

# Umgang mit internationalem und mit europäischem Recht. Überblick über den «Swiss Approach»<sup>1</sup>

**Peter V. Kunz** | *Die Schweiz nimmt im Bereich der Rechtsvergleichung sowohl in der Rechtsetzung wie auch in der Rechtsanwendung eine führende Rolle ein. Dafür gibt es mehrere Gründe. Unter anderem ist es aufgrund der Grösse unseres Landes Tradition, einen Blick über die Grenze zu werfen. Die Schweiz ist aber nicht nur Rechtsimporteurin, sondern auch -exporteurin. Im «Importbereich» ist zurzeit vor allem die EU prägend. EU-Recht findet über verschiedene «Einfallstore» Eingang in das Schweizer Recht. Dadurch wird auch die Rechtsanwendung beeinflusst, weshalb der Blick über die Grenze hier ebenfalls nicht fehlen darf. Um die Rolle der Schweiz im Bereich der Rechtsvergleichung weiter zu stärken und um den wachsenden Anforderungen auch in Zukunft gerecht zu werden, muss nicht zuletzt die Ausbildung an den Universitäten entsprechend gefördert werden.*

## Inhaltsübersicht

- 1 Einführung
- 2 Die Schweiz und der «Swiss Approach»
  - 2.1 Rechtliche «Transplantate»
  - 2.2 Der Einfluss des internationalen Rechts
- 3 Internationales Recht
  - 3.1 Schweizerische Rechtsetzung
  - 3.2 Schweizerische Rechtsanwendung
- 4 Europäisches Recht
  - 4.1 Europäische Union
  - 4.2 Verschiedene «Einfallstore»
- 5 Schlussbemerkungen

## 1 Einführung

Der Gegenstand dieses Beitrags ist von grosser Bedeutung für die Schweiz als kleines Land mit nur gerade rund acht Millionen Einwohnerinnen und Einwohnern. Wie geht die Schweiz mit ausländischem und mit internationalem Recht generell und im Besonderen mit europäischem Recht um? Die Schweiz genießt in der Rechtsvergleichung traditionell einen ausgezeichneten Ruf, und zwar insbesondere in Bezug auf den rechtsvergleichenden Ansatz im eigenen Rechtssystem. Dies gilt sowohl für die Rechtsetzung wie auch für die Rechtsanwendung. Zu einem bedeutenden Teil verdankt die Schweiz ihre besondere Position dem international renommierten Schweizerischen Institut für Rechtsvergleichung, das vor dreissig Jahren ins Leben gerufen wurde<sup>1</sup>, sowie dem Bundesgericht, beide mit Sitz in Lausanne.

Der «Blick über die eigenen Grenzen» und damit das Verfolgen von Rechtsentwicklungen in andern Ländern ist eine wirtschaftliche, politische und diplo-

matische Notwendigkeit für das Wohlergehen eines jeden Staates (vgl. stellvertretend für viele Zweigert/Kötz 1996, 2; Kunz 2006, 37; generell Sandrock 2004, 31 f.). Für die Schweiz ist dies aus verschiedenen Gründen (vgl. Walter 2004, 92; Kunz 2006, 44) eine Selbstverständlichkeit: Erstens ist sie ein mehrsprachiges Land. Zweitens absolvieren viele Schweizer Juristinnen und Juristen ihr Postgraduate-Studium im Ausland. Und drittens kann man wohl sagen, dass sich die Schweizer Bevölkerung generell für andere Kulturen interessiert. Diese Faktoren haben der Rechtsvergleichung und dem Einfluss des internationalen Rechts auf die schweizerische Rechtsordnung den Weg geebnet (vgl. Wiegand 1988, 229 ff.). Es erstaunt daher nicht, dass sich die Rechtsvergleichung an den schweizerischen Universitäten in Lehre und Forschung auf dem Vormarsch befindet, beispielsweise an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern.<sup>2</sup>

In den letzten Jahren geriet die Schweiz regelmässig unter politischen und diplomatischen Druck wegen (angeblicher) ausländerfeindlicher Rechtsetzung, besonders im Rahmen von Vorlagen, die Gegenstand von Volksabstimmungen waren, so etwa 2009 mit der Annahme der Volksinitiative «Gegen den Bau von Minaretten» (Umsetzung in Art. 72 Abs. 3 BV). Obschon mit einer Volksinitiative, die mindestens 100 000 Unterschriften auf sich vereinigt, eine Verfassungsänderung zur Volksabstimmung gebracht werden kann und in der Schweiz Jahr für Jahr über eine beträchtliche Zahl solcher Verfassungsänderungen abgestimmt wird, ist die Abschottungshaltung in der Schweiz noch relativ schwach ausgeprägt. Meines Erachtens wäre beispielsweise eine Regelung wie das «Save our State Amendment», mit dem die Anwendung der Scharia oder des internationalen Rechts durch Gerichte verunmöglicht werden sollte und das 2010 in Oklahoma von einer 70-Prozent-Mehrheit angenommen wurde (zurzeit ist es allerdings aufgrund einer im Januar 2012 ergangenen einstweiligen Verfügung blockiert<sup>3</sup>), in der Schweiz undenkbar.

