

Sonderdruck aus:

Lukas Fahrländer / Reto A. Heizmann (Hrsg.)

Europäisierung der schweizerischen Rechtsordnung

(APARIUZ Band 15)



DIKE Zürich / St. Gallen 2013

ISBN 978-3-03751-587-7

Rechtliche Transplantate zwischen Europäischer Union und der Schweiz

Andreas Heinemann

Inhaltsübersicht

I. Einleitung	4
II. Das Konzept der Legal Transplants	5
III. Faktoren, Formen und Folgen der Übernahme fremden Rechts	7
A. Faktoren	7
B. Formen	8
1. Gesetzesregeln	8
2. Gerichtsentscheidungen	9
3. Rechtswissenschaft	10
4. Objektives und subjektives Recht	11
5. Fazit	11
C. Folgen	12
1. Rechtliche Folgen	12
2. Faktische Konsequenzen	12
IV. Der Einfluss des EU-Rechts auf die Schweiz	13
A. US-amerikanische, internationale und europäische Einflüsse	13
B. Bilaterale Verträge	14
1. Vorbemerkung	14
2. Ziel der Bilateralen Verträge	15
a. Entwicklung seit dem Freihandelsabkommen	15
b. Stand der Grundfreiheiten im bilateralen Verhältnis	15
3. Formen der Rechtsübernahme	16
a. Statische und dynamische Übernahme	16
b. Gleichwertiges oder identisches Recht bzw. Verweis	18
c. Bestehende oder neue Erlasse	18
C. Autonome Anpassung des schweizerischen Rechts	18
1. Wirtschaftliche Bedeutung der autonomen Anpassung	19
2. Stellenwert der Rechtsvergleichung bei der Gesetzgebung	19
3. Autonomer Nachvollzug	21
a. Entwicklung	21
b. Das Cassis-de-Dijon-Prinzip	22
c. Die EWR-weite Erschöpfung im Patentrecht	23
4. Allgemeine Inspiration	24
a. Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht	24
b. Konsumentenschutz	24
c. Geistiges Eigentum	26
d. Recht gegen den unlauteren Wettbewerb	26
e. Regulierungsrecht	28
f. Kartellrecht	29
5. Fazit	31
D. Rechtsanwendung	31

1. Stellenwert der Rechtsvergleichung	31
2. Europarechtskonforme Auslegung autonom übernommenen EU-Rechts	32
3. Reichweite der europarechtskonformen Auslegung	33
4. Intensität der europarechtskonformen Auslegung	35
5. Allgemeines methodologisches Provenienzprinzip?	36
6. Auslegung staatsvertraglich übernommenen Rechts	37
a. Allgemeine Grundsätze	37
b. Besondere Vorgaben	37
c. Bedeutung der Gemischten Ausschüsse	39
7. Fazit	39
E. Rechtswissenschaft	40
1. Allgemeine Bedeutung	40
2. Das Projekt „Obligationenrecht 2020“	40
F. Ausblick	41
V. Vorbildfunktion des schweizerischen Rechts	42
A. Zivilgesetzbuch (mit Obligationenrecht)	43
B. Internationales Privatrecht	43
C. Kartellrecht	44
D. Recht gegen den unlauteren Wettbewerb	45
E. Immaterialgüterrecht	45
F. Schuldenbremse	46
G. Bürgerbeteiligung	47
H. Mehrsprachigkeit	48
I. Fazit	49
VI. Ausblick	49
Literaturverzeichnis	50
Materialienverzeichnis	57

I. Einleitung

Rechtsordnungen stehen nicht isoliert in der Welt, sondern beeinflussen einander. Das gilt in besonderem Mass für Nachbarstaaten und wichtige Handelspartner, reicht aber weit hierüber hinaus. In der globalisierten Welt sind der Rezeption fremder Regelungskonzepte keine Grenzen mehr gesetzt. Das Denken in Rechtskreisen ist hierdurch relativiert worden. Die Vereinheitlichungstendenzen lösen aber auch die Frage aus, worin das Proprium der heimischen Rechtsordnung besteht und in welchen Angelegenheiten eigenständige Lösungen gesucht oder aufrechterhalten werden sollten.

Für die Schweiz ist die EU Nachbarin und wichtigste Handelspartnerin zugleich. Die verschiedenen Integrationsetappen haben die Bedeutung der Unionsebene gegenüber den EU-Mitgliedstaaten gestärkt sowie Masse und Tragweite des Unionsrechts vergrößert. Der Eindruck der Einheitlichkeit des „europäischen Nachbarn“ ist so stark geworden, dass sogar multilaterale Staatsverträge, welche die Schweiz mit der EG/EU und ihren Mitgliedstaaten abgeschlossen hat (z.B. das Freizügigkeitsabkommen von 1999), als „bilaterale“ Verträge bezeichnet werden.¹ Das Ausmass der rechtlichen Beeinflus-

¹ Zur Terminologie vgl. TOBLER/BEGLINGER, Grundzüge, Rz. 45.

sung zwischen Europäischer Union und der Schweiz ist in der Tat besonders gross, was durch die in diesem Band vereinten Beiträge über die Europäisierung des schweizerischen Rechts eindrücklich veranschaulicht wird.²

Im vorliegenden Beitrag soll den Grundstrukturen dieses Vorgangs nachgegangen werden. Gründe und Erscheinungsformen der Rezeption fremden Rechts werden zunächst in allgemeiner Form skizziert, worauf eine Typisierung und Exemplifizierung dieses Vorgangs im Verhältnis zwischen Europäischer Union und Schweiz folgt. Schliesslich wird vor einer Verkürzung der Fragestellung gewarnt: Genauso wie die Übernahme europäischen Rechts durch die Schweiz kann die Übernahme schweizerischen Rechts durch die EU und/oder ihre Mitgliedstaaten empfehlenswert sein.

II. Das Konzept der Legal Transplants

Seit jeher haben Gesetzgeber rechtsvergleichend gearbeitet und als nützlich empfundene Regeln aus dem Ausland importiert. Dieses Phänomen ist häufig beschrieben worden.³ Niemand hat diesen Vorgang aber so plastisch gefasst wie *Alan Watson* mit seinem Konzept der *legal transplants*. In seinem gleichnamigen Buch aus dem Jahr 1974⁴ steht die Übernahme des römischen Rechts im spätmittelalterlichen und neuzeitlichen Europa im Mittelpunkt. Darauf baut er seine zentrale These auf, nämlich dass die Übernahme fremder Regeln die treibende Kraft der Rechtsentwicklung sei.⁵ Trotz Kritik⁶ wird dem Konzept der *legal transplants* überwiegend hoher Erklärungswert zugemessen.⁷ Besondere Aufmerksamkeit erfährt dabei die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Verpflanzung rechtlicher Regeln Erfolg verspricht. *Otto Kahn-Freund*, der das Konzept der Rechtstransplantation unabhängig von *Watson* entwickelte, stellte hieran – unter Berufung auf *Montesquieu*⁸ – hohe Voraussetzungen: Die Rechtstransplantation sei nur in ausgewählten Teilen der Rechtsordnung möglich und setze zudem politische, wirtschaft-

² S. auch die jährlich vom Europa Institut an der Universität Zürich für zahlreiche Rechtsgebiete vorgelegten Gegenüberstellungen von Rechtsentwicklung in der EU und deren Bedeutung für die Schweiz, zuletzt KELLERHALS/BAUMGARTNER (Hrsg.), *Wirtschaftsrecht Schweiz – EU: Überblick und Kommentar 2012/2013*, Zürich/St. Gallen 2013.

³ S. nur DAVID/JAUFFRET-SPINOSI, Rz. 5, die von „*législation comparée*“ sprechen.

⁴ WATSON, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 1. Aufl. 1974 (zitiert nach der zweiten Auflage 1993). S. auch KAHN-FREUND, 37 *The Modern Law Review* 1 (1974); STEIN, 72 *Northwestern University Law Review* 198 (1977); EWALD, 43 *American Journal of Comparative Law* 489 (1995). S. auch MATTEI (insbesondere 123 ff.), der das Phänomen der *legal transplants* mit dem Gesichtspunkt der Effizienzsteigerung erklärt.

⁵ WATSON, 95: „Most changes in most systems are the result of borrowing.“

⁶ S. z.B. LEGRAND, 4 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 111 (1997), nach dem rechtliche Regeln nicht aus ihrem singulären Kontext isoliert werden können, ohne dass sich ihr Charakter grundlegend ändern würde. S. z.B. *ibid.*, 120: „At best, what can be displaced from one jurisdiction to another is, literally, a *meaningless* form of words“ (Hervorhebung im Original).

⁷ Vgl. DEIPENBROCK, *ZVglRWiss* 2008, 343 ff.; GRAZIADEI, in: REIMANN/ZIMMERMANN, 441 ff.

⁸ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* (Erstveröffentlichung 1748 in Genf), *Première Partie, Livre premier, Chapitre III (Des lois positives)*: „Les lois politiques et civiles de chaque nation [...] doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites, que c'est un très grand hazard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre.“

liche und kulturelle Ähnlichkeit voraus.⁹ *Watson* war in dieser Beziehung hingegen offen. Ein Transplantat müsse nicht einmal unbedingt passen, um positive Wirkungen herbeizuführen; das fremde Recht könne sogar vollständig missverstanden werden.¹⁰

Ein weiser Gesetzgeber wird eine solche Konstellation aber vermeiden wollen und darauf achten, dass die Rechtsübernahme zum politischen, wirtschaftlichen, sozialen, religiösen, historischen, kulturellen, sprachlichen, geographischen und klimatischen Umfeld des eigenen Landes passt. Häufig müssen die fremden Regeln oder Rechtsinstitute zu diesem Zweck angepasst werden. Selbst wenn die Übernahme ausnahmsweise ohne Modifikation erfolgt, bedeutet dies nicht, dass das ausländische Modell unverändert gilt.¹¹ Recht ist auszulegen, und für die Auslegung spielt die Stellung des Gesetzes im Gesamtsystem eine wichtige Rolle. Auf diesem Weg wirkt die übernehmende Rechtsordnung also auf das übernommene Recht ein. Auch spielt der Erfahrungsschatz der Rechtsanwender eine grosse Rolle für den hermeneutischen Vorgang. Rechtliche Transplantate können im neuen Körper also ein Eigenleben führen. Ist dies nicht erwünscht, müssen entsprechende institutionelle Mechanismen geschaffen werden.¹²

Ist in der heutigen Diskussion von *legal transplants* die Rede, so werden hiermit nicht notwendigerweise die Feinheiten der *Watson*'schen Lehre transportiert. So hat sich beispielsweise die Auffassung, dass die rechtliche Entwicklung ausschliesslich hierdurch zu erklären sei, nicht durchgesetzt.¹³ Der Begriff des *legal transplant* ist eng verwandt mit dem herkömmlich benutzten Term der „Rezeption“ bzw. „Übernahme“ und wird häufig synonym mit „Rechtstransfer“ oder „Rechtsexport“ bzw. „Rechtsimport“ verwendet.¹⁴ Das Konzept der *legal transplants* verdankt seinen Erfolg vor allem der Anschaulichkeit des Begriffs: Eine reiche medizinische Metaphorik wird für die Erklärung der Rechtsentwicklung fruchtbar gemacht, die von der erfolgreichen Integration bis hin zu Abstossungsreaktionen reicht.¹⁵ Ausserdem deckt der medizinische Begriff der Transplantation Vorgänge ab, die von der Verpflanzung kleinster Gewebeteile bis hin zu ganzen Organen reichen. Ganz in diesem Sinn gilt auch in rechtlicher Hinsicht, dass der Einfluss fremder Rechtsordnungen nicht unbedingt zur Total- oder Teilrezeption ganzer Gesetze oder Konzepte führen muss, sondern auch in der Übernahme kleinster Bestandteile bestehen kann.

⁹ KAHN-FREUND, 37 *The Modern Law Review* 1 ff. (1974).

¹⁰ WATSON, 99. WATSON sieht dabei durchaus die Bedeutungsänderungen aufgrund von Rechtstransfers: „Transplanting frequently, perhaps always, involves legal transformation. Even when the transplanted rule remains unchanged, its impact in a new social setting may be different“ (*ibid.*, 116).

¹¹ Vgl. WIEACKER, 128: „Ferner legt der Wortsinn von ‚Rezeption‘ das Missverständnis nahe, fremdes Recht könne als solches übernommen werden, ohne zugleich assimiliert und also verändert zu werden.“

¹² In der EU ist dies das Vorabentscheidungsverfahren (Art. 267 AEUV), in dem der Europäische Gerichtshof als einheitsstiftende Instanz die Fragen der Gerichte der Mitgliedstaaten nach Auslegung des Unionsrechts verbindlich beantwortet.

¹³ REHM, *RabelsZ* 2008, 1, 33.

¹⁴ Vgl. REHM, *RabelsZ* 2008, 1, 4.

¹⁵ Die Bildhaftigkeit des Begriffs wird unterstrichen von H. JUNG, *ZStW* 2009, 53, 57.

III. Faktoren, Formen und Folgen der Übernahme fremden Rechts

Die Gründe, aus denen Anleihen bei fremden Rechtsordnungen genommen werden, sind unterschiedlich, genauso wie die Formen, in welchen die Übernahme erfolgt. Auch bleiben rechtliche Transplantationen für die übernehmende Rechtsordnung nicht folgenlos.

A. Faktoren

Im besten Fall erfolgt die Übernahme fremden Rechts freiwillig, im schlechtesten wird sie aufoktroiert (z.B. infolge militärischer Niederlage, Kolonisierung oder Erpressung). Dazwischen existieren Schattierungen, so wenn der Rechtsimport durch wirtschaftlichen oder politischen Druck begleitet wird. Hauptgrund für die freiwillige Übernahme fremden Rechts ist dessen Qualität. Dies lässt sich durch einen Blick auf die Disziplin der Rechtsvergleichung veranschaulichen. Eines ihrer klassischen Ziele ist neben der Erkenntnissteigerung die Verbesserung der heimischen Regeln.¹⁶ Die rechtsvergleichende Methode schärft das Problembewusstsein und bereichert das Reservoir möglicher Lösungen, aus dem zur Behandlung von Problemen, Abstellung von Missständen oder ganz allgemein zur Reaktion auf neue Herausforderungen geschöpft werden kann.¹⁷ Zu diesem Zweck werden überlegene Lösungsmodelle aus anderen Rechtsordnungen übernommen, entweder unverändert oder – häufiger – in modifizierter Form, da sie in das bestehende System eingepasst werden müssen.

Die Rezeption fremden Rechts muss aber nicht unbedingt auf der intrinsischen Qualität des Übernommenen beruhen. Folgender Umstand wird in den allgemeinen Darstellungen zur Rechtsvergleichung nicht gebührend berücksichtigt: Angleichung kann einen Eigenwert haben, wenn nämlich der koordinierte Ordnungsrahmen die Wirtschaftsakteure von dem Zwang befreit, Produkte und Marketing gesondert an jeden Rechtsraum anzupassen. Dann werden Harmonisierungsgewinne erzielt, die nicht notwendigerweise aus den Vorzügen der gewählten Lösung, sondern aus deren Einheitlichkeit resultieren. Diese Vorteile werden möglicherweise durch den Verzicht auf eigene, bessere Regeln erkaufte. Dem *acquis* der Harmonisierung steht dann ein Verlust an Qualität gegenüber, was rechtspolitische Abwägungsvorgänge erforderlich macht.

Ein anderes Beispiel für die Übernahme nicht notwendigerweise besseren Rechts sind die Kompromisse beim Aushandeln von Staatsverträgen. Die Übernahme suboptimaler Regeln in einem Bereich kann durch Vorteile an anderer Stelle veranlasst sein. Dies ist bei Paketlösungen der Fall: Hier werden fremde Ordnungsmodelle nicht deshalb übernommen, weil sie für sich betrachtet vorteilhaft sind, sondern weil ihre Nachteile durch Zugeständnisse in anderem Zusammenhang (über-)kompensiert werden. Ein Anwendungsfall sind die Rechtsänderungen, die durch Beitritt zu einer internationalen Organisation anfallen, beispielsweise zur WTO. In diesem Zusammenhang ist von „Reformen als Eintrittskarte“ gesprochen worden.¹⁸

¹⁶ BUXBAUM, *RabelsZ* 1996, 201, 207 ff.

¹⁷ ZWEIGERT/KÖTZ, 14.

¹⁸ So H. JUNG, *ZStW* 2009, 53, 70.

Im Extremfall kommt es zur Übernahme kompletter Rechtsordnungen: So übernimmt ein Land, das Mitgliedstaat der EU wird, das gesamte EU-Recht.¹⁹ Die Einhaltung des europäischen Regelwerks wird von der Europäischen Kommission überwacht und erforderlichenfalls im Wege des Vertragsverletzungsverfahrens unter Einschaltung des Europäischen Gerichtshofs durchgesetzt (s. Art. 258–260 AEUV). Ähnlich verhält es sich im EWR, der aber weniger weit geht, z.B. einige Politikbereiche ausklammert und keine Zollunion konstituiert. Der EWR-*acquis* ist also kleiner als der EU-*acquis*. Auch im EWR wird die Einhaltung des übernommenen Rechts aber durch besondere Organe, nämlich die EFTA-Überwachungsbehörde und den EFTA-Gerichtshof, überwacht (Art. 108 EWR-Übereinkommen). Im Gegensatz zur EU stehen aber keine Sanktionen zur Durchsetzung einschlägiger Entscheide zur Verfügung.²⁰

B. Formen

Ist von der Übernahme fremden Rechts die Rede, gilt der erste Gedanke der Rezeption ausländischen Gesetzesrechts. Dies ist eine verkürzte Sichtweise. Das Recht erschöpft sich nicht in Gesetzen, und zwar nicht nur wegen des Rechtsquellenstatus des Fallrechts im *common law*. *Rodolfo Sacco* hat die Theorie der rechtlichen „Formanten“ geprägt. Danach werden Rechtsnormen durch unterschiedliche Einflussfaktoren geformt, deren wichtigste die Gesetzesregel, die richterliche Regel und die Auffassungen in der Lehre sind.²¹ Spricht man von der Übernahme ausländischen Rechts, ist zu präzisieren, welche Formanten damit gemeint sind.

1. Gesetzesregeln

Im Mittelpunkt der Aufmerksamkeit steht die Übernahme fremder Gesetzesregeln. Diese können unverändert oder – häufiger – in modifizierter Form in die eigene Rechtsordnung übernommen werden. Es kann sich um einen einmaligen Vorgang handeln. Gesetzesregeln können aber auch so überzeugend sein, dass viele Gesetzgeber in der Welt sie übernehmen. Rechtsordnungen von grossem wirtschaftlichem und politischem Gewicht wie z.B. die USA exportieren mehr Gesetzesregeln als andere Staaten. Verallgemeinerungen sind allerdings nicht möglich. Die Präferenz für die Übernahme von Gesetzesrecht eines bestimmten Landes beruht auf vielen Umständen, z.B. auch auf Nachbarschaft, Verbundenheit oder eingeschliffenen Traditionen, wie z.B. den traditionellen

¹⁹ Also eine „eigene Rechtsordnung“ i.S. von EuGH, Rs. 6/64, *Costa/ENEL*, Slg. 1964, 1251, Rz. 8.

²⁰ Es fehlt im EWR-Übereinkommen eine parallele Vorschrift zu Art. 260 AEUV, der im EU-Kontext die Auferlegung von Pauschalbeträgen oder Zwangsgeldern zur Befolgung der festgestellten Pflichten ermöglicht, s. BAUDENBACHER, *The EFTA Court*, 12. Die Streitbeilegung zwischen den beiden Pfeilern des EWR erfolgt nach Art. 111 EWR-Übereinkommen, wurde aber bisher nicht relevant.

²¹ SACCO, 39 *American Journal of Comparative Law* 1, 26 ff. (1991).

Hauptdestinationen für Jusstudierende und Forschende in Bezug auf Auslandsaufenthalte.²²

Rechtstransfers spielten schon immer eine bedeutende Rolle auf dem Gebiet der Entwicklungszusammenarbeit. Durch den Zusammenbruch der sozialistischen Planwirtschaften kam es zu einem sprunghaften Anstieg der Nachfrage nach legislativem Know-how auch in den Transformationsstaaten.²³ In diesem Zusammenhang hat sich ein bemerkenswerter „Wettbewerb der Systeme“ entwickelt: Staaten konkurrieren darum, ihre Gesetze in anderen Ländern zu implantieren. Die Aussicht auf grössere Geschäftschancen der eigenen Unternehmen und Berater kann hierbei eine Rolle spielen. Beträchtliche Mittel werden in die rechtliche Zusammenarbeit investiert. Wichtige Akteure auf diesem Feld sind die USA und die EU. Daneben versuchen viele andere Staaten, die Vorteile ihrer Rechtsordnungen zu vermitteln.

Die Zielländer sind gut beraten, die Qualität der angebotenen „Produkte“ sorgsam zu studieren, um Lösungen zu entwickeln, die auf die Verhältnisse im eigenen Land optimal passen. Ein wichtiges Hilfsmittel hierbei ist die Heranziehung internationaler Vorgaben. Rechtstexte auf Weltebene, entweder in der Form internationaler Übereinkünfte oder von *soft law*, spiegeln die Anliegen vieler Staaten wider und indizieren Konvergenz.²⁴

2. Gerichtsentscheidungen

Der Stellenwert ausländischer Gerichtsentscheidungen für die eigene Rechtspraxis variiert je nach Rechtsordnung beträchtlich. Es ist kein Zufall, dass die Offenheit gegenüber dem ausländischen Erfahrungsschatz häufig negativ mit der Grösse des eigenen Landes korreliert. Je grösser ein Land ist, desto breiter sind die eigenen Erfahrungen und desto weniger gibt es Anlass, ausländische Lösungsansätze zu studieren. Für kleine und mittlere Staaten legt die quantitative Beschränkung der Fallpraxis es dagegen nahe, Erfahrungslücken durch den Blick ins Ausland zu füllen.²⁵ Selbstverständlich existieren zahlreiche weitere Bestimmungsgründe kultureller, wirtschaftlicher und geographischer Natur. So wird die Zugehörigkeit zum selben regionalen Integrationsverbund den Austausch zwischen den Gerichten eher stärken. Allgemein kann den Gerichten nur empfohlen wer-

²² Als wichtiger Umstand für die Übernahme des schweizerischen ZGB in der Türkei wird immer wieder hervorgehoben, dass der damalige türkische Justizminister in der Schweiz studiert hatte, s. z.B. SCHWENZER, in: SCHWENZER, 59.

²³ S. KNIEPER, RIW 1993, 907.

²⁴ Für das Kartellrecht s. beispielsweise UNCTAD, Model Law on Competition – Substantive Possible Elements for a Competition Law, Commentaries and Alternative Approaches in Existing Legislation, UNCTAD-Dokument TD/RBP/CONF.7/8, 2010. Für das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb s. WIPO, Model Provisions on Protection against Unfair Competition – Articles and Notes, WIPO Publication No.832(E), 1996.

²⁵ S. zu diesen Zusammenhängen, insbesondere zum „horror alieni iuris“ der Gerichte grosser Staaten, die Nachweise bei KRAMER, Methodenlehre, 252 FN 819.

den, im Streit- und Zweifelsfall die Erfahrungen im Ausland zur Absicherung heranzuziehen.²⁶

3. Rechtswissenschaft

Rechtsvergleichung beschränkt sich nicht auf ausländische Gesetzgebung und Rechtsprechung, sondern beschäftigt sich auch mit der Konzeptualisierung und Kontextualisierung des Rechtsstoffs durch die Rechtswissenschaft in anderen Ländern. Die Übernahme von „Juristenrecht“ kann in bestimmten Kontexten sogar die überwiegende Form der Rezeption ausländischer Rechtsvorstellungen sein.²⁷ Länder mit einer starken rechtswissenschaftlichen Tradition nehmen auf diesem Weg Einfluss auf die Rechtsentwicklung in anderen Ländern.

Auf dem Gebiet des Privatrechts löst sich die Lehre zunehmend von der Zugehörigkeit zu einem einzelnen Staat. Europäische Forschernetze haben den transnationalen Privatrechtsbestand durchleuchtet und systematisiert, um auf dieser Grundlage ein einheitliches europäisches Privatrecht zu schaffen. Zu nennen ist beispielsweise die *Lando-Kommission*, die „Grundregeln des europäischen Vertragsrechts“²⁸ vorgelegt hat und deren Arbeit von der *Study Group on a European Civil Code*²⁹ fortgesetzt wird. Zahlreiche weitere Initiativen aus dem Kreis der Wissenschaft existieren wie z.B. die *Acquis-Gruppe*³⁰, der *Gandolfi-Kreis*³¹, die *Tilburg-Gruppe*³² und das *Common Core-Projekt*.³³ Während letzteres in Anknüpfung an *Rudolf B. Schlesinger* und das *Cornell-Projekt* eine Bestandesaufnahme des Privatrechts in Europa beabsichtigt,³⁴ haben die anderen Projekte die Ausarbeitung gemeineuropäischer Regeln zum Ziel. 2009 haben *Study-* und *Acquis-Gruppe* den *Draft Common Frame of Reference (DCFR)* vorgelegt, nämlich den Entwurf einer Kodifikation des europäischen Vertragsrechts samt Nebengebieten.³⁵ Auf

²⁶ Vgl. ZWEIGERT/KÖTZ, 19: „In der Tat gibt es keinen vernünftigen Grund, warum der Richter eines oberen Gerichts, der sich vor eine schwierige Frage von grundsätzlicher Bedeutung gestellt sieht, Lösungsvorschläge und Argumente nur deshalb außer acht lassen sollte, weil sie zufällig von ausländischen Richtern und Autoren stammen.“ Dem ist zuzustimmen; die Einschränkung auf obere Gerichte sollte aber fallengelassen werden; in diesem Sinn auch PEYER, recht 2004, 104, 111.

²⁷ Vgl. KRAMER, AcP 2000, 365, 369 f. KRAMER weist gleichzeitig darauf hin, dass der Austausch von Theorien und Konzepten nur dann Wirksamkeit entfaltet, wenn Rechtsprechung oder Gesetzgebung hiervon beeinflusst werden.

²⁸ LANDO OLE/BEALE HUGH (Hrsg.), *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, 2000; LANDO OLE/CLIVE ERIC/PRÜM ANDRÉ/ZIMMERMANN REINHARD (Hrsg.), *Principles of European Contract Law, Part III*, 2003.

