

Peter V. Kunz

## **Methodische Besonderheiten bei Rechtsanwendungen im Wirtschaftsrecht – Überblick sowie Kritik**

---

Rechtsanwendungen durch Gerichte und durch Behörden folgen einer seit langer Zeit anerkannten Methodenlehre, nämlich im Wesentlichen dem «klassischen» Kanon von vier Auslegungselementen: Grammatik, Historie, Systematik sowie Teleologie. In der Praxis und in der Lehre haben sich zur Interpretation von Wirtschaftsrecht einige Besonderheiten entwickelt (z.B. rechtsvergleichende «Argumentationen», Praktikabilitäten oder wirtschaftliche Betrachtungsweisen), die dargestellt und kritisch gewürdigt werden sollen.

---

Zitiervorschlag: Peter V. Kunz, Methodische Besonderheiten bei Rechtsanwendungen im Wirtschaftsrecht – Überblick sowie Kritik, in: «Justice - Justiz - Giustizia» 2012/2

## Inhaltsübersicht

- I. Einführung
  - A. Wirtschaftsrecht
  - B. Rechtsanwendung
- II. Methodik
  - A. Pragmatischer Methodenpluralismus
  - B. Wirtschaftsrechtliche Besonderheiten
    - a) Rechtsvergleichung
    - b) Praktikabilität
    - c) Wirtschaftliche Betrachtungsweise
    - d) Harmonische Auslegung
    - e) Vorberücksichtigung künftiger Rechtssetzung
- III. Schluss

## I. Einführung

### A. Wirtschaftsrecht

[Rz 1] Es gibt *keine Legaldefinition(en)* zum Begriff «Wirtschaftsrecht»<sup>1</sup>, und zwar weder im Inland noch im Ausland. Realiter erweist sich mindestens in der Schweiz das Wirtschaftsrecht meist als *praxisorientiert* (nicht zuletzt in der Anwendung). Nichtsdestotrotz schafft die rechtstheoretische Debatte etwa zu Inhalt, zu Umfang oder zum Wesen des Wirtschaftsrechts eine *wissenschaftliche* Vertiefung, die unerlässlich erscheint.

[Rz 2] Das Wirtschaftsrecht (notabene «keineswegs ein abgeschlossenes Ganzes, sondern ein werdendes Recht»<sup>2</sup>) ist m.E. ein *eigenständiges Rechtsgebiet* – heute parallel zu und gleichberechtigt neben den traditionellen Rechtsgebieten (v.a. Privatrecht und öffentliches Recht) – und musste lange um seinen Platz in der Rechtswissenschaft kämpfen<sup>3</sup>. Es entwickelte sich allmählich, etwas trivialisiert, aus dem *privaten Handelsrecht* heraus<sup>4</sup> und nunmehr mit zunehmenden *öffentlichrechtlichen* Elementen (Stichwort: Regulierungen).

[Rz 3] Das Wirtschaftsrecht als Rechtsgebiet<sup>5</sup> besteht aus zahlreichen *Teilrechtsgebieten*<sup>6</sup>, die sich ihrerseits aus

verschiedenen *Unterteilrechtsgebieten*<sup>7</sup> zusammensetzen. M.a.W. müssen mehrere Ebenen berücksichtigt werden<sup>8</sup>. Meist beruht die konkrete wirtschaftsrechtliche Einteilung auf *gesetzlichen Grundlagen*, d.h. sie ist durch Rechtssetzung vorgegeben<sup>9</sup>. Die Kategorienbildungen basieren ausserdem auf didaktischen Überlegungen und werden nicht zuletzt in der akademischen *Forschung* sowie in der universitären *Lehre* übernommen<sup>10</sup>.

[Rz 4] Interpretationen von wirtschaftsrechtlichen Rechtssetzungen folgen an sich der «regulären» Methodik der Rechtsanwendung. Trotzdem fällt auf, dass sich verschiedene *methodische Besonderheiten* im Zusammenhang mit der Anwendung von Wirtschaftsrecht<sup>11</sup> entwickelt haben – wohl meist unbewusst durch die Rechtsanwender. Auf einige ausgewählte Themen (z.B. Rechtsvergleichung, Praktikabilität, wirtschaftliche Betrachtungsweise sowie harmonische Auslegung) soll im Folgenden hingewiesen werden<sup>12</sup>.

### B. Rechtsanwendung

[Rz 5] *Rechtsanwendung* ist mit Rechtssetzung, also mit dem Erlassen von generell-abstrakten Normen, verwandt und wird durch sie determiniert. Immerhin kann Rechtssetzung ebenfalls durch Rechtsanwendung beeinflusst werden. Rechtsanwendung stellt «im Ergebnis vollzogene Rechtssetzung»<sup>13</sup> dar. Es geht bei Rechtsanwendungen im Wesentlichen um einzelfallbezogene *individuell-konkrete* Umsetzungen durch *Gerichte* einerseits oder durch *Behörden* andererseits, und zwar in erste Linie durch Norminterpretation.

[Rz 6] Rechtsanwender<sup>14</sup> ziehen eine *traditionelle Methodik*

104 (2008) 562.

<sup>7</sup> Beispiele: Aktienrecht, Genossenschaftsrecht, Börsenrecht, Bankenrecht, Recht der kollektiven Kapitalanlagen, Patentrecht, Markenrecht, Steuerrecht.

<sup>8</sup> Weitere Differenzierungen können bei den Unterteilrechtsgebieten (z.B. beim Steuerrecht) vorkommen: Recht der direkten Bundessteuer, Mehrwertsteuerrecht etc.

<sup>9</sup> Meistens basieren die Unterteilrechtsgebiete auf spezifischen Regelungen in einem «Grundgesetz» (z.B. Art. 620 ff. OR: Aktienrecht) oder auf Spezialgesetzen (u.a. BEHG, BankG, MSchG, URG).