## **2 Die Schweiz und der «Swiss Approach»**

### **2.1 Rechtliche «Transplantate»**

#### *2.1.1 Die Schweiz als «Rechtsexporteurin»*

Die Schweiz war im späten 19. und im frühen 20. Jahrhundert eine bedeutende «Rechtsexporteurin» im Bereich des Privatrechts. Zum Beispiel hat Ende des 19. Jahrhunderts Japan einen Teil des damals noch kantonalen schweizerischen Privatrechts übernommen (Ozawa 2010, 33 ff.). Das Schweizerische Obligationenrecht von 1883 beeinflusste Teile des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs von 1900 (BGB; vgl. Bucher 2003, 353 ff. und 365 ff.) und das Schweizerische Zivilgesetzbuch von 1907 (ZGB, SR 210) wurde zu Beginn des 20. Jahrhunderts ein «Exportschlager», als die Türkei 1926 diesen Kodex in beispielloser Art übernahm

(vgl. u.a. Hirsch 1954, 337 ff.; Rainer 2002, 233 f.; Zweigert/Kötz 1969, 175 f.). Diese Rezeption knüpfte enge Bande zwischen der Schweiz und der Türkei, die sich allerdings in den letzten Jahren erheblich lockerten, als die Türkei begann, sich auf die Europäische Union auszurichten, der sie beizutreten beabsichtigt. Einflüsse des schweizerischen Privatrechts kann man aber auch in andern Rechtsordnungen entdecken, so etwa im demokratischen China zu Beginn des 20. Jahrhunderts oder noch heute in der Gesetzgebung von Taiwan, Peru, Italien und Griechenland sowie in zahlreichen Staaten des mittleren Ostens oder Nordafrikas (für einen Überblick vgl. Bucher 2006, 31).

Die schweizerische Rechtsetzung wird im Ausland nicht nur wegen ihrer demokratischen Grundlage, sondern auch wegen der Einfachheit der Formulierungen und der Struktur der Erlasse geschätzt (zum Beispiel Art. 11 Abs. 1 ZGB «Rechtsfähig ist jedermann»). Deshalb wird das schweizerische Privatrecht von Zeit zu Zeit auch als Vorbild für ein harmonisiertes Europäisches Zivilgesetzbuch, mit dem die Europäische Union gelegentlich liebäugelt, in Erwägung gezogen (vgl. u. a. Kramer 2008, 905 f.). Ich persönlich halte dies allerdings für ein unrealistisches Ziel.

### 2.1.2 *Die Schweiz als «Rechtsimporteurin»*

Als «Rechtsimporteurin» hat die Schweiz sich immer wieder bemüht, ihr Recht mit demjenigen der Rechtsordnungen anderer Staaten zu harmonisieren. Wenn es darum ging, aus anderen Rechtsordnungen Nutzen zu ziehen, so wurden vor allem die Rechtssysteme anderer Staaten mit einer Zivilrechtstradition beigezogen. Als «Quelle» dienten unter anderem Nachbarstaaten wie Deutschland, Frankreich, Italien und Österreich (Kunz 2009, 37 und 45 zum «Nachbarländer-Komplex»; zur langen Tradition der Rechtsvergleichung in diesen Ländern vgl. Ebert 1978, 35).

Hinzu kommt, dass die Schweiz und ihre Rechtsordnung unter starkem Einfluss internationaler Organisationen und Entwicklungen stehen; das trifft insbesondere auf das Wirtschaftsrecht zu (für Details vgl. Kunz 2012).

Seit dem Zweiten Weltkrieg wird das schweizerische Wirtschaftsrecht von US-amerikanischem Wirtschaftsrecht dominiert. In der Schweiz wie auch in vielen anderen Ländern fand eine eigentliche «Amerikanisierung» statt (was die Rechtsprechung betrifft vgl. Aemisegger 2008, 18 f.). Das dominierende US-amerikanische Recht hatte dabei das im 19. Jahrhundert vorherrschende deutsche Recht aus seiner Rolle verdrängt (Sandrock 2001, 3 f.). Gegen Ende des 20. Jahrhunderts wurde der Einfluss der Europäischen Union immer grösser, sodass heute eine «Europäisierung» des schweizerischen Rechts (vgl. Ziff. 4.2.1), aber auch der schweizerischen Rechtsanwendung (vgl. Ziff. 4.2.2) zu konstatieren ist. Meines Er-

achtens ist für die Zukunft eine weitere «Internationalisierung» zu erwarten, wenn auch weniger durch Importe aus den USA oder der EU als vielmehr auf einer breiteren, globaleren Ebene.<sup>4</sup>

## **2.2 Der Einfluss des internationalen Rechts**

Der grosse Einfluss des internationalen Rechts auf die Schweiz kann heute – aus den oben genannten Gründen – kaum bestritten werden, und zwar sowohl im Bereich der Rechtsetzung als auch im Bereich der Rechtsanwendung durch Gerichte oder Verwaltungsbehörden. Sieht man allerdings genauer hin, so gilt es meines Erachtens zu differenzieren:

Während eidgenössische Erlasse ausländisches Recht sehr wohl berücksichtigen, wird solches im kantonalen Recht regelmässig ignoriert (zu Ausnahmen vgl. Wyss 2007, 717 ff.). Des Weiteren beachten die meisten schweizerischen Gerichte – in der Mehrzahl sind dies kantonale Gerichte, auch wenn sie Bundesrecht anwenden – bei der Rechtsauslegung internationales Recht kaum (vgl. Ziff. 3.2); eine Ausnahme bilden das Bundesgericht und andere eidgenössische Gerichte (etwa das Bundesverwaltungsgericht in Bern/St. Gallen (vgl. u. a. Walter 2004, 91 ff.; Peyer 2004, 104 ff.)). Schliesslich lassen Verwaltungsbehörden auf allen staatlichen Ebenen im Allgemeinen internationales Recht ausser Acht; einen rechtlichen Grund für diese Vernachlässigung ist aus meiner Sicht nicht zu erkennen.