²⁹ STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE (Hrsg.), *Principles of European Law*, Zwölf Bände, 2006 ff.

³⁰ <www.acquis-group.org> (26.08.2013).

³¹ ACADÉMIE DES PRIVATISTES EUROPÉENS (Hrsg.), *Code européen des contrats: Avant-projet*, 3. Aufl. 2004.

³² <civil.udg.es/tort> (26.08.2013).

³³ <www.common-core.org> (26.08.2013).

³⁴ S. BUSSANI/MATTEI, 3 *Columbia Journal of European Law* 339 (1997/98).

³⁵ VON BAR/CLIVE/SCHULTE-NÖLKE (Hrsg.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR) – Outline Edition*, 2009.

dieser Grundlage hat die Europäische Kommission den Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht vorgelegt.³⁶

Rechtswissenschaftlich gestützte Initiativen sind nicht auf die regionale Ebene beschränkt. Die UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts³⁷ beruhen ebenfalls auf umfassenden rechtsvergleichenden Studien unter Heranziehung aller wichtigen Rechtsordnungen.

4. Objektives und subjektives Recht

Wenn von rechtlichen Transplantaten die Rede ist, ist normalerweise das objektive Recht (in Form von Gesetzgebung, Richterrecht und Lehre) gemeint. Zu bedeutenden Wirkungen ausländischen Rechts im Inland kommt es aber auch dann, wenn die Parteien in beträchtlichem Umfang für ihre Verträge das Recht eines bestimmten Landes wählen. Dann kommt es zu kollisionsrechtlicher Transplantation, die in die wirtschaftsberatende Praxis aber auch in die Gerichtswelt eine ausländische Rechtsordnung einbringt. Ähnlich den Transplantaten des objektiven Rechts muss dies nicht unbedingt auf der besseren Qualität der gewählten Rechtsordnung beruhen. Die Verwendung desselben Rechts für Verträge weltweit kann Skalenerträge generieren oder einfach auf sprachlichen Zwängen beruhen.³⁸

5. Fazit

Der Import fremder Rechtsnormen ist komplexer als man auf den ersten Blick meinen könnte. Die *circolazione dei modelli*³⁹ kann auf der Grundlage von Gesetzesregeln, richterlichen Regeln und Auffassungen in der Lehre erfolgen, und zwar in ihrer Gesamtheit oder in beliebigen Kombinationen. Zwar sollten fremde Gesetzestexte nicht ohne Kenntnis der gerichtlichen Ausfüllung oder Interpretation durch die Lehre übernommen werden. Die Berücksichtigung ausländischer Gerichtsentscheide ist in einer für Rechtsvergleichung offenen Rechtsordnung aber auch ohne Gesetzesänderung denkbar. Entsprechendes gilt für den Rückgriff auf ausländische Lehrmeinungen. Voraussetzung ist jeweils die Stimmigkeit des Übernommenen im eigenen System. Bevor die verschiedenen hier in allgemeiner Form aufgeschlüsselten Kategorien am Beispiel der Schweiz konkretisiert werden,⁴⁰ ist auf die Folgen der Rechtsübernahme einzugehen.

³⁶ EUROPÄISCHE KOMMISSION, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht v. 11. Oktober 2011, KOM(2011) 635 endgültig. S. hierzu beispielsweise HUGUENIN/MEISE, in: KELLERHALS/BAUMGARTNER, 321, 323 ff., und die Beiträge der Sondertagung der Zivilrechtslehrervereinigung zum Vorschlag für ein Common European Sales Law, wiedergegeben in AcP 2012, 467 ff.

³⁷ Die Principles stammen aus dem Jahr 1994 und wurden 2004 und 2010 überarbeitet. Die letzte Version ist abrufbar unter <www.unidroit.org/english/principles/contracts/main.htm> (26.08.2013). Zu den Principles s. ZIMMERMANN, ZEuP 2005, 264; VOGENAUER, ZEuP 2013, 7.

³⁸ S. z.B. REHM, RabelsZ 2008, 1, 27 f., der auf die häufige Vereinbarung US-amerikanischen Rechts für grosse Transaktionen hinweist.

³⁹ S. SACCO, Introduzione, 147 ff.

⁴⁰ S.u. Teil IV.

C. Folgen

Bei den Auswirkungen der Rechtsübernahme ist zwischen den rechtlichen und den faktischen Folgen zu unterscheiden.

1. Rechtliche Folgen

Die Übernahme fremden Gesetzesrechts hat häufig Konsequenzen für die Auslegung. Es ist wenig sinnvoll, wenn auch nicht ausgeschlossen, fremde Gesetzesnormen zu übernehmen, ohne ihre konkrete Wirkungsweise im ausländischen Rechtssystem zu beachten. Zwar bleibt die Auslegung übernommenen Rechts autonom. Die Handhabung der betreffenden Regeln im Herkunftsland wird aber *persuasive authority* im Importland erlangen. Rechtstransfer schafft oder stärkt also die Tendenz zu auslandsfreundlicher Auslegung.

Ähnliche Vorgänge sind auch beim Recht in Mehrebenensystemen zu beobachten. Viele Staaten kennen den Grundsatz der völkerrechtskonformen Auslegung. Recht auf unterer Ebene ist im Licht des Rechts auf höherer Ebene zu interpretieren. Wird das Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht (wie in der Schweiz) monistisch gedeutet, ist dieser Zusammenhang besonders stark ausgeprägt.⁴¹ Er ist aber auch in dualistischen Systemen möglich und verbreitet.⁴²

In der Europäischen Union ist aufgrund der Eigenständigkeit der europäischen Rechtsordnung dieser Zusammenhang noch stärker ausgeprägt. Beispielsweise ist Recht der EU-Mitgliedstaaten, das der Umsetzung europäischer Richtlinien dient, richtlinienkonform auszulegen.⁴³ Diese Pflicht beruht nicht nur darauf, dass es allgemein sinnvoll ist, die Inspirationsquelle bei der Auslegung des Umsetzungstextes zu berücksichtigen. Hier greift vielmehr der hierarchische Grundsatz vom Vorrang des Unionsrechts ein. Die einheitliche Geltung des EU-Rechts wäre gefährdet, wenn nationales Recht nicht in Übereinstimmung mit den zugrundeliegenden Richtlinien ausgelegt würde.

2. Faktische Konsequenzen

Der Rechtsimport kann die Funktionalität der übernehmenden Rechtsordnung verbessern. Wie bereits erwähnt können sich aber auch unabhängig von der intrinsischen Qualität der Änderung positive Wirkungen ergeben.⁴⁴ Das Handelsvolumen zwischen Ländern, die über ähnliche rechtliche Regeln verfügen, ist deutlich höher als dasjenige zwischen Ländern, die nicht über solche Gemeinsamkeiten verfügen.⁴⁵ Soweit hier ein kausaler Zusammenhang besteht, kann Rechtsangleichung also Wachstumsimpulse schaffen.

⁴¹ Vgl. ZIEGLER, Einführung, Rz. 285. S. z.B. BGE 94 I 669, 678; BGE 122 II 234, 239.

⁴² Vgl. VERDROSS/SIMMA, § 864.

⁴³ S. z.B. BIEBER/EPINEY/HAAG, § 6 Rz. 36, 65, 69.

⁴⁴ Oben III.A.

⁴⁵ TURRINI/VAN YPERSELE, 40 *Regional Science and Urban Economics* 82 (2010).

Eine andere Folge besteht im Kooperationspotential. Ähnliche Rechtsnormen erleichtern die Zusammenarbeit zwischen den Staaten. Ein Beispiel ist das Prinzip der doppelten Strafbarkeit in der internationalen Rechtshilfe auf dem Gebiet des Strafrechts. Anderen Staaten wird nur dann Rechtshilfe geleistet, wenn die im Ausland verfolgte Tat auch im Inland (objektiv) strafbar wäre.⁴⁶ Auch ausserhalb des Strafrechts wird die Zusammenarbeit zwischen Staaten erheblich erleichtert, wenn die einschlägigen Rechtsnormen einander ähnlich sind.

IV. Der Einfluss des EU-Rechts auf die Schweiz

Die Lehre von den *legal transplants* hat sowohl diachronen als auch synchronen Anspruch und ist geographisch universell: Geschichtliche Einflüsse werden genauso erfasst wie die Einwirkung zeitgleich existierender Rechtsordnungen aufeinander, und zwar unabhängig von geographischer Nähe oder Ferne. Tatsächlich erfolgen Übernahmen aber häufig aus Rechtsordnungen, die aufgrund ihrer politischen und wirtschaftlichen Bedeutung weltweit führend sind, inhaltlich besonders überzeugende Lösungen entwickelt haben oder aufgrund eines Nachbarschaftsverhältnisses einflussreich sind. Es verwundert deshalb nicht, dass in der Schweiz die Rechtsordnungen Frankreichs, Deutschlands und der EWG/EG/EU besondere Bedeutung erlangt haben.

A. US-amerikanische, internationale und europäische Einflüsse

Trotz der engen europäischen Vernetzung sollte der Einfluss der USA nicht unterschätzt werden. US-amerikanisches Recht war immer eine starke Quelle der Inspiration, nicht nur in Bezug auf die Bundesverfassung von 1848,⁴⁷ sondern auf das schweizerische Recht insgesamt.⁴⁸ Das Handels- und Wirtschaftsrecht ist besonders stark betroffen, ein Zusammenhang, der sich mit der Globalisierung noch intensiviert hat.⁴⁹ Es werden einerseits einzelne Regeln oder Denkfiguren importiert,⁵⁰ andererseits werden ganze Gesetze oder Regelungsbereiche übernommen.⁵¹ Der Einfluss US-amerikanischen Rechts

⁴⁶ Vgl. Art. 64 des Bundesgesetzes über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (Rechtshilfegesetz, IRSG), SR 351.1.

⁴⁷ Beispielsweise ist das Zweikammersystem des Bundesparlaments von der US-Verfassung inspiriert, wenn auch in der Schweiz den beiden Kammern im Gegensatz zu den USA Gleichberechtigung eingeräumt wurde, s. KLEY, 292. Auch die Staatsform der Republik war in Europa (nach der Wiedereinführung des Kaiserreichs in Frankreich 1852) nahezu beispiellos (s. aber San Marino) und fand Pendant nur in Nord- und Südamerika.

⁴⁸ S. BÖCKLI, Jusletter 11. März 2002; FORSTMOSER, SJZ 2008, 133, 134 f.; KIENER/LANZ, ZSR 2000 I, 155; WIEGAND, ZBJV 124^{bis} (1988) 229; s. allgemein WIEGAND, 39 American Journal of Comparative Law 229 (1991).

⁴⁹ Vgl. BAUDENBACHER, ZSR 2012 II, 419, 604 ff.; COTTIER, ZBJV 1997, 217; H. KOLLER, ZSR 2000 II, 313.

⁵⁰ Zur Übernahme der Business Judgment Rule in das schweizerische Gesellschaftsrecht s. VOGT/BÄNZIGER, GesKR 2012, 607.

⁵¹ Vgl. MÜLLER/STAUB, SZW 2011, 20. Beispielsweise werden die Regeln über Insidergeschäfte und Geldwäsche als *leges americanae* bezeichnet, vgl. WIEGAND, Jusletter 25. Februar 2002,

beschränkt sich nicht auf den Gesetzgeber, sondern erstreckt sich auch auf die Gerichte.⁵² Er erfasst auch die Methodologie, beispielsweise soweit der Ökonomischen Analyse des Rechts Raum *de lege ferenda* oder gar bei der Auslegung geltenden Rechts eingeräumt wird.⁵³

Der vorliegende Beitrag beschränkt sich – in Übereinstimmung mit der Zielsetzung des gesamten Bands – auf die *Europäisierung* der schweizerischen Rechtsordnung.⁵⁴ Angesichts der Bedeutung der Entwicklungen nicht nur in den USA, sondern allgemein auf internationaler Ebene⁵⁵ ist darüber aber nicht zu vergessen, dass der europäische Einfluss nur einen – wenn auch sehr wichtigen – Ausschnitt aus dem gesamten Rezeptionsphänomen darstellt.⁵⁶ Auch kann es zu indirekten Importen aus anderen Ländern kommen, nämlich wenn das EU-Recht durch Drittstaaten, in erster Linie durch das Recht der USA, beeinflusst ist.

Im Folgenden wird zunächst die Einwirkung auf den schweizerischen Gesetzgeber skizziert (B und C), bevor die Konsequenzen für die Rechtsprechung (D) und die Reaktionen der Wissenschaft (E) thematisiert werden.

B. Bilaterale Verträge

1. Vorbemerkung

EU-Recht kann auf zwei Wegen Eingang in die schweizerische Rechtsordnung finden. Der Gesetzgeber übernimmt EU-Recht, weil er sich hierzu – insbesondere durch die Bilateralen Verträge – staatsvertraglich verpflichtet hat. Oder aber er übernimmt EU-Regeln autonom, also unabhängig von einer Rechtspflicht (unten C). Staatsvertragliche und autonome Übernahme europäischen Rechts stehen nicht unverbunden nebeneinander. In manchen Bereichen war die autonome Angleichung schweizerischen an das europäische Recht die Voraussetzung dafür, dass Bilaterale Verträge abgeschlossen werden konnten.⁵⁷ Umgekehrt führen die Bilateralen Verträge zu stärkerer Annäherung, was den Bedarf nach weiterer Angleichung steigern mag.

Rz. 9 sowie den Beitrag von LYNN, Europakompatibilität des schweizerischen Kapitalmarktstrafrechts, auf S. 613 ff. in diesem Band. Der Begriff der *lex americana* ist häufig negativ konnotiert und beinhaltet den Vorwurf politischen Drucks zur Übernahme der entsprechenden Norm, vgl. VON HEIN, 11 m.w.N.

⁵² S. AEMISEGGER, AJP 2008, 18.

⁵³ S. KRAMER, Methodenlehre, 254 ff.

⁵⁴ Entsprechende Bände könnten in anderen europäischen Staaten verfasst werden, die nicht der EU oder dem EWR angehören, aber ebenfalls europäisches Recht rezipieren. Mit keinem Drittstaat ist die EU durch ein Netz von Abkommen aber so eng verbunden wie mit der Schweiz.

⁵⁵ S. z.B. die Hinweise bei KUNZ, recht 2012, 37, 51 f.

⁵⁶ Wenn in diesem Beitrag von „europäischem“ Einfluss die Rede ist, ist der Einfluss der EU gemeint. Die Wortverwendung dient der sprachlichen Vereinfachung und will keinesfalls die Bedeutung des Europarats oder anderer europäischer Einrichtungen schmälern.

⁵⁷ JAAG, Europarecht, Rz. 4204, am Beispiel der Bilateralen I.

2. Ziel der Bilateralen Verträge

a. Entwicklung seit dem Freihandelsabkommen

Der bilaterale Weg zwischen der Schweiz und EWG/EG/EU ist älter als in der heutigen Verwendung des Begriffs der Bilateralen Verträge zum Ausdruck kommt. Für das Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU ist immer noch das Freihandelsabkommen von 1972⁵⁸ fundamental, das zwischen den Parteien den freien Warenverkehr für Industrieprodukte eingeführt hat.⁵⁹ Eine neue Qualität erlangte der bilaterale Weg nach der Ablehnung des EWR-Beitritts durch Volk und Stände im Jahr 1992. Durch sektorielle Verträge sollten in ausgewählten Bereichen die Beziehungen zwischen Schweiz und EU intensiviert werden, um eine drohende Isolation zu verhindern.⁶⁰

b. Stand der Grundfreiheiten im bilateralen Verhältnis

Der EWR hätte zur vollständigen Integration der Schweiz in den europäischen Binnenmarkt geführt. Die Bilateralen Verträge versuchen, diesem Zustand möglichst nahe zu kommen. Orientiert man sich an den vier Grundfreiheiten des EU-Binnenmarkts, so ist die Schweiz in grossem Umfang in den freien Warenverkehr für Industrieprodukte einbezogen. Für Dienstleistungen bestehen einerseits Vorgaben in Spezialabkommen, andererseits Erleichterungen (insbesondere für kurzzeitige Dienstleistungen) im Freizügigkeitsabkommen (FZA). Es existiert aber keine allgemeine Dienstleistungsfreiheit im bilateralen Verhältnis.⁶¹ Die Arbeitnehmerfreizügigkeit und die Niederlassungsfreiheit werden vom Freizügigkeitsabkommen⁶² erfasst, wobei eine (wichtige) Einschränkung für die juristischen Personen zu machen ist, die allenfalls von speziellen Abkommen

⁵⁸ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, SR 0.632.401.

⁵⁹ Es handelt sich aber nicht um das erste bilaterale Abkommen. Eine vollständige Auflistung aller Abkommen zwischen Schweiz und EWG/EG/EU findet sich im Dokument des Eidgenössischen Departements für auswärtige Angelegenheiten (EDA), Liste der Abkommen Schweiz – Europäische Union, in Kraft am 1. Januar 2013, <www.europa.admin.ch/dokumentation/00438/00464/index.html?lang=de> (26.08.2013). Hiernach ist das im Rahmen der Dillon-Runde des GATT abgeschlossene Kompensationsabkommen aus dem Jahr 1961 das älteste noch geltende bilaterale Abkommen.

⁶⁰ Für einen Überblick über die Bilateralen Verträge s. z.B. BREITENMOSER/WEYENETH, Rz. 584 ff.; FELDER/KADDOUS; JAAG, Europarecht, Rz. 4105 ff.; KADDOUS/JAMETTI GREINER; THÜRER/WEBER/PORTMANN/KELLERHALS.

⁶¹ Dies wurde besonders deutlich im Streit um den Zürcher Flughafen. Die Klage der Schweiz gegen die Weigerung der Europäischen Kommission, etwas gegen die deutschen Überflugverbote zu unternehmen, wurde von Gericht und Gerichtshof abgewiesen. Durch Zurückweisung des Abkommens über den EWR habe die Schweiz „das Vorhaben eines integrierten wirtschaftlichen Ganzen mit einem einheitlichen Markt, gestützt auf gemeinsame Regeln für seine Mitglieder, abgelehnt“. Da das Luftverkehrsabkommen den Luftfahrtunternehmen nicht die allgemeine Dienstleistungsfreiheit einräume, könne die Auslegung der unionsrechtlichen Dienstleistungsfreiheit auch nicht auf das bilaterale Abkommen übertragen werden, s. EuGH, 7. März 2013, Rs. C-547/10 P, *Schweiz/Kommission* (noch nicht in der amtlichen Sammlung), Rz. 78 ff.

⁶² Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, SR 0.142.112.681.

(Versicherungsabkommen,⁶³ Luftverkehrsabkommen⁶⁴) geschützt werden.⁶⁵ Es existieren keine Regeln über den Kapital- und Zahlungsverkehr. Hier kommt die Schweiz aber in den Genuss der einschlägigen OECD-Kodizes⁶⁶ sowie der *erga omnes*-Wirkung der EU-Kapitalverkehrsfreiheit (s. Art. 63 AEUV), die vom Europäischen Gerichtshof im Hinblick auf Drittstaaten allerdings eng ausgelegt wird.⁶⁷

Die grössten Liberalisierungslücken bestehen im Hinblick auf Agrarprodukte und auf Dienstleistungen. Auch nimmt die Schweiz nicht an der EWR-Wettbewerbspolitik teil, die mit der EFTA-Überwachungsbehörde und dem EFTA-Gerichtshof über Gemeinschaftsorgane verfügt. Hier muss die nationale Wettbewerbsbehörde der Schweiz also auch sämtliche grenzüberschreitenden Vorgänge behandeln und ist insofern auf sich allein gestellt.⁶⁸

3. Formen der Rechtsübernahme

Durch die Bilateralen Verträge hat sich die Schweiz zur Übernahme von Unionsrecht in einigen Regelungsbereichen verpflichtet.⁶⁹ Die Übernahme kann höchst unterschiedlich erfolgen.⁷⁰

a. Statische und dynamische Übernahme

Zu unterscheiden ist zunächst zwischen statischer und dynamischer Übernahme, also Übernahme von EU-Recht bis zu einem bestimmten Stichtag oder Übernahme von EU-Recht in der jeweils geltenden Fassung. Die völlig überwiegende Methode ist die der statischen Übernahme. So ist beispielsweise in Art. 16 Abs. 1 FZA von den „Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaft, auf die Bezug genommen wird“ die Rede. In den

⁶³ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft betreffend die Direktversicherung mit Ausnahme der Lebensversicherung, SR 0.961.1.

⁶⁴ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr, SR 0.748.127.192.68.

⁶⁵ Gesellschaften kommen auch in den Genuss der Dienstleistungsfreiheit für kurzzeitige Dienstleistungen, soweit sie Arbeitnehmer entsenden, s. Art. 5 Abs. 1 FZA i.V.m. Art. 18 von Anhang I.

⁶⁶ OECD, Code of Liberalisation of Capital Movements, 1961; OECD, Code of Current Invisible Operations, 1961.

⁶⁷ Der Europäische Gerichtshof hat Spezialität der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit zur Kapitalverkehrsfreiheit angenommen, so dass Angehörigen von Drittstaaten im sachlichen (aber eben nicht persönlichen) Anwendungsbereich von Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit der Rückgriff auf die *erga omnes* wirkende Kapitalverkehrsfreiheit versagt ist. Kritisch hierzu HEINEMANN, ‚Ökonomischer Patriotismus‘, 56 ff. m.w.N.

⁶⁸ ZÄCH, in: FORSCHUNGSINSTITUT FÜR WIRTSCHAFTSVERFASSUNG UND WETTBEWERB, 29, 30. Eine Ausnahme besteht für das Luftverkehrsabkommen, durch das die Kompetenzen für grenzüberschreitende Wettbewerbsbeschränkungen auf die Unionsorgane übertragen wurden, s. Art. 8 ff. LVA.

⁶⁹ Allerdings ist die Pflicht der Rechtsübernahme für die eher der Liberalisierung dienenden Bilateralen Abkommen I einschlägiger als für die Bilateralen II, die primär der Zusammenarbeit dienen, s. hierzu WEBER, in: THÜRER/WEBER/PORTMANN/KELLERHALS, 103 Rz. 6 f., 71.

⁷⁰ Zur Typologie der Übernahme s. die Ausführungen der Bundeskanzlei unter <www.bk.admin.ch/themen/lang/05225/05229/index.html?lang=de> (26.08.2013).

Anhängen des Freizügigkeitsabkommens wird sodann auf zahlreiche Verordnungen und Richtlinien der EU Bezug genommen. In den zugehörigen Fussnoten wird jeweils präzisiert „In der zum Zeitpunkt der Unterzeichnung dieses Abk. geltenden Fassung“. Zur Aktualisierung des bilateralen Rechtszustands bedarf es besonderer Anpassungsakte. Den für die bilateralen Abkommen eingesetzten Gemischten Ausschüssen (s. z.B. Art. 14 FZA) kommt hierbei eine wichtige Rolle zu. Die Vertragsparteien informieren sich im Gemischten Ausschuss über Rechtsänderungen und diskutieren dort die Auswirkungen der Änderung auf das ordnungsgemässe Funktionieren des Abkommens (Art. 17 FZA). Zu Vertragsanpassungen müssen im Prinzip die jeweiligen internen Verfahren der Vertragsparteien durchlaufen werden. Eine Ausnahme gilt für eher technische Anpassungen: Sie können vom Gemischten Ausschuss in eigener Kompetenz vorgenommen werden.⁷¹

Solche dynamischen Elemente ändern aber nichts am grundsätzlich statischen Charakter der betreffenden Abkommen.⁷² Von anderer Qualität sind das bilaterale Schengen-⁷³ und Dublin-Assoziierungsabkommen⁷⁴ sowie das Güterverkehrsabkommen.⁷⁵ Hier kommt es zwar ebenfalls nicht zu einer obligatorischen oder gar automatischen Übernahme neuen EU-Rechts. Es sind aber fristgebundene Übernahmeverfahren vorgesehen sowie Sanktionen für die Nichtübernahme, die bis zur Beendigung des Abkommens reichen.⁷⁶ Hierdurch wird ein hoher Grad der Dynamisierung erreicht, aber gleichzeitig durch die Möglichkeit von Kompromissen im Gemischten Ausschuss Flexibilität gewahrt. Schweizer Repräsentanten werden bei der Ausarbeitung von Änderungen konsultiert, wodurch die Schweiz Mitwirkungsrechte zwar nicht beim *decision making*, wohl aber beim *decision shaping* erhält. Dies ähnelt der Rechtslage im EWR (Art. 99 EWR-Abkommen).

Ausnahmsweise existieren auch vollständig dynamische Verweise. Ein Beispiel ist das Abkommen über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen im Bereich der technischen Handelshemmnisse.⁷⁷ Die im Anhang aufgeführten Rechtsakte werden häufig mit den „späteren Änderungen“ in Bezug genommen. Schweizerische Unternehmen, deren Produkte mit den aktuell geltenden Vorschriften konform sind,

⁷¹ S. Art. 18 S. 2 HS 2 FZA: Änderungen der Anhänge II (Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit) und III (Gegenseitige Anerkennung beruflicher Qualifikationen) können vom Gemischten Ausschuss beschlossen werden und treten sofort nach dessen Beschluss in Kraft.

⁷² Vgl. TOBLER, Binnenmarkt, 19: „Daher kann das bilaterale Recht als ‚im Grunde statisch‘ bezeichnet werden (wobei ‚im Grunde‘ bedeutet, dass Anpassungen dennoch möglich sind).“

⁷³ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft über die Assoziierung dieses Staates bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands, SR 0.362.31.

⁷⁴ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat oder in der Schweiz gestellten Asylantrags, SR 0.142.392.68.

⁷⁵ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Erleichterung der Kontrollen und Formalitäten im Güterverkehr und über zollrechtliche Sicherheitsmassnahmen, SR 0.631.242.05.

⁷⁶ Vgl. Art. 7 des Schengen-Abkommens, Art. 4 des Dublin-Abkommens und Art. 29 des Güterverkehrsabkommens.