<sup>10</sup> Weitere Unterscheidungen basieren weniger auf dem Gesetz, als vielmehr auf *sachlichen* Grundlagen – Beispiele: Personengesellschaftsrecht sowie Kapitalgesellschaftsrecht (als Teile des Gesellschaftsrechts) oder Kennzeichenrecht (als Teil des Immaterialgüterrechts).

<sup>11</sup> Teilweise sind diese Besonderheiten in *anderen Rechtsgebieten* ebenfalls zu beobachten.

<sup>12</sup> Die folgenden Ausführungen werden bei einer anstehenden Monographie des Unterzeichners integriert.

<sup>13</sup> PETER V. KUNZ, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht (Habil. Bern 2001) § 9 N 8 a.E.

<sup>14</sup> HANS PETER WALTER, Der Methodenpluralismus des Bundesgerichts bei der Gesetzesauslegung, recht 17 (1999) 157 versteht die *Richter* als «selbständige und eigenverantwortliche Sekundanten der Rechtsentwicklung» – dieser Ansatz darf nicht davon ablenken, dass die Rechtsanwendung *keine Emanzipation gegenüber der Rechtssetzung* in Anspruch nehmen kann.

<sup>1</sup> Der Terminus entstand in den 1930er Jahren: WALTHER HUG, Die Problematik des Wirtschaftsrechts, in: Veröffentlichungen der Handels-Hochschule St. Gallen Heft 15 (St. Gallen 1939) 9.

<sup>2</sup> HUG (FN 1) 15 – dies hat sich mehr als 70 Jahre nach diesem Zitat kaum geändert.

<sup>3</sup> Das *öffentliche Recht* musste sich ebenfalls längere Zeit um die Anerkennung als *Wissenschaft* bemühen: ANDREAS KLEY, Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz (Zürich/St. Gallen 2011) 9 ff.

<sup>4</sup> Das *Handelsrecht* war historisch betrachtet das Komplementärrechtsgebiet zum *Zivilrecht* (Familienrecht, Erbrecht, Sachenrecht etc.), mit dem es gemeinsam das *Privatrecht* bildet.

<sup>5</sup> Es sind *vier Rechtsgebiete* anerkannt, nämlich das öffentliche Recht, das Privatrecht, das Strafrecht sowie seit einiger Zeit das Wirtschaftsrecht.

<sup>6</sup> Beispiele: Gesellschaftsrecht, Finanzmarktrecht, Immaterialgüterrecht, Kartellrecht, Abgaberecht, Konzernrecht; obwohl Forschung und Lehre zu diesen Teilrechtsgebieten heute meist unabhängig voneinander erfolgen, sollte vermehrt eine *gesamtheitliche (wirtschaftsrechtliche) Betrachtung* stattfinden: PETER V. KUNZ, Zehn bemerkenswerte Auffälligkeiten bei den Revisionen der letzten Jahre im schweizerischen Gesellschaftsrecht, SJZ

zur Auslegung von Rechtssätzen heran. Im Bereich des Wirtschaftsrechts sind – nebst einigen methodischen Besonderheiten zur Interpretation – vermehrt *internationale Einflüsse* festzustellen. Dabei ist u.a. die rechtsvergleichende Frage zu beantworten, «ob man eine überlegene ausländische Lösung für die Auslegung der heimischen Gesetze heranziehen kann und soll»<sup>15</sup> – immerhin muss vor einem eigentlichen «Rechtstourismus» gewarnt werden<sup>16</sup>.

[Rz 7] Prinzipiell haben Gerichte sowie Behörden als Rechtsanwender dieselben methodischen Prinzipien zu beachten. Die Wissenschaft ist allerdings meist auf die *Gerichtspraxis konzentriert*, d.h. die behördliche Methodenlehre scheint m.E. (noch) etwas vernachlässigt. Die vorliegenden Ausführungen gelten indes cum grano salis auch bei Behörden.

[Rz 8] Regelungen sind im Rahmen einer *Methodik* der Norminterpretation *auszulegen*. Dabei beschäftigt sich die juristische Methodenlehre «mit dem gedanklichen Vorgehen des Rechtsanwenders bei der Lösung von Rechtsproblemen»<sup>17</sup>. Die *Regelungsinterpretation* in diesem Zusammenhang ist, unbesehen aller in Frage stehender Auslegungselemente und sonstiger Umstände, als «wertkritische Tätigkeit» zu verstehen<sup>18</sup>. Dabei kann und muss *kein passives Verhalten* des Interpreten bzw. des Rechtsanwenders erwartet werden<sup>19</sup>.

## II. Methodik

### A. Pragmatischer Methodenpluralismus

[Rz 9] Das Bundesgericht folgt seit fast 20 Jahren einem sog. *pragmatischen Methodenpluralismus* bei der Norminterpretation<sup>20</sup>, dessen Grundlagen sich ins 19. Jahrhundert zurückführen lassen. Es gelangen *verschiedene* Auslegungselemente<sup>21</sup> zur Anwendung, nämlich das historische,

das grammatikalische, das systematische sowie das teleologische Element, wobei *keine (definitive) «Rangordnung»* besteht<sup>22</sup> – insofern herrscht *Pragmatismus* vor.

[Rz 10] Pragmatik bestimmt nicht zuletzt das Verhältnis zur Rechtssetzung. In der Essenz «lässt sich zwar [das Bundesgericht] nach den Vorgaben des Gesetzgebers in den Wasserweg der Rechtsfindung gleiten, steuert danach aber *selbständig* einer der vom Flusslauf vorgegebenen Mündungsstellen zu und lässt sich den Kurs durch normative oder dogmatische Vorgaben wohl *vorzeichnen, nicht aber vorschreiben*. Sein *autonom* beanspruchter Pluralismus bestimmt nicht den Anfang, sondern das Ende seiner hermeneutischen Tätigkeit»<sup>23</sup>.

