanzindustrie allerdings keinen Regulierungsbedarf und sprach sich sogar *gegen* ein Gesetz aus: Kunz (Fn. 19) 41.

⁹⁹ Zum «privaten Anschlag» der Gesetzgebung: Kunz (Fn. 19) 42 f. m.w.H.

¹⁰⁰ Detailliert: *Hans Caspar von der Crone/Franz J. Kessler/Andreas Gersbach*, Der Entwurf zu einem schweizerischen Wertpapierverwahrungsgesetz (WVG), in: *Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz*, Bd. 11 2002/2003 (Bern 2004) 135 ff.

¹⁰¹ Botschaft zum BEG: BBl 2006 9337.

¹⁰² Vgl. dazu vorne II. E. 2.

¹⁰³ Hinweis: Kunz (Fn. 89) 298.

¹⁰⁴ Vgl. dazu hinten II. G. 2.

¹⁰⁵ Vgl. dazu vorne II. B. 3.

«grossen» Aktienrechtsrevision erfolgte (ii) ein Vorschlag betreffend die sog. Dispoaktien durch Wirtschafts-

verbände¹⁰⁶; und schliesslich wird seit Kurzem (iii) eine (Mini-)Revision des FusG von privater Seite angeregt¹⁰⁷.

niger Staat!» kommt, mindestens in Zeiten mit «Krisen» und «Skandalen», immer geringeres Gewicht zu¹¹³. In den letzten Jahren erfolgte denn auch – als achte Auffälligkeit – im Gesellschaftsrecht eine tendenzielle Verlagerung von der Selbstregulierung zur Regulierung¹¹⁴. Als aktuelle Beispiele:

¹⁰⁶ Es geht um ein sog. *Nominee-Modell* zur Regelung der Dispoaktien: Victor Weber, Wirtschaft sucht Hilfe beim Bund – Dispoaktien erleichtern feindliche Übernahmen – Bern soll gesetzliche Riegel vorschieben, Sonntagszeitung vom 6. Januar 2008, 57.

¹⁰⁷ Kunz (Fn. 2) Rz. 15; Interview mit Andreas Binder: Vor einer zweiten, verbesserten Auflage des Fusionsgesetzes?, ST 2007 978 ff.

¹⁰⁸ Allg.: Peter V. Kunz, Corporate Governance – Tendenz von der Selbstregulierung zur Regulierung, in: FS für P. Böckli (Zürich 2006) 471 ff. m.w.H.

¹⁰⁹ Dies ist etwa auch auf internationaler Ebene ersichtlich, indem z.B. die *Regulierung von Ratingagenturen verhindert* werden soll durch einen *selbstregulierenden «Code of Conduct»* von IOSCO: FuW Nr. 60 (2008) 6 («Selbstregulierung oder Gesetz?»).

¹¹⁰ Als Beispiel kann die *Vergütungs-transparenz* erwähnt werden: Kunz (Fn. 108) 477 Fn. 50 m.w.H.

¹¹¹ Albrecht Langhart, Rahmengesetz und Selbstregulierung (Diss. Zürich 1993) 97; Hervorhebung des Originals weglassen.

¹¹² Hinweise: Kunz (Fn. 108) 481 f.

¹¹³ Die *bankenrechtlichen* Regulierungsdiskussionen der jüngsten Vergangenheit (z.B. betreffend Aufrechterhaltung oder Abschaffung des Universalbanken-Systems, Eigenkapitalausstattung, «leverage ratio») sind direkte Folgen der *globalen Finanzmarktkrise* in den Jahren 2007/2008 (sc. «sub prime loans» in den USA).

¹¹⁴ Zum Gesellschaftsrecht: Kunz (Fn. 108) 480 ff.

¹¹⁵ Detailliert: Kunz (Fn. 108) 482 ff.

¹¹⁶ Statt aller: Kunz (Fn. 108) 491 ff.; ders. (Fn. 29) 131 ff. m.w.H.

¹¹⁷ Die sog. «Treuhand-Kammer» bzw. deren «Stiftung für Empfehlungen zur Rechnungslegung» sind Rechtsträger für die «Fachkommission für Empfehlungen zur Rechnungslegung» (FER).

¹¹⁸ Kunz (Fn. 108) 479.