## **3 Internationales Recht**

### **3.1 Schweizerische Rechtsetzung**

#### *3.1.1 Formaler Approach*

Rechtsetzung wird ausgelöst und gesteuert durch einen politischen Prozess. Dabei ist die schweizerische Regierung verpflichtet, den Entwurf mit Regelungen in anderen Ländern und insbesondere mit dem europäischen Recht zu vergleichen. Es gibt allerdings keine rechtliche Verpflichtung, schweizerische Gesetze auf ausländisches Recht abzustimmen; das Schweizer Parlament ist also in seinen gesetzgeberischen Entscheiden frei (Kunz 2009, 40 ff.; vgl. auch Kohler 2009).

Rechtsetzungstechnisch von Belang (vgl. u. a. Kunz 2009, 34 ff.) ist insbesondere Artikel 141 des Parlamentsgesetzes vom 13. Dezember 2002 (SR 171.10):

*«Der Bundesrat unterbreitet der Bundesversammlung seine Erlassentwürfe zusammen mit einer Botschaft. In der Botschaft begründet er den Erlassentwurf, und kommentiert soweit nötig die einzelnen Bestimmungen. Darüber hinaus erläutert er (...) das Verhältnis zum europäischen Recht.»*

Meines Erachtens ist der Begriff «europäisches Recht» hier weit zu verstehen.

In Ausführung dieser gesetzlichen Vorgabe bestimmen zwei nicht bindende

Gesetzgebungsleitfäden des Bundes, dass die schweizerische Rechtsetzung nicht nur in den Kontext von europäischem, sondern auch von internationalem Recht zu stellen ist (Kunz 2006, 45). Daraus wird ersichtlich, dass die Schweiz ein «Staat im internationalen Kontext» sein soll und auch ist.

### 3.1.2 *Internationaler Druck, Eklektizismus und Verweisung*

Nicht alle landesrechtlichen Erlasse der Schweiz enthalten Elemente internationalen Rechts. Es gibt jedoch eine Reihe von – wie ich sie nennen möchte – «Einfallstoren», die zu einer Auseinandersetzung mit internationalem Recht führen (vgl. hierzu ausführlicher Kunz 2009, 34 ff.). Manchmal finden sich in einem Rechtsakt mehrere Bezüge auf internationales Recht (Cottier/Dzamko/Evtimov 2004, 364) – mit besonderen Folgen für die Rechtsprechung. Mehrfachbezüge sind beispielsweise im Kollektivanlagengesetz vom 23. Juni 2006 enthalten (SR 951.31; vgl. Kunz 2008, 13, Fn. 76; Kunz 2009, 55).

In der Schweiz gibt es zahlreiche verschiedene Rechtsetzungsmechanismen und damit «Einfallstore» (mit unterschiedlichen Folgen für die Rechtsprechung). Im Folgenden möchte ich drei bedeutende Beispiele diskutieren: internationalen Druck, Eklektizismus und Verweisung.

Rechtsetzung wird in der Schweiz manchmal initiiert (oder auch «erzwungen») durch internationalen Druck (zum «Einfallstor» des Drucks von aussen vgl. Kunz 2009, 42) – Beispiele sind etwa die Revisionsaufsichtsbestimmungen im Obligationenrecht (SR 220) sowie das Revisionsaufsichtsgesetz vom 16. Dezember 2005 (SR 221.302) als eine eigentliche «Lex Americana» (Walter 2008, 854), die dem US-amerikanischen Sarbanes-Oxley Act folgte (vgl. u. a. von der Crone/Roth 2003, 133 ff.; Weibel 2006, 106 ff.), oder die zahlreichen neuen Doppelbesteuerungsabkommen nach dem Muster der OECD-Empfehlungen (dazu allgemein Kunz 2010, Fn. 25 ff.). Die schweizerische Rechtsetzung zeichnet sich zudem oftmals durch freiwilligen Eklektizismus aus – das schweizerische Wirtschaftsrecht bietet dafür zahlreiche Beispiele (zum «Einfallstor» Eklektizismus vgl. Kunz 2009, 44 ff.), so das Fusionsgesetz vom 3. Oktober 2003 (SR 221.301) oder das Börsengesetz vom 24. März 1995 (SR 954.1).

Ein drittes «Einfallstor» für internationales Recht sind schliesslich die Verweisungen in Gesetzen (Kunz 2009, 67 ff.), zum Beispiel auf «internationale Standards» – zwei Beispiele: Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe d des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007 (SR 956.1) bestimmt, dass die Finanzmarktaufsichtsbehörde «insbesondere internationale Mindeststandards berücksichtigen» muss (vgl. Kunz 2009, 62 zur Gesetzgebung und 67 ff. zur Rechtsprechung); Artikel 8 Absatz 3 des Börsengesetzes verlangt, dass das selbstregulatorische Reglement der Börse «international anerkannten Standards Rechnung trägt» (Kellerhals 2004, 375 ff.).