[Rz 11] Nebst dem unbestrittenen Kanon der *vier Auslegungselemente* zeigen sich in der Praxis einige *weitere Kriterien*, deren Grundlagen methodisch nie überzeugend begründet wurden. Kritisch wird festgehalten: «Der kleinräumige Selbstbedienungsladen ist zum Supermarkt gewachsen»<sup>24</sup>. Sozusagen im *methodischen «Supermarkt»* des Bundesgerichts finden sich – notabene *ungeordnet* in den Regalen herumliegend – beispielsweise die Ethik<sup>25</sup>, die Rechtsvergleichung, die Praktikabilität sowie die wirtschaftliche Betrachtungsweise, wobei die letzten beiden Aspekte methodisch meist der Teleologie «angehängt» werden<sup>26</sup>.

[Rz 12] Die Rechtsanwendung setzt sich (zu) selten grundlegend mit der Auslegungslehre auseinander, was bedauerlich ist – mit gutem Grund pointiert: «Methodische Äusserungen in Gerichtsurteilen machen regelmässig einen unbeholfenen und antiquierten Eindruck»<sup>27</sup>. M.E. wachsen die *Herausforderungen* für Rechtsanwender weiter an, weil sich insbesondere bei der Interpretation von Wirtschaftsrecht *methodische Besonderheiten* abzeichnen.

### B. Wirtschaftsrechtliche Besonderheiten

#### a) Rechtsvergleichung

[Rz 13] Die *Rechtsvergleichung* ist in der Schweiz<sup>28</sup> ein ff.

<sup>22</sup> Etwa: BGE 137 V 371 Erw. 4.4.3.2 oder BGE 134 III 16 Erw. 3; kritisch zur Thematik: EDWARD E. OTT, Juristische Methode in der Sackgasse? 46 fragwürdige Theorien in der heutigen juristischen Methodenlehre (Zürich 2006) 18 ff.; ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre (3. A. Bern 2010) 170 ff.; ERNST ZELLER, Auslegung von Gesetz und Vertrag (Habil. Zürich 1989) § 21 N 3 ff.

<sup>23</sup> WALTER (FN 14) 157; Hervorhebungen hinzugefügt.

<sup>24</sup> WALTER (FN 14) 163; zum «Selbstbedienungsladen»: KRAMER (FN 22) 171.

<sup>25</sup> Hinweise statt aller: RHINOW (FN 18) 105 ff.

<sup>26</sup> KRAMER (FN 22) 169.

<sup>27</sup> ERNST HÖHN, Wie grau ist die Theorie? Gedanken zum Verhältnis von Doktrin und Praxis in der Jurisprudenz?, AJP 3 (1994) 415.

<sup>28</sup> Statt aller: PETER V. KUNZ, Einführung zur Rechtsvergleichung in der Schweiz (...), recht 24 (2006) 37 ff.

<sup>15</sup> KONRAD ZWIEGERT/HEIN KÖTZ, Einführung in die Rechtsvergleichung (3. A. Tübingen 1996) 16.

<sup>16</sup> PATRIK R. PEYER, Zur zunehmenden Bedeutung der Rechtsvergleichung als Hilfsmittel der Rechtsfindung, recht 22 (2004) 110 f.

<sup>17</sup> EDWARD E. OTT, Die Methode der Rechtsanwendung (Zürich 1979) 1.

<sup>18</sup> Detailliert: RENÉ A. RHINOW, Rechtsetzung und Methodik – Rechtstheoretische Untersuchungen zum gegenseitigen Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsanwendung (Habil. Basel 1978) 24 ff.; in der Realität der Rechtsanwendung dürfte m.E. die «kritische Würdigung in Wirklichkeit die Hauptarbeit bei der Auslegung» darstellen: EDWARD E. OTT, Die Beurteilung von Interessen bei der Gesetzesauslegung, in: FS für E. A. Kramer (Basel 2004) 231.

<sup>19</sup> In diesem Sinne: KARL LARENZ, Die Bindung des Richters an das Gesetz als hermeneutisches Problem, in: FS für E. R. Huber (Göttingen 1973) 292.

<sup>20</sup> Als Beispiel: BGE 137 V 376 Erw. 5.1; allg.: WALTER (FN 14) 157 ff.; OTT (FN 18) 225 ff.; ERNST HÖHN, Praktische Methodik der Gesetzesauslegung (Zürich 1993) *passim*; HANSJÖRG SEILER, Praktische Rechtsanwendung – Was leistet die juristische Methodenlehre? (Bern 2009) *passim*; WALTER R. SCHLUEP, Einladung zur Rechtstheorie (Bern 2006) N 2335 ff.

<sup>21</sup> Detailliert zur Methodik: ERNST A. KRAMER, Sentenzen zu Gesetz, Richter und Methode, in: FS für H. P. Walter (Bern 2005) 87 ff.; HÖHN (FN 20) 180

anerkanntes, indes nicht grenzenloses Hilfsmittel richterlicher<sup>29</sup> sowie (seltener) behördlicher Rechtsanwendungen: «Die Gerichte ziehen die allenfalls aus der Rechtsvergleichung gewonnenen Argumente heran, wenn die Auslegung einer schweizerischen Rechtsnorm alleine nicht ausreicht bzw. noch zusätzlich verifiziert oder falsifiziert werden soll»<sup>30</sup>. Dem *Bundesgericht* wird – sogar international – eine *Vorreiterrolle* zugesprochen<sup>31</sup>, was im behaupteten Ausmass m.E. nicht schlüssig erscheint<sup>32</sup>.

