

# recht

3/17

www.recht.recht.ch

Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis

## 35. Jahrgang

### Inhalt

---

#### Grundsatzbeitrag

- 141 *Peter V. Kunz*  
**Sondermethodik zur wirtschaftsrechtlichen  
Rechtsanwendung?**
- 

#### Vertiefungsbeiträge

- 157 *Nicolas F. Diebold*  
**Geografische Preisdiskriminierung –  
wettbewerbsrechtliche Grenzen und Grenzen  
des Wettbewerbsrechts**
- 180 *Ernst A. Kramer*  
**Judizieren *contra legem***
- 187 *Lorenz Droese*  
**Vom (zweifelhaften) Nutzen von Strafverfahren  
für die Durchsetzung von Zivilansprüchen**
- 204 *Stephan D. Meyer und Benedikt Schuppli*  
**«Smart Contracts» und deren Einordnung  
in das schweizerische Vertragsrecht**
- 

#### Im Fokus

- 225 *Bijan Fateh-Moghadam*  
**Dresscodes:  
Verhüllungsverbote im liberalen Rechtsstaat**



Stämpfli Verlag

## Impressum

**Kontakt Verlag:** Martin Imhof  
Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1  
Postfach, CH-3001 Bern  
Tel. 031 300 63 99, Fax 031 300 66 88  
E-Mail: recht@staempfli.com

**www.recht.recht.ch**

Adressänderungen und Inserataufträge sind ausschliesslich an den Stämpfli Verlag AG, Postfach, 3001 Bern, zu richten. Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Der Verlag behält sich alle Rechte am Inhalt der Zeitschrift «recht» vor. Insbesondere die Vervielfältigung auf dem Weg der Fotokopie, der Mikrokopie, der Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwertungen jedes Teils dieser Zeitschrift bedürfen der Zustimmung des Verlags. Die Zeitschrift erscheint viermal jährlich, im März, Juni, September und Dezember.

### Abonnementspreise 2017

AboPlus

(Zeitschrift + Onlinezugang)

Schweiz: Normalpreis CHF 188.–,  
für immatrikulierte Studenten CHF 152.–

Ausland: CHF 202.–

Onlineabo: CHF 168.–

Einzelheft: CHF 45.– (exkl. Porto)

Die Preise verstehen sich inkl. Versandkosten, wenn nicht anders angegeben, und 2,5% resp. für Onlineangebote 8% MWSt.

Schriftliche Kündigung bis 3 Monate vor Ende der Laufzeit möglich.

### Abonnemente:

Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88,  
periodika@staempfli.com

### Inserate:

Tel. 031 300 63 41, Fax: 031 300 63 90,  
inserate@staempfli.com

© Stämpfli Verlag AG Bern 2017

Gesamtherstellung: Stämpfli AG, Bern

Printed in Switzerland

ISSN 0253-9810 (Print)

e-ISSN 2504-1487 (Online)

## Herausgeber und Redaktion

### Privatrecht

#### SUSAN EMMENEGGER

Professorin für Privatrecht und  
Bankrecht, Universität Bern

#### WOLFGANG ERNST

Professor für Römisches Recht  
und Privatrecht, Universität Zürich

#### ROLAND FANKHAUSER

Professor für Zivilrecht und  
Zivilprozessrecht, Universität Basel

#### PETER JUNG

Professor für Privatrecht,  
Universität Basel

#### ALEXANDRA JUNGO

Professorin für Zivilrecht,  
Universität Freiburg

### Wirtschaftsrecht

#### PETER JUNG

Professor für Privatrecht,  
Universität Basel

#### PETER V. KUNZ

Professor für Wirtschaftsrecht  
und Rechtsvergleichung,  
Universität Bern

#### ROGER ZÄCH

Professor em. für Privat-,  
Wirtschafts- und Europarecht,  
Universität Zürich

### Strafrecht

#### FELIX BOMMER

Ordinarius für Strafrecht, Straf-  
prozessrecht und Internationales  
Strafrecht, Universität Luzern

#### SABINE GLESS

Ordinaria für Strafrecht und Straf-  
prozessrecht, Universität Basel

### Öffentliches Recht

#### MARTINA CARONI

Ordinaria für öffentliches Recht,  
Völkerrecht und Rechtsverglei-  
chung im öffentlichen Recht,  
Universität Luzern

#### BERNHARD RÜTSCHÉ

Ordinarius für Öffentliches Recht  
und Rechtsphilosophie,  
Universität Luzern

#### DANIELA THURNHERR

Professorin für Öffentliches Recht,  
insb. Verwaltungsrecht und  
öffentliches Prozessrecht,  
Universität Basel

Peter V. Kunz

## Sondermethodik zur wirtschaftsrechtlichen Rechtsanwendung?

Das Wirtschaftsrecht – beispielsweise Gesellschafts-, Finanzmarkt-, Wettbewerbs-, Steuer- oder Konzernrecht – ist ein selbständiges Rechtsgebiet nebst öffentlichem, Privat- sowie Strafrecht. Bei dessen Anwendung durch die Behörden oder die Gerichte gilt die übliche Interpretationsmethodik («pragmatischer Methodenpluralismus»), im Vordergrund stehen grammatikalische, historische, systematische und teleologische Auslegungselemente. Im Wirtschaftsrecht sind zusätzlich methodische Besonderheiten zu thematisieren, auf die – kritisch – eingegangen werden soll; als Beispiele: rechtsvergleichendes Auslegungselement, funktionale Auslegung, wirtschaftliche Betrachtungsweise oder ethische Interpretation.

### Inhaltsübersicht

- A. Vorbemerkungen
  - I. Juristische Tätigkeitsbereiche
  - II. Rechtsanwender
  - III. Methodikaspekte im Wirtschaftsrecht
- B. Auslegung von Rechtsnormen
  - I. Pragmatischer Methodenpluralismus
  - II. Besonderheiten im Wirtschaftsrecht
  - III. Sonderthemen
- C. Schlussbemerkungen

### A. Vorbemerkungen

#### I. Juristische Tätigkeitsbereiche

Das rechtliche «Handwerk» erscheint in der Schweiz – und ebenso im Ausland – so vielfältig wie die juristischen Berufsgattungen, die sich in wesentlichem Umfang damit beschäftigen (Rechtsanwälte, Notare, Richter, Gerichtsschreiber, Treuhänder etc.). Die juristischen Tätigkeitsbereiche können im Wesentlichen auf eine *legale Trias* zurückgeführt werden, nämlich die Rechtssetzung, die Rechtsanwendung sowie die Rechtsgestaltung:

Bei der *Rechtssetzung* geht es um Normsetzung(en) oder m. a. W. um das Erlassen von generell-abstrakten Normen.<sup>1</sup> Die Hierarchie der Rechtsnorm (sc. Verfassungs-, Gesetzes- oder Verordnungsstufe) spielt ebenso wenig eine Rolle wie

die geografische Geltung der Norm (konkret: Bundesebene, kantonale Ebene oder Gemeindeebene). Die obersten *Rechtssetzer* erweisen sich als *ungebunden* (in rechtlicher, nicht in politischer Hinsicht), mindestens im Prinzip.<sup>2</sup> Das gesetzte Wirtschaftsrecht befindet sich seit einigen Jahren im Umbruch.<sup>3</sup>

Die *Rechtsanwendung* legt die Rechtsnormen aus und vollzieht die Rechtssetzung<sup>4</sup>. Die zuständigen Rechtsanwender, also die *Behörden* auf der einen Seite<sup>5</sup> sowie die *Gerichte* auf der anderen Seite,<sup>6</sup> entscheiden im konkreten Einzelfall bzw. individuell-konkret, und zwar durch Verfügungen sowie Urteile.<sup>7</sup> Die Rechtsanwender machen *keine «freie» Rechtsfindung*, sondern sind *gebunden* an die (zu interpretierende) Rechtssetzung. Die Art und Weise der Norminterpretation wird als *Methodik* bezeichnet<sup>8</sup> – und darum geht es in dieser Abhandlung.<sup>9</sup> Dabei wird kritisiert, m. E. mit gutem Grund: «Methodische Äusserungen in Gerichtsurteilen machen regelmässig einen unbeholfenen und antiquierten Eindruck.»<sup>10</sup>

<sup>2</sup> Zum Finanzmarktrecht (als Beispiel): Peter V. Kunz, Finanzmarktregulierung (Basel 2016) N 78 ff.

<sup>3</sup> Hinweise: Peter V. Kunz, Aufbruchstimmung im Schweizer Wirtschaftsrecht. Die Rechtssetzung als zentrale Herausforderung für die Rechtsanwendung, Jusletter vom 18. Februar 2008, *passim*.

<sup>4</sup> Somit *determiniert* die Rechtssetzung die Rechtsanwendung, was ein Ausdruck der *Gewaltenteilung* ist.

<sup>5</sup> Vgl. dazu hinten A. II. 2. a).

<sup>6</sup> Vgl. dazu hinten A. II. 2. b).

<sup>7</sup> Es kommt vor, dass eine *Behörde gleichzeitig als Gericht amtiert*, wie dies etwa bei der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde des Kantons Thurgau der Fall ist: BGE 142 III 732.

<sup>8</sup> Literaturauswahl: Ernst A. Kramer, Juristische Methodenlehre (5. A. Bern/Wien/München 2016) *passim*; Susan Emmenegger/Axel Tschentscher, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, in: Berner Kommentar Bd. I., 1. Abteilung (Bern 2012) N 166 ff. zu Art. 1 ZGB; Hans Peter Walter, Der Methodenpluralismus des Bundesgerichts bei der Gesetzesauslegung, recht 17 (1999) 157 ff.; Ernst Höhn, Praktische Methodik der Gesetzesauslegung (Zürich 1993) *passim*; Walter R. Schluop, Einladung zur Rechtstheorie (Bern 2006) N 2335 ff.; Hansjörg Seiler, Praktische Rechtsanwendung. Was leistet die juristische Methodenlehre? (Bern 2009) *passim*.

<sup>9</sup> Vgl. dazu hinten B.; Teile der folgenden Ausführungen basieren auf: Peter V. Kunz, Methodische Besonderheiten bei Rechtsanwendungen im Wirtschaftsrecht – Überblick sowie Kritik, Richterzeitung vom 30. Mai 2012, *passim*.

<sup>10</sup> Ernst Höhn, Wie grau ist die Theorie? (...), AJP 3 (1994) 415.

Prof. Dr. Peter V. Kunz, Rechtsanwalt, LL. M. (Georgetown University), ist Ordinarius für Wirtschaftsrecht und Rechtsvergleichung und geschäftsführender Direktor am Institut für Wirtschaftsrecht der Universität Bern; er amtiert als Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät. Der Beitrag wurde im März 2017 abgeschlossen.

<sup>1</sup> Bei der Rechtssetzung geht es um «Anordnungen genereller und abstrakter Natur, die für eine unbestimmte Vielzahl von Menschen gelten und eine unbestimmte Vielheit von Tatbeständen regeln ohne Rücksicht auf einen bestimmten Einzelfall oder auf eine einzelne Person, d. h. die letztlich Allgemeinverbindlichkeit beanspruchen»: BGE 135 II 45 Erw. 4.3; zur *wirtschaftsrechtlichen* Rechtssetzung: Peter V. Kunz, Schweizer Wirtschaftsrecht im 21. Jahrhundert (...), AJP 24 (2015) 413 f. m. w. H.; ein Synonym für Rechtssetzung ist *Regulierung*.

Bei der *Rechtsgestaltung* handelt es sich um einen juristischen Tätigkeitsbereich, der – anders als die Rechtssetzung und die Rechtsanwendung – *nicht hoheitlich* erfolgt.<sup>11</sup> Im Wesentlichen werden die legalen Möglichkeiten der Rechtssetzung sowie der Rechtsanwendung genutzt, um durch *privatautonome (Aus-)Gestaltungen* die gewünschten Ergebnisse zu erreichen.<sup>12</sup> Die Rechtsgestaltung erfolgt beispielsweise durch Verträge<sup>13</sup> und durch Statuten<sup>14</sup>.

## II. Rechtsanwender

### 1. Wirtschaftsrecht

Das *Wirtschaftsrecht* stellt eines von vier *Rechtsgebieten* dar, sozusagen als deren Klammer oder Dach, und wird entsprechend «gespeist» aus dem Privatrecht, aus dem öffentlichen Recht sowie aus dem Strafrecht. Das *Wirtschaftsrecht als Oberbegriff* umfasst mehrere *Teilrechtsgebiete* (v.a. Gesellschaftsrecht, Finanzmarktrecht, Steuerrecht, Immaterialgüterrecht und Wettbewerbsrecht), die ihrerseits aus zahlreichen weiteren *Unterteilrechtsgebieten* bestehen.<sup>15</sup> Die «Krone» der Rechtsordnung macht schliesslich das Konzernrecht aus.<sup>16</sup>

Der Begriff «*Wirtschaftsrecht*» hat *keine definitiven Inhalte und Grenzen*, d. h., das Rechtsgebiet fällt insofern «zwischen Stuhl und Bank».<sup>17</sup> Das Wirtschaftsrecht steht «quer zu den anderen Rechtsdisziplinen; integriert diese teilweise, statt diese zu substituieren»,<sup>18</sup> sodass es sich als *rechtliche Querschnittsmaterie* erweist.<sup>19</sup> Es handelt sich um *Bundesrecht*, immerhin mit wenigen



Ausnahmebereichen,<sup>20</sup> das meist funktional qualifiziert werden kann als *Organisationsrecht* oder als *Branchenrecht*.

Im Wirtschaftsrecht dominiert die *Rechtssetzung* (z. B. die Finanzmarktregulierung), deren rechtliches Verständnis indes überhaupt erst durch die «dienende» Rechtsanwendung von Behörden<sup>21</sup> sowie von Gerichten<sup>22</sup> ermittelt wird. Relativ selten spielen die Rechtsanwender im Wirtschaftsrecht eine *expansive Rolle*, indem *Rechtsfortentwicklungen* begründet werden;<sup>23</sup> Diese (richterliche) Zurückhaltung erscheint dadurch erklärbar, dass die Rechtssetzungen nur selten weitgehende *Kompetenzen für Gerichte* vorsehen.<sup>24</sup>

### 2. Übersicht

#### a) Behörden

Die Rechtsanwendungen der Behörden erfolgen durch *Verfügungen* im Einzelfall. Das Wirtschaftsrecht ist grossmehrheitlich Bundesrecht.<sup>25</sup> Nichtsdestotrotz kommen vereinzelt *kantonale Behörden*

<sup>11</sup> Allg.: Kunz (Fn. 1) 415 f.; im Vordergrund der Wirtschaftsrealität von Rechtsgestaltungen stehen *privatwirtschaftliche Beratungstätigkeiten* (z. B. durch Rechtsanwältinnen).

<sup>12</sup> Zentrale Voraussetzung ist, dass es sich um *dispositives* statt um zwingendes Recht handelt.

<sup>13</sup> Beispiele: Aktionärbindungsverträge (ABV) oder Konzernverträge.

<sup>14</sup> Bei der *Statutenauslegung* gelangt teils die *Methodik der Gesetzesauslegung* zur Anwendung, nämlich bei Statuten mit Ausenwirkungen sowie bei Streitigkeiten ausserhalb von «Kleinstverhältnissen»; bei den anderen Statutenbestimmungen – als privatautonome Willenserklärungen – gelten hingegen die *Grundsätze der Vertragsauslegung*: BGE 107 II 185 f. Erw. 4. b/c; BGer 4A\_235/2013 vom 27. Mai 2014; Erw. 2.3 (Pra 104 [2015] Nr. 3); zur Lehre: Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht (4. A. Zürich 2009) § 1 N 626 ff. und v. a. 631 ff.; Peter V. Kunz, Statuten – Grundbaustein der Aktiengesellschaften, in: Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision (Zürich/St. Gallen 2010) 59 f.

<sup>15</sup> Beispiel des Finanzmarktrechts: Börsenrecht, Bankrecht, Privatversicherungsrecht, Recht der kollektiven Kapitalanlagen etc.; hierzu: Kunz (Fn. 2) N 6 ff. und v. a. N 9 f.

<sup>16</sup> Die *Verortung des Wirtschaftsrechts* wird in einem «Säulenmodell» ersichtlich: Kunz (Fn. 1) 412.

<sup>17</sup> Kunz (Fn. 1) 411.

<sup>18</sup> Andreas Kellerhals, Wirtschaftsrecht als Recht der Wirtschaft, in: Aktuelle Fragen zum Wirtschaftsrecht (Zürich 1995) 9.