## 3.2 Schweizerische Rechtsanwendung

### 3.2.1 Informeller Approach

Es gibt für die schweizerische Rechtsanwendung keine formelle Verpflichtung, internationales Recht zu beachten; Artikel 141 des Parlamentsgesetzes gilt beispielsweise nicht für Gerichte. Selbst das Bundesgericht berücksichtigt internationales Recht – bestenfalls – nur informell, wenn es schweizerisches Recht auslegt (Kunz 2009, 36). Im Allgemeinen kann man sagen, dass schweizerische Gerichte hinsichtlich der Berücksichtigung von internationalem Recht eine Art «Rosinenpickerei» betreiben und kein klares Konzept vorliegt (vgl. u. a. Kunz 2006, 44; Kunz 2009, 35 und 47). Man gewinnt den Eindruck, dass Verweise auf das internationale Recht in Gerichtsentscheiden davon abhängen, welche Bücher gerade in der Bibliothek der betreffenden Gerichtsschreiberin oder des betreffenden Gerichtsschreibers stehen.

Die Rechtsprechungsmethode in der Schweiz basiert – wie in vielen andern Ländern auch – auf verschiedenen «pragmatischen» Elementen («pragmatischer Methodenpluralismus»; für einen Überblick vgl. Walter 1999, 157 ff.; Ott 2004, 228 ff.). So ist etwa bei den Auslegungselementen keine Hierarchie erkennbar. Auf jeden Fall sind die schweizerischen Gerichte rechtlich nicht verpflichtet, einer rechtsvergleichenden Methode zu folgen, wenn sie das Gesetz auslegen. Unklar ist auf der anderen Seite jedoch auch, ob sie dazu überhaupt berechtigt wären.

### 3.2.2 Gibt es ein «rechtsvergleichendes Auslegungselement»?

Das anwendbare Recht weist manchmal eine sogenannte «echte Gesetzeslücke» auf (dazu im Allgemeinen Fögen 2005, 71 ff.). In diesen Fällen muss das Gericht die Lücke füllen, wie wenn es der Gesetzgeber wäre; Artikel 1 Absatz 2 ZGB sagt, dass das Gericht «nach der Regel entscheiden soll, die es als Gesetzgeber aufstellen würde» (vgl. dazu u. a. Schlupe 2005, 199 ff.). Da der Gesetzgeber aber Recht setzt, indem er auch ausländisches Recht berücksichtigt, sollte das Gericht das Gleiche tun, wenn es im Rahmen von Lückenfüllung gesetzgeberisch tätig ist (Meier-Hayoz, Rz. 368 zu Art. 1 ZGB; Schlupe 2006, Rz. 1635 ff.; für weitere Hinweise Kunz 2009, 69 ff.; vgl. auch BGE 126 III 143 ff., E. 7 mit der sog. Kodak-Entscheidung).

Unbestritten ist, dass Gerichte nicht generell verpflichtet sind, internationales Recht zu beachten. Es gibt allerdings einen Meinungsstreit darüber, ob es den Gerichten gestattet ist, in Ermangelung einer echten Gesetzeslücke internationales Recht zu berücksichtigen (u. a. Walter 2007, 259 ff.; Schlupe 2006, Rz. 1620 ff.; Amstutz 2004, 67 ff.). Ich bestreite eine solche richterliche Befugnis (Kunz 2009, 64 ff.).

Meines Erachtens sollten Gerichte nicht generell internationales Recht in ihre Erwägungen einbeziehen, sondern nur dann, wenn sie es mit einem der genann-

ten «Einfallstore» in die Gesetzgebung zu tun haben, z. B. bei einer Gesetzeslücke, einem Verweis auf «internationale Standards» (vgl. Ziff. 3.1.2) oder im Falle eines völkerrechtlichen Vertrags (vgl. Ziff. 4.1.2). Die klassischen Auslegungselemente – beispielsweise der Wortlaut oder die Entstehung einer gesetzlichen Bestimmung – sollten in der Schweiz nicht durch ein allgemeines «rechtsvergleichendes Auslegungselement» ergänzt werden.<sup>5</sup>

## **4 Europäisches Recht**

### **4.1 Europäische Union**

#### *4.1.1 Fokus der schweizerischen Aussenpolitik*

Die Schweiz ist traditionellerweise eingebunden in zahlreiche internationale Organisationen (z. B. UNO, IWF, OECD, WTO). Allerdings hat das Schweizervolk vor zwanzig Jahren den Beitritt der Schweiz zum Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) an der Urne abgelehnt (für einen Überblick vgl. Epiney/Felder 2001, 425 ff.). Der multilaterale EWR, speziell der sog. *Acquis Communautaire*, wäre zum mächtigen gesetzgeberischen «Einfallstor» geworden und hätte zum Beispiel im Börsenrecht dafür gesorgt, dass das EU-Recht im schweizerischen Recht Eingang gefunden hätte. Insbesondere das schweizerische Wirtschaftsrecht wäre massiv beeinflusst worden.<sup>6</sup>

Die Schweiz ist kein Mitgliedstaat der EU (Kunz 2009, 78 ff.). Auch wenn die Mitgliedschaft ein langfristiges Ziel der Regierung sein mag (Europabericht 2006 vom 28. Juni 2006, BBl 2006 6843; jüngster Versuch der Findung eines Mittelwegs: Kellerhals 2012, 19), ist ein allfälliger EU-Beitritt bislang auf gewaltige politische Hindernisse gestossen und wird dies auch in Zukunft tun. Und dennoch: Die Schweiz ist de facto schon längst «in Europa» (wenn auch nicht unbedingt in der EU) «angekommen» (Kunz 2009b). Die rechtlichen Bande zwischen der Schweiz und der EU – formelle und informelle – werden enger, sowohl in der Rechtsetzung (u. a. Kohler 2009) als auch in der Rechtsanwendung durch Gerichte und Behörden.