[Rz 14] Tatsächlich sollten die Möglichkeiten der Rechtsvergleichung bei der Rechtsanwendung *nicht überschätzt* werden<sup>33</sup> – dies trifft notabene nicht nur für das Wirtschaftsrecht zu. Prinzipiell sind Rechtsanwender in der Schweiz weder berechtigt noch verpflichtet, ausländisches Recht bei der Interpretation schweizerischen Rechts zu berücksichtigen. Einzig gewisse sog. *qualifizierte legislative Einfallstore* (Beispiele sind der autonome Nachvollzug von EU-Recht, völkerrechtliche Verträge oder das Vorhandensein einer echten Gesetzeslücke) erfordern eine Berücksichtigung im Rahmen der Rechtsanwendung<sup>34</sup>.

[Rz 15] Umstritten ist, ob die Methodenlehre durch ein *rechtsvergleichendes Auslegungselement* ergänzt werden soll<sup>35</sup>, was *abzulehnen* ist<sup>36</sup>. Die bisherige Fokussierung auf den traditionellen Interpretationskanon hat sich in Theorie und Praxis bewährt. Eine *methodische «Ergänzung»* erweist sich m.a.W. schlicht als *überflüssig*. Rechtsvergleichende Überlegungen können bei Rechtsanwendungen zwar allenfalls im Sinne einer (*Zusatz-*)*Kontrolle* bzw. einer Art von

«Neunerprobe»<sup>37</sup> pragmatisch sinnvoll erscheinen<sup>38</sup> – mehr nicht.

[Rz 16] M.E. haben *Hinweise auf ausländisches Recht* (meist in Urteilen des Bundesgerichts) oftmals nichts mit Rechtsvergleichung zu tun. Solche «Verweisungen» werden regelmässig ohne Methode vorgebracht und scheinen eher auf Zufälligkeiten statt auf Planungen zu beruhen, d.h. sie stehen in einem *methodischen Vakuum* und sind *rechtlich überflüssig* (fast als ob darin die Handbibliothek des jeweiligen Gerichtsschreibers zum Ausdruck käme). Auf solche eigentlichen «*Pseudo-Rechtsvergleichen*» kann die Rechtsanwendung ohne weiteres verzichten.

## b) Praktikabilität

[Rz 17] *Praktikabilität* einer Normauslegung<sup>39</sup> liegt in den Regalen des «Methodik-Supermarkts» herum<sup>40</sup>. Dieses Kriterium – teils als «realistisches Auslegungselement» bezeichnet<sup>41</sup> – gelangt «last but not least»<sup>42</sup> m.E. zu häufig zur Anwendung. Zwar hat die Praktikabilität (noch) *keine Anerkennung* als *Auslegungselement* gefunden. Trotzdem erwähnt das Bundesgericht diesen Aspekt seit Jahrzehnten immer wieder in Urteilen<sup>43</sup>, ohne dass eine überzeugende methodische Einordnung<sup>44</sup> gefunden wurde. Teilweise wird der *mögliche Gegensatz* von Praktikabilität sowie Rechtmässigkeit der Argumente angedeutet<sup>45</sup>.

[Rz 18] Das *Bundesgericht* äusserte sich etwa im Jahre 2009 in BGE 136 II 113 wie folgt: «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>46</sup>. Dieser bundesgerichtliche Ansatz, der

<sup>29</sup> HANS PETER WALTER, Das rechtsvergleichende Element – Zur Auslegung vereinheitlichten, harmonisierten und rezipierten Rechts, ZSR 125 I (2007) 261: «Die komparative Methode hat (...) in der richterlichen Rechtsfindung seit jeher ihren festen Platz»; allg.: PEYER (FN 16) 109 ff.; OTT (FN 22) 145 ff.

<sup>30</sup> KUNZ (FN 13) § 1 N 310.

<sup>31</sup> Lobend ZWEIGERT/KÖTZ (FN 15) 18: «(...) vor allem aber in der Schweiz, wo man in der Rechtsprechung des Bundesgerichts auf Schritt und Tritt rechtsvergleichende Überlegungen finden kann»; ausserdem: PEYER (FN 16) 111.

<sup>32</sup> Kritisch zum generellen Lob: PETER V. KUNZ, Instrumente der Rechtsvergleichung in der Schweiz bei der Rechtssetzung und bei der Rechtsanwendung, ZVglRWiss 108 (2009) 36 FN 35.

<sup>33</sup> WALTER (FN 29) 261 spricht mit gutem Grund von einer «subsidiäre[n] Rolle» der Rechtsvergleichung bei der Rechtsanwendung.

<sup>34</sup> Detailliert: KUNZ (FN 32) 63 ff.; ähnlich wohl KATHRIN KLETT, Der Einfluss europäischen Rechts auf die schweizerische Rechtsprechung im Vertragsrecht, recht 26 (2008) 228: «Wie das europäische Recht in die Judikatur einfliesst, hängt wesentlich von der Art und Verbindlichkeit der Rechtsquelle ab, die bei der Anwendung schweizerischer Rechtsnormen zu berücksichtigen ist».

<sup>35</sup> Auf Details soll im Rahmen einer anderen anstehenden Publikation eingegangen werden.

<sup>36</sup> KUNZ (FN 32) 66; wohl im Ergebnis gl.M.: SCHLUEP (FN 20) N 1650 f.; OTT (FN 22) 145 ff.; KLETT (FN 34) 234 f., die sich für eine *Rechtsvergleichung* im Rahmen des *teleologischen Auslegungselements* ausspricht (a.a.O. 235).

<sup>37</sup> In diesem Sinne: WALTER (FN 29) 261; ebenso spricht sich KLETT (FN 34) 234 für eine «rechtsvergleichende Kontrolle» aus.

<sup>38</sup> Bereits: KONRAD ZWEIGERT, Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode, RabelsZ 15 (1949/50) 17.

<sup>39</sup> Allg.: ZELLER (FN 22) § 5 N 8 ff.