⁷⁷ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen, SR 0.946.526.81.

kommen beim Export in die EU in den Genuss eines vereinfachten Verfahrens, so dass die Dynamisierung von Vorteil für Schweizer Wirtschaftsteilnehmer ist.

b. Gleichwertiges oder identisches Recht bzw. Verweis

EU-Recht kann dadurch übernommen werden, dass eigene Regeln geschaffen werden, die dem EU-Modell gleichwertig sind („Äquivalenzmethode“).⁷⁸ Die EU-Regeln können aber auch wortgleich kopiert werden. Schliesslich ist es möglich, dass auf EU-Recht verwiesen wird, was gleichwertiges oder identisches Recht entbehrlich macht. Am weitesten geht die Vereinheitlichung im Luftverkehrsabkommen (LVA), in dem die Geltung von EU-Recht für die Schweiz angeordnet worden ist. Nach Art. 10 dieses Abkommens gilt schweizerisches Wettbewerbsrecht nur für innerstaatliche Sachverhalte. Ansonsten gelten die Vorschriften des Abkommens mitsamt der im Anhang aufgeführten EU-Rechtsakte. Der Verweis auf diese ist stark dynamisiert: Der Gemischte Ausschuss beschliesst nach einer Änderung von EU-Rechtsakten im Normalfall die Änderung des Anhangs, s. Art. 23 Abs. 4 LVA. Aufgrund dieser Besonderheiten wird das Luftverkehrsabkommen auch „partieller Integrationsvertrag“ genannt.⁷⁹

c. Bestehende oder neue Erlasse

Zur Schaffung von gleichwertigem oder identischem Recht können bestehende Erlasse entsprechend angepasst werden. Es können zum Zweck der Angleichung aber auch neue Erlasse verabschiedet werden.⁸⁰ Schliesslich ist zu beachten, dass das europäische Recht zwecks Einpassung in die schweizerische Rechtsordnung auf verschiedenen Stufen der Normenhierarchie verankert werden kann. Thematisch zugehörige Normen können also auf Gesetzes- oder Verordnungsstufe verteilt werden.⁸¹

C. Autonome Anpassung des schweizerischen Rechts

Bei der Übernahme europäischen Rechts ohne Existenz einer diesbezüglichen Rechtspflicht herrscht naturgemäss grosser Variantenreichtum. Von „autonem Nachvollzug“ spricht man dann, wenn das europäische Modell mehr oder weniger unverändert übernommen wird. Der europäische Einfluss kann sich aber auch in einer eher allgemei-

⁷⁸ Eine typische Formulierung ist der Eingangssatz zu Anhang I des Landverkehrsübereinkommens (SR 0.740.72). Hiernach „wendet die Schweiz Rechtsvorschriften an, die den nachstehend genannten Rechtsvorschriften gleichwertig sind“. Es folgt eine Liste europäischer Verordnungen und Richtlinien. Zum Grundsatz der Gleichwertigkeit s. THÜRER/HILLEMANN, in: THÜRER/WEBER/PORTMANN/KELLERHALS, 39 Rz. 23 ff.

⁷⁹ Botschaft Bilaterale I, BBl. 1999, 6128, 6156.

⁸⁰ Zu den Anpassungen und Neuschaffungen in Folge der bilateralen Abkommen s. die Botschaft Bilaterale I, BBl. 1999, 6128, 6134 ff., und Botschaft Bilaterale II, BBl. 2004, 5965, 6233 ff.

⁸¹ S. auch BÜHLER, in: KELLERHALS/BAUMGARTNER, 207, 246, der eine Tendenz feststellt, das schweizerische Recht wegen des geringeren Aufwands auf Verordnungs- und nicht auf Gesetzesebene anzupassen, und der auf die hiermit verbundenen rechtsstaatlichen Probleme hinweist.

nen Inspiration erschöpfen, die sich nicht grundsätzlich vom Einfluss sonstiger rechtsvergleichender Vorarbeiten unterscheidet.⁸²

1. Wirtschaftliche Bedeutung der autonomen Anpassung

In der ersten Hälfte der 1990er Jahre war die Wirtschaft der Schweiz durch eine ausgeprägte Wachstumsschwäche gekennzeichnet. Als Ursachen wurden neben der starken Währung der geschlossene Charakter der Volkswirtschaft und die geringe Wettbewerbsintensität identifiziert.⁸³ Als dann der Beitritt zum EWR abgelehnt wurde, wurde der Ruf nach Revitalisierung der Schweizer Wirtschaft laut.⁸⁴ Grundlegende Reformen waren die Folge. Die bilateralen Verträge haben die Märkte in wichtigen Bereichen geöffnet. Aber auch die autonome Anpassung des schweizerischen Wirtschaftsrechts war von entscheidender Bedeutung für die Intensivierung des Wettbewerbs. So wurden 1995 am selben Tag drei wichtige Gesetze in ordnungspolitischen Schlüsselbereichen verabschiedet: Durch das Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse⁸⁵ wurden nicht-tarifäre Barrieren abgebaut, durch das Binnenmarktgesetz⁸⁶ wurden interkantonale Grenzen eingerissen und das neue Kartellgesetz⁸⁷ brachte wirksame Regeln für den Wettbewerb, wenn auch noch keine wirksamen Sanktionen.⁸⁸

Die Orientierung am europäischen Wirtschaftsrecht sorgte für Wachstumsimpulse: Unternehmerischer Initiative wurde grösserer Spielraum eingeräumt. Die Verschärfung des Kartellrechts führte dazu, dass dieser Spielraum nicht durch private Wettbewerbsbeschränkungen zunichte gemacht wurde. Die wirtschaftlichen Vorteile der autonomen Anpassung des Wirtschaftsrechts lassen sich wie folgt zusammenfassen: Erstens ergeben sich Kostensenkungen durch die europaweite Vereinheitlichung der rechtlichen Anforderungen. Zweitens werden die Märkte geöffnet. Und drittens wird der Wettbewerb durch ordnungspolitisch motivierte Rechtsimporte intensiviert.

2. Stellenwert der Rechtsvergleichung bei der Gesetzgebung

Für den schweizerischen Gesetzgeber spielen rechtsvergleichende Vorarbeiten ganz allgemein eine wichtige Rolle.⁸⁹ Vernehmlassungsunterlagen und Botschaften werden regelmässig durch rechtsvergleichende Überlegungen untermauert. Die Orientierung am

⁸² Zur zwischen „Nachvollzug“ und „Inspiration“ changierenden Terminologie s. den Europabericht 2006 des Bundesrats, BBl. 2006, 6815, 6831 f. Als Kriterium für die Wahl der Anpassungsform s. *ibid.*, 6831: „Der so genannte autonome Nachvollzug wird dort angestrebt, wo wirtschaftliche Interessen (Wettbewerbsfähigkeit) es erfordern oder rechtfertigen.“

⁸³ DREHER/STURM.

⁸⁴ Vgl. SCHLUEP, in: FS Koller, 477 ff.; BAUDENBACHER, ZSR 2012 II, 419, 613 ff.

⁸⁵ Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse (THG) v. 6. Oktober 1995, SR 946.51.

⁸⁶ Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM) v. 6. Oktober 1995, SR 943.02. S. auch Art. 1 Abs. 2 lit. c BGBM, wonach das Gesetz auch „die Wettbewerbsfähigkeit der schweizerischen Volkswirtschaft stärken“ soll.

⁸⁷ Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) v. 6. Oktober 1995, SR 251.

⁸⁸ Diese folgten durch die KG-Revision v. 20. Juni 2003, AS 2004, 1385.

⁸⁹ S. allgemein KUNZ, ZVglRWiss 2009, 31, 35 ff.; WIDMER, LeGes 2003/3, 9.

EU-Recht ordnet sich in diesen allgemeinen Zusammenhang ein; ihr kommt aber ein höherer Stellenwert als die allgemeine Rechtsvergleichung zu. Seit einem Beschluss aus dem Jahr 1988 enthalten die Botschaften des Bundesrats zu Rechtsvorlagen mit grenzüberschreitenden Auswirkungen ein „Europakapitel“, das Aufschluss über die Europakompatibilität des Vorhabens geben soll.⁹⁰ Diese Pflicht wurde 2003 durch Art. 141 Abs. 2 S. 2 lit. a ParlG⁹¹ gesetzlich festgeschrieben, auf das Merkmal der grenzüberschreitenden Auswirkungen wurde dabei verzichtet. Der Bundesrat hat in Botschaften zu Erlassentwürfen nicht nur die Rechtsgrundlage, die Auswirkungen auf die Grundrechte und die Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht, sondern auch das Verhältnis zum europäischen Recht zu erläutern, soweit substantielle Angaben hierzu möglich sind. Zu diesem Zweck ist eine „Europaverträglichkeitsprüfung“ durchzuführen.⁹² Die gesetzliche Pflicht zur Prüfung der eigenen Gesetzgebung auf ihre Kompatibilität mit einer ausländischen Rechtsordnung ist ein bemerkenswerter Vorgang. Hierdurch wird *de facto* ein Begründungszwang eingeführt, wenn ein Gesetzgebungsprojekt von der Regelung in der EU abweicht.⁹³

Der Stellenwert der Rechtsvergleichung ändert sich durch diesen Vorgang. Während Rechtsvergleichung traditionell dazu eingesetzt wird, überlegene Regelungsmodelle zu identifizieren und auf ihre Übertragbarkeit in die heimische Rechtsordnung zu untersuchen, hat das Ziel der Europäisierung des schweizerischen Rechts einen gewissen Selbstzweck.⁹⁴ Der tiefere Grund hierfür besteht in den wirtschaftlichen Vorteilen der Harmonisierung, die sich nicht notwendigerweise aus der inhaltlichen Stärke der rezipierten Regelungen ergeben müssen, sondern aus der grossflächigen Geltung gleichartiger Vorgaben resultieren können.⁹⁵ Beruht die Anpassung nicht auf wirtschaftlichen Anreizen, sondern auf Druck, kann von einem „autonomen“ Vorgang allerdings nicht mehr die Rede sein.⁹⁶ Dies ist z.B. der Fall, wenn die Europakompatibilität Voraussetzung des Zugangs zum europäischen Binnenmarkt ist.

⁹⁰ S. hierzu den Bericht des Bundesrats vom 24. August 1988 über die Stellung der Schweiz im europäischen Integrationsprozess (BBl. 1988 III, 249, 380): „Unser Ziel muss sein, in Bereichen von grenzüberschreitender Bedeutung (und nur dort) eine *grösstmögliche Vereinbarkeit unserer Rechtsvorschriften mit denjenigen unserer europäischen Partner* zu sichern“ (Hervorhebung im Original).

⁹¹ Bundesgesetz über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz, ParlG), SR 171.10.

⁹² Europabericht 2006 des Bundesrats, BBl. 2006, 6815, 6831. Zu den Einzelheiten des Verfahrens s. BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gesetzgebungsleitfaden, Rz. 534 f.; vgl. WYSS, AJP 2007, 717.

⁹³ Vgl. BUNDESKANZLEI, Botschaftsleitfaden, 17: „Begründen Sie gegebenenfalls, weshalb die schweizerische Regelung von der europäischen abweicht.“

⁹⁴ Vgl. OESCH, in: COTTIER, 13, 31 f.: „Die Politik hat sich ausdrücklich dafür ausgesprochen, das schweizerische Recht dem europäischen anzupassen und nachzubilden [...] und grundsätzlich unabhängig davon, ob in einem konkreten Fall die europäische Lösung mit Blick auf den zu normierenden Sachverhalt in der Tat die überzeugendste darstellt oder nicht. [...] Das vorurteilslose Vergleichen und Abwägen von legislatorischen Lösungen, welche ausländische Rechtsordnungen für ein gleichgelagertes Problem gewählt haben, verliert in der Schweiz an Bedeutung.“

⁹⁵ S. hierzu bereits oben III.A.

⁹⁶ FORSTMOSER qualifiziert in solchen Lagen „das Wort vom ‚autonomen‘ Nachvollzug als Euphemismus“, s. FORSTMOSER, in: FS Zäch, 523, 531.

3. Autonomer Nachvollzug

Von (autonomen) Nachvollzug sollte nur dann die Rede sein, wenn europarechtliche Regelungsmodelle nahezu unverändert übernommen werden. Ist der Zusammenhang eher lose, dient das EU-Recht zwar als Quelle der Inspiration, wird aber nicht „nachvollzogen“.⁹⁷ Die Kategorien des „Nachvollzugs“ und der „allgemeinen Inspiration“ sind Idealtypen, die in der Realität meistens nicht in Reinform vorkommen. Dennoch ist es wichtig, den Grad der Beeinflussung des schweizerischen durch europäisches Recht zu bestimmen, da dies Konsequenzen für die Auslegung hat.

a. Entwicklung

Ein Meilenstein für das Phänomen des autonomen Nachvollzugs waren die Vorbereitungen auf den geplanten EWR-Beitritt: Unter der Bezeichnung „Eurolex“ sollten 61 Gesetze geändert und neun neue Erlasse verabschiedet werden.⁹⁸ Nach Ablehnung des EWR-Beitritts prüfte der Bundesrat, welche dieser Vorlagen „im Hinblick auf die dringliche marktwirtschaftliche Erneuerung der Schweizer Wirtschaft oder die Erhaltung der Europafähigkeit der Schweiz auch ohne Teilnahme am EWR sinnvoll sind“⁹⁹. Im Ergebnis wurden 27 Erlasse im Rahmen des „Swisslex“-Pakets wiederaufgenommen,¹⁰⁰ darunter das Bundesgesetz über die Produkthaftpflicht,¹⁰¹ das Bundesgesetz über Pauschalreisen¹⁰² und das Bundesgesetz über den Konsumkredit.¹⁰³

Dies war aber lediglich der Auftakt.¹⁰⁴ Die Pflicht zur Prüfung der Europaverträglichkeit hat dazu geführt, dass europäischem Recht bei der Gesetzgebung ein hoher Stellenwert zukommt. Teilweise ist deshalb die Rede davon, dass ein Übergang vom „autonomen zum systematischen Nachvollzug“ stattgefunden habe.¹⁰⁵ Angesichts der Tatsache, dass bis zu 50 Prozent des Bundesrechts durch EU-Recht beeinflusst ist, kann man diese Einschätzung nachvollziehen. Es ist aber zu beachten, dass die vollständige Übernahme von EU-Recht auf ca. 15 Prozent der Fälle beschränkt ist.¹⁰⁶ Von daher besteht bei der Über-

⁹⁷ Vgl. KOHLER, in: COTTIER, 41, 42 ff., die zwischen „adaptation autonome *stricto sensu*“ und „emprunt législatif“ unterscheidet.

⁹⁸ S. Botschaft Eurolex I, BBl. 1992 V, 1; Botschaft Eurolex II, BBl. 1992 V, 520. Bereits zuvor kam es zur Anlehnung an EU-Recht, z.B. durch die Einfügung des Haustürwiderrufsrechts in Art. 40a ff. OR im Jahr 1990 (AS 1991, 846), das dann durch das Swisslexpaket (s. Botschaft Swisslex, BBl. 1993 I, 805) an die Richtlinie 85/577/EWG des Rates betreffend den Verbraucherschutz im Falle von ausserhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen v. 20. Dezember 1985 (ABl. L 372/31) angeglichen wurde.

⁹⁹ Botschaft Swisslex, BBl. 1993 I, 805, 833.

¹⁰⁰ Botschaft Swisslex, BBl. 1993 I, 805.

¹⁰¹ Bundesgesetz über die Produkthaftpflicht (Produkthaftpflichtgesetz, PrHG) v. 18. Juni 1993, SR 221.112.944.

¹⁰² Bundesgesetz über Pauschalreisen v. 18. Juni 1993, SR 944.3.

¹⁰³ Bundesgesetz über den Konsumkredit (KKG) v. 8. Oktober 1993, SR 221.214.1.

¹⁰⁴ Symptomatisch für den durch diese Entwicklungen stark gestiegenen Bedarf an europarechtlicher Expertise ist die Gründung des Europa-Instituts an der Universität Zürich im Jahr 1992, s. hierzu KILLIAS, in: FS Zäch, 57 ff.

¹⁰⁵ So die These von SPINNER/MARITZ, in: FS Zäch, 127 ff.

¹⁰⁶ Zu den Zahlenangaben s. die Auswertung wissenschaftlicher Studien durch OESCH, in: COTTIER, 13, 30.

nahme von EU-Recht zwar System. Die Hälfte des Bundesrechts wird aber nicht hiervon berührt. Und auch im koordinierten Bereich bleibt es überwiegend bei eigenen Regelungsansätzen, Modifikationen, Einpassungen und *Swiss finish*.¹⁰⁷

Die Beiträge in diesem Band legen beredtes Zeugnis von der Vielfalt europäischer Rechtsimporte in die Schweiz ab.¹⁰⁸ Ein vollständiger Katalog existiert nicht¹⁰⁹ und wäre aufgrund der vielen Nuancen der Übernahme auch nur bedingt aussagekräftig.¹¹⁰ Hier seien zwei Beispiele hervorgehoben, welche das Potential, aber auch die Grenzen des autonomen Nachvollzugs aufzeigen.

b. Das Cassis-de-Dijon-Prinzip

Das Freihandelsabkommen von 1972 hat zwar den bilateralen Warenverkehr im Bereich der Industrieprodukte liberalisiert. Das Bundesgericht hat aber nicht die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum freien Warenverkehr übernommen, die dieser in den Entscheiden *Dassonville*,¹¹¹ *Cassis de Dijon*¹¹² und *Keck*¹¹³ entwickelt hat.¹¹⁴ Zur Erleichterung des Warenaustauschs hat der Schweizer Gesetzgeber im Jahr 2010 das *Cassis*-Prinzip deshalb autonom eingeführt: Produkte dürfen danach in der Schweiz nicht nur dann in Verkehr gebracht werden, wenn sie die Anforderungen des schweizerischen Rechts erfüllen, sondern auch dann, wenn sie den technischen Vorschriften der EU bzw. der EU-/EWR-Mitgliedstaaten entsprechen.¹¹⁵ Die Wareneinfuhr wird hierdurch erleichtert. Allerdings führt die autonome Einführung des Herkunftslandprinzips zu einer unerfreulichen Asymmetrie: Auch wenn die mit ausländischen technischen Vorschriften kompatiblen Waren eingeführt werden dürfen, bleibt den aus der Schweiz stammenden Waren die Einfuhr in die EU/den EWR verwehrt, wenn sie die dort geltenden Vorgaben nicht respektieren.¹¹⁶

¹⁰⁷ Der Bundesrat hat die dahinterstehende Politik wie folgt zusammengefasst: „In Bereichen von grenzüberschreitender Bedeutung versucht der Bundesrat deshalb sicherzustellen, dass keine unüberlegte und unbegründete Abweichung zwischen der Schweizer Rechtsordnung und dem Gemeinschaftsrecht entsteht. Dieser Grundsatz gilt nur, insofern er den Interessen der Schweiz nützt“ (Europabericht 2006 des Bundesrats, BBl. 2006, 6815, 6832).

¹⁰⁸ S. auch den Überblick in Europabericht 2006 des Bundesrats, BBl. 2006, 6815, 6831 f.

¹⁰⁹ Diese Aussage bezieht sich auf das autonom übernommene Recht. Für EU-Recht, das über die bilateralen Verträge für die Schweiz von Bedeutung ist, findet sich ein elektronisches Register der Bundeskanzlei unter <www.admin.ch/bundesrecht/00566/00596/00653/index.html?lang=de> (26.08.2013).

¹¹⁰ Das Postulat (06.3839) von ROGER NORDMANN, durch EU-Recht beeinflusstes schweizerisches Recht besonders zu kennzeichnen, wurde vom Nationalrat deshalb am 20. März 2009 abgelehnt.

¹¹¹ EuGH, Rs. 8/74, *Dassonville*, Slg. 1974, 837.

¹¹² EuGH, Rs. 120/78, *REWE/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, Slg. 1979, 649.

¹¹³ EuGH, Verb. Rs. C-267/91 und C-268/91, *Keck und Mithouard*, Slg. 1993, I-6097.

¹¹⁴ S. BGer 2A.593/2005 vom 6. September 2006 E 6: Aus dem FHA folge keine automatische Anwendung des Cassis-de-Dijon-Prinzips in der Schweiz.

¹¹⁵ Art. 16a THG in der seit dem 1. Juli 2010 geltenden Fassung. Es existieren allerdings zahlreiche Ausnahmen, s. z.B. Art. 16a Abs. 2, 16c, 16d THG.

¹¹⁶ S. eingehend HERREN, in: COTTIER, 59, 72 ff. Allgemein zu diesem Zusammenhang s. BAUDENBACHER, ZSR 2012 II, 419, 612: „To be sure, autonomous implementation does not produce reciprocal rights and therefore no right to access to the EU’s internal market for Swiss citizens and economic actors“ (Hervorhebung weggelassen).

Insofern ist den Wirkungszusammenhängen des autonomen Nachvollzugs eine Präzisierung hinzuzufügen: Zwar trifft es zu, dass durch die Übernahme von EU-Recht der Wirtschaftsverkehr erleichtert wird. Bei autonomen Übernahmen im Bereich der Verkehrsfreiheiten gilt dies jedoch nur für die Importe, nicht für die Exporte. Insofern wäre auf dieser Ebene eine mit der EU koordinierte Harmonisierung vorzugswürdig.¹¹⁷ Allerdings hat die autonome Einführung des Herkunftslandprinzips auch einige Vorteile. Der Verzicht auf eine mit der EU koordinierte Harmonisierung schafft grössere Einfachheit und Schnelligkeit: Es sind keine Verhandlungen erforderlich, Gegenforderungen können somit nicht gestellt werden und die Schweiz bleibt Herrin über die Ausnahmen.¹¹⁸

Anzumerken ist auch, dass der Einführung des *Cassis*-Prinzips eine starke dynamische Komponente inhärent ist.¹¹⁹ Die Anerkennung ausländischer technischer Vorschriften bezieht sich nicht nur auf die Gegenwart, sondern auch auf die Zukunft. Der freie Warenverkehr wird hierdurch zu einem Experimentierfeld, auf dem Erfahrungen mit dynamischer Rechtsanpassung gewonnen werden können.

c. Die EWR-weite Erschöpfung im Patentrecht

Das Bundesgericht hat im *Kodak*-Entscheid bekanntlich für nationale Erschöpfung im Patentrecht optiert.¹²⁰ Zehn Jahre später führte der Gesetzgeber die EWR-weite Erschöpfung ein.¹²¹ Er orientierte sich hierbei an der Rechtslage in EU und EWR und verfolgte das Ziel, einen Beitrag zur Bekämpfung der Hochpreisproblematik zu leisten. Wie beim *Cassis*-Prinzip war die Vorgehensweise unilateral, d.h. die Schweiz ist nicht in den Erschöpfungsraum von EU und EWR integriert worden. Zwar kann die Einfuhr patentgeschützter Gegenstände, die durch den Patentinhaber oder mit seinem Einverständnis in EU bzw. EWR in den Verkehr gebracht worden sind, in die Schweiz nicht verhindert werden. Patentgeschützten Gegenständen, die in der Schweiz durch den Patentinhaber oder mit seinem Einverständnis vermarktet worden sind, kann der Zutritt zu EU bzw. EWR jedoch sehr wohl versperrt werden.

Auch hier zeigt sich der pragmatische Ansatz der autonomen Übernahme: Das primäre Ziel, nämlich die Stärkung des Wettbewerbs in der Schweiz, wird erreicht. Gleichzeitig wird Flexibilität gewahrt. Mangels einer mit der EU koordinierten Einführung eines ein-

¹¹⁷ Vgl. Europabericht 2006 des Bundesrats, BBl. 2006, 6815, 6832: „Der Erlass europakompatiblen Rechts kann Diskriminierungen im Verhältnis zu den EU-Staaten mildern, nicht aber beseitigen. Nur mittels Abkommen kann die Brücke geschlagen und damit sichergestellt werden, dass Erleichterungen beim Austausch von Waren und Dienstleistungen sowie beim Personenverkehr gegenseitig gewährt werden. Konkret heisst dies, dass wo immer möglich eine Anpassung an Gemeinschaftsrecht nicht autonom, sondern vertraglich erfolgen sollte.“

¹¹⁸ S. ZÄCH, in: FS 25 Jahre juristische Abschlüsse an der Universität St. Gallen (HSG), 295, 303 f.

¹¹⁹ OESCH, in: COTTIER, 13, 38.

¹²⁰ BGE 126 III 129 – *Kodak*. Für das Markenrecht (BGE 122 III 469 – *Chanel*) und das Urheberrecht (BGE 124 III 321 – *Nintendo*) hatte das Bundesgericht hingegen auf internationale Erschöpfung entschieden.

¹²¹ Art. 9a PatG in der Fassung des Bundesgesetzes v. 19. Dezember 2008, in Kraft seit 1. Juli 2009 (AS 2009, 2615). Für landwirtschaftliche Produktionsmittel und Investitionsgüter gilt hingegen internationale Erschöpfung, s. Art. 27b Landwirtschaftsgesetz (SR 910.1).

heitlichen Erschöpfungsregimes bleibt die Schweiz Herrin über die Ausnahmen. Davon hat sie beispielsweise im Bereich der staatlich festgelegten Preise Gebrauch gemacht.¹²²

4. Allgemeine Inspiration

Häufiger als die vollständige Übernahme ganzer EU-Rechtstexte oder in sich abgeschlossener Teile hiervon ist die allgemeine Inspiration des schweizerischen Rechts durch Entwicklungen in der EU. Die bereits erwähnten Europakapitel in den Botschaften vermitteln einen Eindruck davon, inwieweit dem europäischen Modell gefolgt wird, bzw. wo abgewichen wird. Zur Veranschaulichung sollen im Folgenden einige Beispiele für mehr oder weniger EU-rechtlich inspirierte Texte des schweizerischen Rechts gegeben werden.¹²³

a. Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Im Gesellschaftsrecht waren ursprünglich Einflüsse aus Deutschland und Frankreich stark. So beruhte die Einführung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) im Jahr 1937 auf dem Regelungsmodell dieser beiden Länder.¹²⁴ In der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts wuchs der US-amerikanische Einfluss. Insbesondere die rasanten Entwicklungen im Kapitalmarktrecht können ohne den amerikanischen Einfluss nicht verstanden werden. Beispiele sind das börsenrechtliche Offenlegungs- und Übernahmerecht sowie das Revisions- und Revisionsaufsichtsrecht.¹²⁵ In den letzten Jahren ist aber im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht auch der europäische Einfluss immer stärker geworden.¹²⁶ Beispielsweise hat der Bundesrat für die Aktienrechtsrevision eine weitgehende Übereinstimmung mit EU-Recht festgestellt.¹²⁷

b. Konsumentenschutz

Das Swisslex-Paket führte zu autonomem Nachvollzug einer Reihe von EU-Regelungen zum Konsumentenschutz.¹²⁸ Erwartungen im Hinblick auf die Fortsetzung dieses Kurses wurden nicht erfüllt.¹²⁹ Insbesondere kam es nicht zur Anpassung an die Klausel-,¹³⁰

¹²² Nämlich in Art. 9a Abs. 5 PatG; zu einer positiven Einschätzung gelangt ZUBERBÜHLER, 269 ff.