Tatsächlich wurde die EU in den letzten Jahren zum Hauptfokus der schweizerischen Aussenpolitik. Entsprechend hat die Bedeutung des europäischen Rechts im Allgemeinen und des EU-Rechts im Besonderen stetig zugenommen, und ein Ende dieser Entwicklung ist nicht in Sicht. Informell versucht die Schweiz, ihr Recht mit dem Recht der EU in Einklang zu bringen, wobei sie allerdings da und dort aus Wettbewerbsgründen einen gewissen «Swiss Finish», das heisst gewisse Vorteile gegenüber der EU, herauszuholen versucht. Der gegenwärtige Eckpfeiler der schweizerischen EU-Politik ist der sogenannte «bilaterale Weg» über Verträge mit der EU. Diese sind das «Haupteinfallstor» für das EU-Recht in die schweizerische Rechtsetzung (vgl. Ziff. 4.1.2).

#### 4.1.2 Bilaterale Verträge («Bilateralismus»)

Die EU ist wichtig für die Schweiz (und m. E. die Schweiz ebenso für die EU). Anstelle einer Mitgliedschaft in der EU ist die Schweiz über ein Geflecht von gegenwärtig mehr als 120 Verträgen, davon 18 Kern-Übereinkommen (den «Bilateralen I und II»), mit der EU verbunden. Diese Verträge sind der Eckpfeiler der schweizerischen Aussenpolitik mit der EU (Kunz 2009, 79; Tanner/Huwiler 2011, 3 ff.; Pfisterer 2011, 294 ff.); möglicherweise werden in Zukunft die «Bilateralen III» dazukommen.

Allerdings ist die Beziehung zwischen der Schweiz und der EU, sei es auf politischer, diplomatischer oder rechtlicher Ebene, nicht konfliktfrei – im Gegenteil. So wurde sie auch schon als «steinig» oder gar «feindselig» bezeichnet. Dies gilt insbesondere in den Bereichen der Auslegung und der Weiterentwicklung besagter Verträge sowie der dynamischen Übernahme von EU-Recht durch die Schweiz. Die zentrale politische und diplomatische Frage lautet heute: Wer, wenn überhaupt, soll sich bewegen, und in welche Richtung? Der frühere EU-Botschafter in der Schweiz brachte es wie folgt auf den Punkt:

*„Die Schweiz sitzt auf Grund ihrer Verflechtungen mit der Union im gleichen Boot, Ruderboot wenn Sie mir das Bild erlauben: Ein kräftiger Schlag bringt das Boot rascher weiter, als nur das Eintauchen des Ruders. Teamgeist ist bei der Krisenbekämpfung hilfreich, trotz Interessensgegensätzen und Konkurrenzsituationen. Einen „Wirtschaftskrieg“ kann ich nicht erkennen.“* (Reiterer 2009, 5)

Meines Erachtens scheint es allerdings zuweilen so, als würden sich die Schweiz und die EU in diesem Ruderboot gegenüber sitzen und in entgegengesetzte Richtungen rudern.

## 4.2 Verschiedene «Einfallstore»

### 4.2.1 Schweizerische Rechtsetzung

«Europäisches Recht» und «EU-Recht» sind keine Synonyme. Letzteres steht mit seinen zahllosen EU-Verordnungen und EU-Richtlinien an der Spitze des wachsenden Einflusses von internationalem Recht, auch in der Schweiz. Insgesamt haben das europäische Recht und das Recht der EU mehr Einfluss auf die Rechtsetzung als auf die Rechtsprechung.

Das wichtigste «Einfallstor» für das EU-Recht in der Schweiz ist zunächst das Vertragsgeflecht der bilateralen Verträge zwischen der Schweiz und der EU (Kunz 2009, 57 ff.). Des Weiteren ist die schweizerische Regierung verpflichtet, bei jedem Gesetz, das sie beantragt, die Beziehung zum europäischen Recht, insbesondere die Kompatibilität mit dem EU-Recht, gesondert zu prüfen und darzulegen (Kunz 2009, 49 ff.; zum primären Ziel der Transparenz vgl. Spinner/Maritz 1999, 129; als Überblick vgl. Breinig-Kaufmann 1994, 441 ff.; Widmer 2003, 9 ff.). Artikel



141 des Parlamentsgesetzes ist damit das zweite «Einfallstor» (vgl. Ziff. 3.1.1).

Das dritte «Einfallstor» schliesslich ist der sogenannte «autonome Nachvollzug von EU-Recht» (Kunz 2009, 53 ff.; Spinner/Maritz 1999, 171 ff.; Wiegand 1999, 171 ff.; Forstmoser 1999, 523 ff.), was ein Widerspruch in sich ist.

In den meisten Fällen, in denen die Schweiz ihr Recht demjenigen der EU nachbildet, haben wir es mit Eklektizismus zu tun, der ohne rechtliche Folgen für die Rechtsanwendung bleibt. In seltenen Fällen geht der Einbezug von EU-Recht darüber hinaus, dann nämlich, wenn der schweizerische Gesetzgeber absichtlich EU-Recht ins schweizerische Recht inkorporiert (für Beispiele vgl. Kunz 2009, 54 f.). Bei der schweizerischen Rechtsetzung, die aus diesem Mechanismus des «autonomen Nachvollzugs» hervorgeht, handelt es sich um eigentliche «Leges Europaeae». Der autonome Nachvollzug hat direkte Folgen für die Rechtsanwendung (vgl. Ziff. 4.2.2).