<sup>19</sup> In diesem Sinne ebenfalls: Gerrick Freiherr von Hoyningen-Huene, Perspektiven des Wirtschaftsrechts (...), ZVglRWiss 112 (2013) 21.

<sup>20</sup> Es gibt *zwei Ausnahmen* von der ausschliesslichen Bundeskompetenz für das Wirtschaftsrecht, nämlich das Steuerrecht einerseits sowie ein Teil des Finanzmarktrechts (konkret: das Kantonalbankenrecht) andererseits; wenn die Rechtsanwendung durch Behörden erfolgt, handelt es sich vor diesem Kompetenzhintergrund in aller Regel um *Bundesbehörden*: Vgl. dazu hinten A. II. 2. a).

<sup>21</sup> Vgl. dazu hinten A. II. 2. a).

<sup>22</sup> Vgl. dazu hinten A. II. 2. b).

<sup>23</sup> Als Ausnahme erwähnt werden können beispielsweise der *Durchgriff* im Gesellschafts- sowie im Steuerrecht oder das *Konzernvertrauen* als Haftungsvariante im Konzernrecht.

<sup>24</sup> Gerade in die entgegengesetzte Richtung weisen zwei aktienrechtliche *Ausnahmebestimmungen*, die beim Rechtsfolgenmassen an «*Common Law*» (mit weitgehendem Gerichtsermessens, also «as it deems fit») erinnern: Art. 736 Ziff. 4 OR (statt auf eine Gesellschaftsauflösung kann der Richter nämlich «auf eine andere sachgemässe und den Beteiligten zumutbare Lösung erkennen») sowie Art. 731b Abs. 1 OR (bei Organisationsmängeln ist es zulässig, dass das Gericht die «erforderlichen Massnahmen» ergreift); generell zum *angelsächsischen Einfluss* in diesem Bereich: Peter V. Kunz, Richterliche Handhabung von Aktionärsstreitigkeiten (...), in: FS für J. N. Druey (Zürich 2002) 454 f.

<sup>25</sup> Vgl. dazu vorne A. II. 1.

vor, die Wirtschaftsrecht anzuwenden bzw. auszu-legen haben. In Bezug auf das Gesellschaftsrecht sind die *Handelsregisterämter* zu erwähnen, die zwar auf einer Bundesrechtsgrundlage (u. a. Art. 927 ff. OR) beruhen, jedoch kantonrechtlich organisiert werden.<sup>26</sup> Die *Steuerämter* sind ebenfalls kantonale Behörden.

Im Übrigen stehen bei der wirtschaftsrechtlichen Rechtsanwendung primär *Bundesbehörden* im Vordergrund. Auf der einen Seite gibt es Behörden als integrierte Teile der Bundeszentralverwaltung (Beispiele: Eidgenössisches Handelsregisteramt [EHRA] sowie Eidgenössische Steuerverwaltung [ESTV]), auf der anderen Seite sind gewisse Bundesbehörden auf spezialgesetzlicher Grundlage sowie im Prinzip verwaltungsunabhängig tätig (z. B. Schweizerische Nationalbank [SNB], Eidgenössische Finanzmarktaufsicht [FINMA], Wettbewerbskommission [WEKO] sowie Institut für Geistiges Eigentum [IGE]).

## b) Gerichte

Die Rechtsanwendungen der Gerichte erfolgen durch *Urteile* im Einzelfall.<sup>27</sup> Die *ordentlichen Gerichte* (v. a. Bezirks- oder Amtsgerichte, Kantons- oder Obergerichte, Bundesverwaltungsgericht, Bundesgericht) sind ebenfalls zuständig für die meisten wirtschaftsrechtlichen Streitigkeiten, d. h., es gibt – grundsätzlich – *keine «Wirtschafts(rechts)gerichte»* in der Schweiz. In der Wirtschaftsrealität sind die ordentlichen Gerichte jedoch teils überlastet und teils überfordert, wenn es um die Anwendung von Wirtschaftsrecht geht.

Aus diesen Gründen wurden, für ausgewählte Streitigkeiten sowie für spezifische Situationen, eigentliche *Spezialgerichte für Wirtschaftsrecht* eingerichtet, und zwar sowohl auf kantonaler Ebene als auch auf Bundesebene. Insbesondere gibt es *Handelsgerichte*, die in vier Kantonen<sup>28</sup> freiwillig eingeführt wurden; es handelt sich dabei um kantonale Fachgerichte zu «handelsrechtlichen» Streitfällen,<sup>29</sup> die an das Bundesgericht weiterge-

zogen werden können.<sup>30</sup> Ebenfalls erwähnt werden kann das *Bundespatentgericht*, das seit dem Jahr 2012 als erstinstanzliches Gericht des Bundes für Patentstreitigkeiten fungiert.<sup>31</sup>

Im Jahr 2014 scheiterte eine Kartellgesetzrevision, mit der ein *Bundeswettbewerbsgericht* hätte entstehen soll.<sup>32</sup> Meines Erachtens wäre ein solches wirtschaftsrechtliches Spezialgericht rechtspolitisch durchaus sinnvoll gewesen,<sup>33</sup> ähnlich wie – notabene für das Teilrechtsgebiet des Finanzmarktrechts – ein *Bundesfinanzmarktgericht*, das seit einigen Jahren de lege ferenda thematisiert wird,<sup>34</sup> es scheint indes höchst unwahrscheinlich, dass ein finanzmarktrechtliches Spezialgericht in der Schweiz jemals Realität werden könnte.

## 3. Legislative Grundlage(n)

Die Rechtsanwender – seien es die Gerichte, seien es die Behörden – gehen im Hinblick auf die Anwendung des Rechts und insbesondere betreffend die Auslegung von Rechtsnormen im Grossen und Ganzen jeweils gleich (oder mindestens ähnlich) vor. Sozusagen als «Grundmodell» jeder *Rechtsanwendung* kann Art. 1 ZGB erwähnt werden, der im ersten Absatz festhält: «Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält»; dabei sind verschiedene *Hilfsmechanismen* anerkannt.<sup>35</sup> Auf dieser Vorgabe basiert die anerkannte Normauslegungsmethodik.<sup>36</sup>

Art. 1 Abs. 1 ZGB nennt explizit (und in erster Linie) den «Wortlaut» der Norm.<sup>37</sup> Nebst dem ZGB gibt es – äusserst selten – Bundesgesetze mit eigentlichen *Interpretationsvorgaben für Rechtsan-*

<sup>30</sup> Der Vorzug von Handelsgerichten liegt im «Zusammenwirken von höheren Berufsrichtern und sachkundigen Handelsrichtern (Expertenrichtern) aus den verschiedenen Wirtschafts-Branchen»: Alexander Brunner, Was ist Handelsrecht?, AJP 19 (2010) 1529.

<sup>31</sup> Generell: Cyrill P. Rigamonti, Ein Jahr schweizerisches Bundespatentgericht, ZVglRWiss 112 (2013) 293 ff.; Werner Stieger, Bundespatentgericht ante portas!, in: FS für A. Bühler (Zürich 2008) 179 ff.

<sup>32</sup> Ein bundesrätlicher Vorentwurf aus dem Jahr 2010, der heute obsolet ist, schlug eine detaillierte Ordnung für ein Bundeswettbewerbsgericht vor: Art. 25a ff. VE-KG.

<sup>33</sup> Gl. M.: Reto Jacobs, Entwicklungen im Wettbewerbs- und Kartellrecht, SJZ 107 (2011) 211; a. M.: Stephan Breitenmoser/Philipp J. Dannacher, Wettbewerbsgericht als Widerspruch zur Justizreform, NZZ Nr. 199 (2012) 19; Salim Rizvi/Fabio Babey, Braucht die Schweiz ein Bundeswettbewerbsgericht?, AJP 19 (2010) 1591.

<sup>34</sup> Rolf H. Weber/Jean-Marc Schaller, Auf dem Weg zu einem neuen kohärenten Finanzmarktrecht in der Schweiz?, SZW 75 (2003) 189 («Bundeskapitalmarktgericht»); grundlegend: Sabine Kilgus, Effektivität von Regulierung im Finanzmarktrecht (Habil. Zürich 2005) N 937 ff. sowie N 988 ff.; Jean-Marc Schaller, Establishing a Federal Capital Market Court of First Instance – Why not?, Jusletter vom 19. April 2010, passim; zudem: Kunz (Fn. 1) 415, Fn. 40.

<sup>35</sup> Sozusagen als Lückenfüllungsprogramm hat der Rechtsanwender (v. a. der Richter) Gewohnheitsrecht heranzuziehen und wird ansonsten als «Gesetzgeber» bzw. als «Rechtsssetzer» tätig: Art. 1 Abs. 2 ZGB; im Übrigen sollen der bewährten Doktrin sowie der «Überlieferung» gefolgt werden: Art. 1 Abs. 3 ZGB.

<sup>36</sup> Vgl. dazu hinten B. I.

<sup>37</sup> Vgl. dazu hinten B. I. 2.

<sup>26</sup> Art. 927 OR: «In jedem Kanton wird ein Handelsregister geführt. Es steht den Kantonen frei, das Handelsregister bezirksweise zu führen. Die Kantone haben die Amtsstellen, denen die Führung des Handelsregisters obliegt, und eine kantonale Aufsichtsbehörde zu bestimmen.»

<sup>27</sup> Als *Gericht* gilt «eine Behörde, die nach Gesetz und Recht in einem justizförmigen, fairen Verfahren begründete und bindende Entscheidungen über Streitfragen trifft»: BGE 142 III 734 Erw. 3.3; ein Gericht muss «organisatorisch und personell, nach der Art [seiner] Ernennung, der Amtsdauer, dem Schutz vor äusseren Beeinflussungen und nach [seinem] äusseren Erscheinungsbild sowohl gegenüber anderen Behörden als auch gegenüber den Parteien unabhängig und unparteiisch sein» (a. a. O.).

<sup>28</sup> Konkret: Kantone Bern, Zürich, Aargau sowie St. Gallen.

<sup>29</sup> Art. 6 Abs. 1 ZPO spricht explizit von «Fachgericht»; allg.: Isaak Meier/Michael Rüegg, Handelsgerichtsbarkeit in der Schweiz, in: Europäische Handelsgerichtsbarkeit (Bern 2009) 33 ff.

wender. Erwähnt werden kann, im Hinblick auf die Schweizer Hochseeflotte, das Seeschiffahrtsrecht,<sup>38</sup> das in Art. 7 Abs. 1 SSG vorschreibt:

«Kann der Bundesgesetzgebung, insbesondere diesem Gesetz [sc. SSG] und den als anwendbar erklärten Bestimmungen internationaler Übereinkommen keine Vorschrift entnommen werden, so entscheidet der Richter nach den allgemein anerkannten Grundsätzen des Seerechts und, wo solche fehlen, nach der Regel, die er als Gesetzgeber aufstellen würde, wobei er Gesetzgebung und Gewohnheit, Wissenschaft und Rechtsprechung der seefahrenden Staaten berücksichtigt.» Diese Bestimmung im SSG stellt ein legislatives Einfallstor ins schweizerische Recht dar,<sup>39</sup> sodass eine *rechtsvergleichende Auslegung* ermöglicht wird.<sup>40</sup>

### III. Methodikaspekte im Wirtschaftsrecht

#### 1. Einleitung

Die «traditionelle» Methodik der Normauslegung («pragmatischer Methodenpluralismus»)<sup>41</sup> muss im Grundsatz durch *sämtliche Rechtsanwender gleichermassen* berücksichtigt werden, m. a. W. sowohl durch die Richter einerseits als auch durch die Beamten andererseits.<sup>42</sup> Ausserdem erscheinen die *Methoden identisch* für die Gerichte sowie für die Behörden. Doch während sich in Urteilsbegründungen regelmässig Hinweise zur richterlichen Anwendung bzw. zur Interpretation von Normen finden, *äussern sich Behörden fast nie* in ihren Verfügungen zum konkreten methodischen Vorgehen.

Die Methodik gelangt bei allen Gerichten (und Behörden) zur Anwendung.<sup>43</sup> Bei der Interpretation von *Wirtschaftsrechtsnormen* – sei es im gesamten Wirtschaftsrecht, sei es in einzelnen Teilrechtsgebieten (z. B. im Steuerrecht oder im Wettbewerbsrecht) – wird allerdings teilweise von einer *Sondermethodik* oder mindestens von *wirtschaftsrechtlichen Besonderheiten* gesprochen.<sup>44</sup> Vor die-

sem Hintergrund wird auf die Rechtsvergleichung,<sup>45</sup> auf die praxisorientierte Auslegung,<sup>46</sup> auf die harmonische Auslegung,<sup>47</sup> auf die Auslegungsfolgen künftiger Rechtsentwicklungen,<sup>48</sup> auf die funktionale Auslegung,<sup>49</sup> auf die wirtschaftliche Betrachtungsweise,<sup>50</sup> auf die ethische Auslegung<sup>51</sup> sowie auf einige Sonderthemen<sup>52</sup> eingegangen.

#### 2. Exkurs: Auslegung des Steuerrechts

Das *Steuerrecht* stellt ein Teilrechtsgebiet des Wirtschaftsrechts dar.<sup>53</sup> Bei seiner Anwendung muss deshalb – wie beim Wirtschaftsrecht generell – der «traditionelle» *Auslegungskanon* berücksichtigt werden.<sup>54</sup> Dieses wirtschaftsrechtliche Teilrechtsgebiet hat allerdings enge Beziehungen zum *Privatrecht*, woraus sich «gewisse Besonderheiten der Auslegung des Steuerrechts ergeben».<sup>55</sup> Die Doktrin beschäftigt sich intensiv mit dieser Thematik.<sup>56</sup>

Inwiefern Aspekte der *Praktikabilität* im Hinblick auf Norminterpretation miteinzubeziehen sind, ist umstritten.<sup>57</sup> Als besonders verständnisvoll und zugänglich für solche pragmatischen Argumente zeigt sich die höchstrichterliche Auslegungspraxis jedoch im Abgabe- bzw. im Steuerrecht;<sup>58</sup> *Schematisierungen und Pauschalierungen* werden in diesem Bereich ohne Weiteres als «notwendig und deshalb auch zulässig» erachtet.<sup>59</sup>

Der enge Bezug des Steuerrechts zum Privatrecht beruht auf dem *gemeinsamen Ausgangspunkt*. Der steuerrechtliche Rechtssetzer stellt ab auf die privatwirtschaftliche Erscheinung (z. B. ein Vertragsverhältnis oder eine Bilanz), die durch das Privatrecht (Beispiele: das Vertragsrecht oder das Rechnungslegungsrecht) geregelt wird, und nimmt dort die *steuerliche Anknüpfung* vor. Der *Steuerrechtssachverhalt* besteht «aus zwei Ebenen, nämlich aus dem wirtschaftlichen Vor-

<sup>38</sup> Bundesgesetz über die Seeschifffahrt unter der Schweizer Flagge (Seeschifffahrtsgesetz): SR 747.30; das SSG stammt aus dem Jahr 1953, doch das Seeschifffahrtsrecht wurde bereits im Jahr 1941 durch bundesrätliches Notrecht zur Sicherstellung der Landesversorgung eingeführt: NZZ vom 3. April 2017, 11 («Die Schweizer Flagge zur See»).

<sup>39</sup> Vgl. dazu hinten B. II. 1. a).

<sup>40</sup> Hinweise: Peter V. Kunz, Instrumente der Rechtsvergleichung in der Schweiz bei der Rechtssetzung und bei der Rechtsanwendung, ZVglRWiss 108 (2009) 68.

<sup>41</sup> Vgl. dazu hinten B. I.; generell zum Methodenpluralismus: Emmenegger/Tschentscher (Fn. 8) N 182 ff. zu Art. 1 ZGB.

<sup>42</sup> Kunz (Fn. 9) Rz. 7; die behördliche Methodenlehre wird selten thematisiert.

<sup>43</sup> Infolge der heute mageren Quellsituation betreffend behördliche Methodik wird sich die Darstellung auf die Gerichte konzentrieren (müssen).

<sup>44</sup> Grundlegend: Kunz (Fn. 9) *passim*.

<sup>45</sup> Vgl. dazu hinten B. II. 1.

<sup>46</sup> Vgl. dazu hinten B. II. 2.

<sup>47</sup> Vgl. dazu hinten B. II. 3.

<sup>48</sup> Vgl. dazu hinten B. II. 4.

<sup>49</sup> Vgl. dazu hinten B. II. 5.