¹²³ S. auch die Übersichten bei BAUDENBACHER, ZSR 2012 II, 419, 613 ff.; BREITENMOSER/WEYENETH, Rz. 696; JAAG, Europarecht, Rz. 4203, sowie in Europabericht 2006 des Bundesrats, BBl. 2006, 6815, 6831 f.

¹²⁴ KUNZ, recht 2012, 37, 44. Allerdings war der neuen Gesellschaftsform lange Zeit kein grosser Erfolg beschieden, vgl. WAGNER, 45: „Böse Zungen behaupteten gar, Neugründungen seien nur von Deutschen vorgenommen worden, die nicht verstanden hätten, dass die Aktiengesellschaft die gebräuchliche Rechtsform in der Schweiz darstellt.“

¹²⁵ Zu anderen *leges americanae* s. bereits oben FN 51.

¹²⁶ Zum Kapitalmarktrecht s. die einschlägigen Beiträge in diesem Band; zum Gesellschaftsrecht s. KUNZ, in: KUNZ/ARTER/JÖRG, 179, 210 ff.

¹²⁷ Botschaft Aktienrechtsrevision, BBl. 2008, 1589, 1630: „Der Entwurf steht in weiten Teilen mit dem massgeblichen EG-Recht im Einklang. Auf eine Übernahme der einschlägigen Vorschriften der EG wurde jedoch insbesondere dort verzichtet, wo diese materiell nicht zu überzeugen vermögen.“

¹²⁸ S.o. bei FN 100.

¹²⁹ STAUDER, in: WERRO/PROBST, 75, 103.

Fernabsatz-,¹³¹ Verbrauchsgüterkauf-¹³² und E-Commerce-Richtlinie.¹³³ Ein Begründungsstrang kommt in der folgenden Passage aus der Pressemitteilung des Justizdepartements zum Verzicht auf ein Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr im Jahr 2005 zum Ausdruck: „Das Obligationenrecht steht auf dem Grundsatz der Vertragsfreiheit. Sie ist Ausdruck davon, dass die Bürger mündig sind und selber am besten wissen, was für sie gut und von Vorteil ist. Widerrufsrechte und Gewährleistungsansprüche tragen dem keine Rechnung und stellen eine Form der Bevormundung des Konsumenten durch den Gesetzgeber dar.“¹³⁴ Diese recht eigenwillige Interpretation des Konsumentenschutzartikels der Bundesverfassung (Art. 97 BV) berücksichtigt nicht jüngere Erkenntnisse, die den Konsumentenschutz nicht mehr mit der strukturellen Ungleichheit zwischen Unternehmen und Verbrauchern begründen, sondern ihn auf die in den Wirtschaftswissenschaften ausgearbeiteten Konzepte der Informationsasymmetrie, der rationalen Unwissenheit und der eingeschränkten Rationalität stützen.¹³⁵

Neuere Entwicklungen zielen auf eine Überwindung der grundsätzlichen Diskrepanz zwischen europäischem und schweizerischem Konsumentenschutz ab. So wurde durch die Reform von Art. 8 UWG für die Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen auf das in hohem Mass restriktive Merkmal „in irreführender Weise“ verzichtet. Ferner wurde die Gewährleistungsfrist für den Fahrniskauf in Art. 210 OR von einem auf zwei Jahre verlängert.¹³⁶ Beide Massnahmen haben auch europarechtliche Einflüsse zum Hintergrund.¹³⁷ Dasselbe gilt für den Vorschlag der ständerätlichen Kommission für Rechtsfragen, eine grundlegende Revision des Widerrufsrechts vorzunehmen.¹³⁸ Er beinhaltet ein allgemeines Widerrufsrecht für Fernabsatzgeschäfte, also auch für Internettransaktionen, und hat die Entwicklungen in der EU von der Fernabsatzrichtlinie aus dem Jahr 1997¹³⁹ bis zur Verbraucherrechterichtlinie aus dem Jahr 2011¹⁴⁰ im Visier.

¹³⁰ Richtlinie 93/13/EWG des Rates v. 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (ABl. L 95/29).

¹³¹ Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz v. 20. Mai 1997 (ABl. L 144/19).

¹³² Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter v. 25. Mai 1999 (ABl. L 171/12).

¹³³ Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über den elektronischen Geschäftsverkehr v. 8. Juni 2000 (ABl. L 178/1).

¹³⁴ EIDGENÖSSISCHES JUSTIZ- UND POLIZEIDEPARTEMENT, Medienmitteilung v. 9. November 2005, <www.bj.admin.ch/content/bj/de/home/dokumentation/medieninformationen/2005/ref_2005-11-091.html> (26.08.2013).

¹³⁵ S. hierzu beispielsweise FIKENTSCHER/HEINEMANN, Rz. 545.

¹³⁶ Mit Ausschluss der Verkürzungsmöglichkeit für Konsumverträge in Art. 210 Abs. 4 OR; s. dazu den Beitrag von DEDUAL, Kaufrechtliche Verjährung contra legem?, auf S. 75 ff. in diesem Band.

¹³⁷ Vgl. allgemein MORIN, in: OJHA/VULLIEMIN, 17 ff.

¹³⁸ Für die parlamentarische Initiative „Mehr Konsumentenschutz und weniger Missbräuche beim Telefonverkauf“ s. die Nachweise unter <www.parlament.ch/d/dokumentation/berichte/vernehmlassungen/06-441/seiten/default.aspx> (26.08.2013), insbesondere auch den Vorentwurf der Kommission v. 23. August 2012 sowie die Vernehmlassungsergebnisse.

¹³⁹ Oben FN 131.

¹⁴⁰ Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über die Rechte der Verbraucher v. 25. Oktober 2011 (ABl. L 304/64). Zum Grundansatz der Verbraucherrechterichtlinie,

c. Geistiges Eigentum

Im Bereich des Immaterialgüterrechts ist die Tendenz zur Internationalisierung aufgrund der Ubiquität des Schutzgegenstands traditionell besonders stark. Die Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums (insbesondere Patente, Designs und Marken) von 1883 und die Revidierte Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst (Urheberrecht) von 1886 zeugen hiervon genauso wie in jüngerer Zeit das TRIPS-Übereinkommen. Die internationalen Vorgaben haben das schweizerische Recht des geistigen Eigentums massgeblich geprägt, lassen aber auch viele Spielräume. Bei der Füllung dieser Spielräume haben auch die europäischen Entwicklungen eine grosse Rolle gespielt.¹⁴¹

Dies hat den Gesetzgeber und die Gerichte aber nicht davon abgehalten, eigenständige Lösungen zu wählen, wo dies vorzugswürdig schien. Prominentes Beispiel ist das Erschöpfungsregime. Während in EU und EWR für alle Schutzrechte der Grundsatz der EWR-weiten Erschöpfung gilt, hat der Schweizer Gesetzgeber nur für das Patentrecht euroregionale Erschöpfung angeordnet (Art. 9a PatG¹⁴²). Für das Urheber- und Markenrecht hat das Bundesgericht hingegen für internationale Erschöpfung optiert.¹⁴³ Damit sind Parallelimporte in die Schweiz in grösserem Umfang möglich als in die EU¹⁴⁴ bzw. den EWR.¹⁴⁵

d. Recht gegen den unlauteren Wettbewerb

Der Einfluss europäischen Rechts auf das UWG ist eher schwach ausgeprägt. Bei Verabschiedung des Gesetzes im Jahr 1986 existierte erst die EWG-Richtlinie über irreführende Werbung,¹⁴⁶ deren Entwurf in der Botschaft zum UWG berücksichtigt ist,¹⁴⁷ aber keine deutlichen Spuren hinterlassen hat. So wurde beispielsweise die Einführung einer Beweislastumkehr zulasten des Werbenden für Tatsachenbehauptungen in Anlehnung an

insbesondere zum Unterschied zwischen Mindest-, Voll- und Totalharmonisierung, s. ERNST, EuZ 2010, 2.

¹⁴¹ S. Europabericht 2006 des Bundesrats, BBl. 2006, 6815, 6832: „Auch die Bestimmungen zu Freisetzungsversuchen und Inverkehrbringen für gentechnisch veränderte Organismen und nun neu das Patentrecht (Biotechnologie-Richtlinie 98/44/EG) und Urheberrecht [...] liessen sich von geltenden Regelungen auf EU-Ebene inspirieren – ohne diese jedoch «eins-zu-eins» zu übernehmen. Vielmehr folgt die Übernahme klar den schweizerischen Interessen.“

¹⁴² S.o. FN 121.

¹⁴³ S.o. FN 120.

¹⁴⁴ EuGH, Rs. C-355/96, *Silhouette*, Slg. 1998, I-4799: Für die EU-Mitgliedstaaten gilt EWR-weite Erschöpfung nicht nur als Minimal-, sondern auch als Maximalstandard, d.h. sie können nicht den Grundsatz der internationalen Erschöpfung einführen oder beibehalten.

¹⁴⁵ Während der EFTA-Gerichtshof den EFTA-Mitgliedstaaten des EWR zunächst die Möglichkeit beliess, internationale Erschöpfung vorzusehen (EFTA-Gerichtshof, Fall E-2/97, *Maglite*, GRUR Int. 1998, 309), schwenkte er später auf die EuGH-Lösung, nämlich zwingende EWR-weite Erschöpfung, um (EFTA-Gerichtshof, Fälle E-9/07 und E-10/07, *L'Oréal*, GRUR Int. 2008, 876).

¹⁴⁶ Richtlinie des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung v. 10. September 1984 (ABl. L 250/17).

¹⁴⁷ S. Botschaft UWG, BBl. 1983 II, 1009, 1021.

Art. 6 der europäischen Richtlinie diskutiert. Eine solche Regelung wurde dann aber zunächst nicht Bestandteil des Gesetzes.¹⁴⁸

Das UWG von 1986 zeigt grosse Eigenständigkeit: Der Schutzzweck wurde in Art. 1 UWG auf alle Beteiligten ausgedehnt, so dass der Gedanke der Dreidimensionalität (Schutz der Unternehmen, der Konsumenten und der Allgemeinheit¹⁴⁹) einen Niederschlag im Gesetz fand, lange bevor entsprechende Klarstellungen in ausländischen Gesetzen erfolgten. Die Generalklausel in Art. 2 UWG ging über Art. 10^{bis} PVÜ hinaus, indem nicht mehr lediglich geschäftsmoralische Kriterien ihren Niederschlag fanden, sondern auch auf funktionale Aspekte, nämlich die Auswirkungen zwischen Wettbewerbern sowie zwischen Anbietern und Abnehmern, abgestellt wurde. Die Liste der Spezialtatbestände wurde deutlich erweitert und aktualisiert.

Die Klagerechte wurden mit dem Gesetz von 1986 ausgedehnt, indem auf das Erfordernis eines Wettbewerbsverhältnisses verzichtet wurde,¹⁵⁰ die Rechte der Konsumenten, der Konsumentenorganisationen sowie der Berufs- und Wirtschaftsverbände ausgebaut wurden sowie ein Klagerecht des Bundes eingeführt wurde. Allgemein wurde ein Gleichgewicht zwischen Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs und Freiraum für unternehmerische Initiative gefunden. Dies kam auch im Leitbild des durchschnittlich informierten und aufmerksamen Konsumenten zum Ausdruck.

In der Zwischenzeit haben sich die Aktivitäten in der EU auf dem Gebiet des Lauterkeitsrechts deutlich intensiviert.¹⁵¹ Das schweizerische Lauterkeitsrecht wird hierdurch beeinflusst.¹⁵² So haben die durch die UWG-Revision von 2011¹⁵³ eingeführten Spezialtatbestände in Art. 3 Abs. 1 lit. r UWG (Schneeball-, Lawinen- und Pyramidensysteme) und Art. 3 Abs. 1 lit. t UWG (Gewinnversprechen) Entsprechungen in der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken.¹⁵⁴ Auch haben die Massnahmen zur Verbesserung der Zusammenarbeit mit ausländischen Lauterkeitsaufsichtsbehörden (Art. 21, 22 UWG) eine EU-Verordnung im Blick.¹⁵⁵

¹⁴⁸ Die Beweislastumkehr kam dann aber einige Jahre später, nämlich durch Art. 13a UWG, eingefügt durch Bundesgesetz v. 18. Juni 1993 (AS 1994, 375).

¹⁴⁹ S. Botschaft UWG, BBl. 1983 II, 1009, 1058.

¹⁵⁰ S. Botschaft UWG, BBl. 1983 II, 1009, 1075.

¹⁵¹ Im Zentrum des europäischen Lauterkeitsrechts stehen zwei Richtlinien, nämlich Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern v. 11. Mai 2005 (ABl. L 149/22) und Richtlinie 2006/114/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über irreführende und vergleichende Werbung v. 12. Dezember 2006 (ABl. L 376/21). Zu ersterer s. den Beitrag von LOACKER/LOACKER, Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: Grundkonzeption und Verbraucherleitbild, auf S. 585 ff. in diesem Band.

¹⁵² Vgl. SHK UWG-P. JUNG, Einleitung N 185 ff.

¹⁵³ Bundesgesetz v. 17. Juni 2011 (AS 2011, 4909).

¹⁵⁴ Nämlich Nr. 14 und 31 in Anhang I der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (oben FN 151).

¹⁵⁵ Nämlich Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden v. 27. Oktober 2004 (ABl. L 364/1). Vgl. insbesondere Art. 14 und 18 dieser Verordnung zur Zusammenarbeit mit Drittstaaten.

Ungeachtet dessen hat sich das schweizerische Lauterkeitsrecht ein starkes eigenes Profil bewahrt. Eine systematische Anpassung der lauterkeitsrechtlichen Generalklausel an die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken¹⁵⁶ hat nicht stattgefunden. Ausserdem wurden mit den Regeln über den Adressbuchschwindel (Art. 3 Abs. 1 lit. p und q UWG) Spezialtatbestände eingefügt, die sich nach eigener Erfahrung als problematisch erwiesen haben und für die es keine Modellnormen im europäischen Lauterkeitsrecht gibt. Weniger überzeugend (und ohne europäisches Vorbild) steht die Tendenz da, in das UWG Bruchstücke des Konsumentenschutzes einzufügen, wie z.B. Art. 3 Abs. 1 lit. s, Abs. 2 UWG über Pflichten im elektronischen Geschäftsverkehr¹⁵⁷ oder Art. 8 UWG über allgemeine Geschäftsbedingungen.¹⁵⁸ Einen deutlichen Akzent setzt das schweizerische Lauterkeitsrecht auch mit der grundsätzlichen Zulassung unaufgeforderter Werbeanrufer. Das in Art. 3 Abs. 1 lit. u UWG niedergelegte *opt out*-Prinzip steht in bewusstem Gegensatz zum grundsätzlichen Verbot der Kaltakquise in Deutschland und Österreich.¹⁵⁹ Über die Berechtigung solcher Permissivität wird man angesichts der besonderen Schutzbedürftigkeit der Privatwohnung allerdings streiten können.

e. Regulierungsrecht

Auch das Regulierungsrecht ist stark von der Entwicklung in der EU beeinflusst.¹⁶⁰ Unter dem Einfluss der Deregulierungsdebatte ging die Europäische Kommission seit den 1980er Jahren gegen staatliche Monopole vor.¹⁶¹ In der Folge kam es zur Abschaffung oder zumindest starker Rückbindung der staatlichen Monopolwirtschaft.¹⁶² Beispielsweise wurde der Telekommunikationssektor privater Konkurrenz geöffnet. Dieser Vorgang wurde begleitet durch intensive Aufsicht. So existiert in der EU für viele Telekommunikationsmärkte ein System der *ex ante*-Regulierung, das eine vorherige Tarifgenehmigungspflicht einschliesst. Die Eidgenössische Kommunikationskommission (ComCom) wird hingegen nur *ex post* auf Antrag tätig.

Allgemein lässt sich sagen, dass der Regulierungsansatz in der Schweiz vorsichtiger ist.¹⁶³ Die Wahl zwischen *ex ante*- und *ex post*-Regulierung ist in der Tat schwierig und

¹⁵⁶ Nämlich Art. 5 der Richtlinie (oben FN 151).

¹⁵⁷ S. WEBER/WOLF, Jusletter 18. Juni 2012.

¹⁵⁸ Kritisch zur Tendenz, „das UWG in ein Konsumentenschutz zu konvertieren“ WEBER, sic! 2012, 231, 236. Art. 32 und 33 „Obligationenrecht 2020“ (unten FN 233) ordnen die Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen systematisch überzeugend in den Allgemeinen Teil des Obligationenrechts ein.

¹⁵⁹ Das EU-Recht lässt den Mitgliedstaaten die Wahl zwischen *opt in* und *opt out* in diesem Bereich, s. Art. 13 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation 2002/58/EG v. 12. Juli 2002 (ABl. L 201/37).

¹⁶⁰ JAAG, Europarecht, Rz. 4203.

¹⁶¹ Dieser Vorgang ist in der Literatur als der „public turn“ der europäischen Wettbewerbspolitik beschrieben worden, s. GERBER, 35 Harvard International Law Journal 97, 137 (1994).

¹⁶² S. HEINEMANN, Grenzen, 46 ff.

¹⁶³ Diese Aussage bezieht sich nur auf das Regulierungsrecht, nicht auf die Eigentumsverhältnisse im Telekommunikationssektor. Während in der Schweiz der Staat Mehrheitseigentümer des ehemaligen Monopolbetreibers ist, haben viele EU-Mitgliedstaaten (darunter auch Deutschland und Frankreich) den öffentlichen Anteil am Exmonopolisten auf eine Minderheitsbeteiligung gesenkt.

macht eine sorgfältige Abwägung der Vor- und Nachteile erforderlich.¹⁶⁴ Verzichtet der Gesetzgeber auf eine *ex ante*-Aufsicht im besonderen Regulierungsrecht, besteht allerdings ein noch stärkeres Bedürfnis nach kartellrechtlicher Kontrolle, als es auch in einem *ex ante*-System ohnehin schon der Fall ist. Es ist deshalb wenig überzeugend, die Anforderungen an die kartellrechtliche Preiskontrolle für Marktbeherrscher über das europäische Mass hinaufzuschrauben.¹⁶⁵ Der Gesetzgeber plant deshalb zu Recht eine Klarstellung in diesem Sinn.¹⁶⁶

f. Kartellrecht

Bisweilen herrscht Unklarheit über den Grad der europarechtlichen Inspiration. Dies schafft Schwierigkeiten bei der Auslegung der Normen, da der Grundsatz der europarechtskompatiblen Auslegung nur so weit reicht, als das schweizerische Recht dem europäischen Modell folgt.¹⁶⁷ Das spektakulärste Beispiel für gravierende Meinungsunterschiede in Bezug auf die Stärke des europarechtlichen Einflusses ist das Kartellrecht. So ist in der Literatur umstritten, ob das Kartellgesetz von 1995 als autonomer Nachvollzug europäischen Kartellrechts gedeutet werden kann oder ob es lediglich durch letzteres inspiriert wurde.¹⁶⁸

Die Unsicherheiten haben gravierende Auswirkungen. So gelangte das Bundesgericht in zwei Entscheiden zu deutlich voneinander abweichenden Einschätzungen mit erheblichen praktischen Konsequenzen.¹⁶⁹ Im Fall „Terminierung Mobilfunk“ stellte das Bundesgericht hohe Anforderung an den Tatbestand der „Erzwingung“ unangemessener Preise i.S. von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG und wich hiermit von der Auslegung des gleichen Begriffs im europäischen Kartellrecht ab.¹⁷⁰ Ein tragendes Argument für diese Abweichung bestand in dem Satz: „Die Kartellgesetznovelle von 1995 hatte keinen besonderen europapolitischen Hintergrund.“¹⁷¹ Im *Publigroupe*-Entscheid stellte das Bundesgericht hingegen fest, dass „das schweizerische Kartellgesetz sich stark am europäischen Wett-

¹⁶⁴ S. z.B. HAUCAP/KRUSE, WuW 2004, 266, die für wesentliche Einrichtungen eine Ex-Ante-Regulierung vorziehen, allerdings nicht durch eine sektorspezifische Stelle, sondern durch eine branchenübergreifende Regulierungsbehörde.

¹⁶⁵ So aber BGE 137 II 199.

¹⁶⁶ S.u. FN 178.

¹⁶⁷ S.u. IV.D.2.

¹⁶⁸ Autonomer Nachvollzug wird bejaht von STURNY, in: COTTIER, 107, 112 ff. (im Unterschied zu den Vorgängergesetzen von 1962 und 1985). Verneinend dagegen COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV, in: EPINEY/THEUERKAUF/RIVIÈRE, 357, 389; KOHLER, in: COTTIER, 41, 44; KUNZ, recht 2012, 37, 48.

¹⁶⁹ S. hierzu den Beitrag von HAGER, Der europäische Einfluss auf das schweizerische Wettbewerbsrecht, auf S. 545 ff. in diesem Band. Die aus der uneinheitlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts resultierende Rechtsunsicherheit kritisiert BORER, in: KELLERHALS/BAUMGARTNER, 142. Auch der ganz überwiegend abgelehnte Entscheid BGE 124 III 495 zur kartellrechtlichen Beurteilung von Wettbewerbsverboten baut auf einer nicht überzeugenden Bestimmung des Verhältnisses von europäischem zu schweizerischem Kartellrecht auf (BGE 124 III 495, 498). Zur Kritik s. beispielsweise ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Rz. 249.

¹⁷⁰ BGE 137 II 199. Die sachlichen Gründe für die Engführung des Preismissbrauchs überzeugen nicht; s. die umfassende Analyse von VLCEK, mit zahlreichen Nachweisen.

¹⁷¹ BGE 137 II 199, 209.

bewerbsrecht orientiert“, weshalb auch die Praxis zu Art. 102 AEUV bei der Auslegung von Art. 7 KG zu berücksichtigen sei.¹⁷²

In beiden Entscheiden wird in diesem Zusammenhang die Botschaft zum KG 1995 zitiert. In ihr findet sich in der Tat einerseits die Aussage, dass die „laufende Kartellrechtsrevision [...] nicht primär einen europapolitischen Hintergrund“ hat, sondern „sich vor allem aus der Diskussion um die Verbesserung der Rahmenbedingungen des Wirtschaftsstandortes Schweiz“ ergibt.¹⁷³ Andererseits finden sich an zahlreichen Stellen Hinweise darauf, dass eine Annäherung an europäisches Kartellrecht erfolgen sollte.¹⁷⁴ Dies gilt in besonderem Mass für den Tatbestand des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen. Die Botschaft weist ausdrücklich auf die Parallelen zum europäischen Kartellrecht bei der Formulierung der Missbrauchstatbestände hin.¹⁷⁵ Für den Tatbestand des Preismissbrauchs ist diese Parallele unabweisbar, da das KG 1985 noch keinen entsprechenden Tatbestand enthielt und Art. 7 Abs. 2 lit. c KG nahezu wortgleich mit Art. 102 Abs. 2 lit. a AEUV übereinstimmt, insbesondere denselben Terminus der „Erzwingung“ enthält.

Auf die Konsequenzen für die Auslegung wird zurückzukommen sein.¹⁷⁶ Es sei an dieser Stelle vorangeschickt, dass es sachwidrig erscheint, ein Gesetz entweder der Kategorie des „autonomen Nachvollzugs“ oder der „allgemeinen Inspiration“ durch EU-Recht zuzuweisen, um sodann grundlegende Auslegungsunterschiede hieraus abzuleiten. Der starke Einfluss des europäischen auf das schweizerische Kartellrecht ist allgemein anerkannt.¹⁷⁷ Ihm ist bei der Auslegung angemessen Rechnung zu tragen.

Dass der abweichende Standpunkt des Bundesgerichts im Terminierungsfall nicht überzeugt, kommt auch im legislatorischen Korrekturmanöver zum Ausdruck: Der Ständerat hat beschlossen, den Begriff der „Erzwingung“ in Art. 7 Abs. 2 lit. c KG im Rahmen der laufenden Kartellgesetzrevision durch denjenigen der „Festlegung“ zu ersetzen.¹⁷⁸ Zwar führt dies zu einer Abweichung vom Wortlaut der europäischen Modellnorm, nähert sich deren inhaltlichem Gehalt aber an. Dieses Paradox hätte durch europarechtskonforme Auslegung vermieden werden können.

¹⁷² BGE 139 I 72, 89.

¹⁷³ Botschaft KG, BBl. 1995, 468, 484.

¹⁷⁴ S. z.B. Botschaft KG, BBl. 1995, 468, 471, 531, 632 f. Für autonomen Nachvollzug sprechen die Ausführungen in der Botschaft KG-Revision 2003, nach der „die Schweiz mit der vorgeschlagenen Möglichkeit, direkte Sanktionen zu verhängen, [...] eine im europäischen Recht verankerte Lösung nachbildet“, BBl. 2002, 2022, 2026.

¹⁷⁵ Botschaft KG, BBl. 1995, 468, 531, 570.

¹⁷⁶ S.u. IV.D.3.

¹⁷⁷ S. beispielsweise BALDI, AJP 2012, 1183, 1184; BAUDENBACHER, ZSR 2012 II, 419, 613; BORER, in: FS Zäch, 217, 220; KELLERHALS, in: FS Weber, 289, 298; STOFFEL, in: FS Tercier, 677.

¹⁷⁸ Ständerat, Beschluss v. 21. März 2013, <www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20120028> (26.08.2013). Allgemein zielt die Revision des Kartellgesetzes auf eine weitere Annäherung an das europäische Kartellrecht; s. allgemein zu Inhalt und Kontext des Reformvorhabens MARTENET/HEINEMANN, EuZW 2012, 867.