<sup>40</sup> Die *Metapher* stammt von WALTER (FN 14) 163.

<sup>41</sup> Detailliert: KRAMER (FN 22) 167 ff.; zur Situation in den USA: RICHARD A. POSNER, How Judges Think (Cambridge 2007) 230 ff. («Is Pragmatic Adjudication Inescapable?»).

<sup>42</sup> SEILER (FN 20) 6 ad FN 13.

<sup>43</sup> Bereits im Jahre 1970 in BGE 96 I 605 f. Erw. 4: «Wie bei der Gesetzgebung (...) ist auch bei der *Auslegung* des Gesetzes eine *Lösung anzustreben, die «praktikabel»* ist (...). Auch unter diesem Gesichtspunkt rechtfertigt sich die Auslegung (...); Hervorhebungen hinzugefügt.

<sup>44</sup> Als Facette des *teleologischen* Auslegungselements: KRAMER (FN 22) 167 f. m.w.H.

<sup>45</sup> BGE 137 V 264 Erw. 4.4.1.4: «Freilich ist *weder* unter praktischen *noch* unter rechtlichen [sic!] Gesichtspunkten (...) angebracht (...); Hervorhebungen hinzugefügt.

<sup>46</sup> BGE 136 II 119 Erw. 3.3.4; Hervorhebungen hinzugefügt.

nicht weiter begründet oder vertieft wurde<sup>47</sup>, soll offensichtlich in Zukunft weiterhin berücksichtigt werden<sup>48</sup>.

[Rz 19] In der *Doktrin* finden sich Ansichten, die sich für eine Berücksichtigung der Pragmatik bzw. der Praktikabilität bei der Norminterpretation aussprechen<sup>49</sup>, sowie Gegenmeinungen, die – eher «doktrinär» oder «puristisch» – gegen Pragmatismus ohne Rechtsgrundlage argumentieren<sup>50</sup>. Eine primär pragmatisch fokussierte Argumentation vermag nicht zu überzeugen.

[Rz 20] Bedenklich erscheint, wenn bewusst eine *ergebnisorientierte Interpretation* vorgenommen wird (konkret «Auslegungsergebnis anzustreben») – sollte nämlich der Rechtsanwender mit einem Ergebnis nicht «zufrieden» sein, darf m.E. einzig bei einer unechten Lücke interveniert werden<sup>51</sup>, ansonsten liegt es aus Gründen der Gewaltenteilung am Rechtssetzer, allfällige «Korrekturen» vorzunehmen. Während die «Anforderungen der Realität» (BGE 136 II 113) noch irgendwie nachvollziehbar erscheinen<sup>52</sup>, mangelt es den angeblichen «Anforderungen der Praxis» (BGE 137 II 297) an Legalitätsbezug.

[Rz 21] M.E. kann die Praktikabilität höchstens als ein *Zusatzargument* vorgebracht werden, das indes *nicht ausschlaggebend* sein darf – dies kommt allenfalls durch die «Zweifelsfall»-Praxis des Bundesgerichts zum Ausdruck, die eine Einschränkung darstellt (wie z.B. ebenfalls bei der völkerrechtskonformen Auslegung oder bei der

europarechtskonformen Interpretation). Die Praktikabilität wird ebenfalls in anderen Rechtsgebieten angeführt, doch zunehmend im Wirtschaftsrecht. Eine «*Ausuferung*» dieses «Arguments» sollte unbedingt *vermieden* werden.

### c) Wirtschaftliche Betrachtungsweise

[Rz 22] Im Bereich des Wirtschaftsrechts scheint es naheliegend, ökonomische Aspekte zu berücksichtigen<sup>53</sup>. Der *Rechtssetzer* kann durch Normgestaltung eine legislative wirtschaftliche Betrachtungsweise begründen – und hat dies mehrfach getan; ein solcher Entscheid *muss* von der Rechtsanwendung akzeptiert (und vollzogen) werden<sup>54</sup>. Eine davon unabhängige Fragestellung ist, ob bzw. inwiefern *Rechtsanwender* eine wirtschaftliche Betrachtung *generell* bei der Gesetzesauslegung vornehmen können<sup>55</sup>. Die Thematik wird beim teleologischen Auslegungselement als «bereichsbezogene Sondermethodik» erörtert<sup>56</sup>.

[Rz 23] In der *Praxis* kommen wirtschaftliche Betrachtungen regelmässig vor. Dabei stehen das Steuerrecht<sup>57</sup>, das Finanzmarktrecht sowie das Konzernrecht im Vordergrund. Ausserdem finden sich verschiedene Beispiele im Gesellschaftsrecht (z.B. im Rechnungslegungsrecht<sup>58</sup>, im Handelsregisterrecht<sup>59</sup> sowie beim Durchgriff, der als Rechtsinstitut infolge einer wirtschaftlichen Betrachtung entwickelt wurde<sup>60</sup>).

[Rz 24] Die *Lehre* ist mindestens heute (noch) gespalten<sup>61</sup> zur Frage, ob eine generelle, also nicht durch Rechtssetzung

<sup>47</sup> Das Bundesgericht verweist in BGE 136 II 119 Erw. 3.3.4 nur, aber immerhin auf: HANS PETER WALTER, Die Praxis hat damit keine Mühe... oder worin unterscheidet sich die pragmatische Rechtsanwendung von der doktrinären Gesetzesauslegung – wenn überhaupt?, ZBJV 144 (2008) 126 ff. (der Autor war ehemals Präsident des Bundesgerichts und später Berufskollege des Unterzeichners an der Universität Bern).