<sup>50</sup> Vgl. dazu hinten B. II. 6.

<sup>51</sup> Vgl. dazu hinten B. II. 7.

<sup>52</sup> Vgl. dazu hinten B. III.

<sup>53</sup> Vgl. dazu vorne A. II. 1.

<sup>54</sup> Vgl. dazu hinten B. I. 2.

<sup>55</sup> Ernst Blumenstein/Peter Locher, System des schweizerischen Steuerrechts (7. A. Zürich 2016) 29.

<sup>56</sup> Hierzu: Blumenstein/Locher (Fn. 55) 29 ff. sowie v. a. 35 ff.; zudem: Emmenegger/Tschentscher (Fn. 8) N 330 ff. zu Art. 1 ZGB; René Matteotti, Steuergerechtigkeit und Rechtsfortbildung (Habil. Bern 2007) 101 ff.; Markus Reich, Steuerrecht (2. A. Zürich 2012) 135 ff.; Klaus A. Vallender, Die Auslegung des Steuerrechts (2. A. Bern 1988) 28 ff.

<sup>57</sup> Vgl. dazu hinten B. II. 2.

<sup>58</sup> Allg.: Peter Locher, Praktikabilität im Steuerrecht (...), in: Beiträge zur Methodik und zum System des schweizerischen Steuerrechts (Bern 2014) 229 ff.

<sup>59</sup> Blumenstein/Locher (Fn. 55) 32 m. w. H. auf die bundesgerichtliche Praxis.

gang als solchem und dessen zivilrechtlichem Erscheinungsbild».<sup>60</sup>

Im Hinblick auf die *Auslegung der Steuerrechtsnorm* erfolgt ein *mehrstufiges Vorgehen* bzw. eine doppelte Subsumption.<sup>61</sup> Abzuklären ist zuerst, ob die privatrechtliche Einordnung dem wirtschaftlichen Vorgang überhaupt entspricht (oder nicht). Im Anschluss wird die steuerrechtliche Bestimmung analysiert betreffend die Frage, ob diese Norm am Privatrecht, an wirtschaftliche Gegebenheiten oder steuersystematisch anknüpft. Bei der Auslegung des Steuerrechts kann m. E. durchaus von einer *Sondermethodik* gesprochen werden.

## B. Auslegung von Rechtsnormen

### I. Pragmatischer Methodenpluralismus

#### 1. Entwicklungen

Seit dem 19. Jahrhundert wird die *Methodik zu Norminterpretationen* diskutiert,<sup>62</sup> wobei von Anfang an von einem Pluralismus ausgegangen wurde. Das Bundesgericht folgt einem *pragmatischen Methodenpluralismus* seit Jahrzehnten.<sup>63</sup> Es gelangen *vier* Auslegungselemente zur Anwendung,<sup>64</sup> nämlich das historische, das grammatikalische, das systematische sowie das teleologische Element, wobei *keine «Rangordnung»* zwischen ihnen besteht,<sup>65</sup> d. h., in dieser Hinsicht herrscht «Pragmatismus».

Nicht nur in der Schweiz, sondern ebenso in den anderen *europäischen Staaten* sowie in der *Europäischen Union (EU)*<sup>66</sup> – im letzteren Fall in erster

Linie hinsichtlich der Interpretation von Unionsrecht – findet eine eigentliche *Methodendiskussion* statt.<sup>67</sup> Es fällt auf, dass es im Ergebnis bei den methodischen Grundsätzen kaum Abweichungen gibt. Insofern gelangt ein Methodenpluralismus *generell in Europa* zur Anwendung.<sup>68</sup>

#### 2. Übersicht zum «traditionellen» Auslegungskanon

Zwischen den erwähnten *vier Auslegungselementen* besteht prinzipiell keine Hierarchie bzw. keine Prioritätenordnung.<sup>69</sup> Es wird im Rahmen des «pragmatischen Methodenpluralismus» eine mehr oder weniger standardisierte Vorgehensweise für die Norminterpretation wahrgenommen, bei der jedoch durchaus *unterschiedliche richterliche Gewichtungen* vorkommen. Die wohl am häufigsten verwendete bundesgerichtliche Aussage zur Methodik lautet:

«Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der *Wortlaut* der massgeblichen Norm. Ist der Text *nicht ganz klar* und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss nach der wahren Tragweite der Bestimmung gesucht werden, wobei *alle Auslegungselemente* zu berücksichtigen sind (Methodenpluralismus). Dabei kommt es namentlich auf den *Zweck* der Regelung, die dem Text zugrunde liegenden *Wertungen* sowie auf den *Sinnzusammenhang* an, in dem die Norm steht. Die *Entstehungsgeschichte* ist zwar nicht unmittelbar entscheidend, dient aber als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen. (...).»<sup>70</sup>

Das Bundesgericht zieht die *Bundesverfassung* ebenfalls als Bezugspunkt heran, indes ausschliesslich in eingeschränktem Ausmass: «Sind *mehrere Auslegungen* möglich, ist jene zu wählen, die der Verfassung am besten entspricht. Allerdings findet auch eine *verfassungskonforme Auslegung* ihre Grenzen im klaren Wortlaut und Sinn einer Gesetzesbestimmung.»<sup>71</sup> Massgeblich sind also vier Elemente der Interpretation:

<sup>60</sup> Blumenstein/Locher (Fn. 55) 36 (Hervorhebung im Original).

<sup>61</sup> Detailliert: Blumenstein/Locher (Fn. 55) 36 ff.

<sup>62</sup> Die Dogmatik wird für Deutschland auf Friedrich Carl von Savigny sowie auf Rudolf von Jhering zurückgeführt: Walter (Fn. 8) 161; Thomas Lundmark/Susanna Suelmann, Der Umgang mit Gesetzen im europäischen Vergleich (...), ZfRV 52 (2011) 184.

<sup>63</sup> Beispiele: BGE 142V 460 f. Erw. 3.1; BGE 141 III 485 Erw. 3.2.3; BGE 141 III 103 Erw. 2.5; BGE 140 I 310 f. Erw. 6.1/6.2; BGE 140 IV 5 Erw. 3.1; BGE 139 III 415 Erw. 2.5.1; BGE 138 II 224 Erw. 4.1; BGE 137 V 376 Erw. 5.1; allg.: Emmenegger/Tschentscher (Fn. 8) N 194 ff. zu Art. 1 ZGB; Marc Amstutz, Ouroboros – Nachbemerkungen zum pragmatischen Methodenpluralismus, in: FS für P. Tercier (Zürich 2008) 19 ff.

<sup>64</sup> Vgl. dazu hinten B. I. 2.; detailliert statt aller: Höhn (Fn. 8) 180 ff.; Ernst A. Kramer: Sentenzen zu Gesetz, Richter und Methode, in: FS für H. P. Walter (Bern 2005) 87 ff.; ders. (Fn. 8) 57 ff. und v. a. 132 ff. m. w. H.; mit einer Checkliste: Ernst Zeller, Auslegung von Gesetz und Vertrag (Habil. Zürich 1989) § 28 *passim*.

<sup>65</sup> Auswahl: BGE 142 III 106 Erw. 5; BGE 139 III 415 Erw. 2.5.1 a. E.; BGE 138 III 694 Erw. 2.4; BGE 137 V 437 Erw. 3.2; BGE 137 V 371 Erw. 4.4.3.2 oder BGE 134 III 21 Erw. 3; kritisch: Edward E. Ott, Juristische Methode in der Sackgasse? 46 fragwürdige Theorien in der heutigen juristischen Methodenlehre (Zürich 2006) 18 ff.; Kramer (Fn. 8) 187 ff.

<sup>66</sup> Das *materielle EU-Recht* beeinflusst das *schweizerische Recht* unter verschiedenen Aspekten, und zwar immer häufiger: Vgl. dazu hinten B. II. 1. b).

<sup>67</sup> Günter Hager, Rechtsmethoden in Europa (Tübingen 2009) *passim*; Hartmut Hahn, Nationale Auslegungsmethoden, vergleichend betrachtet – europäische Anforderungen an die Methodenlehre, ZfRV 44 (2003) 163 ff.; Katja Langenbacher, Europarechtliche Methodenlehre, in: Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht (3. A. Baden-Baden/Basel 2013) N 1 ff.; Lundmark/Suelmann (Fn. 62) 173 ff.

<sup>68</sup> Ähnlich: Hager (Fn. 67) 2. Kap. N 57 ff.

<sup>69</sup> Vgl. dazu vorne B. I. 1.; jüngst z. B. BGer 6B\_646/2016 vom 3. Januar 2017: Erw. 1.4.1; statt aller: Emmenegger/Tschentscher (Fn. 8) N 194 zu Art. 1 ZGB; Kramer (Fn. 8) 187 ff.

<sup>70</sup> BGE 142 V 460 Erw. 3.1 (Hervorhebungen hinzugefügt); das Bundesgericht verwendet *verschiedene Textbausteine* («Formeln») zur Methodik, die sich teils mehr und teils weniger voneinander unterscheiden, nicht zuletzt betreffend ein *rechtsvergleichendes Vorgehen*: Vgl. dazu hinten B. II. 1. c).

<sup>71</sup> BGE 142 V 460 f. Erw. 3.1 (Hervorhebungen hinzugefügt).

Meines Erachtens steht das *grammatikalische* Auslegungselement<sup>72</sup> im Vordergrund,<sup>73</sup> denn der «Wortlaut» der Bestimmung stellt jeweils den «Ausgangspunkt» jeder Norminterpretation dar. Zudem ist ein (weiter gehendes) Interpretieren nur zulässig, wenn der Text «nicht ganz klar» ist. D. h., der Wortlaut muss akzeptiert werden, wenn er eindeutig ist und keine anderen Interpretationen zulässt.<sup>74</sup> Schliesslich findet selbst die verfassungskonforme Auslegung, sofern überhaupt zugelassen, ihre Grenze am «klaren Wortlaut» der zu interpretierenden Norm.

Auf der Suche «nach der wahren Tragweite der Bestimmung» spielt das *teleologische* Element der Auslegung<sup>75</sup> eine gewichtige, wenn nicht sogar die wichtigste Rolle überhaupt. Dabei geht es um den «Zweck der Regelung», sei es alleinstehend oder sei es im Gesamtzusammenhang des Erlasses, als Interpretationsmassstab;<sup>76</sup> für die Teleologie sind auch die dem Normwortlaut «zugrunde liegenden Wertungen» bedeutsam. Als *systematisches* Auslegungselement,<sup>77</sup> ein oftmals unterschätzter Aspekt der Interpretation, müssen ausserdem z. B. die Systematik sowie der «Sinnzusammenhang» der Rechtsnorm beachtet werden.<sup>78</sup>

Dem *historischen* Element der Normauslegung<sup>79</sup> kommt nach bundesgerichtlichem Verständnis bloss eine untergeordnete Rolle zu,<sup>80</sup> m. E. zu Un-

recht.<sup>81</sup> Die «Entstehungsgeschichte» der Rechtsnorm ist nach Bundesgericht «nicht unmittelbar entscheidend», sondern wird ausschliesslich als «Hilfsmittel» akzeptiert. Eine Ausnahme von dieser Zurückhaltung macht die Gerichtspraxis nur, aber immerhin, wenn es um jüngere Erlasse geht.<sup>82</sup>

Diese *vier Auslegungselemente* der Interpretation haben – nicht allein in der Schweiz – eine überaus lange Tradition in der Lehre und in der Rechtsprechung. Doch die Interpretationsmethodik hat sich in den letzten Jahren bzw. Jahrzehnten weiterentwickelt: «Der kleinräumige Selbstbedienungsladen [der Methodik] ist zum Supermarkt gewachsen.»<sup>83</sup> Dies zeigt sich in erster Linie im Zusammenhang mit der Auslegung von Wirtschaftsrecht.<sup>84</sup>

## II. Besonderheiten im Wirtschaftsrecht

### 1. Rechtsvergleichung

#### a) Einfallstore in Rechtssetzungen

Bei der *Rechtsvergleichung* handelt es sich um das Vergleichen von schweizerischem Recht einerseits mit ausländischem Recht andererseits. Es geht m. a. W. um einen *übernationalen* Kontext.<sup>85</sup> Zutreffend erscheint das Motto: «Wirtschaftsrecht ist internationales Recht», und vor diesem Hintergrund kann nicht überraschen, dass die Rechtsvergleichung zwar in *allen Rechtsgebieten* vorkommt, aber im *Wirtschaftsrecht* besonders gewichtig erscheint.<sup>86</sup>

Rechtsvergleichend tätig sind sowohl die Rechtssetzer auf Bundesebene (v. a. der Gesetzgeber) als auch die Rechtsanwender, primär das Bundesgericht.<sup>87</sup> Für die *Rechtssetzung* erscheint die Rechtsvergleichung indes wesentlich wichti-

<sup>72</sup> Hinweise statt aller: *Emmenegger/Tschentscher* (Fn. 8) N 206 ff. zu Art. 1 ZGB; *Kramer* (Fn. 8) 61 ff. («Literalinterpretation»); zudem: *Marc Amstutz/Marcel Alexander Niggli*, Recht und Wittgenstein III – Vom Gesetzeswortlaut und seiner Rolle in der rechtswissenschaftlichen Methodenlehre, in: FS für H. P. Walter (Bern 2005) 9 ff.; *Thomas Probst*, Die Grenze des möglichen Wortsinns: methodologische Fiktion oder hermeneutische Realität?, in: FS für E. A. Kramer (Basel 2004), 249 ff.; zur Auslegung von *EU-Unionsrecht*: *Langenbacher* (Fn. 67) N 6 ff.

<sup>73</sup> Ein anderes Vorgehen würde die *Gewaltenteilung* zwischen der Rechtssetzung sowie der Rechtsanwendung unterminieren, was nicht statthaft wäre; ausserdem ergibt sich der Vorrang des Wortlauts m. E. bereits aus der legislativen Grundlage von Art. 1 Abs. 1 ZGB; der *Primat des Wortlauts* findet sich z. B. in BGE B 10/99 vom 18. Juli 2002: Erw. 5. a.

<sup>74</sup> Ähnlich: BGE 125 II 179 Erw. 3; ein Abweichen vom Normtext ist einzig in *Ausnahmefällen* denkbar, notabene *mit guter Begründung*: «Vom Wortlaut darf abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür bestehen, dass er nicht den wahren Sinn der Regelung wiedergibt» (BGE 142 V 460 Erw. 3.1; Hervorhebungen hinzugefügt).

<sup>75</sup> Hierzu: *Emmenegger/Tschentscher* (Fn. 8) N 290 ff. zu Art. 1 ZGB; *Kramer* (Fn. 8) 159 ff.; *Walter R. Schluemp*, Teleologisches Auslegungselement (...), in: FS für E. A. Kramer (Basel 2004) 271 ff.; dieser Aspekt steht für die wohl h. M. im Vordergrund: *Hans Dubs*, Die «ratio legis» in der bundesgerichtlichen Argumentation, in: Die Bedeutung der «ratio legis» (Basel 2001) 21 ff.

<sup>76</sup> Im *Finanzmarktrecht* – als Beispiel – ergeben sich die Primärziele meist explizit aus den Rahmengesetzen und können zur Auslegung herangezogen werden: *Kunz* (Fn. 2) N 128 ff.

<sup>77</sup> *Kramer* (Fn. 8) 92 ff.; *Emmenegger/Tschentscher* (Fn. 8) N 245 ff. zu Art. 1 ZGB.

<sup>78</sup> Als Beispiel: BGE 139 III 495 Erw. 4.4.

<sup>79</sup> Statt aller: *Emmenegger/Tschentscher* (Fn. 8) N 309 ff. zu Art. 1 ZGB; *Kramer* (Fn. 8) 125 ff.

<sup>80</sup> Anders sieht es das Bundesgericht nur, aber immerhin, wenn die Gesetzesmaterialien eine «klare Antwort» geben: BGE 136 III 37 Erw. 6.6.2.1.

<sup>81</sup> Der *Rechtssetzer* kann immer nur in seiner und für seine *Gegenwart* legislieren und nicht für die Zukunft; insofern sollte das ursprüngliche Verständnis einer Norm massgeblich sein, wenn auch angewendet auf eine künftige Gegenwart (in den USA wird diese Ansicht von den «Originalists» vertreten); allg. zur Thematik der zeitlichen Perspektive: *Emmenegger/Tschentscher* (Fn. 8) N 166 ff. zu Art. 1 ZGB.