5. Fazit

Bei der autonomen Anpassung an europäische Vorbilder ist idealtypisch zwischen autonomem Nachvollzug und allgemeiner Inspiration durch EU-Recht zu unterscheiden. Beide Formen autonomer Anpassung unterscheiden sich jedoch nur durch den Grad der Annäherung an EU-Modelle. Der Regelfall besteht nicht in einer vollständigen Übernahme europäischen Rechts, sondern in einer Teilrezeption auf der Grundlage einer differenzierten Abwägung der Vor- und Nachteile autonomer Übernahme bzw. Abweichung.¹⁷⁹

Es ist die Aufgabe der Rechtsanwendungsinstanzen, den Grad europarechtlicher Prägung zu bestimmen. Die Intensität europarechtlicher Beeinflussung ist von wesentlicher Bedeutung für die Auslegung, auf die nun einzugehen ist. Es ist deshalb wichtig, dass in den Botschaften der europäische Einfluss und seine Reichweite transparent dokumentiert werden. Das Beispiel des Kartellrechts hat gezeigt, dass es hier zu Missverständnissen kommen kann. Aus politischen Gründen mag bisweilen die „Autonomie“ stärker betont werden als der „Nachvollzug“. Für die Rechtsanwendung ist es wesentlich, von solcher Rhetorik abzusehen und die tatsächliche Beeinflussung schweizerischen durch europäisches Recht zu ermitteln.

D. Rechtsanwendung

EU-Recht ist nicht nur für die Rechtsetzung, sondern auch für die Rechtsanwendung relevant.

1. Stellenwert der Rechtsvergleichung

Die Schweizer Gerichte sind für ihre rechtsvergleichende Offenheit bekannt.¹⁸⁰ Dies hängt einerseits mit der Grösse des Landes zusammen: Relativ kleine Länder neigen zu stärkerer Rezeption ausländischen Richterrechts und ausländischer Lehrmeinungen, da es daheim häufig an Erfahrungswerten mangelt.¹⁸¹ Hinzu treten die geographische Lage der Schweiz in der Mitte Europas und die starke Vernetzung. Den tieferen Grund für die besondere rechtsvergleichende Aufmerksamkeit in der Schweiz wird man aber in der sprachlichen und kulturellen Diversität des Landes erblicken können. Die Zugehörigkeit zu verschiedenen Sprachräumen schafft die Voraussetzungen zur Rechtsvergleichung; aus der kulturellen Vielfalt entspringt die komparatistische Motivation.

¹⁷⁹ S. aber auch BAUDENBACHER, ZSR 2012 II, 419, 644: Der Grund für die Abweichung von europäischen Regelungsmodellen bestehe oft nicht darin, dass diese nicht überzeugend seien, sondern dass Lobbys eine Reform aus Partikularinteressen verhindern.

¹⁸⁰ Vgl. WALTER, ZSR 2007 I, 259, 262.

¹⁸¹ Zu den allgemeinen Bestimmungsfaktoren für den jeweiligen Stellenwert der Rechtsvergleichung in einem Land s. bereits oben III.B.2.

So ist es ganz überwiegend anerkannt, dass zur Füllung von Gesetzeslücken nach Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB auch auf Lösungen im Ausland zurückgegriffen werden kann.¹⁸² Die rechtsvergleichende Methode dient aber nicht nur der Lückenfüllung, sondern wird allgemein zur Auslegung herangezogen.¹⁸³ Die Schweizer Gerichte, allen voran das Bundesgericht, machen hiervon regen Gebrauch.¹⁸⁴ Während im Ausland die Berechtigung der rechtsvergleichenden Methode streitig diskutiert wird,¹⁸⁵ wird diese Frage in der schweizerischen Methodologie also ganz überwiegend bejaht.¹⁸⁶ Besondere Bedeutung genießt in diesem Zusammenhang EU-Recht, an das schweizerisches Recht angepasst wurde. Zu unterscheiden ist zwischen autonom und staatsvertraglich übernommenem Recht.

2. Europarechtskonforme Auslegung autonom übernommenen EU-Rechts

Autonom aus der EU übernommenes Recht ist europarechtskonform auszulegen.¹⁸⁷ Das Bundesgericht hat den Grundsatz der europarechtskonformen Auslegung wie folgt präzisiert: „Nachvollzogenes Binnenrecht ist im Zweifel europarechtskonform auszulegen. Es ist harmonisiertes Recht und als solches im Ergebnis – wie das Staatsvertragsrecht – Einheitsrecht. Zwar ist es nicht Einheitsrecht in Form von vereinheitlichtem Recht. Wird aber die schweizerische Ordnung einer ausländischen – hier der europäischen – angeglichen, ist die Harmonisierung nicht nur in der Rechtssetzung, sondern namentlich auch in der Auslegung und Anwendung des Rechts anzustreben, soweit die binnenstaatlich zu beachtende Methodologie eine solche Angleichung zulässt.“¹⁸⁸

¹⁸² BK-MEIER-HAYOZ, Art. 1 ZGB N 225, 355 ff., 389, 433; KUNZ, recht 2012, 37, 49 m.w.N.; RUSCH, Jusletter 13. Februar 2006, Rz. 9. S. z.B. BGE 126 III 129, 138: „Namentlich im traditionell grenzüberschreitenden Rechtsverkehr lässt sich überdies eine sachgerechte Rechtsfindung und damit auch Lückenfüllung ohne rechtsvergleichende Grundlage nicht verwirklichen [...]. Dies gilt besonders, wo sich vordringlich wirtschaftspolitische Fragen stellen und darauf zu achten ist, dass durch einen isolationistischen Rechtszustand weder Privilegierungen noch Diskriminierungen auf dem internationalen Markt begründet werden.“ Hervorzuheben ist, dass die rechtsvergleichende Methode nicht auf grenzüberschreitende Sachverhalte beschränkt ist. S. auch WIDMER, LeGes 2003/3, 9, 15, der vorschlägt, Art. 1 Abs. 3 ZGB wie folgt umzuformulieren: Es „folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung und kann sich auch an einschlägigen Vorschriften oder Grundsätzen vergleichbarer ausländischer oder internationaler Regelungen orientieren“.

¹⁸³ KRAMER, Methodenlehre, 252 FN 819 m.w.N.

¹⁸⁴ S. beispielsweise WALTER, recht 2004, 91.

¹⁸⁵ Befürwortend für das deutsche (Verfassungs-)Recht HÄBERLE, JZ 1989, 913; zu rechtsvergleichungsfeindlichen Tendenzen in den USA s. die Nachweise bei REHM, *RebelsZ* 2008, 1, 7.

¹⁸⁶ Teilweise wird Rechtsvergleichung sogar gesetzlich angeordnet, s. Art. 7 Seeschiffahrtsgesetz (SR 747.30), wonach der Richter zur Lückenfüllung nach der Regel zu entscheiden hat, „die er als Gesetzgeber aufstellen würde, wobei er Gesetzgebung und Gewohnheit, Wissenschaft und Rechtsprechung der seefahrenden Staaten berücksichtigt“.

¹⁸⁷ Dies ist die ganz überwiegende Meinung, auch wenn Details streitig diskutiert werden. Zu den methodologischen Einzelheiten s. z.B. AMSTUTZ, in: WERRO/PROBST, 105, 129 ff.; BIERI, *AJP* 2007, 708; COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV, in: EPINEY/THEUERKAUF/RIVIÈRE, 357, 360 ff.; KRAMER, Methodenlehre, 292 ff.; OESCH, in: COTTIER, 13, 32 ff.; WIEGAND, in: *FS Zäch*, 171 ff.

¹⁸⁸ BGE 129 III 335, 350. Die vom Bundesgericht vorgenommene Einschränkung auf Zweifelsfälle (ebenso BGE 130 III 182, 190) wird dem Harmonisierungsziel des Gesetzgebers nicht gerecht und sollte deshalb überdacht werden, s. KOHLER, in: COTTIER, 41, 48 f. m.w.N. S. *ibid.*, 49 f. m.w.N.: Die „binnenstaatlich zu beachtende Methodologie“ lässt die europarechtskonforme Aus-

Im Unterschied zur völkerrechtsfreundlichen Auslegung nationalen Rechts resultiert die europarechtskonforme Auslegung nicht aus der Logik der Normenhierarchie, sondern aus dem Wunsch des Gesetzgebers, das schweizerische dem europäischen Recht anzugleichen.¹⁸⁹ Dieser Zusammenhang bestimmt zugleich Geltung und Grenzen der europarechtskonformen Auslegung. Der Autonomie der Übernahme entspricht die Autonomie der Auslegung.¹⁹⁰ Europarechtskonformität im Weg der Auslegung ist nur soweit herzustellen, als eine Angleichung vom Gesetzgeber bzw. vom Gesetz angestrebt ist. So gilt der Grundsatz der europarechtskonformen Auslegung nur soweit, als europarechtliche Regelungen übernommen wurden. Wenn in einem Gesetz nur ein Regelungsteil europarechtlich inspiriert ist, ist nur dieser Ausschnitt europarechtskonform auszulegen.¹⁹¹

Das Bundesgericht hat dem Grundsatz der europarechtskonformen Auslegung dynamischen Charakter zugemessen: „Die Angleichung in der Rechtsanwendung darf sich dabei nicht bloss an der europäischen Rechtslage orientieren, die im Zeitpunkt der Anpassung des Binnenrechts durch den Gesetzgeber galt. Vielmehr hat sie auch die Weiterentwicklung des Rechts, mit dem eine Harmonisierung angestrebt wurde, im Auge zu behalten.“¹⁹² Den Tendenzen zur Dynamisierung in Teilen der Gesetzgebung entspricht also die Dynamisierung der Auslegung: Wo das Ziel der schweizerischen Gesetzgebung in der Herstellung gleichartiger Vorgaben wie in der EU besteht, ist diesem Anliegen auch auf der Stufe der Auslegung Rechnung zu tragen.¹⁹³

3. Reichweite der europarechtskonformen Auslegung

In der Literatur wird hieraus bisweilen die Schlussfolgerung gezogen, zwischen zwei Formen der autonomen Übernahme zu unterscheiden: Im Fall des autonomen Nachvollzugs, also der bewusst unveränderten oder nahezu unveränderten Übernahme europäischen Rechts, sei europarechtskonform auszulegen. Anders verhalte es sich bei bloss „eklektischer“ Übernahme: Hier diene europäisches Recht nur allgemein rechtsvergleichend als Inspirationsquelle, so dass bei der Auslegung keine Besonderheiten gälten.¹⁹⁴

Eine solche binäre Sichtweise sollte nicht zugrunde gelegt werden. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass die Begriffe des „Nachvollzugs“ und der „allgemeinen Inspirati-

legung jedenfalls im Rahmen der historischen und der teleologischen Interpretation zu, so auch KRAMER, in: GS Mayer-Maly, 269, 272 f.

¹⁸⁹ COTTIER/DIEBOLD, Jusletter 2. Februar 2009, Rz. 10. S. auch BIERI, AJP 2007, 708, 713 f.: Aus Gründen des Vorrangs sei zunächst verfassungs- und völkerrechtskonform auszulegen. Der Gesichtspunkt der Europarechtskonformität sei lediglich in einem nächsten Schritt zu berücksichtigen.

¹⁹⁰ Mit „Autonomie der Auslegung“ ist nicht die begriffswidrige und ganz überwiegend abgelehnte Lehre von der „autonomen Auslegung“ gemeint, nach der den angeglichenen Normen des schweizerischen Rechts ein streng europarechtlicher Sinn zu geben sei; hiergegen beispielsweise COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV, in: EPINEY/THEUERKAUF/RIVIÈRE, 357, 365 ff.; MORIN, in: OJHA/VULLIEMIN, 17, 25.

¹⁹¹ KRAMER, in: GS Mayer-Maly, 269, 275; KUNZ, recht 2012, 37, 50.

¹⁹² BGE 129 III 335, 350.

¹⁹³ Zur dynamischen Auslegung s. MORIN, in: OJHA/VULLIEMIN, 17, 28 f.

¹⁹⁴ In diesem Sinn KOHLER, in: COTTIER, 41, 53 f., 57; KUNZ, ZVglRWiss 2009, 31, 41, 57, 74 mit FN 330; *ders.*, in: KUNZ/ARTER/JÖRG, 179, 223, 232; STURNY, in: COTTIER, 107, 111 f.

on“ Idealtypen sind, denen in der Realität zumeist Zwischenstufen gegenüberstehen.¹⁹⁵ Anstatt zu diskutieren, ob eine bestimmte Regel des schweizerischen Rechts „Nachvollzug“ darstellt oder lediglich auf „eklektischer Anregung“ beruht, sollte der Grad europarechtlicher Inspiration bestimmt werden. Die Relevanz europarechtskonformer Auslegung steigt in dem Mass, in dem der Schweizer Gesetzgeber sich an europäische Regelungsmodelle anlehnt und *vice versa*. Ein Alles-oder-nichts-Prinzip, das den Grundsatz der europarechtskonformen Auslegung auf nachvollzogenes Recht anwendet, ihm im Bereich des bloss EU-inspirierten Rechts hingegen die Geltung versagt, ist mit dem Anliegen des Gesetzgebers, unterschiedliche Näheverhältnisse zum europäischen Recht herzustellen, nicht vereinbar. Die „Autonomie“ der Anpassung schlägt sich ja gerade darin nieder, den Grad der Harmonisierung selbständig zu bestimmen.¹⁹⁶

Terminologisch sollte deshalb dem Begriff der „autonomen Anpassung“ (im Gegensatz zur staatsvertraglich geregelten Rechtsangleichung) der Vorzug vor den Unterkategorien des „autonomen Nachvollzugs“ und der „allgemeinen Inspiration“ gegeben werden. Der Grundsatz der europarechtskonformen Auslegung findet auf den gesamten Korpus des autonom angepassten Rechts Anwendung, wenn auch – je nach dem Ausmass der Annäherung – in unterschiedlicher Intensität.¹⁹⁷

Da es bisweilen an Transparenz in Bezug auf die „Europaintensität“ rechtlicher Regeln mangelt,¹⁹⁸ besteht eine Hauptschwierigkeit des Rechtsanwenders darin, den Grad europarechtlicher Inspiration zu bestimmen. Ausgangspunkt hierfür sind die Angaben in den jeweiligen Botschaften einschliesslich ihrer Europakapitel. Letztendlich kommt es aber darauf an, inwieweit tatsächlich eine Anpassung an europäisches Recht stattgefunden hat. Auch wenn beispielsweise in der Botschaft zum KG 1995 der Satz zu finden ist, dass das neue Kartellgesetz „nicht primär einen europapolitischen Hintergrund“¹⁹⁹ haben soll, der Tatbestand der „Erzwingung unangemessener Preise“ in Art. 7 Abs. 2 lit. c KG aber nahezu wörtlich der Parallelvorschrift des europäischen Kartellrechts (Art. 102 Abs. 2 lit. a AEUV) entnommen ist, findet der Grundsatz der europarechtskonformen Auslegung Anwendung.²⁰⁰

¹⁹⁵ S.o. IV.C.3.

¹⁹⁶ Zum Aktienrecht s. die Nachweise oben FN 127; zum Kartellrecht s. Botschaft KG, BBl. 1995, 468, 471. Jeweils wird weitgehende Übereinstimmung mit EU-Recht festgestellt, aber gleichzeitig darauf hingewiesen, dass abweichende Lösungen gewählt wurden, soweit das EU-Recht nicht überzeugen konnte.

¹⁹⁷ Weitergehend BAUDENBACHER, EuR 1992, 309, 316, der ganz allgemein, also auch in Bezug auf nicht an EU-Modelle angepasstes Recht, für eine europarechtskonforme Auslegung eintritt.

¹⁹⁸ Vgl. OESCH, in: COTTIER, 13, 30, 33 f.

¹⁹⁹ S.o. FN 173.

²⁰⁰ Bedenklich insofern BGE 137 II 199, 209: „Auch aus der gleichen Terminologie lässt sich mithin nicht ableiten, dass zwingend eine identische Regelung angestrebt war.“ Das Bundesgericht weist in diesem Zusammenhang auf Unterschiede zwischen schweizerischem und europäischem Kartellrecht hin, z.B. das in der Schweiz traditionell anerkannte Missbrauchsprinzip. Dies berührt aber nicht die im konkreten Fall sich stellende Frage, unter welchen Voraussetzungen von der Erzwingung unangemessener Preise ausgegangen werden kann. S. beispielsweise BAUDENBACHER, ZSR 2012 II, 419, 641: „The argument that Swiss law is based on the abuse principle whereas EU law had implemented the prohibition principle is, in the context of abuse of a dominant position, irrelevant“ (Hervorhebung entfernt).

4. Intensität der europarechtskonformen Auslegung

Das Gebot der europarechtskonformen Auslegung ist nicht absolut. Einerseits ist der Auslegung in der EU nur insoweit zu folgen, als eine Angleichung stattgefunden hat.²⁰¹ Andererseits ist auch im harmonisierten Bereich nicht zwingend das Ergebnis zu übernehmen, das in der EU in Bezug auf die Modellnorm gefunden wurde. Eigenheiten oder unterschiedliche Ziele der schweizerischen Rechtsordnung können dem entgegenstehen.²⁰² Das Gericht hat aber zu begründen, warum der europäischen Lösung nicht gefolgt wird.²⁰³ Bevor eine abweichende Auslegung erfolgt, sollte auch in die Überlegungen einbezogen werden, ob die Vorteile eines eigenständigen Ansatzes den Verlust an Harmonisierungsgewinnen übersteigen.

Diese Grundsätze lassen sich am Beispiel des Produkthaftungsrechts veranschaulichen. Es ist anerkannt, dass das Produkthaftpflichtgesetz der autonomen Anpassung an die europäische Produkthaftungsrichtlinie²⁰⁴ dient.²⁰⁵ In seinem ersten Entscheid zu diesem Gesetz wies das Bundesgericht auf den starken europäischen Einfluss hin, insbesondere auf die Tatsache, dass auch der Fehlerbegriff nahezu Wort für Wort dem europäischen Modell nachgebildet sei. Es zog hieraus die Schlussfolgerung, dass deshalb auch die in den Erwägungsgründen der Richtlinie näher ausgeführten Zielsetzungen für die Auslegung des schweizerischen Rechts übernommen werden können.²⁰⁶ In einem jüngeren Fall unterstrich das Bundesgericht die Tatsache, dass bei autonom übernommenem Recht zwar keine Pflicht der Schweizer Gerichte bestehe, die europäische Rechtsprechung zum Produkthaftpflichtrecht zu übernehmen. Der gewünschte Harmonisierungseffekt dürfe aber nicht konterkariert werden, ohne dass es hierfür einen guten Grund gäbe.²⁰⁷

Der Grundsatz der europarechtskonformen Auslegung zwingt also nicht zur unbesehenen Übernahme der europäischen Rechtsprechung. Der Autonomie der legislatorischen Anpassung entspricht die Autonomie in der Auslegung. Teil dieser Autonomie ist aber

²⁰¹ S. BGE 133 III 568, 576: „Selbst wenn bei Schaffung des URG die Harmonisierung mit dem Europäischen Recht – und insbesondere mit der zum damaligen Zeitpunkt noch nicht in Kraft getretenen Richtlinie – ein Anliegen des Gesetzgebers gewesen sein sollte [...], kann nicht über eine europaverträgliche Interpretation von Art. 22 Abs. 1 URG eine Ausnahme eingeführt werden, die das Gesetz nicht vorsieht.“

²⁰² Vgl. COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV, in: EPINEY/THEUERKAUF/RIVIÈRE, 357, 368: Nicht das Telos des europäischen Rechts, sondern die Regelungsziele der Schweiz sind massgeblich. Im selben Sinn BIERI, AJP 2007, 708, 714 ff., der allerdings den Begriff der europarechtskonformen Auslegung durch eine Pflicht zur Berücksichtigung des Europarechts (im Rahmen der anerkannten Auslegungsmethoden) ersetzen möchte.

²⁰³ Vgl. SCHWEIZER, ZSR 1993 II, 577, 639 f., der einen „beschwerdefähigen Willkürgrund“ annimmt, wenn die Abweichung nicht begründet wird.

²⁰⁴ Richtlinie 85/374/EWG des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte v. 25. Juli 1985, ABl. L 210/29.

²⁰⁵ S. z.B. HUGUENIN, Obligationenrecht, Rz. 2096. Zu den Hintergründen POSCH, in: Liber amicorum Widmer, 267.

²⁰⁶ BGE 133 III 81, 83 f.: „Vu l’analogie évidente entre la directive européenne et la loi suisse, ces considérations sont également valables pour déterminer le but visé par la LRFP.“

²⁰⁷ BGE 137 III 226, 229.

die europarechtskonforme Auslegung, soweit eine Angleichung an europäisches Recht vom Schweizer Gesetzgeber beabsichtigt war.

5. Allgemeines methodologisches Provenienzprinzip?

Das Prinzip der europarechtskonformen Auslegung ergibt sich aus dem Anliegen des Gesetzgebers, das schweizerische dem europäischen Recht anzugleichen. In aller Regel hat dieses Ziel wirtschaftliche Gründe, nämlich die Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit der Schweizer Unternehmen und die Erleichterung des Marktzugangs zum die Schweiz umgebenden Integrationsverbund. Es fehlt an diesem besonderen Hintergrund, wenn rechtliche Transplantate nicht aus der EU, sondern aus ihren Mitgliedstaaten oder aus Drittstaaten übernommen werden. Auch in diesen Fällen stellt sich aber die Frage, ob das Transplantat im Licht der Herkunftsrechtsordnung auszulegen ist oder ob das Konsistenzpostulat nur im Hinblick auf Europarecht (und Völkerrecht) gilt.

Das Bundesgericht hat im bereits zitierten Grundsatzentscheid²⁰⁸ die Angleichung an europäisches Recht als Anwendungsfall der Angleichung an ausländisches Recht qualifiziert und das Ziel homogener Auslegung damit auf Transplantate jeglicher Herkunft bezogen.²⁰⁹ In einem aktienrechtlichen Fall hat das Bundesgericht diese Position bestätigt.²¹⁰

Diese Einschätzung verdient Zustimmung. Die Lehre von den rechtlichen Formanten²¹¹ hat in Erinnerung gerufen, dass Recht nicht lediglich aus Gesetzesregeln, sondern auch aus richterlichen Regeln und der Konzeptualisierung und Kontextualisierung des Rechtsstoffs durch die Rechtswissenschaft besteht. Wenn der Gesetzgeber Anleihen im ausländischen Recht macht, wird er in aller Regel nicht nur die Gesetzesregeln betrachtet, sondern auch die Funktionsweise dieser Regeln in der rechtlichen und gesellschaftlichen Realität studiert haben. Es liegt dann nahe, zur Einverleibung des Transplantats auf die Erfahrungen im Herkunftsland zurückzugreifen. Wenn im schweizerischen Recht bereits allgemein grosse Offenheit gegenüber rechtsvergleichenden Methoden bei der Auslegung besteht, muss diese Offenheit noch grösser sein, wenn der Gesetzgeber – nach rechtsvergleichender Untersuchung – Normen aus dem Ausland übernommen hat.

²⁰⁸ S.o. FN 188.

²⁰⁹ Ablehnend KUNZ, recht 2012, 37, 50, der auf den Mangel an Entscheiden mit allgemein „auslandrechtskonformer“ Interpretation hinweist (ebenda, FN 210) und sich gegen eine „methodische Generalisierung“ des Grundsatzes europarechtskonformer Auslegung wendet (ebenda, FN 213). Vgl. aber auch BAUDENBACHER, ZSR 2012 II, 419, 611: „But there may be cases in which the legislature borrows from a foreign legal order and gives the courts a hint that they should interpret Swiss law in the light of this legal order.“

²¹⁰ BGE 133 III 180, 184: „Denn rechtsvergleichend 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.“ Im konkreten Fall wurde eine Orientierung am niederländischen Recht abgelehnt, da die Regeln über die Sonderprüfung (Art. 697a ff. OR) allenfalls vom deutschen, nicht aber vom niederländischen Recht inspiriert seien.

²¹¹ S.o. bei FN 21.

In diesem Sinn ist ein allgemeines methodologisches Provenienzprinzip anzunehmen: Rechtliche Transplantate sind im Licht der Rechtsordnung des Herkunftslands auszulegen. Dieses Auslegungsprinzip unterliegt denselben Einschränkungen, die dem Prinzip der europarechtskonformen Auslegung hinzugefügt wurden: Konformität ist nur soweit herzustellen als vom Gesetzgeber angestrebt. Abzuweichen ist, soweit das schweizerische Recht andere Ziele verfolgt. Die Flexibilität der Auslegung ist bei Nicht-EU-Importen grösser: Da es hier in aller Regel nicht um Angleichung als solche geht, sondern sich die Übernahme allein der inneren Qualität der Normen verdankt, kann eine abweichende Auslegung nicht zum Verlust an Harmonisierungsvorteilen führen. Der Spielraum für die eigenständige Auslegung wird hierdurch grösser.

6. Auslegung staatsvertraglich übernommenen Rechts

Wird fremdes Recht nicht autonom, sondern aufgrund einer staatsvertraglichen Pflicht übernommen, gelten andere Auslegungsgrundsätze. Diese betreffen einerseits die Staatsverträge selbst.²¹² Aber auch das in Ausführung staatsvertraglicher Pflichten erlassene nationale Recht ist über den Grundsatz der völkerrechtskonformen Auslegung in diesem Licht zu interpretieren.²¹³

a. Allgemeine Grundsätze

Was die Auslegung des staatsvertraglich übernommenen Rechts betrifft, so wird regelmässig auf Art. 31 und 32 der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVRK) verwiesen.²¹⁴ Diese findet zwar gemäss ihrem Artikel 1 nur auf Verträge zwischen Staaten, also nicht auf Verträge mit einer internationalen Organisation oder mit einem Staatenverbund wie der EU, Anwendung.²¹⁵ Die in Art. 31 und 32 WVRK niedergelegten Grundsätze gelten als Völkergewohnheitsrecht in aller Regel aber auch hier.²¹⁶ Die Auslegung hat also objektiv zu erfolgen, gestützt auf die gewöhnliche Wortbedeutung, den Zusammenhang sowie Ziele und Zwecke.

b. Besondere Vorgaben

Sehr häufig enthalten die Bilateralen Verträge Begriffe, die mit EU-Recht identisch sind oder zumindest stark hieran angelehnt sind. Es stellt sich dann die Frage, ob die Bedeutung des Begriffs im EU-Recht auch für das Pendant im bilateralen Recht massgeblich

²¹² Die Staatsverträge können auch selber Bestimmungen zur Auslegung enthalten. So schreibt Art. 1 Abs. 1 des Protokolls 2 zum Lugano-Übereinkommen (SR 0.275.11) vor, dass die Gerichte eines Vertragsstaats nicht nur der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH, sondern auch den relevanten Entscheiden der Gerichte anderer Vertragsstaaten gebührend Rechnung zu tragen haben. Zur Umsetzung des Homogenitätsziels s. BAUDENBACHER, ZSR 2012 II, 419, 550 ff.