¹¹⁹ Seit Ende der 1980er-Jahre gab es einen selbstregulierenden sog. *Schweizerischen Übernahmekodex*.

¹²⁰ Hinweise: Kunz (Fn. 108) 478 f.

G. Tendenz von der Selbstregulierung zur Regulierung

1. Ausgangslage

Der sog. *Selbstregulierung* («self-regulation», «auto-régulation») kommt gerade in den Bereichen des Finanzmarktrechts sowie – etwas weniger – des Gesellschaftsrechts traditionellerweise eine *grosse Bedeutung* zu¹⁰⁸. Selbstregulierungen sind teilweise dazu bestimmt, Regulierungen zu verhindern, d.h. *staatliche Eingriffe überflüssig* zu machen¹⁰⁹. Insofern werden sie teils hoheitlich nahegelegt oder «empfohlen»¹¹⁰ nach dem Erbkönig-Motto: «Und bist Du nicht willig [sc. Selbstregulierung], so brauch ich Gewalt [sc. Regulierung]».

Selbstregulierung bedeutet in etwa: «Private schaffen freiwillig oder kraft staatlicher Delegation in einem sie betreffenden Bereich, in dem ein Regelungsbedarf besteht, durch Vertrag, Satzung oder mit rechtlich nicht bindenden Mitteln eine das öffentliche Interesse wahrende Ordnung von relativer Allgemeinheit»¹¹¹. Als Vorzüge einer Selbstregulierung werden z.B. die Sachnähe und die verbesserte Akzeptanz in der Wirtschaft, als Nachteile hingegen etwa die relativierten Sanktionen und die heikle Haftungsthematik erwähnt¹¹².

2. Beispiele

Gesellschaftsrechtliche Rechtssetzungen werden – wie jede Gesetzgebung – von der *Rechtspolitik* bestimmt, sodass Konstanten nicht immer gegeben sind. Dem ehemals in der Politik verbreiteten Motto «Mehr Freiheit – we-

– *Corporate Governance*: Corporate Governance (CG) war bis anhin in erster Linie bei Publikumsgesellschaften ein Thema und wurde vorab durch *Selbstregulierung* – nämlich den sog. Swiss Code of Best Practice (SCBP) von Economiesuisse und die sog. Richtlinie zur Corporate Governance (RLCG) der Schweizer Börse – «abgedeckt»¹¹⁵. Nunmehr stellt CG den Leitstern der «grossen» *Aktienrechtsrevision im OR* dar¹¹⁶.

– *Rechnungslegung*: Die Rechnungslegung ist *im OR eher rudimentär* geregelt. In der Wirtschaftsrealität dominiert die Selbstregulierung durch die Standesorganisation der Büchlersachverständigen¹¹⁷. Die resultierenden Empfehlungen («Swiss GAAP FER») ergänzen das OR¹¹⁸. Mit der «grossen» Aktienrechtsrevision wird zwar die Selbstregulierung nicht obsolet, doch dürfte zumindest eine *Gewichtsverlagerung* stattfinden.

Das in der Schweiz wohl bekannteste Beispiel für diesen regulatorischen «Umbruch» stellt das sog. *öffentliche Übernahmerecht* (als Spezialgesellschaftsrecht) dar: Ursprünglich waren Gesellschaftsübernahmen durch *Selbstregulierung* geordnet¹¹⁹. In den Jahren 1997/1998 wurde dann aber das Börsenrecht mit Wirkung für die gesamte Schweiz erlassen, das die frühere Ordnung ersatzlos mittels der *Regulierung* von Art. 22 ff. BEHG verdrängte¹²⁰, d.h., es gab keine Diskussionen zum Verhältnis zwischen Selbstregulierung

und Regulierung¹²¹. Das jüngste Beispiel einer Tendenz zur Regulierung ist die *Revisionsaufsicht* mit dem Revisionsaufsichtsgesetz (RAG) und der neu geschaffenen Revisionsaufsichtsbehörde (RAB).