<sup>48</sup> BGE 136 III 494 Erw. 4.4: «Dafür, dass Wertsteigerungen im Laufe des Verfahrens nicht zu einer Herabsetzung der Pfändung berechtigen, sprechen Rechtssicherheits- und *Praktikabilitätserwägungen* (...);» Hervorhebung hinzugefügt; im Jahre 2011 mit BGE 137 II 302 Erw. 2.3.5: «Vielmehr ist bei der Rechtsanwendung ein *Auslegungsergebnis anzustreben*, welches *praktikabel* ist; im Zweifelsfall ist eine Lösung zu bevorzugen, welche den *Anforderungen der Praxis* gerecht wird»; Hervorhebungen hinzugefügt.

<sup>49</sup> ARTHUR MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar – Einleitung: Art. 1-10 ZGB (Bern 1962) N 213 sowie N 323 ff. zu Art. 1 ZGB; WALTER (FN 47) 140: «Im beweglichen System des bundesgerichtlichen Elementpluralismus nimmt die *Praktikabilität* daher stets und zu Recht eine *starke Position* ein»; Hervorhebungen hinzugefügt; DERS., Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (...), ZBJV 147 (2011) 223.

<sup>50</sup> Zurückhaltend zum «realistischen Auslegungselement»: OTT (FN 18) 228 ad FN 14 («allenfalls»); PETER V. KUNZ, Zur Erteilung von Zeichnungsberechtigungen durch die Geschäftsleitung (...), in: Jusletter 27. Juni 2011, Rz. 30: «Schliesslich gilt es hinzuweisen, dass der pragmatische Methodenpluralismus des Bundesgerichts (noch) *kein «pragmatisches Auslegungselement»* anerkennt, was sich hoffentlich nicht ändern wird»; Hervorhebung im Original.

<sup>51</sup> Es bestehen *hohen Hürden* der «Lückenfüllung» bei unechten Lücken – statt aller: MEIER-HAYOZ (FN 49) N 271 ff. sowie N 275 ff. zu Art. 1 ZGB

<sup>52</sup> KRAMER (FN 22) 167 ff. m.w.H.

<sup>53</sup> STEFAN GRUNDMANN, Methodenpluralismus als Aufgabe – Zur Legalität von ökonomischen und rechtsethischen Argumenten in Auslegung und Rechtsanwendung, RabelsZ 61 (1997) 430 f.

<sup>54</sup> HANS MICHAEL RIEMER, «Wirtschaftliche Betrachtungsweise» bei der Auslegung im Privatrecht (Gesetze und Rechtsgeschäfte)?, in: FG zum Schweizerischen Juristentag 1994 (Zürich 1994) 134; ROGER ZUBER, Wirtschaftliche Betrachtungsweise und Durchgriff im Zivilprozess (Diss. Bern 2004) 7.

<sup>55</sup> Es handelt sich um das Motto: «*Substance over Form*»; Hinweise: KRAMER (FN 22) 169 sowie 209; ZUBER (FN 54) 7 f.; SCHLUEP (FN 20) N 1089 f., N 1827 und N 1831; ERNST HÖHN, Wirtschaftliche Betrachtungsweise im Steuerrecht, StR 18 (1963) 391 ff.; zur Debatte in den USA und in Deutschland: GRUNDMANN (FN 53) 423 ff.

<sup>56</sup> KRAMER (FN 22) 169; generell: RAPHAEL LANZ, Die wirtschaftliche Betrachtungsweise im schweizerischen Privatrecht (Diss. Bern 2000) 171 ff.

<sup>57</sup> Statt vieler: ZUBER (FN 54) 3 ff. m.w.H.; SEILER (FN 20) 6; SCHLUEP, (FN 20) N 1089/N 1827 ff.; bereits: HÖHN (FN 55) 387 ff.; RENÉ MATTEOTTI, Wirtschaftliche Betrachtungsweise und Steuergerechtigkeit, ZSR 129 I (2010) 217 ff. und v.a. 218 f.

<sup>58</sup> Hierzu: GIORGIO BEHR, Rechtliche oder wirtschaftliche Betrachtungsweise – die Antwort der Rechnungslegung, in: FS für J. N. Druey (Zürich 2002) 31 ff.

<sup>59</sup> CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, Funktion und Recht des Handelsregisters als wirtschaftsrechtliches Problem, ZSR 108 I (1989) 446 ff.

<sup>60</sup> Hierzu: LANZ (FN 56) 85 ff.; ZUBER (FN 54) 8; PETER BREITSCHMID, Über Schwierigkeiten wirtschaftlicher Betrachtungsweise im Privatrecht, in: FS für J. N. Druey (Zürich 2002) 67.

<sup>61</sup> Übersicht: ZUBER (FN 54) 7 f. m.w.H.

determiniert wirtschaftliche Betrachtung zulässig oder sogar erforderlich ist oder nicht<sup>62</sup>. Das Bundesgericht scheint dies – mit gutem Grund – in BGE 126 III 462 abzulehnen: «Eine wirtschaftliche Betrachtungsweise wäre allenfalls dann möglich, wenn das *Gesetz selber* einen *wirtschaftlichen Anknüpfungspunkt* wählt, was hier nicht zutrifft, oder wenn eine Gesetzesumgehung (...) vorläge»<sup>63</sup>.

[Rz 25] Im *Wirtschaftsrecht* werden seit jeher spezifische Methoden debattiert (z.B. in den 1980er Jahren der «wirtschaftsrechtliche Funktionalismus»)<sup>64</sup>. Das Wirtschaftsrecht muss sich indes an den Massstäben der übrigen Rechtsgebiete messen lassen und kann *keinen methodischen Sonderstatus* beanspruchen. Es gibt m.E. *keine generelle* wirtschaftliche Betrachtungsweise im Schweizer Recht (auch nicht im Wirtschaftsrecht)<sup>65</sup>, ohne dass die Rechtssetzung eine Basis dafür geschaffen hat<sup>66</sup>. Methodisches Entwicklungspotential liegt immerhin bei den *Interessenabwägungen*, die im Wirtschaftsrecht häufig vorzunehmen sind<sup>67</sup>.