²¹³ Umfassend zur Auslegung der sektoriellen Abkommen s. COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV, in: EPINEY/THEUERKAUF/RIVIÈRE, 357, 379 ff.

²¹⁴ COTTIER/DIEBOLD, Jusletter 2. Februar 2009, Rz. 14; OESCH, in: COTTIER, 13, 19.

²¹⁵ Direkte Anwendung findet die WVRK also lediglich auf die (wenigen) bilateralen Abkommen, die „gemischt“ mit der EU und ihren Mitgliedstaaten abgeschlossen wurden, und hier auch nur im Verhältnis zu denjenigen EU-Mitgliedstaaten, welche die Vertragsrechtskonvention ratifiziert haben.

²¹⁶ Vgl. VERDROSS/SIMMA, §§ 672 f., 775.

ist. Vereinzelt enthalten die Abkommen Aussagen zu diesem Thema. Nach Art. 16 Abs. 2 FZA ist bei der Verwendung von Begriffen des Gemeinschaftsrechts im Freizügigkeitsabkommen die einschlägige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens zu „berücksichtigen“. Das Bundesgericht leitet hieraus die *Massgeblichkeit* der Altrechtsprechung ab.²¹⁷

Das Bundesgericht hat sich aber auch in Bezug auf die Neurechtsprechung offen gezeigt, indem es dem Freizügigkeitsabkommen das Ziel der Schaffung einer „parallelen Rechtslage“ zwischen der EU und der Schweiz entnimmt. Dem Bundesgericht sei es „nicht verwehrt, aus triftigen Gründen zu einer anderen Rechtsauffassung [...] zu gelangen. Es wird das aber mit Blick auf die angestrebte parallele Rechtslage nicht leichthin tun.“²¹⁸ Abweichungen werden insbesondere dann vorkommen, wenn der sachliche Geltungsbereich des bilateralen Rechts weniger weit reicht, als es im Unionsrecht der Fall ist.²¹⁹

Homogenitätsgebote enthalten auch das Luftverkehrsabkommen²²⁰ sowie die Schengen- und Dublin-Assoziierungsabkommen.²²¹ Die europarechtsfreundliche Rechtsprechung des Bundesgerichts ist auf diese Abkommen übertragbar. Auch wenn in anderen Abkommen keine Spezialnormen zur homogenen Auslegung existieren, wird sich aus Sinn und Zweck des bilateralen Rechts, nämlich dem Schaffen einer parallelen Rechtslage, im Regelfall das Bedürfnis nach europarechtskonformer Auslegung einschliesslich einer Orientierung am Fallrecht des Europäischen Gerichtshofs ergeben.

Anders war allerdings die Praxis zum Freihandelsabkommen von 1972: Das Bundesgericht unterstrich beispielsweise im *OMO*-Entscheid den Unterschied zwischen einem Freihandelsabkommen und der Schaffung eines einheitlichen Binnenmarkts und zog daraus die Schlussfolgerung, dass es nicht angehe, „die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zu analogen Bestimmungen des EWG-Vertrages unbesehen zu übernehmen“²²². Ganz in diesem Sinn betonte auch der Gerichtshof den Unterschied von Freihandelsabkommen und Binnenmarkt und legte die Normen über den freien Warenverkehr im Freihandelsabkommen restriktiver aus als die Grundfreiheit des freien Warenverkehrs im europäischen Binnenmarkt.²²³ Das Bundesgericht versagte zudem den einschlägigen Bestimmungen des Freihandelsabkommens die unmittelbare Anwendbarkeit.²²⁴ Es ist unklar, ob die restriktive Haltung des Bundesgerichts zum Freihandelsab-

²¹⁷ BGE 130 I 26, 35.

²¹⁸ BGE 136 II 5, 13; BGE 136 II 65, 71.

²¹⁹ So verhält es sich beispielsweise beim grundlegenden Diskriminierungsverbot, das im EU-Recht (Art. 18 AEUV) im Gegensatz zum bilateralen Recht umfassend gilt, vgl. BGE 130 I 26, 35.

²²⁰ Art. 1 Abs. 2 LVA, mit Stichtagsregelung.

²²¹ Art. 8 des Schengen-Abkommens und Art. 5 des Dublin-Abkommens, jeweils ohne Stichtagsregelung.

²²² BGE 105 II 49, 59.

²²³ EuGH, Rs. 270/80, *Polydor*, Slg. 1982, 329. Zu den Hintergründen s. BAUDENBACHER, ZSR 2012 II, 419, 526 ff.

²²⁴ BGE 104 IV 175, 179 f. (*Stanley Adams*); BGE 105 II 49, 60 (*OMO*); anders EuGH, Rs. 104/81, *Kupferberg*, Slg. 1982, 3641, der den Freihandelsabkommen die Fähigkeit zu unmittelbarer Anwendbarkeit zuerkannte.

kommen auch heute noch gilt.²²⁵ In Bezug auf das Freizügigkeitsabkommen von 1999 ist jedenfalls die direkte Anwendbarkeit anerkannt.²²⁶ Auch hier gilt aber die inhaltliche Reserve, dass auch wortgleichen Bestimmungen des bilateralen Rechts nicht zwingend die gleiche Bedeutung wie im EU-/EWR-Recht zu geben ist, soweit das Regelungsanliegen des bilateralen Rechts hinter den Integrationszielen in EU bzw. EWR zurückbleibt.²²⁷

c. Bedeutung der Gemischten Ausschüsse

Für Rechtsstreitigkeiten im Bereich des bilateralen Rechts sind in der EU die Kommission und der Europäische Gerichtshof bzw. die Rechtsanwendungsinstanzen der EU-Mitgliedstaaten zuständig. Einheitlichkeit wird in der EU u.a. durch das Vorabentscheidungsverfahren (Art. 267 AEUV) erreicht, das den Gerichten der Mitgliedstaaten das Recht bzw. die Pflicht auferlegt, für die Auslegung von Unionsrecht den Europäischen Gerichtshof anzurufen.

In der Schweiz entscheiden schweizerische Behörden und Gerichte. Eine über den Meinungsaustausch im Gemischten Ausschuss hinausgehende Koordination zwischen europäischer und schweizerischer Rechtsprechung ist nicht vorgesehen. Folglich kann es zu unterschiedlicher Auslegung des bilateralen Rechts kommen. Das Freizügigkeitsabkommen sieht in Art. 16 Abs. 2 vor, dass der Gemischte Ausschuss auf Antrag einer Vertragspartei die Auswirkungen von Neurechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs feststellt. In der Literatur wird die Auffassung vertreten, dass ein Beschluss des Gemischten Ausschusses die betreffende Rechtsprechung (auch für das Bundesgericht) verbindlich mache.²²⁸ Der Ausbau des bilateralen Wegs sollte hier aber zu einer klareren Regelung führen.

7. Fazit

Der Rechtsprechung kommt eine wesentliche Rolle im Prozess der Aneignung rechtlicher Transplantate zu. Unabhängig von ihrem staatsvertraglichen oder autonomen Status sind EU-Anleihen im Prinzip europarechtskonform auszulegen. Da es sich bei der autonomen Anpassung an europäisches Recht nicht um diskrete Zustände, sondern um ein Kontinuum handelt, gilt dies – wenn auch in unterschiedlicher Intensität – nicht nur für autonom nachvollzogenes, sondern auch für von EU-Regelungsmodellen lediglich inspiriertes Recht. Angesichts der Fülle der von der Rechtsprechung zu klärenden Probleme wird hierdurch in unterschiedlichem Umfang auch europarechtliches Fallrecht rezipiert.

²²⁵ Offen lassend BGer 2A.593/2005 vom 6. September 2006 E 5.4. S. BAUDENBACHER, ZSR 2012 II, 419, 536; ZIEGLER, Jusletter 20. März 2006, Rz. 23 ff.

²²⁶ S. COTTIER/DIEBOLD, Jusletter 2. Februar 2009, Rz. 20 ff. m.w.N.

²²⁷ S. z.B. EuGH, Rs. C-351/08, *Grimme*, Slg. 2009, I-10777, insbesondere Rz. 29 und 37; dazu L. BAUDENBACHER, *European Law Reporter* 2010, 34, mit Schlussfolgerung auf S. 37: „Auch die Auslegungsregel des Art. 16 FZA ist damit von den Homogenitätsvorschriften des EWR-Rechts weit entfernt.“

²²⁸ EPINEY, ZBJV 2005, 1, 22 f., 30; BAUDENBACHER, in: FS Weber, 821, 829 f.; anderer Auffassung JAAG/ZIHLMANN, in: THÜRER/WEBER/PORTMANN/KELLERHALS, 65, 92, Rz. 56.

Auch bei der Rezeption sonstigen ausländischen Rechts sollte dessen Handhabung im Herkunftsland Berücksichtigung finden.

E. Rechtswissenschaft

1. Allgemeine Bedeutung

Die geschilderten Einflüsse des EU-Rechts auf die Schweiz werden rechtswissenschaftlich intensiv reflektiert. Dies betrifft sowohl Lehre als auch Forschung. In den Curricula an den rechtswissenschaftlichen Fakultäten spielt das Europarecht eine wichtige Rolle. Die einschlägigen Lehrbücher fügen der Erläuterung des Europarechts in der Regel Kapitel über die bilateralen Beziehungen zwischen Europäischer Union und der Schweiz sowie über den Einfluss des EU-Rechts in der Schweiz hinzu.²²⁹ In der rechtswissenschaftlichen Forschung ist die Beschäftigung mit Europarecht unumgänglich.²³⁰ Die Angleichungsmassnahmen in Gesetzgebung und Anwendung werden von der Wissenschaft vorbereitet, begleitet, nachbereitet und kritisiert. Die intensive Beschäftigung mit Europarecht beruht neben der hohen praktischen Relevanz dieser Materie auch auf der traditionellen Offenheit der schweizerischen Rechtswissenschaft für ausländisches Recht und Rechtsvergleichung.²³¹ Hervorhebung verdient ferner die Tatsache, dass die Auseinandersetzung mit Europarecht in drei Amtssprachen der Schweiz plus Englisch erfolgt, was für grosse Ausstrahlung sorgt.

2. Das Projekt „Obligationenrecht 2020“

Oben wurde auf die internationalen Forschungsnetzwerke hingewiesen, die auf dem Gebiet des europäischen Privatrechts aktiv sind.²³² Vor diesem Hintergrund ist für die Schweiz das Projekt „Schweizer Obligationenrecht 2020“ hervorzuheben.²³³ Die 23 Mitglieder der Forschungsgruppe²³⁴ haben die Grundstrukturen des Allgemeinen Teils des Obligationenrechts vor dem Hintergrund der über hundert- bzw. hundertdreissigjährigen Tradition des Gesetzes einer kritischen Überprüfung unterzogen und einen konkreten Revisionsvorschlag²³⁵ einschliesslich einer Kommentierung vorgelegt. Zu diesem

²²⁹ S. z.B. BIBER/MAIANI; BREITENMOSER/WEYENETH; JAAG, Europarecht; TOBLER/BEGLINGER, Grundzüge. Auch allgemeine europarechtliche Lehrbuchliteratur (ohne besonderen Bezug zur Schweiz) stammt aus schweizerischem Kontext, s. z.B. BAUDENBACHER, Internationales und Europäisches Wirtschaftsrecht; BIBER/EPINEY/HAAG; EPINEY/MOSTERS/RIEDER; EPINEY/MOSTERS/MEIER; TOBLER/BEGLINGER, Essential EU Law; ZÄCH, Grundzüge.

²³⁰ S. nur die von ASTRID EPINEY (mit)herausgegebenen Schweizerischen Jahrbücher für Europarecht. Auch existieren in der Schweiz spezialisierte Zeitschriften zum Europarecht, s. die Zeitschrift für Europarecht (EuZ) und die Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht (SZIER).

²³¹ Die Zusammensetzung der Professor(inn)enschaft ist in Bezug auf die Staatsangehörigkeit bzw. die Herkunft aus unterschiedlichen Rechtssystemen deutlich diverser als in den Nachbarländern.

²³² Oben III.B.3.

²³³ HUGUENIN/HILTY.

²³⁴ Ebenda, 20 ff.

²³⁵ In deutscher, französischer, italienischer und englischer Sprache.

Zweck wurden u.a. der Draft Common Frame of Reference²³⁶, das Gemeinsame Europäische Kaufrecht²³⁷ und die Unidroit-Principles²³⁸ ausgewertet. Die einschlägigen europäischen oder internationalen Regeln werden jeweils vor den Einzelkommentierungen angeführt.

Das Ergebnis ist ein konkreter Reformvorschlag, der die europäische und internationale Rechtsentwicklung berücksichtigt und auf dieser Grundlage die eigenständige Tradition des Schweizer Privatrechts für eine neue Epoche fortschreibt. Zahlreiche Rechtsentwicklungen werden integriert und sind auf diese Weise nun dem Gesetzestext zu entnehmen. In redaktioneller Hinsicht sei hervorgehoben, dass – so weit möglich – eine enge Orientierung an der *Huber'schen* Regel erfolgte.²³⁹ Am Prinzip des *code unique* wird festgehalten, soweit es um die Integration des Handelsrechts in das Obligationenrecht geht. Das seit dem Swisslex-Paket weitgehend „dekodifizierte“ Konsumentenschutzrecht soll aber ausserhalb des OR bleiben und lediglich durch „Ankernormen“ mit dem OR verbunden werden.²⁴⁰ Parallel zum „OR 2020“ wurde der ausformulierte Entwurf eines Konsumschutzgesetzes vorgelegt, das die verstreuten Regeln in einem einheitlichen Text zusammenfasst.²⁴¹

Dem Entwurf ist freundliche Aufnahme durch den Gesetzgeber zu wünschen. Das Beispiel des „OR 2020“ zeigt, dass mit der Reflexion europäischer und internationaler Modelle bei voller Aufrechterhaltung der eigenen Ansätze grosse Vorteile verbunden sein können. Das schweizerische Obligationenrecht kann seine Exporterfolge in Gesetzgebung und Rechtswahl nur dann fortsetzen, wenn es auf der Höhe der Zeit ist. Auch die Bedeutung der Schweiz als Schiedsgerichtsstandort wird hierdurch beeinflusst.²⁴²

F. Ausblick

Zu den Grundpfeilern der schweizerischen Aussenhandelspolitik gehören die Aktivitäten im Rahmen der Welthandelsorganisation (WTO), die Freihandels- und Investitionsschutzabkommen mit Staaten weltweit und die Entwicklungszusammenarbeit. Von besonderer Bedeutung ist aber das eng ausgestaltete Verhältnis zur Europäischen Union. Das schweizerische Recht enthält zahlreiche Transplantate aus der EU, die staatsvertraglich vereinbart, autonom übernommen oder zumindest EU-rechtlich inspiriert sind. Das

²³⁶ FN 35.

²³⁷ FN 36.

²³⁸ FN 37.

²³⁹ Also pro Artikel maximal drei Absätze, pro Absatz ein Satz, pro Satz eine Aussage, HUGUENIN/HILTY, 7, Rz. 29. S. in diesem Sinn die Erläuterungen von EUGEN HUBER zum ZGB-Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, 2. Aufl. 1914, abgedruckt in Berner Kommentar, Materialien zum Zivilgesetzbuch, Band II, neu redigiert und publiziert von MARKUS REBER/CHRISTOPH HURNI, Bern 2007, 17. Zur Aktualität der Eugen-Huber-Regel s. z.B. KANTON LUZERN, 19.

²⁴⁰ Art. 16 ff. des „OR 2020“ enthalten zu diesem Zweck ein Widerrufsrecht für Konsumverträge.

²⁴¹ GIAMPAOLO/HUGUENIN, Jusletter 8. Juli 2013 (mit Annex). Vgl. auch die Tendenz zur „Rekodifikation“ in Deutschland: Das am 1. Januar 2002 in Kraft getretene Schuldrechtsmodernisierungsgesetz hat zahlreiche konsumentenschützende Spezialgesetze in das BGB integriert.

²⁴² HUGUENIN/HERMANN/MEISE, Jusletter 8. September 2008, Rz. 33.

Angleichungsziel könnte nicht erreicht werden, wenn die europarechtliche Herkunft nicht auch bei der Rechtsanwendung berücksichtigt würde. Die Auslegung europäisch beeinflussten Rechts strebt deshalb nach Übereinstimmung mit der Modellnorm, wobei die angestrebte Homogenität zahlreiche Schattierungen aufweisen kann.

Der bilaterale Weg steht vor einem Scheidepunkt. Der EU ist das System der sektoriellen Abkommen offenbar zu kompliziert geworden.²⁴³ Sie mahnt Lösungen für vier Probleme an, nämlich die Art und Weise der Anpassung des schweizerischen Rechts an den sich fortentwickelnden EU-Acquis, die einheitliche Auslegung des bilateralen Rechts, die Überwachung und die Mechanismen der Streitbeilegung.²⁴⁴ Rechtsübernahme und -auslegung sollen dynamisiert werden. Dies hätte grosse Auswirkungen für die Fortentwicklung des bilateralen Rechts und würde zu institutionalisierter, wenn auch nicht automatischer Transplantation von EU-Recht in die Schweiz führen. Die Schwierigkeiten im Bereich des autonom angepassten Rechts würden hierdurch aber nicht beseitigt. Es sollte mehr Augenmerk auf die Frage geworfen werden, ob es nicht auch hier neuer Mechanismen bedarf, um den geschilderten Gefahren für die Rechtssicherheit zu begegnen. Schliesslich ist die Masse des von autonomer Anpassung betroffenen Rechts grösser als der Korpus des bilateralen Rechts.

V. Vorbildfunktion des schweizerischen Rechts

Rechtliche Transplantate bewegen sich nicht auf einer Einbahnstrasse; die Einflüsse können vielmehr gegen- bzw. wechselseitig erfolgen. Das Bild von der *circolazione dei modelli*²⁴⁵ lässt sogar an kreisförmige Übertragungsformen denken. Da über die Vorzugswürdigkeit bestimmter Regelungsmodelle nicht nur absolute Kriterien (wie z.B. die Funktionstauglichkeit) entscheiden, sondern das Transplantat zur aufnehmenden Umgebung passen muss, werden in der Welt verschiedene Modelle Erfolg haben.

Im Vorstehenden war die Rede von der Beeinflussung des schweizerischen Rechts durch ausländisches Recht, insbesondere das Recht der Europäischen Union. Ganz in diesem Sinn steht in der Literatur die Frage im Vordergrund, wie stark das schweizerische Recht durch ausländisches Recht geprägt wird und welche Konsequenzen hieraus zu ziehen sind. Hierüber gerät der umgekehrte Vorgang leicht in Vergessenheit, nämlich der Export schweizerischen Rechts ins Ausland.

Im Folgenden seien einige Rechtsgebiete bzw. Rechtsinstitute genannt, die aus der Schweiz exportiert wurden, oder die eine Rezeption im Ausland verdienen würden. Die Liste ist völlig fragmentarisch. Es erschiene lohnenswert, einmal eine vollständige Be-

²⁴³ RAT DER EUROPÄISCHEN UNION, Schlussfolgerungen, Nr. 6.

²⁴⁴ Grundlegend zu den Optionen der schweizerischen Europapolitik s. den Bericht des Bundesrates über die Evaluation der schweizerischen Europapolitik v. 17. September 2010, BBl. 2010, 7239. Zur Diskussion s. beispielsweise BAUDENBACHER, in: FS Weber, 821; BREITENMOSER/WEYENETH, Rz. 706 ff.; EPINEY, Die Volkswirtschaft 1/2-2013, 59; TOBLER, Jusletter 3. Juni 2013; ZÄCH, SJZ 2011, 405, sowie den Beitrag von SCHNEGG, Ein neues Rahmenabkommen als Eckpunkt der Bilateralen III, auf S. 411 ff. in diesem Band.

²⁴⁵ Oben FN 39.

standesaufnahme der Elemente der schweizerischen Rechtsordnung zu machen, die von anderen Staaten übernommen wurden, oder die zur Übernahme zu empfehlen sind.²⁴⁶

A. Zivilgesetzbuch (mit Obligationenrecht)

Als erfolgreichster Rechtsexport der Schweiz gilt die Totalrezeption des ZGB (einschliesslich des Obligationenrechts) in der Türkei im Jahr 1926.²⁴⁷ Der Einfluss des schweizerischen Zivilrechts reicht aber weit hierüber hinaus: Sehr häufig haben Gesetzgeber vor Erlass eines neuen Zivilgesetzbuchs bzw. bei dessen Reform das schweizerische Recht studiert und (teilweise) berücksichtigt.²⁴⁸ Ganz allgemein gilt das schweizerische ZGB (mit dem OR) als eine der wichtigsten privatrechtlichen Kodifikationen weltweit, die sich – beispielsweise im Vergleich zum deutschen BGB – durch ihren allgemein verständlichen und knappen Stil auszeichnet.²⁴⁹ Hinzuweisen ist aber auch auf die zahlreichen inhaltlichen Vorzüge. Neben den Einleitungsartikeln des ZGB und der weitsichtigen Erkenntnis des Freiheitsparadoxons in Art. 27 Abs. 2 ZGB sei nur die detaillierte Regelung des Persönlichkeitsrechts hervorgehoben, die 1983 in die Art. 28 ff. ZGB aufgenommen wurde.

B. Internationales Privatrecht

Für das vorliegende Thema ist das Internationale Privatrecht besonders wichtig. Internationale Offenheit wäre nicht vollständig, wenn sie nicht durch internationalprivatrechtliche Offenheit ergänzt würde. BERNARD DUTOIT hat das Internationale Privatrecht deshalb als „l’art de la coexistence pacifique“ bezeichnet²⁵⁰ und in ihm den „respect de l’altérité“ verankert.²⁵¹ In der Tat: Welchen Sinn hätte es, Offenheit gegenüber fremden Rechtsordnungen zu empfehlen und das eigene Recht hierdurch zu verbessern, wenn anschliessend diesem verbesserten Recht von ausländischen Gerichten die Anwendbarkeit oder Anerkennung verweigert wird?

Das Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) aus dem Jahr 1987²⁵² brachte eine umfassende Regelung der Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte und Behörden, des anwendbaren Rechts und der Voraussetzungen der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen im internationalen Verhältnis einschliesslich Konkurs, Nachlassvertrag und Schiedsgerichtsbarkeit (vgl. Art. 1 IPRG). Der integ-

²⁴⁶ Ansätze hierfür sind zu finden bei SCHLUEP, in: FS Zäch, 63, 92 ff.; BAUDENBACHER, ZSR 2012 II, 419, 646 ff.; KUNZ, recht 2012, 37, 53 f.

²⁴⁷ Übernommen wurden auch das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SR 281.1) sowie die Neuenburger Zivilprozessordnung, s. SAUSER-HALL, in: FACULTÉ DE DROIT DE L’UNIVERSITÉ DE GENÈVE, 323, 345.

²⁴⁸ S. die Nachweise bei KUNZ, recht 2012, 37, 53.

²⁴⁹ Vgl. KRAMER, ZBJV 2008, 901.

²⁵⁰ DUTOIT, AJP 2003, 235 ff.; s. auch KADNER GRAZIANO, 1, der das IPR als „Koordinationsrecht“ bezeichnet.

²⁵¹ DUTOIT, Le droit international privé ou le respect de l’altérité.

²⁵² SR 291, in Kraft seit 1. Januar 1989.

rale Ansatz ist bis heute beispiellos. So enthält das Gesetz auch Regeln zum internationalen Medien- und Gesellschaftsrecht, nach denen man in den meisten anderen Rechtsordnungen vergeblich im Gesetz sucht. Im internationalen Gesellschaftsrecht war das schweizerische Recht mit Verankerung der Gründungstheorie in Art. 154 IPRG von Anfang an mobilitätsfreundlich, während viele Mitgliedstaaten der EU erst durch die Entscheidungsserie des Europäischen Gerichtshofs²⁵³ in diese Richtung geleitet wurden.

Pioniercharakter kommt dem schweizerischen Kollisionsrecht auch im Bereich des internationalen Immaterialgüter-, Wettbewerbs- und Kartellrechts zu. So war beispielsweise Art. 137 IPRG die weltweit erste Spezialnorm zum internationalen Kartellprivatrecht.²⁵⁴ Erst zwanzig Jahre später kam es in der EU zu vergleichbaren Regeln durch Verabschiedung der Rom-II-Verordnung.²⁵⁵

Die Offenheit des schweizerischen Kollisionsrechts kommt nicht nur darin zum Ausdruck, dass die genannten Normen zum internationalen Wirtschaftsrecht allseitig formuliert sind, sondern auch in dem grossen Spielraum für ausländische Eingriffsnormen, der durch Art. 19 IPRG eröffnet wird.²⁵⁶ Art. 9 Rom-I-Verordnung²⁵⁷ und Art. 16 Rom-II-Verordnung sprechen lediglich die Eingriffsnormen des Forums an, erstere Vorschrift ausserdem die Eingriffsnormen des Erfüllungsortes. Ein solch restriktiver Ansatz im Hinblick auf legitime Regulierungsanliegen anderer Staaten erscheint sachwidrig.²⁵⁸ Insgesamt kann das IPRG ausländischen Gesetzgebern zur Orientierung nachdrücklich empfohlen werden.

C. Kartellrecht

Der (starke) Einfluss des europäischen auf das schweizerische Kartellrecht wurde bereits beschrieben.²⁵⁹ Empfehlungen können aber auch in umgekehrter Richtung ausgesprochen werden. So enthält die europäische Kartellverordnung²⁶⁰ nur rudimentäre Vorschriften zur Sanktionsberechnung und keine Grundlage für die Kronzeugenregelung.

²⁵³ Beginnend mit EuGH, Rs. C-212/97, *Centros*, Slg. 1999, I-1459.

²⁵⁴ BASEDOW, NJW 1989, 627, 632; s. auch ESSEIVA, ZVglRWiss 1995, 80, der die Vorschrift „eine ‚curiosité‘ in der Rechtsvergleichung“ nennt.

²⁵⁵ Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf ausservertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“) v. 11. Juli 2007, ABl. L 199/40.

²⁵⁶ Vgl. VISCHER, in: FS Heini, 479, 483 ff., 495, der den Vorzug des IPRG in der „Materialisierung“ der Verweisung sieht, nämlich in der Berücksichtigung ihrer Resultate.