3. Zukunft

Ein Blick in die Kristallkugel ist unmöglich. Ob die *heutige Tendenz zur Regulierung* anhalten wird oder sich sogar noch stärker ausprägt, oder ob wieder eine Gegenteilstendenz zur Selbstregulierung stattfinden wird, dürfte von der *wirtschaftlichen Entwicklung* in der Schweiz abhängen. Solange die Regulierungstendenz anhält, dürfte m.E. die Privatinitiative als Motor der Rechtssetzung¹²² weiterlaufen – als Kompensation zur Regulierung¹²³.

Eine *offene Frage*, die *nicht einheitlich* beantwortet werden kann, ist das *Verhältnis* zwischen (neuer) Regulierung und (alter) Selbstregulierung – oder m.a.W.: Kann die Selbstregulierung irgendeine *«Weitergeltung»* beanspruchen? Positiv ist die Frage zu beantworten, wenn die Regulierung auf die Selbstregulierung (i) *verweist*, sodass die letztere Ordnung autonom anwendbar sein muss¹²⁴, oder wenn zumindest (ii) ein *innerer Zusammenhang* besteht¹²⁵.

Doch wie verhält es sich, wenn die gesetzliche Ordnung (iii) sich *nicht äussert* – was der Fall sein dürfte bei der «grossen» Aktienrechtsrevision betreffend SCBP/RLCG:

Meines Erachtens *kann* sich eine Selbstregulierung, die in der Schweiz weit verbreitet ist und allgemein anerkannt wird, durchaus zu einem *Standard entwickeln*, der de lege lata berücksichtigt werden muss. Das «Einfallstor» für die Selbstregulierung in die Regulierung dürfte in erster Linie die *richterliche Lückenfüllung* im Rah-

men von Art. 1 Abs. 2 ZGB sein¹²⁶. Aber auch sonst darf ein Gericht bei der Auslegung von *Generalklauseln* (z.B. zu den Sorgfalts- und Treuepflichten gemäss Art. 717 OR) Bezug nehmen auf Selbstregulierungen, wenn sie Ausdruck einer allgemeinen Akzeptanz bei den Adressaten darstellen¹²⁷.

H. Wachsende Bedeutung der Verordnungsstufe

1. Ausgangslage

Über Jahrzehnte hinweg handelte es sich beim Gesellschaftsrecht um eine Rechtsmaterie, die in der Schweiz fast ausschliesslich auf *Gesetzesebene* und damit im OR geregelt war. Die gesellschaftsrechtlichen Ausführungsbestimmungen – z.B. betreffend die Anmeldungen beim Handelsregister (notwendige Belege etc.) – fanden sich auf *Verordnungsebene*, und zwar in erster Linie in der *Handelsregisterverordnung* (HRegV).

Erwähnenswert ist (korrekter: war) ausserdem die sog. Verordnung über die fachlichen Anforderungen an *besonders befähigte Revisoren* (RevV)¹²⁸. Diese Verordnung wurde indes im Rahmen des total revidierten Revisionsrechts per 1. September 2007 aufgehoben und durch die neue sog. Verordnung über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren bzw. die *Revisionsaufsichtsverordnung* (RAV)¹²⁹ ersetzt.

2. Beispiele

Die frühere Konzentration auf die HRegV wurde im Rahmen der zunehmenden Dekodifikation im Gesellschaftsrecht¹³⁰ allmählich obsolet. Die meisten¹³¹ *Spezialgesetze* sahen und sehen *autonome Verordnungen* vor, was – als *neunte Auffälligkeit* – eine wachsende Bedeutung dieser Rege-

lungsstufe nahelegt. Ersichtlich ist dies an folgenden Beispielen:

– *Börsenrecht*: Auf dem BEHG basieren *drei Verordnungen*, die alle *gesellschaftsrechtliche (Teil-)Gehalte* regeln, nämlich die sog. Börsenverordnung des Bundesrats (BEHV)¹³², die sog. Börsenverordnung der Eidgenössischen Bankenkommision (BEHV-EBK)¹³³ sowie die sog.

¹²¹ In anderen Bereichen (z.B. zur CG) ist hingegen durchaus diskutabel, wie das Verhältnis zwischen *Selbstregulierung* und Regulierung gestaltet ist, d.h., ob insbesondere der *Selbstregulierung* nebst der Regulierung noch *irgendeine «Weitergeltung»* zukommen kann oder nicht: Vgl. dazu hinten II. G. 3.

¹²² Vgl. dazu vorne II. F. 2.