<sup>82</sup> BGE 142 V 460 Erw. 3.1: «Namentlich zur *Auslegung neuerer* Texte, die noch auf wenig veränderte Umstände und ein kaum gewandeltes Rechtsverständnis treffen, kommt den *Materialien* eine *besondere Bedeutung* zu» (Hervorhebungen hinzugefügt); ähnlich: BGE 141 III 485 Erw. 3.2.3; zu diesem Aspekt: *Emmenegger/Tschentscher* (Fn. 8) N 177 zu Art. 1 ZGB; von untergeordneter Bedeutung ist das historische Element in der EU: *Langenbacher* (Fn. 67) N 13.

<sup>83</sup> *Walter* (Fn. 8) 163.

<sup>84</sup> Vgl. dazu hinten B. II./III.

<sup>85</sup> Allg.: *Konrad Zweigert/Hein Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung (3. A. Tübingen 1996) *passim*; *Peter V. Kunz*, Einführung zur Rechtsvergleichung in der Schweiz (...), recht 24 (2006) 37 ff.; *ders.* (Fn. 9) Rz. 13 ff.

<sup>86</sup> *Kunz* (Fn. 85) 40.

<sup>87</sup> Das *Bundesgericht* hat, gerade im Ausland, den Ruf, *besonders häufig rechtsvergleichend* zu argumentieren: *Zweigert/Kötz* (Fn. 85) 18; *Kunz* (Fn. 85) 44 ad Anm. 93.

ger.<sup>88</sup> Das gesetzte Recht wird häufig (und immer häufiger) durch ausländisches Recht beeinflusst. Es bestehen zahlreiche *legislative Einfallstore* ins schweizerische Recht,<sup>89</sup> nämlich – als Beispiele<sup>90</sup> – Pressionen aus dem Ausland, eklektische Anregungen («Abkupferungen»), echte Gesetzeslücken, legislative Verweisungen, Staatsverträge oder autonomer Nachvollzug von EU-Recht.

Das Erfordernis legislativer Einfallstore entspricht dem rechtsstaatlichen *Prinzip der Gewaltenteilung*, durch das eine «freie» Rechtsfindung durch Rechtsanwender ausgeschlossen werden soll. Einfallstore bedeutet, dass das «Ausland» (v. a. Staaten oder internationale Organisationen) klare und kausale *legislative Spuren im Schweizer Recht* hinterlassen hat; ein fast identischer oder ähnlicher Wortlaut der inländischen und ausländischen Normen genügt jedoch nicht, sofern diese Übereinstimmung zufällig oder unabhängig entstanden sein sollte.

Meines Erachtens kann die Rechtsvergleichung *nicht generell* für die Rechtsanwendungen nutzbar gemacht werden,<sup>91</sup> und insbesondere muss vor einem eigentlichen «Rechtstourismus» gewarnt werden.<sup>92</sup> Nicht jeder Einfluss, der aus dem Ausland auf die schweizerische Rechtssetzung genommen wird (Beispiel: diplomatischer Druck auf die Politik), muss von den Rechtsanwendern bei der Interpretation von Normen berücksichtigt werden. Dies trifft vielmehr nur, aber immerhin, beim Vorliegen *qualifizierter Einfallstore* zu.<sup>93</sup>

## b) EU-Bezug

### aa) Europarechtskonforme Auslegung

Seit der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts beeinflusst das *Recht der EU* immer stärker das Recht – und insbesondere das *Wirtschaftsrecht* – der Schweiz,<sup>94</sup> die kein Mitgliedstaat ist. In der

Rechtssetzung bestehen zahlreiche, wenn auch verschieden intensive *legislative Einfallstore des EU-Rechts* ins schweizerische Recht:<sup>95</sup> Staatsverträge,<sup>96</sup> Pressionen der EU, eklektische Anregungen durch das Recht der EU, EU-Kompatibilitätsprüfungen des schweizerischen Rechts<sup>97</sup> sowie schliesslich der autonome Nachvollzug von EU-Recht.

Die Mehrzahl dieser Einfallstore hat *keine Auswirkungen* auf die Rechtsanwendung, d. h., sie können (und müssen) insbesondere vom Richter ignoriert werden. Anders verhält es sich hingegen in erster Linie bei den Staatsverträgen einerseits sowie beim autonomen Nachvollzug von EU-Recht andererseits, die sich als *qualifizierte Einfallstore* auf die *Interpretation schweizerischer Rechtsnormen* auswirken (müssen); bei Staatsverträgen – als erstes Beispiel – hat eine völkerrechtskonforme Auslegung stattzufinden.<sup>98</sup>

Eine Besonderheit stellt – als zweites Beispiel – der *autonome Nachvollzug von EU-Recht* durch schweizerische Normen dar,<sup>99</sup> der in der Wirtschaftsrealität wesentlich seltener vorkommt, als dies die politische Debatte vermuten lässt<sup>100</sup>. Zwar kann ein solcher «Nachvollzug» in allen Rechtsgebieten vorkommen, doch scheint dieser legislative Mechanismus besonders häufig im *Wirtschaftsrecht* aufzutauchen; erwähnt werden können beispielsweise das Urheberrecht (im Softwarebereich), das Patentrecht sowie das Kollektivanlagenrecht.<sup>101</sup>

Der autonome Nachvollzug von Recht der EU hat unmittelbare Rechtsanwendungskonsequenzen. Für die entsprechende *schweizerische Norm* ergibt sich nämlich eine *europarechtskonforme Auslegung* durch den Rechtsanwender:<sup>102</sup> «Nach der Rechtsprechung ist insbesondere autonom

<sup>95</sup> Vgl. dazu vorne B. II. 1. a); generell: Kunz (Fn. 40) 42 ff.

<sup>96</sup> Im Vordergrund steht der als «*Bilaterale*» bezeichnete Staatsvertragskomplex.

<sup>97</sup> Erläuternd: Kunz (Fn. 40) 49 ff. m. w. H.; ders. (Fn. 94) 47 f.

<sup>98</sup> Statt aller: Seiler (Fn. 8) 6; bei den *Staatsverträgen mit der EU* führt dies zu einer *europakompatiblen Auslegung*: Matthias Oesch, Die Europäisierung des schweizerischen Rechts, in: Die Europakompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts: Konvergenz und Divergenz (Basel 2012) 18 ff.

<sup>99</sup> Hierzu im Detail: Kunz (Fn. 94) 48 f.; ders. (Fn. 40) 53 ff. m. w. H.

<sup>100</sup> Bei den in der Praxis häufigen «*Anlehnungen*» ans *Recht der EU* handelt es sich in aller Regel nur um *eklektische Anregungen*, die von der schweizerischen Rechtsanwendung nicht zu beachten sind, und nicht um einen autonomen Nachvollzug von Recht der EU.

<sup>101</sup> Hinweise: Peter V. Kunz, Europa als ein Massstab für das schweizerische Wirtschaftsrecht? (...), in: FS für E. Bucher (Bern 2009) 470; in Bezug auf *offene Kapitalanlageformen*: Thomas Jutzi, Der Einfluss des EU-Rechts auf das schweizerische Recht der kollektiven Kapitalanlagen, AJP 24 (2015) 10.

<sup>102</sup> Hierzu: Kramer (Fn. 8) 322 ff.; Hansjörg Seiler, Einfluss des europäischen Rechts und der europäischen Rechtsprechung auf die schweizerische Rechtspflege, ZBJV 150 (2014) 304 ff.; Carl Baudenbacher, Swiss Economic Law Facing the Challenges of International and European Law, ZSR 131 II (2012) 626 ff.; Emilie Kohler, Le rôle du droit de l'Union européenne dans l'interprétation du droit suisse (Diss. Bern 2015) 137 ff. m. w. H.; dies., Le droit européen à l'aide de l'interprétation du droit suisse, in: Die Europakompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts: Konvergenz und Divergenz (Basel 2012) 45 ff.; Hinweise: Kunz (Fn. 40) 72 ff.

<sup>88</sup> Hierzu: Kunz (Fn. 85) 44 ff.

<sup>89</sup> Dies trifft v. a. auf das *Recht der EU* zu: Vgl. dazu hinten B. II. 1. b).

<sup>90</sup> Grundlegend: Kunz (Fn. 40) 39 ff. m. w. H.; bereits erwähnt wurde Art. 7 Abs. 1 SSG im Hinblick auf die Schweizer Hochseeflotte: Vgl. dazu vorne A. II. 3.

<sup>91</sup> In der Methodik der Normauslegung gibt es (in der Schweiz) kein *rechtsvergleichendes Auslegungselement*, was jedoch nicht unumstritten ist: Vgl. dazu hinten B. II. 1. c); es geht im Wesentlichen um die «Frage, ob man eine überlegene ausländische Lösung für die Auslegung der heimischen Gesetze heranziehen kann und soll»: Zweigert/Kötz (Fn. 85) 16; generell: Emmenegger/Tschentscher (Fn. 8) N 314 ff. zu Art. 1 ZGB.

<sup>92</sup> Patrik R. Peyer, Zur zunehmenden Bedeutung der Rechtsvergleichung als Hilfsmittel der Rechtsfindung, recht 22 (2004) 110 f.

<sup>93</sup> Details: Kunz (Fn. 40) 63 ff.; ders. (Fn. 9) Rz. 14; beispielsweise führt das Vorliegen eines *autonomen Nachvollzugs von EU-Recht* als *qualifiziertes legislatives Einfallstore* (und damit als methodischer Tatbestand) zu einer europarechtskonformen Auslegung (somit als methodische Rechtsfolge) der entsprechenden schweizerischen Bestimmung: Vgl. dazu hinten B. II. 1. b) aa).

<sup>94</sup> Im Detail: Peter V. Kunz, Amerikanisierung, Europäisierung sowie Internationalisierung im schweizerischen (Wirtschafts-)Recht, recht 30 (2012) 46 ff. m. w. H.

nachvollzogenes EU-Recht europarechtskonform auszulegen, weil es dem Gesetzgeber diesfalls darum ging, eine parallele Regelung zu schaffen (...).»<sup>103</sup> Meines Erachtens stellt die europarechtskonforme Auslegung die *obligatorische Rechtsfolge* eines autonomen Nachvollzugs dar,<sup>104</sup> m. a. W. besteht eine Rechtspflicht für den Rechtsanwender<sup>105</sup>.

Dabei sind verschiedene Aspekte zu beachten:<sup>106</sup> *Erstens* muss de iure wirklich ein autonomer Nachvollzug von EU-Recht vorliegen;<sup>107</sup> dies ist nicht immer klar, denn «[m]assgebend ist der Wille des schweizerischen Gesetzgebers».<sup>108</sup> *Zweitens* gilt dieser Auslegungsgrundsatz nicht allgemein, sondern nur in Zweifelsfragen<sup>109</sup> der Interpretation. *Drittens* bedeutet «europarechtskonform», dass sämtliche Quellen des EU-Rechts beigezogen werden müssen,<sup>110</sup> was eine eigentliche «Up-date»-Pflicht («Dynamisierung»)<sup>111</sup> mit sich bringt.

Seit dem Jahr 2001 wird ein *Rahmenabkommen* zwischen der Schweiz und der EU thematisiert, wobei die Anregung dazu nicht seitens der EU, sondern von schweizerischer Seite kam, notabene aus dem Parlament.<sup>112</sup> Die offiziellen Verhandlungen über ein solches *institutionelles Abkommen*, als «Dach» für aktuelle sowie künftige

bilaterale Abkommen, begannen indes erst im Jahr 2014. Ein solches Rahmenabkommen hätte nicht allein Folgen für die *Rechtssetzung*, sondern die *Rechtsanwendung* wäre ebenfalls betroffen.<sup>113</sup>

#### bb) EU-Recht als generelle Auslegungshilfe?

Mit BGE 137 II 199 («Swisscom») scheint das Bundesgericht sogar eine *Generalisierung* und eine *methodische Ausweitung* betreffend EU-Recht vorzunehmen, indem es festhält: «Vom Recht der Europäischen Union unabhängiges schweizerisches Recht ist grundsätzlich autonom auszulegen. Eine Koordination bzw. der Beizug des *europäischen Rechts als Auslegungshilfe* drängt sich immerhin soweit auf, als dies vom schweizerischen Gesetzgeber bezweckt war und sich die Regelungen auch inhaltlich entsprechen.»<sup>114</sup>

Meines Erachtens ist – oder: *wäre* – ein solcher (neuer) bundesgerichtlicher Methodenansatz, sofern wirklich beabsichtigt, der im Grenzbereich zum umstrittenen rechtsvergleichenden Auslegungselement<sup>115</sup> stünde, *arbiträr* und würde *methodische Rechtsunsicherheiten* für die Rechtsanwendung mit sich bringen. Eine ablehnende Haltung erscheint naheliegend. Unklar wäre zudem die Abgrenzung zur europarechtskonformen Auslegung.<sup>116</sup> Weitere Fragen lässt das Bundesgericht in diesem Zusammenhang offen. Unter anderem aus diesen Gründen kann das Recht der EU *keine generelle Auslegungshilfe* für das schweizerische Recht sein.

#### c) Rechtsvergleichendes Auslegungselement?

Damit ausländische Regulierungen bei der Interpretation schweizerischer Normen berücksichtigt werden dürfen, bedarf es – als Grundsatz – entsprechender *qualifizierter Einfallstore* in der Schweizer Rechtssetzung.<sup>117</sup> Anders wird in der Rechts-

<sup>103</sup> BGE 137 II 209 Erw. 4.3.1 a. E. («Swisscom»).

<sup>104</sup> Kunz (Fn. 40) 72 f.; allg. zur Thematik: BGE 140 II 77 Erw. 2.3; BGE 137 II 208 ff. Erw. 4.3; BGE 129 III 350 Erw. 6 (re Betriebsübernahme gemäss Art. 333 OR); BGE 130 III 190 Erw. 5.5.1 (re Art. 15 Pauschalreisegesetz); BGE 137 III 495 f. Erw. 4.6 (re Betriebsübernahme während der Nachlassstundung); BGE 137 III 229 Erw. 2.2 (re Produkthaftpflichtrecht).

<sup>105</sup> In diesem Sinne: Kunz (Fn. 94) 49 f.; gl. M.: Marc Amstutz, Interpretatio multiplex – Zur Europäisierung des schweizerischen Privatrechts (...), in: FS für E. A. Kramer (Basel 2004) 67 («verlangt»); ohne Verpflichtung würde der autonome Nachvollzug «toter Buchstabe» bleiben: Wolfgang Wiegand, Zur Anwendung von autonom nachvollzogenem EU-Privatrecht, in: FS für R. Zäch (Zürich 1999) 183.

<sup>106</sup> Zum methodischen Vorgehen: Kunz (Fn. 40) 73 f. m. w. H.

<sup>107</sup> Ob *autonomer Nachvollzug von EU-Recht* oder bloss *Eklektik* vorliegt, entscheidet der Gesetzgeber, d. h. von der ersten Variante kann nur ausgegangen werden, wenn sich ein entsprechender Hinweis entweder im Gesetz oder in dessen Materialien (z. B. in der Botschaft oder aber in den parlamentarischen Beratungen) findet; gl. M.: Hans Peter Walter, Das rechtsvergleichende Element – Zur Auslegung vereinheitlichten, harmonisierten und rezipierten Rechts, ZSR 126 I (2007) 270: «Die Frage beantwortet sich aus der historisch zu ermittelnden Regelungsabsicht des Gesetzgebers.»

<sup>108</sup> Thomas Cottier/Daniel Dzamko/Erik Evtimov, Die europakompatible Auslegung des schweizerischen Rechts, in: Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2003 (Bern 2004) 364.

<sup>109</sup> Hierzu: Kohler (Fn. 102/Diss.) 143 f. («La notion de doute»).

<sup>110</sup> M. E. geht es nebst der *EU-Rechtssetzung* um die *EU-Rechtsanwendung* (z. B. um die Urteile des EuGH); gl. M.: Wiegand (Fn. 105) 183; a. M.: Roland Bieber, Das Recht der europäischen Integration (Bern 2011) 144 ff.; allg.: Andreas Furrer, Der Einfluss der EuGH-Rechtsprechung auf das schweizerische Wirtschaftsprivatrecht, SZIER 16 (2006) 311 ff.

<sup>111</sup> Der Rechtsanwender muss die *laufenden Änderungen* auf EU-Ebene berücksichtigen und künftig anwenden, und zwar selbst bei unveränderter schweizerischer Rechtsgrundlage; insofern besteht ein *dynamischer Bezug* zwischen der nicht geänderten Basis im Schweizer Recht und der in Änderung befindlichen Basis im EU-Recht, das in der Schweiz früher autonom nachvollzogen worden ist: Kunz (Fn. 40) 76; ähnlich: Walter (Fn. 107) 272.