#### 4.2.2 Schweizerische Rechtsanwendung

Nicht nur in Bezug auf das internationale Recht im Allgemeinen (vgl. Ziff. 3.2), sondern auch auf das europäische Recht im Besonderen lautet die Kernfrage: Berücksichtigen schweizerische Gerichte fremdes Recht, wenn sie schweizerisches Recht anwenden? Diese Frage ist offen und wird viel diskutiert, auch in anderen Ländern (für einen neueren Überblick vgl. Cassese 2010, 21 ff. mit Hinweisen weltweit). Man kann die Frage für die Schweiz wie folgt beantworten:

Wenn es den schweizerischen Gerichten erlaubt wäre, ganz generell ausländisches Recht in die Rechtsprechung einzubeziehen, so spielte dabei das europäische Recht und vor allem das EU-Recht eine Hauptrolle. Ich bin allerdings ein Gegner einer solchen «rechtsvergleichenden Auslegungsmethode» (vgl. Ziff. 3.2.2).

Dort allerdings, wo EU-Recht in der schweizerischen Rechtsetzung speziell verankert ist – insbesondere über das «Einfallstor» bilateraler Verträge oder eine eigentliche «Lex Europaea» – muss die Auslegung des bilateralen Vertrags beziehungsweise des Gesetzes «europarechtskonform» erfolgen (vgl. z. B. BGE 129 III 350 E. 6; BGE 130 III 190 E. 5.5.1; für Details und Hinweise auf weitere Präzedenzfälle vgl. Kunz 2009, 72 ff.). Meines Erachtens führt also eine autonome Übernahme von EU-Recht durch den schweizerischen Gesetzgeber zwangsläufig zu einer am EU-Recht ausgerichteten Auslegung dieses schweizerischen Rechts.

## 5 Schlussbemerkungen

Die rechtliche Relevanz des internationalen Rechts und eines rechtsvergleichenden Ansatzes ist unbestritten (ganz allgemein Deipenbrock 2008, 343 ff.; Lein 2008, 69 ff.; von Hein 2006, 57 ff.). Rudolph v. Jhering hat dies vor langer Zeit klar gesagt:

«Die Frage von der Rezeption fremder Rechtseinrichtungen ist nicht eine Frage der Nationalität, sondern eine einfache Frage der Zweckmässigkeit, des Bedürfnisses. Niemand wird von der Ferne holen, was er daheim ebenso gut oder besser hat, aber nur ein Narr wird die Chinarinde aus dem Grund zurückweisen, weil sie nicht auf seinem Krautacker gewachsen ist.» (zit. nach Zweigert/Kötz 1996, 16)

Aus meiner Sicht ist das Schweizervolk von Natur aus eher neugierig und interessiert sich für andere Völker und deren Kulturen; in der Schweiz gibt es daher ein grundsätzliches Interesse an der Rechtsvergleichung. Die Grundvoraussetzungen für einen positiven Zugang zur Rechtsvergleichung sind in diesem Land also gut. In jüngster Zeit ist die Schweiz allerdings in der allgemeinen Wahrnehmung ihrer Bürgerinnen und Bürger «Angriffen von aussen» ausgesetzt, namentlich in Bezug auf ihr weltberühmtes Bankensystem sowie durch vom Ausland ausgehende «Steuerkriege» (Kunz 2012b).

Das internationale Recht und das europäische Recht – insbesondere das Recht der EU – spielen eine wichtige und immer wichtiger werdende Rolle in der Schweiz, namentlich in der Rechtsetzung und der Rechtsanwendung. Die praktischen Aspekte des rechtsvergleichenden Ansatzes sind dabei vorherrschend (vgl. u. a. Rusch 2006, Rz. 10). Den weltweit guten Ruf, den die Schweiz hierbei genießt, verdankt sie dem Bundesgericht und dem Schweizerischen Institut für Rechtsvergleichung. Sowohl in der Rechtsetzung wie in der Rechtsanwendung ist allerdings die verbreitetste «Methode» leider diejenige der «Rosinenpickerei». Um dieser Tendenz entgegenzuwirken, sollte die Rechtsvergleichung in der Ausbildung an den schweizerischen Universitäten gefördert werden.

*Prof. Dr. Peter V. Kunz, Rechtsanwalt, LL.M. (Georgetown University Law Center in Washington, D.C.), ordentlicher Professor für Wirtschaftsrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Bern, geschäftsführender Direktor des Instituts für Wirtschaftsrecht, E-Mail: kunz@iwr.unibe.ch*

#### Anmerkungen

- 1 Gestützt auf das entsprechende Bundesgesetz vom 6. Oktober 1978 (SR 425.1).
- 2 Die Juristische Fakultät der Universität Bern hat eine lange Tradition in der Rechtsvergleichung; vgl. die Angaben in der Botschaft des Bundesrates, BBl 1976 I, S. 810 Fn. 1/2 und S. 811; generell: Bucher 1965; ursprünglich war Bern als möglicher Standort des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung vorgesehen.
- 3 Das Amendment lautet zurzeit wie folgt (Auszug): «This measure amends the State Constitution. It changes a section that deals with the courts of this state. It would amend Article 7, Section 1. It makes courts rely on federal and state law when deciding cases. It forbids courts from considering or using international law. It forbids courts from considering or using Sharia Law.»
- 4 Im 20. Jh. gab es einen regelmässigen Export von europäischem Recht nach Asien (z. B. China); vgl. Lee 1987; für das 21. Jh. können wir hingegen einen Rechtsimport aus Asien, namentlich China, erwarten; zudem wird die Bedeutung der Rechtsproduktion und der Standardisierung internationaler Organisationen (IWF, OECD, WTO) zunehmen.
- 5 Anders ist das im Fürstentum Liechtenstein, wo das «rechtsvergleichende Element» als «5. Auslegungs-