¹²³ Motto: «Wenn wir schon reguliert werden, wollen wir auch mitreden und konkrete Vorschläge machen».

¹²⁴ Beispiel: Art. 4 BEHG sowie das sog. *Kotierungsrecht* der beiden schweizerischen Börsen (SWX/BX).

¹²⁵ Dies dürfte beim *neuen Rechnungslegungsrecht* der Fall sein, bei dem die Selbstregulierung als *Standard* verstanden werden kann – immerhin handelt es sich bei dieser Selbstregulierung trotz allem *nicht* um eine Rechtsnorm: BGE 131 III 43 f. Erw. 4.2.4; dazu: Kunz (Fn. 108) 486 Fn. 126.

¹²⁶ Kunz (Fn. 108) 487 sowie 495 f.

¹²⁷ Kunz (Fn. 108) 487.

¹²⁸ Ehemals: SR 221.302.

¹²⁹ SR 221.302.3.

¹³⁰ Vgl. dazu vorne II. A. 2.

¹³¹ Ausnahme: FusG, d.h. es gibt also *keine «FusV»*, sondern die fusionsrechtlichen Detailbestimmungen fanden und finden sich in der HRegV; allg.: Peter V. Kunz, Das neue Fusionsgesetz (FusG), in: *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht I* (Bern 2006) 189.

¹³² SR 954.11; die Verordnung des Bundesrats enthält z.B. Regelungen zur *Kraftloserklärung* der übrigen Beteiligungspapiere bei öffentlichen Übernahmeangeboten (Art. 54 f. BEHV).

¹³³ SR 954.193; die Verordnung der EBK enthält z.B. Regelungen zur Meldepflicht bzw. zur *Offenlegung von Beteiligungen* (Art. 9 BEHV-EBK).

Übernahmeverordnung der UEK (UEV-UEK)¹³⁴.

- *Kollektivanlagenrecht*: Zum KAG wurden ebenfalls zwei (finanzmarktrechtliche) Verordnungen erlassen, die materiell gewichtig sind, nämlich – von den Akronymen her etwas überraschend¹³⁵ – die sog. Kollektivanlagenverordnung

des Bundesrats (KKV)¹³⁶ sowie die sog. Verordnung der EBK über die kollektiven Kapitalanlagen (KKV-EBK)¹³⁷; weitere Regelungen finden sich in der HRegV¹³⁸.

Wenn die *gesellschaftsrechtlichen* Bestimmungen in *finanzmarktrechtlichen* Spezialgesetzen¹³⁹ – wie eben z.B. im BEHG oder im KAG – enthalten sind, ist die Bedeutung der Verordnungsebene noch wichtiger als sonst. Dies liegt in erster Linie daran, dass im Finanzmarktrecht meist sog. *Rahmengesetze* erlassen werden, die im Anschluss an deren Erlass mit Detailvorschriften «gefüllt» werden müssen, und zwar einerseits durch Verordnungen sowie (oftmals) zusätzlich durch Selbstregulierungen¹⁴⁰.

3. Zukunft

Die gewichtigste Revision auf Verordnungsebene für das Gesellschaftsrecht erfolgte kürzlich: Die *total revidierte HRegV* trat am 1. Januar 2008 in Kraft¹⁴¹. Sie wurde u.a. erforderlich, weil zahlreiche Spezialgesetze¹⁴² (v.a. das FusG und das KAG) erlassen worden sind und vollzogen werden mussten¹⁴³. Materielle Neuerungen gibt es mit der neuen HRegV zwar kaum; immerhin ist die Neuregelung zur sog. HR-Registersperre zu erwähnen¹⁴⁴.

Die *Corporate Governance* (CG) als Organisationsmechanismus für Machtbalance soll, wie bereits erwähnt¹⁴⁵, künftig (noch) *stärker reguliert* als selbstreguliert werden. Nicht zuletzt aus Gründen der Flexibilität sowie der Geschwindigkeit des Erlasses im Bereich der CG müsste indes das zu wählende Gesetzgebungsmodell noch eingehender diskutiert werden – m.E. sollte ernsthaft erwogen werden, zusätzlich zur «grossen» Aktienrechtsrevision eine sog. *Corporate-Governance-Verordnung* zu erlassen¹⁴⁶.