<sup>112</sup> NZZ vom 6. April 2017, 13 («Wer hat's erfunden?»).

<sup>113</sup> Zum *geplanten Inhalt* des Rahmenabkommens: «Es erfüllt die vier wie ein Mantra wiederholten Forderungen der EU, die ein homogenes Binnenmarkt-Recht und gleiche Spielregeln für alle Teilnehmer zum Ziel haben. Sicherergestellt werden soll erstens die Anwendung der Abkommen, zweitens eine homogene Auslegung des EU-Rechts im Geltungsbereich der Abkommen, drittens die stetige Übernahme neuen EU-Rechts sowie viertens ein Verfahren für eine verbindliche Streitbeilegung» (NZZ vom 6. April 2017, 13).

<sup>114</sup> BGE 137 II 209 Erw. 4.3.1 (Hervorhebung hinzugefügt); das Bundesgericht orientiert sich bei dieser (neuen) Interpretationsmaxime an zwei Urteilen zum *schweizerischen Fernmelderecht*, das von der *EU stark «geprägt»* ist: BGE 2A.503/2000 vom 3. Oktober 2001: Erw. 9.b («Rechtsordnung [der EU] als Auslegungshilfe») sowie BGE 125 II 306 f. Erw. 4.e (etwas zurückhaltender: «Rechtsordnung [der EU] allenfalls als Auslegungshilfe»).

<sup>115</sup> Vgl. dazu hinten B. II. 1. c).

<sup>116</sup> Vgl. dazu vorne B. II. 1. b) aa); es scheint, als ob das Bundesgericht (BGE 137 II 209 Erw. 4.3.1: «insbesondere») «europäisches Recht als Auslegungshilfe» als *Oberkategorie* und «europarechtskonforme Auslegung» (sc. Folge eines autonomen Nachvollzugs von EU-Recht) als *Unterkategorie* versteht.

<sup>117</sup> Vgl. dazu vorne B. II. 1. a).

anwendung, nicht zuletzt im Ausland,<sup>118</sup> z. T. davon ausgegangen, dass *generell rechtsvergleichend interpretiert* werden dürfe. Selbst in der Schweiz sprechen sich teils die Doktrin<sup>119</sup> sowie teils die Rechtsprechung für ein *rechtsvergleichendes Auslegungselement* aus.<sup>120</sup>

Vereinzelt – also *nicht beständig* – hat sich das Bundesgericht in diese Richtung ausgesprochen: «Im Übrigen sind bei der Auslegung [von schweizerischen Normen] alle herkömmlichen [sic!] Auslegungselemente zu berücksichtigen (systematische, teleologische, historische und rechtsvergleichende).»<sup>121</sup> In anderen Urteilen (z. B. BGE 133 III 184 Erw. 3.5) wurden hingegen *erhebliche Relativierungen* vorgenommen. Es kann somit *nicht* gesagt werden, dass das Bundesgericht ein rechtsvergleichendes Auslegungselement anerkennt.

Meines Erachtens gibt es – nebst den legislativen Einfallstoren<sup>122</sup> – *kein (generelles) rechtsvergleichendes Auslegungselement* zum schweizerischen Recht<sup>123</sup>. Die Fokussierung auf den «traditionellen» Interpretationskanon («pragmatischer Methodenpluralismus»)<sup>124</sup> hat sich bewährt. Eine *methodische Ergänzung* erweist sich als *überflüssig*, unbedenken der aktuellen Tendenzen zu einer Internationalisierung oder sogar zu einer Globalisierung im Recht. Das *Gewaltenteilungsprinzip* spricht eindeutig *gegen* ein solches (neues) Auslegungselement.

## 2. Praxisorientierte Auslegung?

Von einer praxisorientierten bzw. einer *realistischen Auslegung* (oder gar von einem «realistischen Auslegungselement») ist die Rede, wenn die Rechts-

anwendung insbesondere Aspekte des *pragmatischen Praxisbezugs* sowie der *Praktikabilität* berücksichtigt und entsprechend zum Ausdruck bringt.<sup>125</sup> Dass dies in erster Linie bei Wirtschaftssachverhalten – und damit fast zwangsläufig primär im *Wirtschaftsrecht* – vorkommt, erscheint naheliegend.<sup>126</sup> Das *Bundesgericht* bringt dies beispielsweise im Jahr 2009 zum Ausdruck:

«Bei der Rechtsanwendung ist schliesslich ein *Auslegungsergebnis anzustreben*, das *praktikabel* ist (...). Zumindest darf dieses in der Praxis nicht untauglich sein. Dies bedeutet, dass im Zweifelsfall eine Lösung zu bevorzugen ist, welche den *Anforderungen der Realität* gerecht wird.»<sup>127</sup> Bereits im Jahr 1970 hielt das Bundesgericht fest: «Wie bei der Gesetzgebung (...) ist auch bei der *Auslegung* des Gesetzes eine *Lösung anzustreben*, die «*praktikabel*» ist (...). Auch unter diesem Gesichtspunkte rechtfertigt sich die Auslegung (...).»<sup>128</sup> In der bundesgerichtlichen Praxis wird teilweise von «Anforderungen der Realität» (BGE 136 II 119 Erw. 3.3.4) und teilweise von «Anforderungen der Praxis» (BGE 137 II 302 Erw. 2.3.5) geschrieben, ohne dass sicher ist, ob diese Differenzierung bewusst erfolgt oder nicht.<sup>129</sup>

Die *Doktrin* setzt sich ebenfalls immer wieder mit der realistischen Auslegung auseinander.<sup>130</sup> Meines Erachtens ist eine realistische Auslegung zwar *nicht in jedem Fall*, indes zumindest *konzeptionell abzulehnen*: «Eine primär pragmatisch fokussierte Argumentation vermag nicht zu überzeugen.»<sup>131</sup> Eine Norminterpretation darf *a priori nicht ergebnisorientiert* sein, sondern muss *ergebnisoffen* erfolgen; sollte ein konkretes Auslegungsergebnis unbefriedigend (z. B. impraktikabel) sein, hat die Rechtssetzung und nicht die Rechtsanwendung korrigierend einzugreifen; ein anderes Vorgehen würde die *Gewaltenteilung* infrage stellen.

<sup>118</sup> Beispielsweise hält das höchste Gericht in *Liechtenstein* fest: «Jedenfalls für den Kleinstaat (...) ist es durchaus gerechtfertigt, die Rechtsvergleichung als eigentliche, «5. Auslegungsmethode» zu bezeichnen» (Liechtensteinischer Staatsgerichtshof LES 2003, 71 [76]; Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>119</sup> Hinweise: *Emmenegger/Tschentscher* (Fn. 8) N 314 ff. zu Art. 1 ZGB (Titel ad Rz. 314: «Rechtsvergleichung als Hilfsmittel der Auslegung»); generell: *Lukas Heckendorn Urscheler*, Gedanken zur Methode der richterlichen Rechtsvergleichung im Bereich des Zivilrechts, in: Die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung (Zürich 2014) 89 ff.

<sup>120</sup> Es kann durchaus von einer *methodischen Konzeptlosigkeit* gesprochen werden.

<sup>121</sup> BGE 127 III 323 Erw. 2. b. a. E.; ebenso: BGer 5A\_622/2012 vom 19. Dezember 2012: Erw. 3.4; BGE 138 III 503 Erw. 3.4; BGer 4C.290/2004 vom 27. Oktober 2004: Erw. 4.2; BGer 4C.129/2001 vom 20. Juli 2001: Erw. 4. b; BGE 124 III 268 Erw. 4; diese *extensive* Formulierung entspricht der «*zweiten Formel*» des Bundesgerichts zum «pragmatischen Methodenpluralismus»: *Walter* (Fn. 8) 158 ad Anm. 17; weitere Hinweise bei: *Schluep* (Fn. 8) N 1620 ff.

<sup>122</sup> Vgl. dazu vorne B. II. 1. a).

<sup>123</sup> *Kunz* (Fn. 9) Rz. 15 m. w. H.; *ders.* (Fn. 40) 66; wohl im Ergebnis gl. M.: *Schluep* (Fn. 8) N 1650 f.; *Ott* (Fn. 65) 145 ff.; *Kathrin Klett*, Der Einfluss europäischen Rechts auf die schweizerische Rechtsprechung im Vertragsrecht, recht 26 (2008) 234 f., die sich für die *Rechtsvergleichung* ausschliesslich im Rahmen des *teleologischen* Auslegungselements ausspricht (a. a. O. 235).

<sup>124</sup> Vgl. dazu vorne B. I. 2.

<sup>125</sup> Detailliert: *Kunz* (Fn. 9) Rz. 17 ff. m. w. H.

<sup>126</sup> Ein Beispiel für den Praxisbezug und die pragmatische Betrachtungsweise der Gerichte im Bereich des Wirtschafts- und insbesondere des *Gesellschaftsrechts* zeigt sich anhand der «Willkürkognition» bei Verantwortlichkeitsklagen gegen Verwaltungsräte: Vgl. dazu hinten B. III. 1.

<sup>127</sup> BGE 136 II 119 Erw. 3.3.4 (Hervorhebungen hinzugefügt); ähnlich: BGE 137 II 302 Erw. 2.3.5; zudem BGE 137 V 264 Erw. 4.4.1.4: «Freilich ist es *weder unter praktischen noch rechtlichen* Gesichtspunkten (...) angebracht (...)» (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>128</sup> BGE 96 I 605 f. Erw. 4 (Hervorhebungen hinzugefügt); das «Postulat der Praktikabilität» hervorhebend ausserdem: BGE 110 II 296 Erw. 2. a.

<sup>129</sup> *Kunz* (Fn. 9) Rz. 20.

<sup>130</sup> *Kramer* (Fn. 8) 183 ff.; *Emmenegger/Tschentscher* (Fn. 8) N 325 ff. und v. a. 328 zu Art. 1 ZGB; *Zeller* (Fn. 64) § 5 N 8 ff.; generell: *Hans Peter Walter*, Die Praxis hat damit keine Mühe ... oder worin unterscheidet sich die pragmatische Rechtsanwendung von der doktrinen Gesetzesauslegung – wenn überhaupt?, ZBJV 144 (2008) 126 ff.

<sup>131</sup> *Kunz* (Fn. 9) Rz. 19 a. E.; die Praktikabilität als Interpretationsargument darf sicherlich *nicht ausschlaggebend* sein und sollte *nicht ausufern*: a. a. O. Rz. 21.

### 3. Harmonische Auslegung?

Das *Wirtschaftsrecht* stellt ein selbständiges Rechtsgebiet dar,<sup>132</sup> und zwar mit verschiedenen Teilrechtsgebieten und Unterteilrechtsgebieten. Nur, aber immerhin, *in seltenen Fällen* nehmen diese Teil- bzw. diese Unterteilrechtsgebiete aufeinander Bezug<sup>133</sup> (oder auf andere Rechtsgebiete).<sup>134</sup> In diesen *Ausnahmesituationen* muss die Normauslegung solche Gesamtzusammenhänge berücksichtigen.<sup>135</sup> Meines Erachtens ist im Übrigen hingegen für das Wirtschaftsrecht als solches – prinzipiell – eine *harmonische Auslegung abzulehnen*.

Beziehungen oder Verbindungen zwischen Normen in *verschiedenen schweizerischen Erlassen* zu suchen, scheint naheliegend; «Querbezüge» werden für die Rechtsanwendung ebenfalls nutzbar gemacht v. a. beim systematischen Auslegungselement sowie bei der Rechtsvergleichung. Die in den Anfängen befindliche Diskussion über eine harmonische oder *harmonisierende* Auslegung – sozusagen eine «methodische Gesamtbetrachtung» – fokussiert sich bisher auf das wirtschaftsrechtliche Teilrechtsgebiet des Gesellschaftsrechts:

Das *Gesellschaftsrecht* wird auf Bundesebene seit dem 19. Jahrhundert im Wesentlichen im Obligationenrecht als «Code unique» geregelt. Seit einigen Jahren wurden in diesem Teilrechtsgebiet zahlreiche *Dekodifikationen* vorgenommen,<sup>136</sup> also *Spezialgesetze* erlassen: das Börsen- und Effektenhandelsgesetz (BEHG)<sup>137</sup> bzw. das Finanzmarktinfrastukturgesetz (FinfraG)<sup>138</sup>, das Fusionsgesetz (FusG)<sup>139</sup>, das Revisionsaufsichtsgesetz (RAG)<sup>140</sup>, das Kollektivanlagengesetz (KAG)<sup>141</sup> sowie das Bucheffektengesetz (BEG)<sup>142</sup>.

Ein Teil der *Doktrin* will (angebliche) «Querbezüge» zwischen Spezialerlassen und OR nutzbar machen, und zwar als *harmonische* Auslegung.<sup>143</sup> Als Beispiele zu erwähnen: «Das verbietet, das Fu-

sionsgesetz autonom, rein exegetisch aus sich selbst heraus auszulegen»;<sup>144</sup> oder: «Der Rekurs auf die Kodifikation [sc. auf das OR] erweist sich immer wieder als notwendig»;<sup>145</sup> jedoch fehlt eine vertiefte Auseinandersetzung der Lehre. Das *Bundesgericht* hat sich m. W. mit solchen Themen der Methodik bis anhin (noch) nicht auseinandergesetzt.

Meines Erachtens ist unter methodischen Aspekten i. d. R. *keine harmonische Auslegung* (u. a. zwischen den Dekodifikationen sowie der Kodifikation) möglich.<sup>146</sup> Eine «gesamtheitliche» Interpretation dürften – zumindest als Grundsatz – die Rechtssetzer, die wohl meist arbiträr vorgehen, überschätzen. Methodisch sind die Rechtsnormen nach den Prinzipien *Lex specialis* einerseits sowie *Lex generalis* andererseits auszulegen.<sup>147</sup> Allenfalls kann die Kodifikation (z. B. OR oder ZGB) beim Spezialerlass zur *echten Lückenfüllung* herangezogen werden.<sup>148</sup>

### 4. Vorberücksichtigung künftiger Rechtssetzung(en)?

Das *Wirtschaftsrecht* stellt *kein statisches Rechtsgebiet* dar. Vielmehr gibt es zahlreiche, immer häufigere Erlassrevisionen auf Gesetzes- oder auf Verordnungsebene (z. B. Gesellschaftsrecht: «grosse» Aktienrechtsrevision; Finanzmarktrecht: «neue Architektur»; oder Steuerrecht: «Unternehmenssteuerreform III»).<sup>149</sup> Vor diesem Hintergrund kann kaum überraschen, dass – gerade bei der Interpretation *wirtschaftsrechtlicher* Normen (aber ebenso für Bestimmungen aus den anderen drei Rechtsgebieten) – thematisiert wird, ob überhaupt– und wenn ja: inwiefern – Rechtssetzungsprojekte sowie *künftige Rechtssetzungen mitberücksichtigt* werden können (oder müssen) als «antizipierende Rechtsanwendung».<sup>150</sup>

Das *Verbot der Vorwirkung* zukünftigen Rechts wird vom *Bundesgericht* eindeutig festgehalten, mindestens als Prinzip: «Neues Recht wird erst

<sup>132</sup> Vgl. dazu vorne A. II. 1.

<sup>133</sup> Erwähnt werden kann beispielsweise das Verhältnis des *Immaterialgüterrechts* («geistiges Eigentum») zum *Kartellrecht*: Art. 3 Abs. 2 Satz 1 KG (SR 251).

<sup>134</sup> Beispiel: *Privatrecht* als Basis des *Steuerrechts*.

<sup>135</sup> Vor diesem Hintergrund besteht eine *Sondermethodik zum Steuerrecht*: Vgl. dazu vorne A. III. 2.

<sup>136</sup> Allg.: *Susanne Genner*, Dekodifikation (Diss. Bern 2006) *passim*.

<sup>137</sup> Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, BEHG) vom 24. März 1995: SR 954.1.

<sup>138</sup> Bundesgesetz über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel (Finanzmarktinfrastukturgesetz, FinfraG) vom 19. Juni 2015: SR 958.1.

<sup>139</sup> Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG) vom 3. Oktober 2003: SR 221.301.

<sup>140</sup> Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren (Revisionsaufsichtsgesetz, RAG) vom 16. Dezember 2005: SR 221.302.

<sup>141</sup> Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagengesetz, KAG) vom 23. Juni 2006: SR 951.31.