- methode» anerkannt ist: LES 2003, S. 71 – für Hinweise vgl. Kramer 2005, 96 Fn. 70; Kunz 2009, 65.
- 6 Selbst heute noch gibt es Stimmen, die den EWR als politische Option der Schweiz für die Zukunft sehen, z. B. Blankart 2012, 21.
- Literatur**
- Aemisegger, Heinz, 2008, Die Bedeutung des US-amerikanischen Rechts bzw. der Rechtskultur des common law in der Praxis schweizerischer Gerichte (...), AJP 17 (2008), S. 18 ff.
- Amstutz, Marc, 2004, Interpretation multiplex (...), in: FS für E. A. Kramer, Basel, S. 67 ff.
- Blankart, Franz, 2012, Erwägungen zum EWR, NZZ Nr. 101 (2012), S. 21.
- Breinig-Kaufman, Christine, 1994, Deregulierung und Europaverträglichkeit als Maximen der Gesetzgebung im Wirtschaftsrecht, in: Aspekte des Wirtschaftsrechts, FG Schweizerischer Juristentag 1994, Zürich, S. 441 ff.
- Bucher, Eugen, 1965, Bericht zum Projekt eines gesamt-schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung, Zürich.
- Bucher, Eugen, 2003, Die Entwicklung des deutschen Schuldrechts im 19. Jahrhundert und die Schweiz, ZEuP (2003), S. 353 ff.
- Bucher, Eugen, 2006, Das Schweizerische Obligationenrecht – ein Markstein und ein Vorbild, NZZ Nr. 132 (2006), S. 31.
- Cassese, Sabino, 2010, Legal Comparison by the Courts, No. 9/2010 Piélagus (Neiva/Columbia), S. 21 ff.
- Cottier, Thomas / Dzamko, Daniel / Evtimov, Erik, 2004, Die europakompatible Auslegung des schweizerischen Rechts, in: Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2003, Bern, S. 357 ff.
- Deipenbrock, Gudula, 2008, Legal Transplants? – Rechtsvergleichende Grundüberlegungen zum technischen Rechtsnormtransfer?, ZVgLRWiss 107 (2008), S. 343 ff.
- Ebert, Kurt Hanns, 1978, Rechtsvergleichung – Einführung in die Grundlagen, Bern.
- Epiney, Astrid / Felder, Andreas, 2001, Europäischer Wirtschaftsraum und Europäische Gemeinschaft: Parallelen und Divergenzen in Rechtsordnung und Auslegung, ZVgLRWiss 100 (2001), S. 425 ff.
- Fögen, Marie Therese, 2005, Wer zieht die Grenzen des Rechts? Eine Anmerkung zum „rechtsfreien Raum“, in: FS für H. P. Walter, Bern, S. 71 ff.
- Forstmoser, Peter, 1999, Der autonome Nach-, Mit- und Vorrang des europäischen Rechts: das Beispiel der Anlagefondsgesetzgebung, in: FS für R. Zäch, Zürich, S. 523 ff.
- Hirsch, Ernst E., 1954, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch in der Türkei, SJZ 50 (1954), S. 337 ff.
- Kellerhals, Andreas, 2004, Von der gesetzlichen Pflicht zur Internationalisierung des schweizerischen Wirtschaftsrechts – Der Verweis auf international anerkannte Standards gemäss Art. 8 Abs. 3 BEHG, in: FS für D. Zobl, Zürich, S. 375 ff.
- Kellerhals, Andreas, 2012, Verhandeln wir doch über eine EU-Mitgliedschaft lighth, NZZaS vom 6. Mai 2012, S. 19.
- Kohler, Emilie, 2009, Influences du droit européen sur la législation suisse: analyse des années 2004 à 2007, Jusletter vom 31. August 2009.
- Kramer, Ernst A., 2005, Sentenzen zu Gesetz, Richter und Methode, in: FS für H. P. Walter, Bern, S. 87 ff.
- Kramer, Ernst A., 2008, Der Stil eines zukünftigen europäischen Vertragsgesetzes – die schweizerische Privatrechtskodifikation als Vorbild? ZBJV 144 (2008), S. 905 ff.
- Kunz, Peter V., 2006, Einführung zur Rechtsvergleichung in der Schweiz, recht 24 (2006), S. 37 ff.
- Kunz, Peter V., 2008, Recht der KMU. Personengesellschafts- und GmbH-Recht, Bern.
- Kunz, Peter V., 2009, Instrumente der Rechtsvergleichung in der Schweiz bei der Rechtssetzung und bei der Rechtsanwendung, ZVgLRWiss 108 (2009), S. 37 ff.
- Kunz, Peter V., 2009b, «Sonderfall Schweiz»? – die Schweiz ist längst in «Europa» angekommen, EWS H. 3/2009, Die erste Seite.
- Kunz, Peter V., 2010, Tax War(s) against Switzerland, Jusletter vom 19. April 2010.
- Kunz, Peter V., 2012, Amerikanisierung, Europäisierung sowie Internationalisierung im schweizerischen (Wirtschafts-)Recht, recht 30 (2012), S. 37 ff.
- Kunz, Peter V., 2012b, Roger Federer, Swiss Banking Will Both Come Back, Bloomberg News (Op-ed) vom 30. April 2012.
- Meier-Hayoz, Arthur, 1962, Berner Kommentar – Einleitung: Artikel 1-10 ZGB, Bern.
- Lee, Hyeong-Kyu, 1987, Die Rezeption des europäischen Zivilrechts in Ostasien, ZVgLRWiss 86 (1987), S. 158 ff.
- Lein, Eva, 2008, Legal Transplants in European Private Law, in: Legal Engineering and Comparative Law, Zürich, S. 69 ff.
- Ott, Edward E., 2004, Die Beurteilung von Interessen bei der Gesetzesauslegung, in: FS für E. A. Kramer, Basel, S. 228 ff.
- Ozawa, Nana, 2010, Louis Adolphe Bridel – Ein Schweizer Professor an der juristischen Fakultät der Tokyo Imperial University, Frankfurt.
- Peyer, Patrik R., 2004, Zur zunehmenden Bedeutung der Rechtsvergleichung als Hilfsmittel der Rechtsfindung, recht 22 (2004), S. 104 ff.
- Pfisterer, Thomas, 2011, Der bilaterale Weg, ZBl 112 (2011), S. 294 ff.
- Rainer, J. Michael, 2002, Europäisches Privatrecht – Die Rechtsvergleichung, Frankfurt.
- Reiterer, Michael, 2009, Wirtschaftsforum Südostschweiz, Chur, 11. September 2009 («Mehr Staat, mehr Kooperation, mehr EU?»), S. 5.
- Rusch, Arnold F., 2006, Methoden und Ziele der Rechtsvergleichung, Jusletter vom 13. Februar 2006.
- Sandrock, Otto, 2001, Über das Ansehen des deutschen Zivilrechts in der Welt – Von der «Weltstellung» des deutschen zur «Hegemonie» des U.S.-amerikanischen Rechts, ZVgLRWiss 100 (2001), S. 3 ff.