I. Dominierende internationale Einflüsse

1. Ausgangslage

Die Schweiz und ihre Rechtsordnung sind *keine Inseln*. Zwischen ausländischem und schweizerischem Recht gibt es seit jeher gegenseitige Beeinflussungen. Eine oftmals unterschätzte Rechtsdisziplin – die sog. *Rechtsvergleichung* – beschäftigt sich mit dem Vergleichen von Schweizer Recht und (ausgewähltem) Recht im Ausland¹⁴⁷.

Gerade das *Wirtschaftsrecht der Schweiz* wird heute weitgehend von ausländischen Rechtsordnungen sowie von entsprechenden Erfahrungen (Behörden, Gerichte etc.) *geprägt* – im Vordergrund stehen als Referenzbasis die EU, die USA sowie benachbarte Staaten. Die «Beeinflussungen» variieren indes ganz erheblich. Die Rechtssetzung folgt beispielsweise dem Ansatz der sog. *EU-Kompatibilität*, und zwar schon seit langer Zeit¹⁴⁸.

2. Beispiele

Das Schweizer (Wirtschafts-)Recht inklusive des Gesellschaftsrechts wird schon seit langer Zeit stark von ausländischen Rechtsordnungen sowie von entsprechenden Praxiserfahrungen im Ausland beeinflusst, und zwar – als *zehnte* Auffälligkeit – in *zunehmendem* Ausmass. Im Wesentlichen können, etwas trivialisiert, *vier Varianten* der internationalen Einflüsse auf schweizerisches Recht unterschieden werden:

- *Ausländischer Druck*: Es gab schon früher Beispiele dafür, dass schweizerische Regelungen als Folge von *Pressionen aus dem Ausland* erlassen wurden (z.B. der strafrechtliche Insidertatbestand). Das *RAG* als Spezialgesetz¹⁴⁹ wurde ebenfalls primär auf Druck aus dem Ausland,

¹³⁴ SR 954.195.1; die Verordnung der UEK enthält z.B. detaillierte Regelungen zu den *öffentlichen Übernahmeangeboten* (Art. 1 ff. UEV-UEK).

¹³⁵ Es wäre beim KAG sicherlich naheliegender gewesen, dass deren Verordnungen mit «KAV» abgekürzt worden wären (also: «KAV» sowie «KAV-EBK») – tatsächlich lautet aber das Akronym «KKV», weil KAV bereits «besetzt» ist, und zwar durch die Verordnung vom 18. Dezember 1995 über die Anteile der Kantone an den Abteilungen und Finanzhilfen im Regionalverkehr (SR 742.101.2).

¹³⁶ SR 951.311 – wichtige *gesellschaftsrechtliche* Normen finden sich in Art. 51 ff. KKV (zur SICAV), in Art. 117 ff. KKV (zur KKK) sowie in Art. 122 ff. KKV (zur SICAF).

¹³⁷ SR 951.312.

¹³⁸ Vgl. dazu hinten II. H. 3.

¹³⁹ Vgl. dazu vorne II. D. 2.

¹⁴⁰ Vgl. dazu vorne II. G. 2.

¹⁴¹ Statt aller: *Lukas Glanzmann*, Die kleine Aktienrechtsrevision unter Berücksichtigung der Revision der HRegV, in: *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht III* (Bern 2008) 119 ff.

¹⁴² Vgl. dazu vorne II. A. 2.

¹⁴³ Während es zum *FusG* keine Verordnung gibt, wurden zum *KAG* zwei spezifische Verordnungen erlassen – unbeschadet dessen hatte das *KAG* ebenfalls unmittelbare Auswirkungen auf die neue Handelsregisterverordnung (z.B. Art. 101 ff. HRegV).

¹⁴⁴ Insbesondere die (neue) *Frist von zehn Tagen*: Art. 162 Abs. 3 lit. a HRegV; zur alten Ordnung: *Kunz* (Fn. 9) § 1 N 295 ff. sowie § 11 N 177 ff.

¹⁴⁵ Vgl. dazu vorne II. G. 2.

¹⁴⁶ Mit diesem Vorschlag *de lege ferenda*: *Kunz* (Fn. 108) 493 f.