<sup>142</sup> Bundesgesetz über Bucheffekten (Bucheffektengesetz, BEG) vom 3. Oktober 2008: SR 957.1.

<sup>143</sup> Hinweise: *Kunz* (Fn. 9) Rz. 26 ff.

<sup>144</sup> *Christoph Hurni*, Die Vermögensübertragung im Spannungsfeld zwischen Vermögens- und Unternehmensrecht (Diss. Bern 2007) 12.

<sup>145</sup> *Genner* (Fn. 136) 22.

<sup>146</sup> *Kunz* (Fn. 9) Rz. 28.

<sup>147</sup> Zu den Grundsätzen «*Lex specialis derogat legi generali*» sowie «*Lex posterior derogat legi priori*» statt aller: *Kramer* (Fn. 8) 116 ff. sowie 121 ff.; m. E. können die Spezialerlasse jedoch *niemals* dazu führen, das *OR «neu» zu interpretieren*: *Kunz* (Fn. 9) Rz. 28, Anm. 74.

<sup>148</sup> Dies gilt z. B. im Hinblick auf das *Bucheffektenrecht*: *Peter V. Kunz*, Legislative Aktivitäten im Finanzmarktrecht – zum Entwurf für ein neues Bundesgesetz über Bucheffekten (Bucheffektengesetz, BEG), in: *Anlagerecht*, SBT 2007 (Basel 2007) 56 f.; *ders.* (Fn. 9) Rz. 28 ad Anm. 75.

<sup>149</sup> Es kann von einem *dynamischen Rechtsgebiet* gesprochen werden.

<sup>150</sup> Statt aller: *Susan Emmenegger*, Das Zeitelement in der richterlichen Fortbildung des schweizerischen Rechts, *RabelsZ* 79 (2015) 368.

mit seinem Inkrafttreten wirksam, sodass es grundsätzlich ausgeschlossen ist, schon vorher direkt oder indirekt darauf abzustellen.»<sup>151</sup> Unbeabsichtigt kommen *Vorberücksichtigungen* durch Rechtsanwender in der Praxis nicht selten vor,<sup>152</sup> ohne dass die Methodik dahinter immer klar erscheint. Die *Doktrin* setzt sich mit diesen Fragestellungen in zunehmendem Masse auseinander.<sup>153</sup>

Es werden *interpretatorische* Vorwirkungen (Art. 1 Abs. 1 ZGB) von *lückenfüllenden* Vorwirkungen (Art. 1 Abs. 2 ZGB) unterschieden, wobei ein Erlass nicht formell vor seinem Inkrafttreten als Regulierung angewendet, sondern einzig zur *Interpretation bestehender* Normen *herangezogen* werden soll (materielle Vorwirkung)<sup>154</sup>. Die Gerichtspraxis und die Lehre erachten eine Vorberücksichtigung als *grundsätzlich zulässig*, wenn bestimmte *Kriterien erfüllt* sind;<sup>155</sup> dazu gehören u. a. die Systemkompatibilität der neuen mit der alten Ordnung, die absehbare Akzeptanz der Neuregelung sowie der Stand der Gesetzgebung.

Entsprechende Urteile finden sich ebenfalls zum Wirtschaftsrecht, oftmals bei Lückenfüllungen. Zum *urheberrechtlichen Leistungsschutz* – als Beispiel 1 – sprach sich das Bundesgericht für eine Schutzdauer von 50 Jahren aus, weil diese dem geplanten Urheberrecht entsprach.<sup>156</sup> Ausserdem wurden im Hinblick auf *vinkulierte Namenaktien* – als Beispiel 2 – Fragen zu *Erben* und ihrer Vinkulierungsklagemöglichkeit vor dem Hintergrund der damals aktuellen Botschaft des Bundesrats zur Aktienrechtsrevision beantwortet.<sup>157</sup>

Meines Erachtens scheint eine Vorberücksichtigung von Normen *de lege ferenda* durch Gerichte oder durch Behörden «nur in *seltensten Ausnahmefällen* (...)» möglich,<sup>158</sup> nicht zuletzt im Bereich des Wirtschaftsrechts. Eine Berücksichtigung kommt insbesondere einzig infrage, wenn sich die künftige Rechtssetzung in einem *weit fortgeschrittenen Stadium* befindet (z. B. wurde der neue Erlass vom Parlament beschlossen, doch die Re-

ferendumsfrist läuft noch).<sup>159</sup> Während eine Vorberücksichtigung bei einer Bestätigung der bisherigen Rechtsprechung infrage kommen kann, darf eine *Praxisänderung generell nicht* mit Normänderungen begründet werden, die im Zeitpunkt des Entscheids (noch) nicht in Kraft sind.<sup>160</sup>

## 5. Funktionale Auslegung?

Primär zum *Wirtschaftsrecht* wird eine *funktionale Auslegung* (als «wirtschaftsrechtlicher Funktionalismus» bezeichnet) debattiert.<sup>161</sup> Die Lehre, die sich seit den 1980er-Jahren, wenn auch mit abnehmender Intensität (und Emotionalität), mit den entsprechenden Thesen befasst, spricht – ähnlich wie bei der wirtschaftlichen Betrachtungsweise<sup>162</sup> – von einer «bereichsbezogenen Sondermethodik».<sup>163</sup> Ein zentrales Problem besteht darin, dass zur funktionalen Auslegung *fast alles offen, unklar und umstritten* erscheint.

In der *Doktrin* besteht selbst Uneinigkeit zu den Grundfragen, wie beispielsweise über den Inhalt, die Positionierung<sup>164</sup> oder den Geltungsbereich der funktionalen Auslegung.<sup>165</sup> Während die ältere Lehre solche Fragen detailliert abhandelte,<sup>166</sup> setzen sich die jüngeren Publikationen – wenn überhaupt – selten und nur am Rande damit auseinander.<sup>167</sup> Meines Wissens gibt es bis anhin *keine*

<sup>159</sup> Emmenegger (Fn. 150) 373; Kramer (Fn. 8) 230; bedenklich – und m. E. sogar *unzulässig* – wäre eine «richterliche Rezeption rechtspolitisch noch kontroverser (oder gar von den Räten bereits negativ beurteilten) Vorlagen» (a. a. O. 231).

<sup>160</sup> Ähnlich BGE 110 II 296 Erw. 2.a: «Mitzuberücksichtigen ist schliesslich auch eine zu erwartende Gesetzesrevision (...), insbesondere wenn mit ihr nicht das gegenwärtige System geändert, sondern gerade *Lücken* des geltenden Rechts *unter prinzipieller Beibehaltung der Grundlagen ausgefüllt* werden sollen» (Hervorhebungen hinzugefügt); anders das Bundesgericht im Jahr 2015, als es seine strenge Praxis zur Löschung von ungerechtfertigten Betreibungen vor diesem Hintergrund änderte bzw. lockerte: BGE 141 III 77 Erw. 2.6.2 a.A. («gesetzgeberische Bestrebungen [...] im Gange»).

<sup>161</sup> Walter R. Schlupe, Über Funktionalität im Wirtschaftsrecht, in: FG zum Schweizerischen Juristentag 1994 (Zürich 1994) 173 ff.; ders. (Fn. 8) N 1868 sowie N 1937 ff.; Kramer (Fn. 8) 185; Höhn (Fn. 8) 224 f.; zum «functional approach» ebenfalls Baudenbacher (Fn. 102) 429: «When enacting new law and interpreting existing law, the legislature and the judiciary respectively must choose the solution which presumably contributes best to the implementation of the *economic system* or sub-system» (Hervorhebung im Original); kritisch: Ernst Brem, Funktionale Rechtsanwendung und Interessenjurisprudenz, in: Beiträge zur Methode des Rechts (Bern 1981) 87 ff.

<sup>162</sup> Vgl. dazu hinten B. II. 6.

<sup>163</sup> Kramer (Fn. 8) 185.

<sup>164</sup> Nach Schlupe (Fn. 161) 177 verdrängt die funktionale Auslegung den traditionellen Auslegungskanon nicht, sondern stellt einen *zusätzlichen Topos* zur Bewältigung des *Rangproblems* dar.

<sup>165</sup> Während sich Schlupe (Fn. 8) N 1868 sowie Carl Baudenbacher, Lauterkeitsrecht (Basel 2001) N 47 zu Art. 1 KG für eine Anwendbarkeit des Funktionalismus im *gesamten Wirtschaftsrecht* aussprechen, fokussieren sich die meisten Autoren auf das *Wettbewerbsrecht*; als Auswahl: Markus Ruffner, Funktionale Konkretisierung der Schlüsselartikel des neuen schweizerischen Kartellgesetzes (Diss. Zürich 1989) 25 ff.; generell: Kramer (Fn. 8) 185.

<sup>166</sup> Statt aller: Schlupe (Fn. 161) 173 ff.

<sup>167</sup> Sich vertieft mit der Funktionalität befassend immerhin: Peter Hettich, Wirksamer Wettbewerb – Theoretisches Konzept und Praxis (Diss. St. Gallen 2002) N 642 ff.

<sup>151</sup> BGE 118 II 175 Erw. 2; ähnlich die h. L.: Emmenegger (Fn. 150) 370 m. w. H. in Fn. 9.

<sup>152</sup> BGE 60 II 321 Erw. 4. a.E. («Rechtskontinuität»); BGE 110 II 296 Erw. 2.a; BGE 119 II 462 Erw. 3.a; BGE 124 II 201 Erw. 5.d («Art geltungszeitlicher im Hinblick auf die veränderten Umstände oder ein gewandeltes Rechtsverständnis»); anders: BGE 118 II 175 Erw. 2; ausserdem: BGE 137 III 361 Erw. 4.6; BGE 136 III 13 f. Erw. 6; BGE 136 III 446 Erw. 3.6 (zum Bucheffektenrecht); generell: Hans Michael Riemer, Neuere privatrechtliche Bundesgerichtsentscheide zur Vorwirkung von Gesetzen, recht 11 (1993) 223 ff.; grundlegend zur Gerichtspraxis: Emmenegger (Fn. 150) 369 ff.

<sup>153</sup> Im Detail: Emmenegger/Tschentscher (Fn. 8) N 333 ff. m. w. H. zu Art. 1 ZGB; Emmenegger (Fn. 150) 367 ff.; Kramer (Fn. 8) 229 ff.; zudem: Kunz (Fn. 9) Rz. 29 ff.

<sup>154</sup> Emmenegger (Fn. 150) 368 ad Anm. 3 sowie 369 ad Anm. 5.

<sup>155</sup> Detailliert: Emmenegger (Fn. 150) 370 ff. m. w. H.

<sup>156</sup> BGE 118 II 466 f. Erw. 4.b.

<sup>157</sup> BGE 110 II 298 Erw. 2.e.

<sup>158</sup> Kunz (Fn. 9) Rz. 31 (Hervorhebung im Original).

*Praxis*, die explizit Bezug nimmt auf eine funktionale Auslegung.

*Inhaltlich* soll funktionale Auslegung bedeuten, dass bei Norminterpretationen zu fragen ist, «welchen Beitrag die auszulegende Norm zur Realisierung der Wirtschaftsverfassung leisten» kann oder muss.<sup>168</sup> Insofern soll die *schweizerische Wirtschaftsverfassung* – also etwa Art. 26 BV (Eigentumsgarantie), Art. 27 BV (Wirtschaftsfreiheit) oder Art. 28 BV (Koalitionsfreiheit) – sozusagen als *Leitstern der Norminterpretation* betrachtet werden.

Zumindest *irritierend* erscheint die *Ergebnisorientiertheit* der funktionalen Auslegung;<sup>169</sup> ein solcher Ansatz stellt eine Verletzung der Gewaltenteilung zwischen Rechtssetzung und Rechtsanwendung dar.<sup>170</sup> Deshalb kann nicht erstaunen, dass der Funktionalismus in der Doktrin teils scharf kritisiert<sup>171</sup> und in der Rechtsanwendungspraxis ignoriert wird. Meines Erachtens kann die funktionale Auslegung *nicht generell* zur Anwendung gelangen, drohen für Rechtsanwendungen ansonsten methodische Belibigkeiten sowie Rechtsunsicherheiten.<sup>172</sup>

## 6. Wirtschaftliche Betrachtungsweise?

Bei einer *wirtschaftlichen Betrachtungsweise* gelangt das *Motto*: «*Substance over Form*» zur Anwendung.<sup>173</sup> D. h., tatsächliche Gegebenheiten statt formale Aspekte sind ausschlaggebend, und es kommt sozusagen zu einer «Gesamtbetrachtung». Gerade im Bereich des *Wirtschaftsrechts* dürfte es naheliegend sein, ökonomischen Gesichtspunkten ein besonderes Gewicht zu geben.<sup>174</sup> Die *Rechtssetzung* kann eine *legislative wirtschaftliche Betrachtungsweise* durch Normgestaltung vorsehen, was jedoch relativ selten der Fall ist.<sup>175</sup>

Unabhängig von der konkreten legislativen Ausgestaltung stellt sich die Frage, ob die *Rechtsanwendung generell* eine *wirtschaftliche Betrachtungsweise* bei der Normauslegung vornehmen darf.<sup>176</sup> Die Doktrin handelt diese Thematik, teils im Zusammenhang mit dem teleologischen Auslegungselement, als «bereichsbezogene Sondermethodik» ab.<sup>177</sup> Im Übrigen erscheint die *Lehre gespalten*, ob die Frage zu bejahen oder zu verneinen ist.<sup>178</sup>

In der *wirtschaftsrechtlichen Praxis* kommen wirtschaftliche Betrachtungsweisen nicht selten vor, notabene regelmässig initiiert durch die Behörden.<sup>179</sup> Von besonderer Bedeutung in der Wirtschaftsrealität sind das Steuerrecht, das Finanzmarktrecht, das Gesellschaftsrecht sowie das Konzernrecht.<sup>180</sup> Methodisch scheint die *Abgrenzung zur Rechtsumgehung* nicht klar und eindeutig;<sup>181</sup> auffällig erscheint dies im Bereich des Steuerrechts (sc. Steuerumgehung), nämlich z. B. betreffend *Durchgriff* einerseits<sup>182</sup> oder *Mantelhandel* andererseits.<sup>183</sup>

Das *Bundesgericht* zeigt sich zumindest *restriktiv*, indem es festhält: «Eine wirtschaftliche Betrachtungsweise wäre allenfalls dann möglich, wenn das Gesetz selber einen wirtschaftlichen Anknüpfungspunkt wählt, (...) oder wenn eine Gesetzesumgehung (...) vorläge.»<sup>184</sup> Mit anderen Worten wird eine wirtschaftliche Betrachtungsweise *ohne legislative Basis abgelehnt*.

Meines Erachtens gibt es *keine generelle wirtschaftliche Betrachtungsweise* im Rahmen der *Rechtsanwendung*, was ebenfalls für das Wirtschaftsrecht zu gelten hat.<sup>185</sup> Es besteht somit kein Ansatzpunkt für eine Sondermethodik in dieser Hinsicht. Befürchtungen für eine (allzu) freie Normauslegung<sup>186</sup> scheinen nicht unbegründet zu sein. Aus Gründen der *Gewaltenteilung* hat der

<sup>176</sup> Hinweise: Kunz (Fn. 9) Rz. 22 ff.

<sup>177</sup> Kramer (Fn. 8) 185; allg.: Lanz, (Fn. 173) 171 ff. m. w. H.

<sup>178</sup> Kunz (Fn. 9) Rz. 24 m. w. H.

<sup>179</sup> Vgl. dazu vorne A. II. 2. a).

<sup>180</sup> Zur *konzernrechtlichen Gesamtbetrachtung*: Peter V. Kunz, Grundlagen zum Konzernrecht der Schweiz (Bern 2016) N 245 ff.

<sup>181</sup> M. E. stellen Rechts- bzw. Gesetzesumgehungen auf der einen Seite sowie wirtschaftliche Betrachtungsweisen auf der anderen Seite *keine Synonyme* dar.

<sup>182</sup> Marlene Kobierski, Der Durchgriff im Gesellschafts- und Steuerrecht (Diss. Bern 2012) 50 ff.

<sup>183</sup> Beim Mantelhandel (Florian S. Jörg, Gründerhaftung: Vorratsgründung und Mantelhandel, in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX [Bern 2014] 61 ff.) kann eine Steuerumgehung vorliegen; das Bundesgericht hält fest: «Die Veräusserung eines Aktienmantels – das heisst, der Verkauf der Aktien einer in liquide Form gebrachten, aber juristisch nicht aufgelösten Aktiengesellschaft, die als wesentliche Aktiven Forderungen, Geld, Wertpapier u. dgl. besitzt – wird in wirtschaftlicher Betrachtungsweise einer (faktischen) Liquidation mit anschliessender Neugründung gleichgestellt» (BGer 2C\_566/2010 vom 5. Januar 2011: Erw. 2.2).