#### d) Harmonische Auslegung

[Rz 26] Im Bereich des (*privaten*) *Wirtschaftsrechts* und insbesondere des Gesellschaftsrechts wurden verschiedene «Auslagerungen» von «typischen» obligationenrechtlichen Themenbereichen in Spezialgesetze vorgenommen. Diese Entwicklung der *Rechtssetzung* in den letzten Jahren (z.B. BEHG, FusG oder BEG) wird als Dekodifikation bezeichnet. Bis anhin wurde wissenschaftlich erst am Rande untersucht, ob bzw. inwiefern solche *Dekodifikationen* gegenüber dem OR bei *Rechtsanwendungen* zu berücksichtigen sind.

[Rz 27] Die *Doktrin* sieht vereinzelt «Querbezüge» sowie inhärente «Verbindungen» zwischen solchen Spezialgesetzen und dem OR<sup>68</sup>, die als Auslegungsaspekte herangezogen werden. Es wird sozusagen eine «Gesamtbetrachtung» oder eine sog. *harmonische Auslegung* – etwa zwischen OR und

BEHG<sup>69</sup> oder zwischen OR und FusG<sup>70</sup> – geltend gemacht (Beispiele): «Das verbietet, das Fusionsgesetz autonom, rein exegetisch aus sich selbst heraus auszulegen»<sup>71</sup>; oder: «Der Rekurs auf die Kodifikation [sc. OR] erweist sich immer wieder als notwendig»<sup>72</sup>.

[Rz 28] Ein solcher methodischer Ansatz dürfte den Rechtsetzer überschätzen, der kaum jemals «gesamtheitlich» vorgeht. Dekodifikationen stellen «autonome Erlasse dar, die (...) «aus sich selber» interpretiert werden müssen, d.h. im Rahmen der üblichen Methodologie, und nicht zwangsläufig mit Blick auf das OR relativiert werden dürfen»<sup>73</sup>. M.E. muss eine *harmonische Auslegung* im Regelfall *abgelehnt* werden, so dass die Dekodifikation als *Lex specialis* bzw. als *Lex posterior* dem OR jeweils vorzugehen hat<sup>74</sup>. Immerhin können OR und ZGB zur *Lückenfüllung* bei Spezialgesetzen fruchtbar gemacht werden<sup>75</sup>.

#### e) Vorberücksichtigung künftiger Rechtssetzung

[Rz 29] Rechtsanwendungen stellen regelmässig die Umsetzung *aktueller* Rechtssetzungen dar. Es gilt – prinzipiell – ein *Verbot der Vorwirkung* künftigen Rechts<sup>76</sup>. Nichtsdestotrotz können Rechtsanwender bei der Interpretation bestehender Rechtsnormen unter gewissen Voraussetzungen und in engen Schranken *künftigen* Ordnungen ebenfalls *Rechnung tragen* (z.B. bei einer Lückenfüllung)<sup>77</sup>. Diesem Aspekt der Rechtsanwendung kommt erhöhte Bedeutung im *Wirtschaftsrecht* zu, weil dieses Rechtsgebiet (zu) *häufig revidiert* wird<sup>78</sup>.

[Rz 30] Diese sog. *Vorberücksichtigung* künftiger wirtschaftsrechtlicher Rechtssetzungen im Rahmen von Rechtsanwendungen wird in der *Praxis* relativ arbiträr gehandhabt. Das

<sup>62</sup> Die Frage *bejahend*: LANZ (FN 56) 186 f.; KRAMER (FN 22) 208 f. (wonach die generelle wirtschaftsrechtliche Betrachtungsweise «vor dem Hintergrund teleologisch fundierter Rechtsfindung offene Türen einrennt»: a.a.O. 209); *verneinend*: RIEMER (FN 54) 136 f.

<sup>63</sup> BGE 126 III 466 Erw. 3. b; Hervorhebungen hinzugefügt.

<sup>64</sup> SCHLUEP (FN 20) N 1868 sowie N 1937 ff.; DERS., Über Funktionalität im Wirtschaftsrecht, in: Aspekte des Wirtschaftsrechts – FG zum Schweizerischen Juristentag 1994 (Zürich 1994) 139 ff.; kritisch hingegen: PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht (4. A. Zürich 2009) § 8 N 174 setzt die wirtschaftliche Betrachtung mit der «funktionalen wirtschaftsrechtlichen Betrachtungsweise» gleich.

<sup>65</sup> Die Befürchtung einer *allzu freien* Gesetzesauslegung scheint begründet: RIEMER (FN 54) 136.

<sup>66</sup> Überzeugend: BGE 126 III 466 Erw. 3. b.

<sup>67</sup> Allg.: JEAN NICOLAS DRUEY, Interessenabwägung – eine Methode?, in: Beiträge zur Methode des Rechts (Bern 1981) 131 ff.; detailliert: KUNZ (FN 13) § 9 N 1 ff.

<sup>68</sup> Hinweise: KUNZ (FN 6) 559.

<sup>69</sup> Negativ: KUNZ (FN 13) § 10 N 114.

<sup>70</sup> Positiv: CHRISTOPH HURNI, Die Vermögensübertragung im Spannungsfeld zwischen Vermögens- und Unternehmensrecht (Diss. Bern 2007) 11 ff.

<sup>71</sup> HURNI (FN 70) 12.

<sup>72</sup> SUSANNE GENNER, Dekodifikation (Diss. Bern 2006) 22.

<sup>73</sup> KUNZ (FN 6) 559; Hervorhebungen des Originals weggelassen.