¹⁴⁷ Allg.: *Peter V. Kunz*, Einführung zur Rechtsvergleichung in der Schweiz (...), *recht* 24 (2006) 37 ff.

¹⁴⁸ Vgl. dazu hinten II. I. 2.

¹⁴⁹ Vgl. dazu vorne II. A. 2.

d.h. aus den USA¹⁵⁰ und somit als «neueste[s] Beispiel amerikanischer Hegemonie»¹⁵¹ verabschiedet – es handelt sich m.a.W. um eine *Lex Americana*.

- *Eklektische Anregungen im Ausland*: Traditionellerweise lässt sich der schweizerische Gesetzgeber von ausländischen Ordnungen bzw. Erfahrungen mindestens *anregen* – beispielsweise basiert die Ordnung zur Sonderprüfung¹⁵² stark auf dem deutschen Vorbild. Entsprechende «*Abkupferungen*» im Ausland, die völlig legal und nicht zu beanstanden sind¹⁵³, erfolgten in den letzten Jahren durch Spezialgesetze¹⁵⁴ wie das *BEHG* sowie das *FusG*, bei denen ausländische Ordnungen einen grossen Einfluss hatten¹⁵⁵.
- *EU-Kompatibilität*: Seit Jahrzehnten werden für die Schweizer Gesetze auch ausländische Rechtsordnungen (mit-)berücksichtigt. Der Bundesrat ist zudem verpflichtet¹⁵⁶, in seiner Botschaft das Verhältnis zum europäischen Recht bzw. die *EU-Kompatibilität* darzulegen¹⁵⁷; Ähnliches schreiben der sog. «Gesetzgebungsleitfaden» sowie der sog. «Botschaftsleitfaden» vor¹⁵⁸. Bei der aktuellen «*grossen*» *Aktienrechtsrevision* – als Beispiel – stellt die EU-Kompatibilität einen wichtigen Themenbereich dar¹⁵⁹.
- *Autonomer Nachvollzug von EU-Recht*: Hierbei handelt es sich um einen (rechtspolitischen) Annäherungsmechanismus¹⁶⁰ an die EU betreffend *Rechtssetzung*, ohne für die Schweiz eine EU-Mitgliedschaft eingehen zu müssen¹⁶¹. Jüngstes gesellschaftsrechtliches Beispiel eines solchen autonomen Nachvollzugs stellt das *Kollektivanlagenrecht* dar¹⁶², zumindest betreffend die sog. offenen¹⁶³ Kapitalanlagen. Es gibt somit verschiedene Möglichkeiten, wie das Schweizer Recht –

wenn der Gesetzgeber dies wünscht – an *ausländisches Recht* (z.B. USA)¹⁶⁴ und v.a. an *EU-Recht angepasst* werden kann¹⁶⁵. Die ersten drei Varianten der internationalen Einflüsse auf das schweizerische Recht (im Bereich der *Rechtssetzung*) haben *keine Folgen* auf die folgende *Rechtsanwendung*. Anders hingegen bei der *vierten Variante*: Der (rechtssetzende) autonome Nachvollzug von EU-Recht führt nämlich zur sog. *europarechtskonformen* Auslegung des entsprechenden *schweizerischen Rechts*¹⁶⁶, d.h., ausländisches Recht beeinflusst Schweizer Recht direkt¹⁶⁷.

3. Zukunft

Teilweise *prägt(e) das Schweizer Recht* ebenfalls ausländisches Recht – als bekanntestes Beispiel kann sicherlich das türkische Zivilrecht im 20. Jahrhundert¹⁶⁸ erwähnt werden. Im Übrigen kommt dem schweizerischen (Wirtschafts-)Recht im Ausland indes *eher geringe Bedeutung* zu – und dies dürfte sich in Zukunft nicht oder kaum ändern.

Der *autonome Nachvollzug* von EU-Recht dürfte m.E. in Zukunft nach wie vor die *Ausnahme* bleiben. Sozusagen standardmässig wird die *Rechtssetzung* hingegen – z.B. in den Bereichen des *BEG*¹⁶⁹ oder der «*grossen*» Aktien-

¹⁵⁸ Kunz (Fn. 147) 45 m.w.H.