<sup>184</sup> BGE 126 III 466 Erw. 3. b.

<sup>185</sup> Kunz (Fn. 9) Rz. 25; zurückhaltend: Jean Nicolas Druey/Eva Druey Just/Lukas Glanzmann, Gesellschafts- und Handelsrecht (11. A. Zürich 2015) N 68.

<sup>186</sup> Hans Michael Riemer, «Wirtschaftliche Betrachtungsweise» bei der Auslegung im Privatrecht (Gesetze und Rechtsgeschäfte)?, in: FG zum Schweizerischen Juristentag 1994 (Zürich 1994) 136.

<sup>168</sup> Schluep (Fn. 8) N 1937; ähnlich: Baudenbacher (Fn. 102) 429.

<sup>169</sup> Hinweise zur Ergebnisorientierung: Hettich (Fn. 167) N 642.

<sup>170</sup> Gl. M.: Herbert Wohlmann, Zur funktionalen Auslegung im Kartellrecht, in: FS für A. Meier-Hayoz (Bern 1982) 471.

<sup>171</sup> Detaillierte Übersicht: Hettich (Fn. 167) N 647 ff. («Fehlen methodischer Eigenheiten», «Fehlende Sozialbindung subjektiver Rechte», «Ausklammerung von Gerechtigkeitsüberlegungen» etc.).

<sup>172</sup> Dass zur Eruiierung des Normverständnisses ein verfassungsrechtliches System herangezogen wird, erscheint naheliegend; insofern handelt es sich m. E. um eine *Art verfassungskonforme Auslegung*.

<sup>173</sup> Statt aller: Kramer (Fn. 8) 185 sowie 227 f.; Emmenegger/Tschentscher (Fn. 8) N 329 ff. zu Art. 1 ZGB; Schluep (Fn. 8) N 1089 f., N 1827 sowie N 1831; generell: Thomas Jutzli, Unternehmenspublizität (Habil. Bern 2017) N 109 ff.; Umschreibung bei Raphael Lanz, Die wirtschaftliche Betrachtungsweise im schweizerischen Privatrecht (Diss. Bern 2000) 2: «durch die äussere Form hindurchdringende materielle Würdigung».

<sup>174</sup> Hierzu: Stefan Grundmann, Methodenpluralismus als Aufgabe – Zur Legalität von ökonomischen und rechtsethischen Argumenten in Auslegung und Rechtsanwendung, *RabelsZ* 61 (1997) 430 f.

<sup>175</sup> Beispiele sind Art. 697j Abs. 1/Abs. 2 OR sowie Art. 697l Abs. 1/Abs. 2 OR; sollte die Rechtssetzung eine wirtschaftliche Betrachtungsweise vorsehen, muss dies von der *Rechtsanwendung vollzogen* werden.

Rechtsanwender erneut primär die legislativen Vorgaben zu beachten und nicht nach eigenem (willkürlichen) Gut- oder Schlechtdünken zu interpretieren.

### 7. Ethische Auslegung?

In der moralgetränkten Atmosphäre zu Beginn des 21. Jahrhunderts scheint en vogue, die Wirtschaft – und damit das *Wirtschaftsrecht* – unter dem Aspekt der *Ethik* (Moral, Fairness, Gerechtigkeit, Nachhaltigkeit etc.) zu betrachten. Damit sind verschiedene Fragen verbunden: «Die erste Grundsatfrage lautet: Was ist überhaupt Ethik – wo liegen deren Grenzen, was macht den Inhalt aus, und was sind die Konsequenzen «unethischen» Verhaltens? (...) Die zweite Grundsatfrage ist: Wer entscheidet darüber – die «Mehrheit» bzw. «Vox populi», oder gibt es anerkannte «Sittenwächter» bzw. «Moralapostel» (...).»<sup>187</sup>

Im vorliegenden Zusammenhang erscheint eine dritte Grundsatfrage wichtig: «Auf welche «Rechtsaktivitäten» bezieht sich die «Ethikdebatte» – geht es um Rechtssetzung oder um Rechtsanwendung (oder um beides)?»<sup>188</sup> Die Rechtssetzung sieht verschiedene legislative Einfallstore betreffend Ethik in der Rechtsanwendung vor.<sup>189</sup> Im Bereich der Norminterpretation stellt sich zusätzlich die Frage, ob es generell ein *ethisches Auslegungselement* gibt.<sup>190</sup>

Es dürfte gänzlich unbestritten sein, dass die Ethikdebatte – zumindest – zur Rechtspolitik und damit zur *Rechtssetzung* gehört.<sup>191</sup> Im Bereich des *Gesellschaftsrechts* ist dies offensichtlich; es geht dabei beispielsweise um rechtspolitische Themen wie Nachhaltigkeit der Unternehmensführung,<sup>192</sup> Diversität in Verwaltungsräten,<sup>193</sup> Unternehmensspenden<sup>194</sup> oder Corporate Social Responsibility (CSR)<sup>195</sup>. Für das *Konzernrecht* soll die «Konzernverantwortungsinitiative»<sup>196</sup> eine spezifische Un-

ternehmenspflicht zur Beachtung der Menschenrechte<sup>197</sup> sowie des Umweltschutzes einführen. In anderen *wirtschaftsrechtlichen Teilrechtsgebieten* werden vergleichbare Ethikdebatten geführt.<sup>198</sup>

In der *Rechtsanwendung* werden ethische Aspekte, unabhängig von einer spezifischen Normativgrundlage, kaum erwähnt. Das *Bundesgericht* machte im Jahr 1998 eine (zu) umfassende Feststellung,<sup>199</sup> allerdings ohne konkrete Folgen für die Norminterpretation. Die *Doktrin* postuliert vereinzelt eine «Gerechtigkeitsauslegung»,<sup>200</sup> bleibt indes im Grossen und Ganzen unbestimmt und unklar, sodass sich keine Lehrmeinung feststellen lässt.

Meines Erachtens muss ein *ethisches Auslegungselement abgelehnt* werden: «Eine solche Argumentationslinie wurde mindestens bis anhin in der Schweiz nicht weiterentwickelt, und zwar mit gutem Grund. Sollte «Ethik als solche» in die Rechtsfindung einfließen, und zwar *losgelöst von positivem Recht*, könnte dies – angesichts z. B. der Unklarheiten, was Ethik bedeutet – zu arbiträren Ergebnissen führen, die mit der Rechtssicherheit unvereinbar wären. (...); eine «moralische Interpretation» durch Gerichte oder durch Behörden, unbeschrieben der zugrundeliegenden Regulierung (allenfalls Selbstregulierung), ist unzulässig.»<sup>201</sup>

### 8. Konzern-teleologische Auslegung?

Der Konzern bzw. die Unternehmensgruppen sind eine Mehrheit von rechtlich selbständigen Gesellschaften unter einer einheitlichen Leitung. Die Betrachtung betreffend die Konzerne schwankt zwischen «Einheit» (Gesamtbetrachtung) und «Vielheit» (Einzelbetrachtung); die Rede ist von einem «Konzernparadoxon». Ob das Trennungsprinzip, das im Konzernrecht vorherrscht, durchbrochen werden kann, wird intensiv diskutiert.

Vor diesem Hintergrund wird von einem Teil der *Doktrin* gefordert, die Konzernrechtsnormen entsprechend zu interpretieren und eine konzern-teleologische Auslegung vorzunehmen. Der Leitern für entsprechende Norminterpretationen soll der Schutz der Minderheitsgesellschafter sowie

<sup>187</sup> Peter V. Kunz, Wirtschaftsethik durch Wirtschaftsrecht?, in: Berner Gedanken zum Recht (Bern 2014) 222 (Hervorhebungen im Original).

<sup>188</sup> Kunz (Fn. 187) 222 (Hervorhebung im Original).

<sup>189</sup> Gesetzliche Generalklauseln (z. B. Treuepflicht: Art. 717 Abs. 1 OR), Bezug zur Sittlichkeit oder auf die «guten Sitten» (Art. 20 Abs. 1 OR, Art. 41 Abs. 2 OR) etc.; allg.: Kunz (Fn. 187) 220.

<sup>190</sup> Generell: Grundmann (Fn. 174) 423 ff.

<sup>191</sup> Hinweise: Kunz (Fn. 187) 223 f.

<sup>192</sup> Als Beispiel: Ursula Brunner, Nachhaltigkeitsberichterstattung, in: FS für R. H. Weber (Bern 2011) 255 ff.; zudem: Kunz (Fn. 187) 227 f.

<sup>193</sup> Der Bundesrat beabsichtigt, im Rahmen der aktuellen «grossen» *Aktienrechtsrevision* (BBl 2017 399 ff. [Botschaft] sowie 683 ff. [Entwurf]) eine «Geschlechterquote» für Verwaltungsräte und für Geschäftsleitungen in gewissen Grossunternehmen einzuführen, was rechtspolitisch *nicht unumstritten* ist.

<sup>194</sup> Kunz (Fn. 187) 226 f.; Rolf Watter/Thomas Rohde, Die Spendenkompetenz des Verwaltungsrates, in: FG zum Schweizerischen Juristentag 2006 (Zürich 2006) 329 ff.

<sup>195</sup> Statt aller: Kunz (Fn. 187) 231 ff. m. w. H.

<sup>196</sup> Diese eidgenössische Volksinitiative wurde im Jahr 2015 lanciert und ist momentan pendent; zum Initiativtext: BBl 2015 3247; hierzu: Kunz (Fn. 180) N 59/N 68.

<sup>197</sup> Generell: Peter Forstmoser, Schutz der Menschenrechte – eine Pflicht für multinationale Unternehmen?, in: Liber Amicorum für A. Donatsch (Zürich 2012) 703 ff.; Christine Kaufmann, Wirtschaft und Menschenrechte – Anatomie einer Beziehung, AJP 22 (2013) 744 ff.

<sup>198</sup> Ausgewählte Übersichten z. B. zum *Finanzmarktrecht*, zum *Immaterialgüterrecht* oder zum *Steuerrecht*: Kunz (Fn. 187) 219.

<sup>199</sup> BGE 124 III 303 Erw. 5.e: «Das Recht will nur ein ethisches Minimum gewährleisten.»

<sup>200</sup> René A. Rhinow, Rechtsetzung und Methodik. Rechtstheoretische Untersuchungen zum gegenseitigen Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsanwendung (Habil. Basel 1979) 105: «Der Einbezug von Elementen der Gerechtigkeit im Konkretisierungsprozess dient der Gewinnung vernünftigen, der Sache angemessenen, richtigen Rechts.»

<sup>201</sup> Kunz (Fn. 187) 225 (Hervorhebung im Original).

der Gläubiger sein. Die methodische Diskussion steckt heute (noch) in den Anfängen, zeigt indes interessante Perspektiven auf. Meines Wissens wurde die Thematik von der Praxis der Behörden oder der Gerichte bis anhin nicht aufgenommen.

### III. Sonderthemen

#### 1. Business Judgment Rule

Die *Business Judgment Rule* (BJR) gehört zwar *nicht zur Methodik i. e. S.*, stellt jedoch eine wirtschaftsrechtliche Rechtsanwendungsregel – in erster Linie im Bereich des Gesellschaftsrechts – dar.<sup>202</sup> Es handelt sich um eine «Immunitätsregel» («kein Privileg»)<sup>203</sup> für potenziell haftpflichtige Personen. Die Gerichte zeigen insofern eine *richterliche Zurückhaltung* («judicial restraint»), und zwar mit Bezug auf Geschäftsentscheidungen durch Führungspersonal von Unternehmen. Die BJR bedeutet eine «*Willkürkognition*» im Zusammenhang primär mit aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklagen (Art. 754 ff. OR)<sup>204</sup>.

Die BJR, die in der Doktrin nicht gänzlich unbestritten ist, stellt ein *prototypisches Beispiel* für einen gerichtlichen Praxisbezug sowie für eine pragmatische Betrachtungsweise<sup>205</sup> zum Wirtschaftsrecht dar. Das *Bundesgericht* hat mit der BJR, gerade in seiner jüngeren Praxis,<sup>206</sup> für die finanzielle Verteidigung insbesondere von Verwaltungsratsmitgliedern einen *spezifischen Hürdenlauf* entwickelt. Das bundesgerichtliche Prüfungsprogramm lautet:

«Das Bundesgericht anerkennt mit der herrschenden Lehre, dass die Gerichte sich bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheidungen Zurückhaltung aufzuerlegen haben, die in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidungsprozess zustande ge-

<sup>202</sup> Für die Schweiz statt vieler: *Alex Christen*, «Quo vadis, BJR?» Grundsätzliche Gedanken zur aktuellen Position und zur Zukunft der Business Judgment Rule (...), *AJP* 24 (2015) 123 ff.; *Jean Nicolas Druey*, Standardisierung der Sorgfaltspflicht? Fragen zur Business Judgment Rule, in: FS für W. Goette (München 2011) 57 ff.; *Peter V. Kunz*, Business Judgment Rule (BJR) – Fluch oder Segen?, *SZW* 86 (2014) 274 ff.; die BJR kommt ebenfalls in zahlreichen *ausländischen Rechtsordnungen* vor (in einigen Ländern – beispielsweise in Deutschland, in Österreich sowie in Liechtenstein – allerdings basierend auf *Rechtssetzungen* statt – wie in der Schweiz – auf *Rechtsanwendungen*).

<sup>203</sup> *Druey* (Fn. 202) 69.

<sup>204</sup> Zurückhaltung der Gerichte kommt bei weiteren aktienrechtlichen Klagen vor, insbesondere bei den *Anfechtungsklagen* (Art. 706 f. OR: *Böckli* [Fn. 14] § 13 N 582; *Alexander Nikitine*, Die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR als Folge unternehmerischer Fehlentscheidungen – Konzeption und Ausgestaltung der «Business Judgment Rule» [...] [Diss. Zürich 2007] 130 ff.) sowie bei den *Informationsklagen* (Art. 697 Abs. 4 OR).

<sup>205</sup> Vgl. dazu vorne B. II. 2.

<sup>206</sup> Das Bundesgericht anerkennt die BJR seit einigen Jahren zwar *nicht expressis verbis*, indes mindestens inhaltlich: z. B. BGE 139 III 26 Erw. 3.2.

kommen sind.»<sup>207</sup> Wenn sämtliche vier Voraussetzungen erfüllt sind, *muss* das Gericht eine *richterliche Zurückhaltung* wahrnehmen. Dies bedeutet, dass der Richter den «Geschäftsentscheidungen in inhaltlicher Hinsicht lediglich darauf [prüfen darf], ob er als *vertretbar* erscheint».<sup>208</sup>

#### 2. Selbstregulierungen

Die Interpretationsmethodik bezieht sich auf die Rechtssetzung oder m. a. W. auf die *Regulierung*. Nebst solchen hoheitlichen Eingriffen spielt im Wirtschaftsrecht – v. a. im Finanzmarktrecht<sup>209</sup> sowie im Gesellschaftsrecht<sup>210</sup> – die *Selbstregulierung* ebenfalls eine bedeutende Rolle<sup>211</sup>. Unter Selbstregulierungen werden nicht-hoheitliche «Erlasse» durch private Selbstregulatoren<sup>212</sup> verstanden. Dabei werden die *echten* Selbstregulierungen<sup>213</sup> einerseits und die *unechten* Selbstregulierungen<sup>214</sup> andererseits unterschieden. Im Hinblick auf Selbstregulierungen sind *methodische Fragestellungen* zu beantworten:

Eine *erste Frage* geht dahin, *wie Selbstregulierungen ausgelegt* werden müssen, also nach der Methodik der Gesetzesinterpretation oder nach der Methodik der Vertragsauslegung.<sup>215</sup> Die Lehre scheint davon auszugehen, dass Selbstregulierungen, die eher einem Gesetz als einem Vertrag ähneln, *wie Regulierungen ausgelegt* werden müssen.<sup>216</sup> Meines Erachtens muss dies *abgelehnt* werden, d. h., Selbstregulierungen sind vielmehr generell *wie Verträge* zu interpretieren. Kaum strittig sein dürfte dies bei *echten* Selbstregulierungen

<sup>207</sup> BGE 139 III 26 Erw. 3.2 a. E.; derselbe Textbaustein wurde bereits verwendet in BGER 4A\_375/2012 vom 20. November 2012: Erw. 3.2.