- Sandrock, Otto, 2004, Praktische Rechtsvergleichung – Eine Skizze, verbunden mit dem Versuch einer Systematisierung, in: Rechtsvergleichung als zukunfts-trächtige Aufgabe, Münster, S. 31 ff.
- Schluep, Walter R., 2005, Der Richter in der Maske des Gesetzgebers und die Notwendigkeit der Demaskierung, in: FS für H. P. Walter, Bern, S. 199 ff.
- Schluep, Walter R., 2006, Einladung zur Rechtstheorie, Bern.
- Spinner, Bruno / Maritz, Daniel, 1999, EG-Kompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts. Vom autonomen zum systematischen Nachvollzug, in: FS für R. Zäch, Zürich.
- Tanner, Anne-Cathrine / Huwiler, Nathanael, 2011, Der bilaterale Weg der Schweiz, in: Schweiz und Europa, Bern, S. 3 ff.
- von der Crone, Hans Caspar / Roth, Katja, 2003, Der Sarbanes-Oxley Act und seine extraterritoriale Bedeutung, AJP 12 (2003), S. 133 ff.
- von Hein, Jan, 2006, Rezeption, Die Rezeption US-amerikanischen Gesellschaftsrechts in Deutschland, Hamburg (Habil.).
- Walter, Gerhard, 2004, Die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Schweizer Bundesgerichts, recht 22 (2004), S. 92.
- Walter, Hans Peter, 1999, Der Methodenpluralismus des Bundesgerichts bei der Gesetzesauslegung, recht 17 (1999), S. 157 ff.
- Walter, Hans Peter, 2007, Das rechtsvergleichende Element – Zur Auslegung vereinheitlichten, harmonisierten und rezipierten Rechts, ZSR 125 I (2007), S. 259 ff.
- Walter, Hans Peter, 2008, Das Revisionsaufsichtsrecht als Lex Americana? ST 82 (2008), S. 854.
- Wiegand, Wolfgang, 1988, Die Rezeption amerikanischen Rechts, ZBJV 124bis (1988), S. 229 ff.
- Weibel, Peter F., 2006, SOX zwingt zum Schulterchluss (...), ST 80 (2006), S. 106 ff.
- Widmer, Pierre, Rechtsvergleichung und Gesetzgebung, LeGes 3/2003, S. 9 ff.
- Wiegand, Wolfgang, 1999, Zur Anwendung von autonom nachvollzogenem EU-Privatrecht, in: FS für R. Zäch, Zürich, S. 171 ff.
- Wyss, Martin Philipp, 2007, Europakompatibilität und Gesetzgebungsverfahren im Bund, AJP 16 (2007), S. 717 ff.
- Zweigert, Konrad / Kötz, Hein, 1996, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., Tübingen.

## Résumé

*Dans le domaine de droit comparé, la Suisse joue un rôle déterminant aussi bien en rédaction législative qu'en application du droit. Les raisons en sont multiples: selon la tradition de notre pays, liée sans doute à sa taille limitée, nous avons toujours jeté un regard de l'autre côté de la frontière. La Suisse est importatrice de droit, mais elle exporte aussi. Pour ce qui est de l'importation, le droit européen prédomine. Les portes d'entrée du droit européen dans le droit suisse sont diverses. La mise en œuvre et l'application du droit s'en ressentent, raison pour laquelle le coup d'œil au-delà la frontière est là encore tout à fait à sa place. Pour renforcer le rôle de la Suisse en droit comparé et continuer de répondre aux exigences croissantes dans ce domaine, il est important de promouvoir la formation dans les Universités.*