²⁵⁷ Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom I“) v. 17. Juni 2008, ABl. L 177/6.

²⁵⁸ S. die Kritik von SCHWANDER, in: FS Zäch, 833, 844 f., in Bezug auf das Europäische Schuldvertragsübereinkommen (EVÜ). An dieser Kritik ist auch nach Übergang zur Rom-I-Verordnung festzuhalten, zumal diese im Vergleich zu Art. 7 EVÜ den Stellenwert ausländischer Eingriffsnormen weiter geschmälert hat.

²⁵⁹ S.o. IV.C.4.f.

²⁶⁰ Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln v. 16. Dezember 2002, ABl. 2003, L 1/1.

Die Details finden sich in blossen Leitlinien der Europäischen Kommission.²⁶¹ Im schweizerischen Recht werden hingegen beide Sanktionsinstrumente in Art. 49a KG angesprochen und in der KG-Sanktionsverordnung²⁶² detailliert geregelt. Es erscheint rechtsstaatlich vorzugswürdig, für so wichtige und einschneidende Instrumente einen rechtlich verbindlichen Text mit Aussenwirkung zu haben.²⁶³

D. Recht gegen den unlauteren Wettbewerb

Die transparente Neukonzeption des UWG von 1986 war wegweisend. Die in Art. 1 UWG angedeutete Schutzzwecktrias hat Eingang in § 1 des deutschen UWG aus dem Jahr 2004²⁶⁴ gefunden.²⁶⁵ Das Leitbild des durchschnittlich informierten und aufmerksamen Konsumenten hat sich in Europa durchgesetzt.²⁶⁶ Ansätze in einzelnen Ländern, auf den besonders schutzbedürftigen Konsumenten abzustellen, wurden hierdurch überwunden.²⁶⁷ Das schweizerische Recht hat beispielsweise bei der vergleichenden Werbung, den Zugaben und Rabatten den Unternehmen die nötigen Handlungsspielräume eröffnet.²⁶⁸ Insgesamt hat das schweizerische UWG einen ausgewogenen Schutzstandard entwickelt, auch wenn man über einzelne Regeln und die Nutzung des UWG als Standort für nicht-lauterkeitsrechtliche Regelungsmaterien diskutieren mag.²⁶⁹

E. Immaterialgüterrecht

Ein markanter Zug des schweizerischen Immaterialgüterrechts besteht im differenzierten Erschöpfungsregime, mit EWR-weiter Erschöpfung im Patentrecht und internationaler Erschöpfung im Marken- und Urheberrecht.²⁷⁰ Es stellt sich insbesondere die Frage, ob die internationale Erschöpfung nicht besser die Funktion des Markenrechts als Kommu-

²⁶¹ Europäische Kommission, Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen, ABl. 2006, C 210/2; Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermässigung von Geldbussen in Kartellsachen, ABl. 2006, C 298/17.

²⁶² SR 251.5.

²⁶³ Auch das Europäische Parlament hat ein rechtlich bindendes Instrument für die Kronzeugenregelung gefordert, s. EUROPÄISCHES PARLAMENT, Entschliessung zum XXVI. Bericht der Kommission über die Wettbewerbspolitik (1996), ABl. 1997, C 358/57 Nr. 8.

²⁶⁴ Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) v. 3. Juli 2004, BGBl. I 1414.

²⁶⁵ S. KÖHLER, in: KÖHLER/BORNKAMM, Einleitung Rz. 2.17.

²⁶⁶ S. z.B. EuGH, Rs. C-210/96, *Gut Springenheide*, Slg 1998, I-4657, Rz. 31. S. auch Erwägungsgrund 18 der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (oben FN 151). S. dazu den Beitrag von LOACKER/LOACKER, Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: Grundkonzeption und Verbraucherleitbild, auf S. 585 ff. in diesem Band.

²⁶⁷ Polemisch zum damaligen Verbraucherleitbild im deutschen und österreichischen Recht s. EMERICH, in: FS Gernhuber, 857, 870: Das Leitbild der Rechtsprechung in diesen Ländern sei „im Grunde der an der Grenze zur Debität verharrende, unmündige, einer umfassenden Betreuung bedürftige, hilflose Verbraucher, der auch noch gegen die kleinste Gefahr einer Irreführung durch die Werbung geschützt werden muss“.

²⁶⁸ Nachweise zur grundsätzlich positiven Beurteilung vergleichender Werbung durch das Bundesgericht seit 1895 und zum Verbraucherleitbild bei BAUDENBACHER, ZSR 2012 II, 419, 464.

²⁶⁹ S. hierzu bereits oben IV.C.4.d.

²⁷⁰ S.o. IV.C.4.c.

nikations- und Qualitätsinstrument widerspiegelt. EU und EWR sollten diese Frage einer erneuten Analyse unterziehen, in die auch die Erfahrungen in der Schweiz mit der markenrechtlichen Freigabe von Parallelimporten einzubeziehen wären.

F. Schuldenbremse

Seit 2001 enthält die Bundesverfassung eine besondere Schuldenbremse in Art. 126. Die Einführung der Schuldenbremse war eine Reaktion auf den starken Anstieg der Staatsverschuldung in den wachstumsarmen 1990er Jahren.²⁷¹ Der Bund hat Ausgaben und Einnahmen auf Dauer im Gleichgewicht zu halten. Die Einzelheiten regelt das Finanzhaushaltgesetz.²⁷² Bei ausserordentlichem Zahlungsbedarf (z.B. wegen einer Rezession) kann die Bundesversammlung mit qualifizierter Mehrheit Abweichungen beschliessen. Fehlbeträge sind in den Folgejahren auszugleichen. Neben dem Bund verfügen auch fast alle Kantone über Fiskalregeln unterschiedlicher Ausgestaltung, einige auch über eigentliche Schuldenbremsen.²⁷³

Es bereitet Schwierigkeiten, die Kausalität zwischen Schuldenbremse und Staatsverschuldung zu beurteilen.²⁷⁴ Auch andere Rahmenbedingungen sind zu berücksichtigen. So entscheiden in der Schweiz die Bürger in kantonalen und kommunalen (Finanz-) Referenden über öffentliche Ausgaben mit.²⁷⁵ Die Steuerhoheit von Kantonen und Gemeinden führt zu steuerdämpfendem Regulierungswettbewerb.²⁷⁶ Schliesslich spielen beim Ausgabeverhalten kulturelle Umstände eine grosse Rolle. Fest steht aber, dass die Schuldenbremse die Transparenz verbessert und bequeme Kredit- statt Steuerfinanzierung öffentlicher Ausgaben erschwert.²⁷⁷ So wurde in der Schweiz erst aufgrund der Einführung der Schuldenbremse bemerkt, dass der Bundeshaushalt ein strukturelles Defizit aufwies.

Die Schweizer Schuldenbremse hat Massstäbe gesetzt und ist bei der Einführung ähnlicher Regelungen im Ausland (z.B. in Deutschland und Österreich) intensiv beachtet worden.²⁷⁸ Angesichts des desolaten Zustands vieler öffentlicher Haushalte in Europa und der Welt sollte der Ausgestaltung der Schuldenbremse in der Schweiz grosse Aufmerksamkeit zugewendet werden.

²⁷¹ S. hierzu bereits oben bei FN 83.

²⁷² Bundesgesetz über den eidgenössischen Finanzhaushalt (Finanzhaushaltgesetz, FHG), SR 611.0, insbesondere Art. 13 ff.

²⁷³ Für den Kanton Zürich s. Art. 56 der Verfassung des Kantons Zürich und das Gesetz über den Finanzhaushalt des Kantons (Finanzhaushaltgesetz), Ordnungs-Nr. 611.

²⁷⁴ S. z.B. CH. BLANKART, ifo-Schnelldienst 12/2011, 13 ff.: Der niedrige Schuldenstand der Schweizer Kantone sei nicht so sehr auf die Existenz formaler Schuldenbremsen zurückzuführen, sondern auf das auch faktisch durchgesetzte No-Bailout-Regime, also die Gewissheit, dass der Bund bei finanziellen Problemen eines Kantons nicht einspringen wird.

²⁷⁵ S. hierzu FELD/MATSUSAKA, 87 Journal of Public Economics 2703 (2003).

²⁷⁶ Im Kanton Schwyz besteht zusätzlich die Steuerhoheit der Bezirke.

²⁷⁷ Grundlegend zur Attraktivität von „to spend without to tax“ BUCHANAN/WAGNER.

²⁷⁸ Vgl. FELD, Perspektiven der Wirtschaftspolitik 2010, 226, 235: „Gleichwohl stand sie [scil. die eidgenössische Schuldenbremse] bei der Entwicklung der deutschen Schuldenbremse Pate.“

G. Bürgerbeteiligung

Die Schweizerische Eidgenossenschaft, ihre Kantone und Gemeinden sind für die direktdemokratischen Partizipationsmöglichkeiten ihrer Bürgerinnen und Bürger bekannt. Diese sind nicht darauf beschränkt, in längeren Abständen Repräsentanten zu wählen, sondern können über Einzelfragen selbst entscheiden. Hierdurch werden differenziertere Einwirkungsmöglichkeiten geschaffen, als es bei der blossen Wahl von Parteien, deren Programmen oder Kandidaten der Fall ist. Politik wird hierdurch volksnäher; die Legitimität und Akzeptanz der direktdemokratisch gestützten Entscheide ist höher. Insgesamt schafft grösserer Bürgereinfluss höhere Zufriedenheit und hat einen positiven Einfluss auf die politische Bildung im Land.²⁷⁹

Stärkere Partizipation bietet sich auch für andere Gemeinwesen an. Dies gilt auch für die Europäische Union. Kritikern des „Demokratiedefizits“ in der EU fehlt allerdings häufig das Verständnis für die Besonderheiten eines Staatenverbunds.²⁸⁰ Mit zunehmender Integration wurde das Demokratieprinzip fortlaufend gestärkt, insbesondere auch durch den Ausbau der Kompetenzen des Europäischen Parlaments und die Einbeziehung der nationalen Parlamente (Art. 12 EUV). Der Vertrag von Lissabon hat die Mitwirkungsmöglichkeiten der Unionsbürger gestärkt, insbesondere das direktdemokratische Instrument der Europäischen Bürgerinitiative eingeführt (Art. 11 Abs. 4 EUV, 24 Abs. 1 AEUV).²⁸¹ Zur Annahme der Initiative müssen innerhalb eines Jahres eine Million Unionsbürger in mindestens einem Viertel der EU-Mitgliedstaaten (also sieben) der Initiative zustimmen. Online-Sammelsysteme sind zulässig. Durch Annahme der Initiative wird die Europäische Kommission aufgefordert, einen Rechtsakt zum Thema vorzuschlagen. Die Hauptschwäche des neuen Instruments besteht darin, dass die Europäische Kommission nicht ihr althergebrachtes Initiativrecht (Art. 17 Abs. 2 EUV) verliert. Wie bei der Aufforderung durch Parlament (Art. 225 AEUV) und Rat (Art. 241 AEUV) ist die Kommission frei in ihrer Entscheidung darüber, einen Rechtsvorschlag zu unterbreiten. Folgt sie der Initiative nicht, unterliegt sie lediglich einem Begründungszwang.²⁸²

Für eine Bewertung der Europäischen Bürgerinitiative ist es zu früh. Schon jetzt kann aber beobachtet werden, dass von der neuen Möglichkeit reger Gebrauch gemacht wird.²⁸³ Eine der Hoffnungen, die mit der Europäischen Bürgerinitiative verbunden werden, ist die Schaffung einer gesamteuropäischen Öffentlichkeit, die in der Tat zur Stärkung der Demokratie auf Unionsebene erforderlich erscheint.

²⁷⁹ Die Literatur zur direkten Demokratie ist unüberschaubar; s. zuletzt die Beiträge in GOOD/PLATIPODIS (Hrsg.), FS Auer.

²⁸⁰ Eine Korrektur der Missverständnisse findet sich bei KELLERHALS, EuZ 2011, 26; s. auch die Analyse von JAAG, in: FS Auer, 399 ff.

²⁸¹ S. hierzu die Verordnung (EU) Nr. 211/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates über die Bürgerinitiative v. 16. Februar 2011, ABl. L 65/1. Zu den Hintergründen TRECHSEL/HIEN, in: FS Auer, 415 ff., die der Europäischen Bürgerinitiative sogar einen gewissen Grad an Helvetisierung attestieren (427).

²⁸² S. Art. 10 VO 211/2011.

²⁸³ S. die Nachweise im amtlichen Register, <<http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/welcome?lg=de>> (26.08.2013).

Das Beispiel der Europäischen Union zeigt, dass direktdemokratische Elemente in das Gefüge des jeweiligen Gemeinwesens einzupassen sind. ANDREAS AUER hat in diesem Zusammenhang auf „funktionelle Grenze(n) der direkten Demokratie“ hingewiesen: So seien beispielsweise Integrationsreferenden (also nationale Referenden in den EU-Mitgliedstaaten über eine Vertiefung der Zusammenarbeit) problematisch, da sich das Abstimmungsverhalten der Bürger mehr aus dem nationalen politischen Kontext denn aus der Abstimmungsvorlage erklären lässt, und da wegen des Einstimmigkeitserfordernisses die Bevölkerung eines Landes die stärkere Zusammenarbeit zwischen allen anderen verhindern kann.²⁸⁴

Das Beispiel zeigt, dass Staaten gut beraten sind, die Stärkung direktdemokratischer Mechanismen zu prüfen und hierbei die Erfahrungen in der Schweiz zu berücksichtigen. Wie bei allen anderen Transplantaten ist aber Verträglichkeit mit dem Gesamtsystem herzustellen.

H. Mehrsprachigkeit

Schliesslich sei auf die Mehrsprachigkeit des schweizerischen Rechts hingewiesen. Die einsprachigen Länder Europas sind häufig erst im Zusammenhang mit EWG/EG/EU den sprachlichen Problemen begegnet, die in Bezug auf die Gesetzgebung, die Auslegung und allgemein hinsichtlich der juristischen Kommunikation aus der Koexistenz mehrerer gleichwertiger sprachlicher Fassungen resultieren. Bis zum heutigen Tag mangelt es in diesen Ländern an Sensibilität gegenüber sprachlichen Problemen. Im juristischen Alltag wird so getan, als ob EU-Recht nur in der Amtssprache des eigenen Landes existierte.

Hier kann viel von der Schweiz und der in ihr gelebten Mehrsprachigkeit gelernt werden.²⁸⁵ Gleichzeitig besteht Handlungsbedarf. Der juristische Austausch zwischen den Sprachgebieten ist verbesserungsfähig.²⁸⁶ Die Internationalisierung führt zu einer Stärkung des Englischen, was angesichts begrenzter fremdsprachlicher Kapazität die Pflege weiterer Landessprachen beeinträchtigt.²⁸⁷ In diesem Zusammenhang sei hervorgehoben, dass die Verfügbarkeit des schweizerischen Rechts in verschiedenen sprachlichen Fas-

²⁸⁴ AUER, SZIER 2011, 123, 126 f.

²⁸⁵ S. aber auch die Feststellung von WALTER, recht 2004, 91, 92: „Es ist denn auch klar, dass sich das Gericht [scil. das Schweizer Bundesgericht] bei seinen Entscheidungen primär an den Entscheidungen und an der Doktrin orientiert, die in derselben Sprache zur Verfügung steht.“

²⁸⁶ Die Rechtsfakultäten haben zweisprachige, nämlich deutsch-französische Masterprogramme eingerichtet, so Genf mit Basel, Lausanne mit Zürich und Neuenburg mit Luzern. Seit jeher existieren zweisprachige Lehrprogramme an der Universität Freiburg. Ausserdem können im Rahmen der Mobilität die Universitäten des anderen Sprachraums besucht werden. Problematisch ist die Tatsache, dass im italienischen Sprachraum keine Rechtsfakultät existiert.

²⁸⁷ Hiermit sollen nicht die Vorteile einer *lingua franca* bestritten werden, s. hierzu BAUMANN, in: FS Zäch, 15 ff. Der Aufschwung des Englischen sollte aber durch eine verstärkte Förderung der Landessprachen begleitet werden.

sungen den Rechtsexport fördert.²⁸⁸ Beispielsweise beruhte die Rezeption des ZGB in der Türkei auf der französischen, nicht der deutschen Fassung des Gesetzes.²⁸⁹

I. Fazit

Angeführt wurden nur einige wenige Beispiele für die Rezeption schweizerischen Rechts im Ausland bzw. für Regeln, die bei Reformen im Ausland nicht übersehen werden sollten. Darüber hinaus wird bisweilen die Frage gestellt, ob das durch Diversität, Föderalismus und Minderheitenschutz gekennzeichnete politische System der Schweiz nicht ganz allgemein als Modell für die europäische Einigung dienen könnte.²⁹⁰ Auch wenn das Motto der „Vielfalt in der Einheit“ für Europa derzeit noch sehr ambitioniert erscheint, ist eine eingehende Auseinandersetzung mit dem Weg der Schweiz vom losen Staatenbund zum Bundesstaat unter Wahrung der kulturellen Vielfalt sicher zu empfehlen. Wie dem auch sei, jedenfalls sollte beim Thema der rechtlichen Transplantate nicht nur an den Import, sondern auch an den Export rechtlicher Regeln gedacht werden.

VI. Ausblick

Der Prozess der Anpassung an das Recht der Europäischen Union stellt sich bei näherer Betrachtung als komplexer Vorgang dar. Teils sind Anpassungsvorgänge staatsvertraglich vorgezeichnet, teils erfolgen sie ohne Rechtspflicht. Unsicherheiten bestehen auf beiden Wegen.

Was den Anwendungsbereich der bilateralen Verträge betrifft, so schafft der im Prinzip statische Charakter Spannungen zum Ziel der Angleichung. In der Diskussion um ein Rahmenabkommen zwischen der Schweiz und der EU wird zu klären sein, ob und wenn ja in welchem Umfang eine (stärkere) Dynamisierung der Rechtsübernahme wünschenswert ist. Das grundsätzliche Problem der Dynamisierung besteht darin, dass sie zur Übernahme von Regeln führt, an deren Setzung die Schweiz nicht beteiligt ist. Auf dem bilateralen Weg ist nicht einmal die Einbeziehung in das *decision shaping* vorgesehen. Ein anderes Problem betrifft die Frage der einheitlichen Anwendung des bilateral vereinbarten Rechts. Auch hier sind im Interesse der Homogenität der Rechtsanwendung Fortschritte erforderlich.

Im Bereich des autonom angepassten Rechts stellt sich die Homogenitätsfrage noch dringender. Im Kontinuum von blosser Inspiration, freier Benutzung, modifizierter Anleihe, enger Anlehnung und wörtlicher Übernahme ist zu bestimmen, in welchem Mass

²⁸⁸ Den Beitrag der Mehrsprachigkeit zum Erfolg der Schweiz in der Schiedsgerichtsbarkeit unterstreicht BAUDENBACHER, ZSR 2012 II, 419, 654.

²⁸⁹ S. die anschauliche Schilderung bei SAUSER-HALL, in: FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE, 323, 345 f.: Die Übernahme ging von einer Gruppe türkischer Juristen aus, die wegen ihrer Studien an der Universität Lausanne „les Lausannois“ genannt wurden.

²⁹⁰ S. beispielsweise SCHNEIDER, in: COTTIER/LIECHTI-MCKEE, 107 ff. (auch mit Nachweis der schweizerischen Beiträge zu Beginn des europäischen Einigungsprozesses); LEUTHARD, Die Schweiz als Modell für Europa.

das mehr oder weniger europäisierte schweizerische Recht europakonform auszulegen ist. Unsicherheiten in diesem Bereich schaden der Rechtssicherheit und zwingen den Gesetzgeber zu unschönen Einzelkorrekturen.

Schliesslich ist daran zu erinnern, dass es sich beim Thema der rechtlichen Transplantate nicht um einen einseitigen Vorgang, sondern um gegenseitigen Austausch handelt. Zwar kann bereits die Rechtsangleichung als solche Vorteile schaffen. Diese fallen aber noch grösser aus, wenn die Qualität des angeglichenen Rechts verbessert wird. Insofern sollten alle Beteiligten offen sein für die Aneignung überlegener Rechtsmodelle aus dem Ausland. Wie im Bereich der Aussenwirtschaft dauerhafte Ungleichgewichte problematisch sind, sollte auch beim Rechtsexport und -import auf Ausgewogenheit geachtet werden.

Literaturverzeichnis

- ACADÉMIE DES PRIVATISTES EUROPÉENS (Hrsg.), Code européen des contrats: Avant-projet, 3. Aufl., Mailand 2004
- AEMISEGGER HEINZ, Die Bedeutung des US-amerikanischen Rechts bzw. der Rechtskultur des common law in der Praxis schweizerischer Gerichte – am Beispiel des Bundesgerichts, AJP 2008, 18
- AMSTUTZ MARC, Evolutorische Rechtsmethodik im europäischen Privatrecht: Zur richtlinienkonformen Auslegung und ihren Folgen für den autonomen Nachvollzug des Gemeinschaftsprivatrechts in der Schweiz, in: WERRO FRANZ/PROBST THOMAS (Hrsg.), Das schweizerische Privatrecht im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts: Aktuelle Fragen aus dem Haftpflicht- und Vertragsrecht, Bern 2004, 105
- AUER ANDREAS, Erfahrungen und Perspektiven der schweizerischen Demokratie mit der EU und der EU mit der direkten Demokratie, SZIER 2011, 123
- BALDI MARINO, Für eine „informierte“ Wettbewerbspolitik, AJP 2012, 1183
- BASEDOW JÜRGEN, Entwicklungslinien des internationalen Kartellrechts, NJW 1989, 627
- BAUDENBACHER CARL, Zum Nachvollzug europäischen Rechts in der Schweiz, EuR 1992, 309
- BAUDENBACHER CARL (Hrsg.), Internationales und Europäisches Wirtschaftsrecht, Drei Bände, St. Gallen 2004 (zit. als BAUDENBACHER, Internationales und Europäisches Wirtschaftsrecht)
- BAUDENBACHER CARL, The EFTA Court in Action: Five Lectures, Stuttgart 2010 (zit. als BAUDENBACHER, The EFTA Court)
- BAUDENBACHER CARL, Wie sollen Konflikte im Verhältnis Schweiz-EU gelöst werden?, in: SETHE ROLF/HEINEMANN ANDREAS/HILTY RETO M./NOBEL PETER/ZÄCH ROGER (Hrsg.), Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag, Bern 2011, 821
- BAUDENBACHER CARL, Swiss Economic Law Facing the Challenges of International and European Law, ZSR 2012 II, 419
- BAUDENBACHER LAURA MELUSINE, Das Personenfreizügigkeitsabkommen EU-Schweiz ist doch kein Integrationsvertrag, European Law Reporter 2010, 34
- BAUMANN MAX, Europäische Sprachenvielfalt und das Recht oder der Vormarsch des Englischen und der Bilder, in: FORSTMOSER PETER/VON DER CRONE HANS CASPAR/WEBER ROLF H./ZOBL DIETER (Hrsg.), Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz: Festschrift für Professor Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zürich 1999, 15
- BIEBER ROLAND/EPINEY ASTRID/HAAG MARCEL, Die Europäische Union: Europarecht und Politik, 10. Aufl., Baden-Baden 2013
- BIEBER ROLAND/MAIANI FRANCESCO, Précis de droit européen, 2. Aufl., Bern 2011

- BIERI LAURENT, L'application du droit privé suisse reprenant de manière autonome des directives communautaires, AJP 2007, 708
- BLANKART CHARLES B., Föderalismus, direkte Demokratie und Besteuerung: Eine Theorie der Schweiz, ifo-Schnelldienst 12/2011, 13
- BÖCKLI PETER, Osmosis of Anglo-Saxon Concepts in Swiss Business Law, in: Jusletter 11. März 2002
- BORER JÜRIG, Schnittstellen der schweizerischen mit der europäischen Wettbewerbsordnung, in: FORSTMOSER PETER/VON DER CRONE HANS CASPAR/WEBER ROLF H./ZOBL DIETER (Hrsg.), Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz: Festschrift für Professor Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zürich 1999, 217
- BORER JÜRIG, Wettbewerbsrecht, in: KELLERHALS ANDREAS/BAUMGARTNER TOBIAS (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU: Überblick und Kommentar 2012/2013, Zürich/St. Gallen 2013, 142
- BREITENMOSER STEPHAN/WEYENETH ROBERT, Europarecht: Unter Einbezug des Verhältnisses Schweiz – EU, Zürich/St. Gallen 2012
- BUCHANAN JAMES M./WAGNER RICHARD E., Democracy in Deficit: The Political Legacy of Lord Keynes, New York 1977
- BÜHLER THEODOR, Technische Vorschriften, in: KELLERHALS ANDREAS/BAUMGARTNER TOBIAS (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU: Überblick und Kommentar 2012/2013, Zürich/St. Gallen 2013, 207
- BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gesetzgebungsleitfaden: Leitfaden für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes, 3. Aufl., Bern 2007
- BUNDESKANZLEI, Botschaftsleitfaden, Bern 2013, <www.bk.admin.ch/dokumentation/sprachen/04915/06864/index.html?lang=de> (26.08.2013)
- BUSSANI MAURO/MATTEI UGO, The Common Core Approach to European Private Law, 3 Columbia Journal of European Law 339 (1997/98)
- BUXBAUM RICHARD M., Die Rechtsvergleichung zwischen nationalem Staat und internationaler Wirtschaft, RabelsZ 1996, 201
- COTTIER THOMAS, Die Globalisierung des Rechts: Herausforderungen für Praxis, Ausbildung und Forschung, ZBJV 1997, 217
- COTTIER THOMAS/DIEBOLD NICOLAS, Warenverkehr und Freizügigkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Bilateralen Abkommen, in: Jusletter 2. Februar 2009
- COTTIER THOMAS/DZAMKO DANIEL/EVTIMOV ERIK, Die europakompatible Auslegung des schweizerischen Rechts, in: EPINEY ASTRID/THEUERKAUF SARAH/RIVIÈRE FLORENCE (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2003, Zürich/Bern 2004, 357
- DAVID RENÉ/JAUFFRET-SPINOSI CAMILLE, Les grands systèmes de droit contemporains, 8. Aufl., Paris 1982
- DEIPENBROCK GUDULA, Legal Transplants? – Rechtsvergleichende Grundüberlegungen zum technischen Rechtsnormtransfer, ZVglRWiss 2008, 343
- DREHER AXEL/STURM JAN-EGBERT, Wachstumsschwäche Schweiz: Ein Vergleich mit anderen (kleinen) europäischen Staaten, 2005, <<http://kops.ub.uni-konstanz.de/handle/urn:nbn:de:bsz:352-opus-16436>> (25.08.2013)
- DUTOIT BERNARD, Droit comparé et droit international privé ou les deux arches d'un même pont, AJP 2003, 235
- DUTOIT BERNARD, Le droit international privé ou le respect de l'altérité, Genf/Zürich/Basel 2006
- EMMERICH VOLKER, Wettbewerbsbeschränkungen durch die Rechtsprechung, in: LANGE HERMANN/NÖRR KNUT WOLFGANG/WESTERMANN HARM PETER (Hrsg.), Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag, Tübingen 1993, 857