<sup>208</sup> BGER 4A\_219/2015 vom 8. September 2015: Erw. 4.2.1 (Hervorhebung hinzugefügt); ausserdem BGER 4A\_626/2013, BGER 4A\_4/2014 vom 8. April 2014: Erw. 7.

<sup>209</sup> Statt vieler zu den finanzmarktrechtlichen Selbstregulierungen: *Peter V. Kunz*, Kreuzfahrt durch's schweizerische Finanzmarktrecht (Bern 2014) 31 ff.; *ders.* (Fn. 2) N 151 ff.

<sup>210</sup> Im gesellschaftsrechtlichen Vordergrund steht *Corporate Governance*: *Peter V. Kunz*, Corporate Governance – Tendenz von der Selbstregulierung zur Regulierung, in: FS für P. Böckli (Zürich 2006) 482 ff.

<sup>211</sup> Grundlegend: *Pascal Zysset*, Selbstregulierung im Finanzmarktrecht (Diss. Bern 2017) *passim*.

<sup>212</sup> Beispiele: Schweizerische Bankiervereinigung (SBVg), Swiss Funds & Asset Management Association (SFAMA), Swiss Exchange (SIX) sowie Treuhandkammer.

<sup>213</sup> Bei der *echten Selbstregulierung* gibt es *überhaupt keine hoheitlichen* Vorgaben oder Interventionen, d. h., die entsprechenden «Privatregeln» sind freiwillig und werden von einem Privaten autonom «erlassen»; Beispiel: Swiss Code of Best Practice (SCBP) von Economiesuisse.

<sup>214</sup> In Bezug auf *unechte Selbstregulierungen* bestehen *hoheitliche* Vorgaben bzw. Interventionsmöglichkeiten, also beispielsweise eine staatliche Genehmigung der Selbstregulierung; Beispiel: Kotierungsreglemente von privaten Börsen (als Selbstregulatoren) müssen von der *FINMA genehmigt* werden (Art. 27 Abs. 4 FinfraG).

<sup>215</sup> Art. 18 OR: Willensprinzip sowie Vertrauensprinzip; eine vergleichbare Fragestellung besteht bei der *Auslegung von Statuten*: Vgl. dazu vorne A. I. Fn. 14.

<sup>216</sup> In diesem Sinne: *Zysset* (Fn. 211) N 208 m. w. H. in Anm. 553.

gen, bei denen überhaupt keine hoheitlichen Einflüsse bestehen; doch nicht anders verhält es sich bei *unechten* Selbstregulierungen, weil deren staatliche Genehmigung o.Ä. trotzdem keine Rechtsnorm schafft.

Teils werden Selbstregulierungen durch Regulierungen ersetzt, teils bestehen sie parallel nebeneinander. Es stellt sich somit eine *zweite Frage*, nämlich ob die *Selbstregulierung als Auslegungshilfe* zur Interpretation der Regulierung herangezogen<sup>217</sup> werden kann.<sup>218</sup> Meines Erachtens darf eine Selbstregulierung *nicht generell* für Norminterpretationen nutzbar gemacht werden,<sup>219</sup> sondern nur, aber immerhin, wenn sich in der (parallelen oder allein weiterbestehenden) Regulierung ein entsprechendes *Einfallstor* findet;<sup>220</sup> als legislative «Türöffner» infrage kommen beispielsweise Verweisungen<sup>221</sup> oder echte Lücken<sup>222</sup> in der Rechtssetzung.<sup>223</sup>

### 3. Prinzip «*singularia non sunt extenda*»

Eine wichtige Maxime zur Norminterpretation stellt das Prinzip «*singularia non sunt extenda*» dar. Damit gelangt eine Prioritätenordnung betreffend «Regel» und «Ausnahme» zum Ausdruck, notabene für die Rechtsanwendungen. Diese Maxime bedeutet im Wesentlichen, dass *Ausnahmebestimmungen generell restriktiv* interpretiert werden müssen.<sup>224</sup>

<sup>217</sup> Hierzu bereits: Peter V. Kunz, Zehn bemerkenswerte Auffälligkeiten bei den Revisionen der letzten Jahre im schweizerischen Gesellschaftsrecht, SJZ 104 (2008) 566; ders. (Fn. 210) 495 f.; nunmehr: Zysset (Fn. 211) N 341 ff.

<sup>218</sup> Es handelt sich nicht um ein bloss theoretisches Thema; praxisrelevant dürfte die Frage etwa für den Fall sein, dass eine *echte Selbstregulierung kodifiziert* wird: Zysset (Fn. 211) N 341 Fn. 935/N 369.

<sup>219</sup> Prinzipiell zurückhaltend: Kunz (Fn. 210) 487.

<sup>220</sup> Kunz (Fn. 217) 566; insofern verhält es sich in diesem Bereich gleich wie für die *Rechtsvergleichen*, also die *Nutzbarmachung ausländischen Rechts*: Vgl. dazu vorne B. II. 1.; es «muss anhand der herkömmlichen Auslegungselemente beurteilt werden, ob die frühere Selbstregulierung Einlass in die Rechtsanwendung findet»: Zysset (Fn. 211) N 342 (es geht also um ein «Einfallstor»: a. a. O. a. E.).

<sup>221</sup> Sollte die Rechtsnorm auf *Standards verweisen*, dann könnte damit allenfalls eine Selbstregulierung gemeint sein: «Meines Erachtens kann sich eine Selbstregulierung, die in der Schweiz weit verbreitet ist und allgemein anerkannt wird, durchaus zu einem Standard entwickeln, der de lege lata berücksichtigt werden muss» (Kunz [Fn. 217] 566; Hervorhebungen des Originals weggelassen).

<sup>222</sup> Das Gericht kann eine *Selbstregulierung* im Rahmen einer *richterlichen Lückenfüllung* im Rahmen von Art. 1 Abs. 2 ZGB heranziehen: Kunz (Fn. 217) 566 ad Anm. 126; ders. (Fn. 210) 487 sowie 495 f.; nach Zysset (Fn. 211) N 343 besteht *keine Pflicht*, sondern ein *Erkennen des Rechtsanwenders*.

<sup>223</sup> Bei der *Auslegung von Generalklauseln* (z. B. Sorgfaltspflichten: Art. 717 Abs. 1 OR) dürfen Selbstregulierungen ebenfalls berücksichtigt werden, «wenn sie Ausdruck einer allgemeinen Akzeptanz bei den Adressaten darstellen»: Kunz (Fn. 217) 566 ad Anm. 127; ebenso: ders. (Fn. 210) 487; m. E. können unter dem Aspekt von «*nulla poena sine lege*» (Art. 1 StGB) indes *Selbstregulierungen* sicherlich *nicht in Strafverfahren* als Interpretationshilfen für Strafnormen herangezogen werden (a. M.: Zysset [Fn. 211] N 536).

<sup>224</sup> Statt aller: Peter V. Kunz, Zu «Exit» und «Voice»: Grundmechanismen des Minderheitenschutzes bzw. des Aktionärsschutzes, in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XI (Bern 2016) 40.

Dies trifft m. E. nicht allein, aber ebenfalls im Zusammenhang mit dem *Wirtschaftsrecht* zu.

Die Interpretationsmaxime einer einschränkenden Normauslegung wird vom *Bundesgericht* in ständiger Praxis bestätigt (Beispiel: «eine Ausnahmenvorschrift darstellt [...] und nach der Rechtsprechung daher eng auszulegen ist»)<sup>225</sup> Die *Lehre* anerkennt das Prinzip «*singularia non sunt extenda*» ebenfalls als einen wichtigen Auslegungsgrundsatz;<sup>226</sup> ersichtlich wird dies z. B. im *Gesellschaftsrecht*, für das einige *Ausnahmeregel* zu erwähnen sind:<sup>227</sup>

Die Ausnahmeordnung der *erleichterten Fusion* gemäss Art. 23 f. FusG darf – als erstes Beispiel – nicht ausgedehnt werden auf die anderen umstrukturierungsrechtlichen Transaktionen (Spaltung etc.).<sup>228</sup> Die *statutarische Vinkulierung von Namenaktien* bei Aktiengesellschaften stellt eine Ausnahme vom Veräusserungsrecht des Aktionärs an seinen Aktien dar,<sup>229</sup> was seinen «Exit» relativiert; vor diesem Hintergrund müssen – als zweites Beispiel – die Vinkulierungsnormen (Art. 685a ff. OR) einschränkend ausgelegt werden.<sup>230</sup>

### 4. Materielle Organschaft

Im *Gesellschaftsrecht* spielt die *Verantwortlichkeit der Organe* gemäss Art. 754 ff. OR eine zentrale Rolle. Dabei stehen formelle Organe – in erster Linie der Verwaltungsrat – im Vordergrund. Art. 754 Abs. 1 OR hält indes fest, dass zusätzlich «alle mit der Geschäftsführung (...) befassten Personen» verantwortlich sein können; aus dem *Begriff «befasst»* wird die Verantwortlichkeit *materieller Organe* abgeleitet.<sup>231</sup>

<sup>225</sup> BGE 116 II 435 Erw. 1. b a. E.; zudem: BGE 132 III 62 Erw. 6. 1.

<sup>226</sup> Hinweise: Kramer (Fn. 8) 224 ff.; Kunz (Fn. 224) 40.

<sup>227</sup> Unter dem früheren Aktienrecht gab es bei *zwei Aktionärsklagen* spezifische Kostentragungsnormen zulasten der *obsiegenden* Gesellschaft, was aussergewöhnlich war; diese beiden Regelungen (nämlich: Art. 706a Abs. 3 aOR zur Anfechtungsklage sowie Art. 756 Abs. 2 aOR zur Verantwortlichkeitsklage) wurden – als Ausnahmebestimmungen – restriktiv verstanden: Peter V. Kunz, Die Klagen im Schweizer Aktienrecht (Zürich 1997) 93 (kein «Analogieschluss») sowie 94 («Kosten-light»).

<sup>228</sup> Die *restriktive Auslegung* von Art. 23 f. FusG ist ein direkter Anwendungsfall des Prinzips «*singularia non sunt extenda*»: Kunz (Fn. 180) N 369/N 374.

<sup>229</sup> Peter V. Kunz, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht (Habil. Bern 2001) § 4 N 153: «Die freie Übertragbarkeit von Aktien stellt die Grundregel dar, die Vinkulierung die zentrale Ausnahme»; ders. (Fn. 224) 33 ff.

<sup>230</sup> Dies entspricht der h. M.; Hanspeter Kläy, Die Vinkulierung (Diss. Basel 1997) 135 ad Anm. 13 hält fest: «Die gesetzlichen Anforderungen an statutarische Vinkulierungsgründe und an die Verweigerung der Zustimmung zur Übertragung im Einzelfall sind (...) streng auszulegen» (Hervorhebung weggelassen); Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht (Bern 1996) § 44 N 159, Fn. 52 machen geltend, dass «Vinkulierungsgründe eher restriktiv zu verstehen» sind.

<sup>231</sup> Detailliert: Peter V. Kunz, Materielle Organschaft («faktische VR») (...), in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX (Bern 2014) 173 ff. m. w. H.

Der *revidierte Wortlaut* zur Organschaft des aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrechts – im «alten Aktienrecht (vor dem Jahr 1993) hiess es noch *«betraut» statt «befasst»* – wird durch eine *wirtschaftliche Betrachtungsweise* («Substance over Form»)<sup>232</sup> der Rechtsanwendung extensiv interpretiert. Meines Erachtens können vor diesem Hintergrund, trotz verbreiteter Kritik der Doktrin, selbst *Banken als Gläubiger* – z. B. im Zusammenhang mit *Sanierungsdarlehen* –, zur Verantwortung gezogen und somit schadenersatzpflichtig werden.<sup>233</sup>

### C. Schlussbemerkungen

Meines Erachtens besteht *keine Sondermethodik* im Hinblick auf die Interpretation von wirtschaftsrechtlichen Normen in der Schweiz. Immerhin sind verschiedene *methodische Besonderheiten* zum Wirtschaftsrecht und insbesondere zu einigen Teilrechtsgebieten erkennbar<sup>234</sup>, die «meist unbewusst» entstanden sein dürften.<sup>235</sup> Eine Sondermethodik besteht nur, aber immerhin, zum Steuerrecht.<sup>236</sup> Generell gelangt der *«pragmatische Methodenpluralismus»* des Bundesgerichts<sup>237</sup> ebenfalls bei der Auslegung von Wirtschaftsrecht zur Anwendung.

Der *Rechtsvergleichung* kommt ein hoher Stellenwert im Wirtschaftsrecht zu, insbesondere in der Rechtssetzung;<sup>238</sup> damit ausländische Normen bei der Rechtsanwendung bzw. bei der Interpretation schweizerischer Normen berücksichtigt werden können, braucht es ein *qualifiziertes legislatives Einfallstor* ins Schweizer Recht<sup>239</sup> (z. B. einen

autonomen Nachvollzug von Recht der EU).<sup>240</sup> Ohne entsprechende «ausländische Spuren» ist hingegen ein *rechtsvergleichendes Auslegungselement ausgeschlossen* für die Rechtsanwendung.<sup>241</sup>

Einige Aspekte der Methodik erscheinen heute dogmatisch (*noch*) *unzureichend entwickelt*. Methodische Skepsis sollte momentan wohl überwiegen, doch bleiben allfällige Forschungen zu diesen Themen abzuwarten; in diesem Zusammenhang können z. B. die *harmonische Auslegung* einerseits<sup>242</sup> sowie die *ethische Auslegung* andererseits<sup>243</sup> erwähnt werden.

Die *methodischen Besonderheiten*, die gerade im Bereich der Wirtschaftsrechtsinterpretation diskutiert werden, dürfen keinen «Sonderstatus» beanspruchen. Es muss auch im Wirtschaftsrecht primär das *Prinzip der Gewaltenteilung* beachtet werden, sodass der Rechtssetzer voranzugehen und der Rechtsanwender zu folgen hat. Vor diesem Hintergrund müssen m. E. verschiedene Besonderheiten *abgelehnt* oder mindestens *skeptisch betrachtet* werden.<sup>244</sup>

Die Diskussion über die Auslegungsmethodik darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass bei den Rechtsanwendungen *kein «mechanischer» Vorgang* vorliegt, der geradezu automatisch zu entweder «richtigen» oder eben zu «falschen» Ergebnissen führt. Jedem Rechtsanwendungsakt liegt vielmehr ein *gewisses Ermessen* zugrunde, das durch *persönliche Einschätzungen* des jeweiligen Rechtsanwenders (nicht zuletzt z. B. politische, ideologische oder soziale Ansichten) *beeinflusst* wird. Rechtsanwendung kann *niemals gänzlich wertfrei* erfolgen.<sup>245</sup>

<sup>232</sup> Vgl. dazu vorne B. II. 6.; hierzu: Kunz (Fn. 231) 189 ad Anm. 125; zudem: Andreas Länzlinger, Die Haftung des Kreditgebers (Diss. Zürich 1991) 193.

<sup>233</sup> Zur wirtschaftlichen Betrachtungsweise betreffend Gläubiger: Kunz (Fn. 231) 189 ad Anm. 125.

<sup>234</sup> Hierzu: Kunz (Fn. 1) 414; ders. (Fn. 2) N 32; ders. (Fn. 9) Rz. 32.

<sup>235</sup> Kunz (Fn. 9) Rz. 4.

<sup>236</sup> Vgl. dazu vorne A. III. 2.

<sup>237</sup> Vgl. dazu vorne B. I.

<sup>238</sup> Vgl. dazu vorne B. II. 1.

<sup>239</sup> Vgl. dazu vorne B. II. 1. a).

<sup>240</sup> Vgl. dazu vorne B. II. 1. b) aa).

<sup>241</sup> Vgl. dazu vorne B. II. 1. c).

<sup>242</sup> Vgl. dazu vorne B. II. 3.

<sup>243</sup> Vgl. dazu vorne B. II. 7.

<sup>244</sup> Dies trifft m. E. beispielsweise auf eine praxisorientierte bzw. realistische Auslegung (vgl. dazu vorne B. II. 2.), auf eine funktionale Norminterpretation (vgl. dazu vorne B. II. 5.) sowie auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise ohne legislative Basis (vgl. dazu vorne B. II. 6.) zu.

<sup>245</sup> Vor diesem Hintergrund erscheinen *Urteilsrezensionen* durch die Doktrin besonders bedeutsam.