¹⁵⁹ Botschaft: BBl 2007 1630 ff.; Themen für den «Blick ins Ausland»: Abschaffung oder Beibehaltung der *Inhaberaktien* sowie *beschränkte Revisionsstellenhaftung*.

¹⁶⁰ Die Autonomie findet indes «in der Realität angesichts der wirtschaftlichen Sachzwänge oft an einem kleinen Ort» statt: *Forstmoser* (Fn. 4) 135.

¹⁶¹ Allg.: *Bruno Spinner/Daniel Maritz*, EG-Kompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts: Vom autonomen zum systematischen Nachvollzug, in: FS für R. Zäch (Zürich 1999) 127 ff.

¹⁶² Illustrativ: Art. 152 Abs. 2 KAG (bzw. ehemals Art. 43 Abs. 3 AFG); zum früheren Anlagefondsrecht: *Peter Forstmoser*, Der autonome Nach-, Mit- und Vorvollzug europäischen Rechts: das Beispiel der Anlagefondsgesetzgebung, in: FS für R. Zäch (Zürich 1999) 523 ff.

¹⁶³ Vertragliche Anlagefonds sowie SICAV, hingegen *nicht* KkK sowie SICAF – dazu: *Kunz* (Fn. 44) 13 Fn. 76.

¹⁶⁴ Das «Epizentrum für gesetzgeberischen Aktivismus» im schweizerischen Wirtschaftsrecht liegt meistens in den USA: *Forstmoser* (Fn. 4) 134.

¹⁶⁵ Detailliert der sog. *Europabericht 2006* des Bundesrats vom 28. Juni 2006: BBl 2006 6831 ff.; auf Internet verfügbar: <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2006/6815.pdf>.

¹⁶⁶ In diesem Sinne: BGE 129 III 350 Erw. 6 m.w.H.

¹⁶⁷ Hierzu: *Wolfgang Wiegand*, Zur Anwendung von autonom nachvollzogenem EU-Privatrecht, in: FS für R. Zäch (Zürich 1999) 171 ff., v.a. 185 ff.

¹⁶⁸ Totalrezeption des schweizerischen ZGB in der *Türkei* als türkisches Zivilgesetzbuch 1926: *Konrad Zweigert/Hein Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung (3. A. Tübingen 1996) 175 f.; doch auch andere Staaten haben früher grosse Teile der schweizerischen Rechtsordnung (ZGB + OR) übernommen, so etwa in *China* mit seinem ZGB 1929 (früher, d.h. vor der Machtübernahme durch Mao im Jahre 1949), in *Taiwan* (heute noch), im *Nahen Osten* und in *Nordafrika* – hierzu: *Eugen Bucher*, Das Schweizerische Obligationenrecht – ein Markstein und ein Vorbild, NZZ Nr. 132 (2006) 31.

¹⁶⁹ Allg.: *Heidi Erika Eriksson*, Berücksichtigung von EU-Recht im Rahmen des Entwurfs für ein Bucheffektengesetz (Seminararbeit vom Mai 2008 – unveröffentlicht).

¹⁵⁰ Statt aller: *Peter Böckli*, Zwanzig Knacknüsse im neuen Revisionsrecht, SZW 2008 117 f.

¹⁵¹ *Forstmoser* (Fn. 4) 134 f.; Hervorhebung des Originals weggelassen.

¹⁵² Art. 697a ff. OR.

¹⁵³ Hierzu: *Kunz* (Fn. 147) 46.

¹⁵⁴ Vgl. dazu vorne II. A. 2.

¹⁵⁵ Nachweise: *Kunz* (Fn. 147) 45 Fn. 119/Fn. 120.

¹⁵⁶ Art. 141 ParlG (SR 171.10).

¹⁵⁷ Generell zur Thematik: *Martin Philipp Wyss*, Europakompatibilität und Gesetzgebungsverfahren im Bund, AJP 2007 717 ff.

rechtsrevision¹⁷⁰ – auf *EU-Kompatibilität* überprüft werden. Geistiger Diebstahl bzw. *legislatives Abkupfern* hatte und hat in der Schweiz sowie im

Ausland immer grosse Tradition, und es bleibt abzuwarten, inwiefern die Rechtssetzer künftig auf *ausländische Pressionsversuche* reagieren werden.

¹⁷⁰ Vgl. dazu vorne II. I. 2.