- EPINEY ASTRID, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, ZBJV 2005, 1
- EPINEY ASTRID, Die Schweizer Europapolitik: Wie tragfähig ist der Bilateralismus?, Die Volkswirtschaft 1/2-2013, 59
- EPINEY ASTRID/MOSTERS ROBERT/MEIER ANNEKATHRIN, Europarecht II, 2. Aufl., Bern 2007
- EPINEY ASTRID/MOSTERS ROBERT/RIEDER ANDREAS, Europarecht I, 3. Aufl., Bern 2010
- ERNST WOLFGANG, Vollharmonisierung und autonomer Nachvollzug, EuZ 2010, 2
- ESSEIVA DENIS, Die Anwendung des EG-Kartellrechts durch den schweizerischen Richter aufgrund des Artikels 137 IPRG, ZVglRWiss 1995, 80
- EWALD WILLIAM, Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants, 43 American Journal of Comparative Law 489 (1995)
- FELD LARS P., Sinnhaftigkeit und Effektivität der deutschen Schuldenbremse, Perspektiven der Wirtschaftspolitik 2010, 226
- FELD LARS P./MATSUSAKA JOHN G., Budget referendums and government spending: evidence from Swiss cantons, 87 Journal of Public Economics 2703 (2003)
- FELDER DANIEL/KADDOUS CHRISTINE (Hrsg.), Accords bilatéraux Suisse – UE/Bilaterale Abkommen Schweiz – EU, Basel 2001
- FIKENTSCHER WOLFGANG/HEINEMANN ANDREAS, Schuldrecht, 10. Aufl., Berlin 2006
- FORSTMOSER PETER, Der autonome Nach-, Mit- und Vorvollzug europäischen Rechts: das Beispiel der Anlagengesetzgebung, in: FORSTMOSER PETER/VON DER CRONE HANS CASPAR/WEBER ROLF H./ZOBL DIETER (Hrsg.), Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz: Festschrift für Professor Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zürich 1999, 523
- FORSTMOSER PETER, Wirtschaftsrecht im Wandel – Erfahrungen aus vier Jahrzehnten, SJZ 2008, 133
- GERBER DAVID J., The Transformation of European Community Competition Law?, 35 Harvard International Law Journal 97 (1994)
- GIAMPAOLO DAVIDE/HUGUENIN CLAIRE, Entwicklungen im schweizerischen Konsumrecht: Plädoyer für ein integrales Konsumschutzgesetz, in: Jusletter 8. Juli 2013
- GOOD ANDREA/PLATIPODIS BETTINA (Hrsg.), Direkte Demokratie: Herausforderungen zwischen Politik und Recht, Festschrift für Andreas Auer zum 65. Geburtstag, Bern 2013
- GRAZIADEI MICHELE, Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions, in: REIMANN MATHIAS/ZIMMERMANN REINHARD (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford 2006, 441
- HÄBERLE PETER, Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat: Zugleich zur Rechtsvergleichung als „fünfter“ Auslegungsmethode, JZ 1989, 913
- HAUCAP JUSTUS/KRUSE JÖRN, Ex-Ante-Regulierung oder Ex-Post-Aufsicht für netzgebundene Industrien?, WuW 2004, 266
- HAUSHEER HEINZ/WALTER PETER (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bern ab 1909 (zit. BK-BEARBEITER)
- HEINEMANN ANDREAS, Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag, München 1996 (zit. als HEINEMANN, Grenzen)
- HEINEMANN ANDREAS, ‚Ökonomischer Patriotismus‘ in Zeiten regionaler und internationaler Integration, Tübingen 2011 (zit. als HEINEMANN, ‚Ökonomischer Patriotismus‘)
- HERREN DAVID, Das *Cassis de Dijon*-Prinzip im schweizerischen Recht: Gemeinsamkeiten und Divergenzen zum EU-Recht, in: COTTIER THOMAS (Hrsg.), Die Europakompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts: Konvergenz und Divergenz, Basel 2012, 59

- HUBER EUGEN, Erläuterungen zum ZGB-Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, 2. Aufl. 1914, abgedruckt in: Berner Kommentar, Materialien zum Zivilgesetzbuch, Band II, neu redigiert und publiziert von REBER MARKUS/HURNI CHRISTOPH, Bern 2007
- HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht: Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich/Basel/Genf 2012 (zit. als HUGUENIN, Obligationenrecht)
- HUGUENIN CLAIRE/HERMANN MATHIAS/MEISE BARBARA, Europäisches Vertragsrecht und schweizerisches Obligationenrecht, in: Jusletter 8. September 2008
- HUGUENIN CLAIRE/HILTY RETO M. (Hrsg.), Schweizer Obligationenrecht 2020: Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, Zürich/Basel/Genf 2013
- HUGUENIN CLAIRE/MEISE BARBARA, Vertragsrecht, in: KELLERHALS ANDREAS/BAUMGARTNER TOBIAS (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU: Überblick und Kommentar 2012/2013, Zürich/St. Gallen 2013, 321
- JAAG TOBIAS, Europarecht: Die europäischen Institutionen aus schweizerischer Sicht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009 (zit. als JAAG, Europarecht)
- JAAG TOBIAS, Spuren der Demokratie im Recht der Europäischen Union, in: GOOD ANDREA/PLATIPODIS BETTINA (Hrsg.), Direkte Demokratie: Herausforderungen zwischen Politik und Recht, Festschrift für Andreas Auer zum 65. Geburtstag, Bern 2013, 399
- JAAG TOBIAS/ZIHLMANN MAGDA, Institutionen und Verfahren, in: THÜRER DANIEL/WEBER ROLF H./PORTMANN WOLFGANG/KELLERHALS ANDREAS (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU: Handbuch, Zürich/Basel/Genf 2007, 65
- JUNG HEIKE, Recht und kulturelle Identität: Anmerkungen zur Rezeption, Transplantation und Diffusion von Recht, ZStW 2009, 53
- JUNG PETER/SPITZ PHILIPPE (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar: Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Bern 2010 (zit. als SHK UWG-BEARBEITER)
- KADDOUS CHRISTINE/JAMETTI GREINER MONIQUE (Hrsg.), Accords bilatéraux II Suisse – UE/Bilaterale Abkommen II Schweiz – EU, Basel 2006
- KADNER GRAZIANO THOMAS, Europäisches Internationales Deliktsrecht, Tübingen 2003
- KAHN-FREUND OTTO, On Uses and Misuses of Comparative Law, 37 The Modern Law Review 1 (1974)
- KANTON LUZERN, Richtlinien über die Gesetzestechnik, Luzern 2013
- KELLERHALS ANDREAS, Wettbewerb in der Schweiz, in: SETHE ROLF/HEINEMANN ANDREAS/HILTY RETO M./NOBEL PETER/ZÄCH ROGER (Hrsg.), Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag, Bern 2011, 289
- KELLERHALS ANDREAS, Die EU und die Demokratie, EuZ 2011, 26
- KELLERHALS ANDREAS/BAUMGARTNER TOBIAS (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU: Überblick und Kommentar 2012/2013, Zürich/St. Gallen 2013
- KIENER REGINA/LANZ RAPHAEL, Amerikanisierung des schweizerischen Rechts – und ihre Grenzen: ‚Adversarial Legalism‘ und schweizerische Rechtsordnung, ZSR 2000 I, 155
- KILLIAS ANTON, Entstehungsgeschichte des Europa Institutes Zürich, in: FORSTMOSER PETER/VON DER CRONE HANS CASPAR/WEBER ROLF H./ZOBL DIETER (Hrsg.), Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz: Festschrift für Professor Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zürich 1999, 57
- KLEY ANDREAS, Verfassungsgeschichte der Neuzeit, 3. Aufl., Bern 2013
- KNIEPER ROLF, Wirtschaftsreform als Rechtsreform in post-kommunistischen Gesellschaften, RIW 1993, 907
- KÖHLER HELMUT/BORNKAMM JOACHIM, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: Kommentar, 31. Aufl., München 2013

- KOHLER EMILIE, Le droit européen à l'aide de l'interprétation du droit suisse, in: COTTIER THOMAS (Hrsg.), Die Europakompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts: Konvergenz und Divergenz, Basel 2012, 41
- KOLLER HEINRICH, Globalisierung und Internationalisierung des Wirtschaftsrechts: Auswirkungen auf die nationale Gesetzgebung, ZSR 2000 II, 313
- KRAMER ERNST A., Der Einfluss des BGB auf das schweizerische und österreichische Privatrecht, AcP 2000, 365
- KRAMER ERNST A., Der Stil eines zukünftigen europäischen Vertragsgesetzes: die schweizerische Privatrechtskodifikation als Vorbild?, ZBJV 2008, 901
- KRAMER ERNST A., Juristische Methodenlehre, 3. Aufl., Bern/München/Wien 2010 (zit. als KRAMER, Methodenlehre)
- KRAMER ERNST A., Methodologische Probleme des „autonomen Nachvollzugs“ von EU-Richtlinien durch die Schweiz, in: HARRER FRIEDRICH/HONSELL HEINRICH/MADER PETER (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Theo Mayer-Maly zum 80. Geburtstag, Wien 2011, 269
- KUNZ PETER V., Instrumente der Rechtsvergleichung in der Schweiz bei der Rechtssetzung und bei der Rechtsanwendung, ZVglRWiss 2009, 31
- KUNZ PETER V., Gesellschaftsrecht der Europäischen Union (EU): Übersicht sowie rechtsvergleichende Bedeutung für die Schweiz, in: KUNZ PETER V./ARTER OLIVER/JÖRG FLORIAN S. (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VI, Bern 2011, 179
- KUNZ PETER V., Amerikanisierung, Europäisierung sowie Internationalisierung im schweizerischen (Wirtschafts-)Recht, recht 2012, 37
- LANDO OLE/BEALE HUGH (Hrsg.), Principles of European Contract Law, Parts I and II, Den Haag u.a. 2000
- LANDO OLE/CLIVE ERIC/PRÜM ANDRÉ/ZIMMERMANN REINHARD (Hrsg.), Principles of European Contract Law, Part III, Den Haag u.a. 2003
- LEGRAND PIERRE, The Impossibility of 'Legal Transplants', 4 Maastricht Journal of European and Comparative Law 111 (1997)
- LEUTHARD DORIS, Die Schweiz als Modell für Europa, Rede v. 3.3.2013, <www.uvek.admin.ch/dokumentation/00476/03259/03366/index.html?lang=de&msg-id=48024> (26.08.2013)
- MARTENET VINCENT/HEINEMANN ANDREAS, Schweizer Kartellrecht im Umbruch, EuZW 2012, 867
- MATTEI UGO, Comparative Law and Economics, Ann Arbor 1997
- MONTESQUIEU, De l'esprit des lois, Genf 1748
- MORIN ARIANE, L'influence du droit européen sur le droit privé suisse de la consommation, in: OJHA LAUREN/VULLIEMIN PIERRE-FRANÇOIS (Hrsg.), Le droit de la consommation dans son contexte économique, Lausanne 2009, 17
- MÜLLER THOMAS S./STAUB CHRISTIAN, Internationalisierungstendenzen im Finanzmarktrecht, SZW 2011, 20
- OECD, Code of Liberalisation of Capital Movements, Paris 1961
- OECD, Code of Current Invisible Operations, Paris 1961
- OESCH MATTHIAS, Die Europäisierung des schweizerischen Rechts, in: COTTIER THOMAS (Hrsg.), Die Europakompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts: Konvergenz und Divergenz, Basel 2012, 13
- PEYER PATRIK R., Zur zunehmenden Bedeutung der Rechtsvergleichung als Hilfsmittel der Rechtsfindung, recht 2004, 104
- POSCH WILLIBALD, Die Europäische Produkt(e)haftung und die Schweiz – mitgegangen, mitgehangen, mitgefangen?, in: KOZIOL HELMUT/SPIER JAAP (Hrsg.), Liber amicorum Pierre Widmer, Wien 2003, 267

- RAT DER EUROPÄISCHEN UNION, Schlussfolgerungen zu den Beziehungen zwischen der EU und den EFTA-Ländern, 14.12.2010, <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/DE/foraff/118466.pdf> (26.08.2013)
- REHM GEBHARD M., Rechtstransplantate als Instrument der Rechtsreform und -transformation, *RabelsZ* 2008, 1
- RUSCH ARNOLD F., Methoden und Ziele der Rechtsvergleichung, in: *Jusletter* 13. Februar 2006
- SACCO RODOLFO, Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law, 39 *American Journal of Comparative Law* 1 (1991)
- SACCO RODOLFO, *Introduzione al diritto comparato*, Turin 1997 (zit. als SACCO, *Introduzione*)
- SAUSER-HALL GEORGES, La réception des droits européens en Turquie, in: FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE (Hrsg.), *Recueil de travaux publié à l'occasion de l'assemblée de la Société suisse des juristes à Genève*, Genf 1938, 323
- SCHLUEP WALTER R., Revitalisierung, Deregulierung, Reprivatisierung, Wettbewerb der Systeme – was sonst noch an neuen wirtschaftsrechtlichen Delikatessen?, in: WALTER R. SCHLUEP (Hrsg.), *Recht, Staat und Politik am Ende des zweiten Jahrtausends: Festschrift zum 60. Geburtstag von Bundesrat Arnold Koller*, Bern/Stuttgart/Wien 1993, 477
- SCHLUEP WALTER R., Über die Verantwortung schweizerischer Boten bei der Übermittlung des Rechts der EU, in: FORSTMOSER PETER/VON DER CRONE HANS CASPAR/WEBER ROLF H./ZOBL DIETER (Hrsg.), *Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz: Festschrift für Professor Roger Zäch zum 60. Geburtstag*, Zürich 1999, 63
- SCHNEIDER HEINRICH, Die Eidgenossenschaft: Vorbild und Leitbild für die Einigung Europas?, in: COTTIER THOMAS/LIECHTI-MCKEE RACHEL (Hrsg.), *Die Schweiz und Europa: Wirtschaftliche Integration und institutionelle Abstinenz*, Zürich 2010, 107
- SCHWANDER IVO, Ein IPR für Europa oder ein europäisches IPR?, in: FORSTMOSER PETER/VON DER CRONE HANS CASPAR/WEBER ROLF H./ZOBL DIETER (Hrsg.), *Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz: Festschrift für Professor Roger Zäch zum 60. Geburtstag*, Zürich 1999, 833
- SCHWEIZER RAINER J., Die schweizerischen Gerichte und das europäische Recht, *ZSR* 1993 II, 577
- SCHWENZER INGEBORG, Rezeption deutschen Rechtsdenkens im schweizerischen Obligationenrecht, in: SCHWENZER INGEBORG (Hrsg.), *Schuldrecht, Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert: Symposium aus Anlass des 65. Geburtstages von Peter Schlechtriem*, Tübingen 1999, 59
- SPINNER BRUNO/MARITZ DANIEL, EG-Kompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts: Vom autonomen zum systematischen Nachvollzug, in: FORSTMOSER PETER/VON DER CRONE HANS CASPAR/WEBER ROLF H./ZOBL DIETER (Hrsg.), *Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz: Festschrift für Professor Roger Zäch zum 60. Geburtstag*, Zürich 1999, 127
- STAUDER BERND, L'influence de la jurisprudence de la CJCE sur le droit des contrats de consommation en Suisse, in: WERRO FRANZ/PROBST THOMAS (Hrsg.), *Le droit privé suisse face au droit communautaire européen: Questions actuelles en droit de la responsabilité civile et en droit des contrats*, Bern 2004, 75
- STEIN ERIC, Uses, Misuses – and Nonuses of Comparative Law, 72 *Northwestern University Law Review* 198 (1977)
- STOFFEL WALTER A., Swiss Competition Law: Where from and where to?, in: GAUCH PETER/WERRO FRANZ/PICHONNAZ PASCAL (Hrsg.), *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, Genf/Zürich/Basel 2008, 677
- STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE (Hrsg.), *Principles of European Law*, Zwölf Bände, München u.a. 2006 ff.

- STURNY MONIQUE, Der Einfluss des europäischen Kartellrechts auf das schweizerische Kartellrecht, in: COTTIER THOMAS (Hrsg.), Die Europakompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts: Konvergenz und Divergenz, Basel 2012, 107
- THÜRER DANIEL/HILLEMANN CAROLIN, Allgemeine Prinzipien, in: THÜRER DANIEL/WEBER ROLF H./PORTMANN WOLFGANG/KELLERHALS ANDREAS (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU: Handbuch, Zürich/Basel/Genf 2007, 39
- THÜRER DANIEL/WEBER ROLF H./PORTMANN WOLFGANG/KELLERHALS ANDREAS (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU: Handbuch, Zürich/Basel/Genf 2007
- TOBLER CHRISTA, Verschiedene Kapitel, in: EUROPÄISCHES PARLAMENT – GENERALDIREKTION INTERNE POLITIKBEREICHE (Hrsg.), Binnenmarkt jenseits der EU-Grenzen: EWR und Schweiz, Brüssel 2010 (zit. als TOBLER, Binnenmarkt)
- TOBLER CHRISTA, Die Erneuerung des bilateralen Wegs: Eine wachsende Annäherung an den EWR in den zur Diskussion gestellten Modellen, in: Jusletter 3. Juni 2013
- TOBLER CHRISTA/BEGLINGER JACQUES, Essential EU Law in Charts, 2. Aufl., Budapest 2010 (zit. als TOBLER/BEGLINGER, Essential EU Law)
- TOBLER CHRISTA/BEGLINGER JACQUES, Grundzüge des bilateralen (Wirtschafts-)Rechts Schweiz – EU: Systematische Darstellung in Text und Tafeln, Zwei Bände, Zürich/St. Gallen 2013 (zit. als TOBLER/BEGLINGER, Grundzüge)
- TRECHSEL ALEXANDER H./HIEN JOSEF, Einige Gedanken zur Geburtsstunde der Europäischen Bürgerinitiative, in: GOOD ANDREA/PLATIPODIS BETTINA (Hrsg.), Direkte Demokratie: Herausforderungen zwischen Politik und Recht, Festschrift für Andreas Auer zum 65. Geburtstag, Bern 2013, 415
- TURRINI ALESSANDRO/VAN YPERSELE TANGUY, Traders, courts, and the border effect puzzle, 40 Regional Science and Urban Economics 82 (2010)
- VERDROSS ALFRED/SIMMA BRUNO, Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis, 3. Aufl., Berlin 1984
- VISCHER FRANK, Kollisionsrechtliche Verweisung und materielles Resultat, in: MEIER ISAAK/SIEHR KURT (Hrsg.), Festschrift für Anton Heini zum 65. Geburtstag, Zürich 1995, 479
- VLCEK MICHAEL, Die Erzwingung unangemessener Preise im Kartell- und Fernmelderecht: Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Zürich 2013
- VOGENAUER STEFAN, Die UNIDROIT Grundregeln der internationalen Handelsverträge 2010, ZEuP 2013, 7
- VOGT HANS-UELI/BÄNZIGER MICHAEL, Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgment Rule als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts, GesKR 2012, 607
- VON BAR CHRISTIAN/CLIVE ERIC/SCHULTE-NÖLKE HANS (Hrsg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR) – Outline Edition, München 2009
- VON HEIN JAN, Die Rezeption US-amerikanischen Gesellschaftsrechts in Deutschland, Tübingen 2008
- WAGNER JÜRGEN, Gesellschaftsrecht in der Schweiz und in Liechtenstein, 3. Aufl., Augsburg 2007
- WALTER GERHARD, Die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Schweizer Bundesgerichts, recht 2004, 91
- WALTER HANS PETER, Das rechtsvergleichende Element: Zur Auslegung vereinheitlichten, harmonisierten und rezipierten Rechts, ZSR 2007 I, 259
- WATSON ALAN, Legal Transplants: An Approach to Comparative Law, 1. Aufl., Athens, Georgia 1974, 2. Aufl., Athens, Georgia 1993
- WEBER ROLF H., Verhältnis bilaterale Verträge zu EU-Recht und WTO-Recht, in: THÜRER DANIEL/WEBER ROLF H./PORTMANN WOLFGANG/KELLERHALS ANDREAS (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU: Handbuch, Zürich/Basel/Genf 2007, 103

- WEBER ROLF H., Welches Lauterkeitsrecht braucht die Schweiz?, sic! 2012, 231
- WEBER ROLF H./WOLF CHRISTOPH A., Fragmentarische E-Commerce Gesetzgebung, in: Jusletter 18. Juni 2012
- WIDMER PIERRE, Rechtsvergleichung und Gesetzgebung, LeGes 2003/3, 9
- WIEACKER FRANZ, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., Göttingen 1967
- WIEGAND WOLFGANG, Die Rezeption amerikanischen Rechts, ZBJV 124^{bis} (1988) 229
- WIEGAND WOLFGANG, The Reception of American Law in Europe, 39 American Journal of Comparative Law 229 (1991)
- WIEGAND WOLFGANG, Zur Anwendung von autonom nachvollzogenem EU-Privatrecht, in: FORSTMOSER PETER/VON DER CRONE HANS CASPAR/WEBER ROLF H./ZOBL DIETER (Hrsg.), Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz: Festschrift für Professor Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zürich 1999, 171
- WIEGAND WOLFGANG, Die Amerikanisierung des Rechts, insbesondere des Bank- und Wirtschaftsrechts, in: Jusletter 25. Februar 2002
- WYSS MARTIN PHILIPP, Europakompatibilität und Gesetzgebungsverfahren im Bund, AJP 2007, 717
- ZÄCH ROGER, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005 (zit. als ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht)
- ZÄCH ROGER, Grundzüge des Europäischen Wirtschaftsrechts, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2005 (zit. als ZÄCH, Grundzüge)
- ZÄCH ROGER, Schweizerische Kartellgesetznovelle 2003: Harmonisierung mit dem Wettbewerbsrecht der EU, in: FORSCHUNGSINSTITUT FÜR WIRTSCHAFTSVERFASSUNG UND WETTBEWERB (Hrsg.), Enforcement: Die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts, Köln/Berlin/München 2005, 29
- ZÄCH ROGER, Cassis de Dijon: Meilenstein des schweizerischen Wirtschaftsrechts?, in: Festschrift 25 Jahre juristische Abschlüsse an der Universität St. Gallen (HSG), Rechtliche Rahmenbedingungen des Wirtschaftsstandortes Schweiz, Zürich/St. Gallen 2007, 295
- ZÄCH ROGER, Die Übernahme von EU-Recht: ein Vorschlag zur Verbesserung der institutionellen Mechanismen, SJZ 2011, 405
- ZIEGLER ANDREAS R., Die Bedeutung der völker- und europarechtskonformen Auslegung für das öffentliche Wirtschaftsrecht in der Schweiz, in: Jusletter 20. März 2006
- ZIEGLER ANDREAS R., Einführung in das Völkerrecht, Bern 2006 (zit. als ZIEGLER, Einführung)
- ZIMMERMANN REINHARD, Die Unidroit-Grundregeln der internationalen Handelsverträge 2004 in vergleichender Perspektive, ZEuP 2005, 264
- ZIVILRECHTSLEHRERVEREINIGUNG (Hrsg.), Beiträge der Sondertagung zum Vorschlag für ein Common European Sales Law, AcP 2012, 467
- ZUBERBÜHLER IVO, Die Erschöpfung von Patentrechten: Eine Auslegung von Art. 9a PatG und Art. 27b LwG, Bern 2012
- ZWEIGERT KONRAD/KÖTZ HEIN, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., Tübingen 1996

Materialienverzeichnis

- Bericht des Bundesrates über die Stellung der Schweiz im europäischen Integrationsprozess vom 24. August 1988, BBl. 1988 III, 249
- Bericht des Bundesrates über die Evaluation der schweizerischen Europapolitik vom 17. September 2010, BBl. 2010, 7239
- Botschaft zu einem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 18. Mai 1983, BBl. 1983 II, 1009 (zit. als Botschaft UWG)

- Botschaft I über die Anpassung des Bundesrechts an das EWR-Recht vom 27. Mai 1992, BBl. 1992 V, 1 (zit. als Botschaft Eurolex I)
- Botschaft II über die Anpassung des Bundesrechts an das EWR-Recht vom 15. Juni 1992, BBl. 1992 V, 520 (zit. als Botschaft Eurolex II)
- Botschaft des Bundesrats über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens vom 24. Februar 1993, BBl. 1993 I, 805 (zit. als Botschaft Swisslex)
- Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz) vom 23. November 1994, BBl. 1995, 468 (zit. als Botschaft KG)
- Botschaft zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG vom 23. Juni 1999, BBl. 1999, 6128 (zit. als Botschaft Bilaterale I)
- Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBl. 2002, 2022 (zit. als Botschaft KG-Revision 2003)
- Botschaft zur Genehmigung der bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union, einschliesslich der Erlasse zur Umsetzung der Abkommen („Bilaterale II“) vom 1. Oktober 2004, BBl. 2004, 5965 (zit. als Botschaft Bilaterale II)
- Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht ...) vom 21. Dezember 2007, BBl. 2008, 1589 (zit. als Botschaft Aktienrechtsrevision)
- Europabericht 2006 des Bundesrats vom 28. Juni 2006, BBl. 2006, 6815
- Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht vom 11. Oktober 2011, KOM(2011) 635 endgültig
- UNCTAD, Model Law on Competition, Substantive Possible Elements for a Competition Law, Commentaries and Alternative Approaches in Existing Legislation, UNCTAD-Dokument TD/RBP/CONF.7/8, 2010
- WIPO, Model Provisions on Protection against unfair Competition: Articles and Notes, WIPO Publication No.832(E), 1996