<sup>74</sup> Eine harmonische Auslegung infolge Dekodifikation kommt nur, aber immerhin für den Fall in Frage, dass die *Auslegung des Spezialerlasses* einen gesetzgeberischen Willen mit diesem Inhalt ergibt; m.E. könnte wohl ausschliesslich das OR herangezogen werden zur Interpretation des Spezialgesetzes und *nicht vice versa*, d.h. das *OR darf nicht «neu» interpretiert* werden unter dem Gesichtspunkt von Dekodifikationen.

<sup>75</sup> Beispiel ist das Bucheffektengesetz (BEG): KUNZ (FN 6) 559.

<sup>76</sup> Apodiktisch BGE 118 II 175 Erw. 2: «Neues Recht wird erst mit seinem Inkrafttreten wirksam, so dass es grundsätzlich ausgeschlossen ist, schon vorher direkt oder indirekt darauf abzustellen».

<sup>77</sup> In diesem Sinne etwa 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.

<sup>78</sup> Zum *Urheberrecht* (als Beispiel): BGE 117 II 475 Erw. 5. a. sowie BGE 118 II 462 Erw. 3. a.

Bundesgericht lässt keine spezifische Methodik erkennen<sup>79</sup>. Die wenigen Stellungnahmen der *Doktrin* zeigen sich zurückhaltend<sup>80</sup>, ohne dass es gelungen wäre, in diesem Zusammenhang eine überzeugende Methode zu entwickeln.

[Rz 31] M.E. darf etwa aus Gründen der Gewaltenteilung eine Vorberücksichtigung nur in *seltensten Ausnahmefällen* zur Anwendung gelangen – und nichts anderes gilt im ständig revidierten Wirtschaftsrecht. Immerhin kann eine anstehende Gesetzesrevision zu einer *authentischen Interpretation* bestehender Normen führen. Als Beispiel ist die Botschaft zur jüngsten Revision des Bankengesetzes zu erwähnen, und zwar im Hinblick auf die praxisrelevante Frage, ob im Rahmen von Bankensanierungsverfahren bei einer *Übertragung von Vertragsverhältnissen* die *Zustimmung der Gläubiger* erforderlich ist (oder eben nicht)<sup>81</sup>.

### III. Schluss

[Rz 32] Nicht ausschliesslich, aber ausgeprägt zum *Wirtschaftsrecht* scheinen *methodische Besonderheiten* vorzukommen, die bis anhin eher am Rande thematisiert werden. Mit diesen Ausführungen wird u.a. eine *Sensibilisierung* angestrebt. Solche Entwicklungen dürften in der Praxis weiter voranschreiten, und die Lehre sollte sich intensiver damit beschäftigen (indes «*akademisch partnerschaftlich*», d.h. nicht mit «erhobenem Finger» aus dem Elfenbeinturm gegenüber Rechtsanwendern, die mit steigenden Arbeitslasten konfrontiert sind).

[Rz 33] Der «*Blick ins Ausland*» im Sinne einer eigentlichen Rechtsvergleichung macht durchaus Sinn, wenn es methodischen Anlass dazu gibt (Stichworte für die Rechtsanwendung sind z.B. Lückenfüllung bei echten Gesetzeslücken oder europarechtskonforme Auslegung bei autonomem Nachvollzug von EU-Recht). In der Praxis ist dies jedoch selten der Fall,

so dass auf «*Pseudo-Rechtsvergleichung*» verzichtet werden könnte (und sollte)<sup>82</sup>.

[Rz 34] Nach wie vor gibt es *kein* «*pragmatisches Auslegungselement*», das den traditionellen Interpretationskanon ergänzt – weder im Wirtschaftsrecht noch in anderen Rechtsgebieten. Die beliebte «*Praktikabilitätsargumentation*» muss *zurückhaltend* angewendet werden<sup>83</sup>.

[Rz 35] Methodische Unterstützung verdient die Praxis hingegen bei der grundsätzlichen Ablehnung einer *generellen* (sic!) wirtschaftlichen Betrachtungsweise<sup>84</sup> sowie bei der *zurückhaltenden* Zulässigkeit einer Vorberücksichtigung künftiger Rechtssetzungen<sup>85</sup>. Es ist anzunehmen, dass sich die Rechtsanwender über kurz oder lang mit der Frage einer *harmonischen Auslegung* zwischen OR und entsprechenden Dekodifikationen zu beschäftigen haben<sup>86</sup>.

[Rz 36] Der vorliegende Beitrag richtet sich in erster Linie an *Rechtsanwender*, also an Behördenvertreter sowie an Vertreter der Judikative. Es erscheint eher unsicher, ob bzw. wie ernst *kritisierende Rechtsprofessoren* (beispielsweise vom Bundesgericht) genommen werden: «There are (...) reasons that *academic criticism* does not much affect *judicial behavior*. One is that although judges indeed care about whether they are doing and are thought by certain others (other judges, for example) to be doing a good job, *they do not care greatly what law professors think of them*»<sup>87</sup>. Nun gut, die Hoffnung stirbt bekanntlich zuletzt!

\* \* \*

<sup>79</sup> BGE 110 II 296 Erw. 2. a.; BGE 118 II 462 Erw. 3. a.; *ablehnend* hingegen: BGE 118 II 175 Erw. 2; zudem: BGE 137 III 361 Erw. 4.6; BGE 136 III 13 f. Erw. 6 – als Argument für eine Vorberücksichtigung wird z.B. *Rechtskontinuität* erwähnt: BGE 60 II 321 Erw. 4 a.E.; allg.: HANS MICHAEL RIEMER, *Neuere privatrechtliche Bundesgerichtsentscheide zur Vorwirkung von Gesetzen*, recht 11 (1993) 223 ff.

<sup>80</sup> Auswahl: MARCELLE THOMMEN, *Zur Problematik der sogenannten Vorwirkung* (Diss. Basel 1978) *passim*; rechtsvergleichend mit der Schweiz: ANNETTE GUCKELBERGER, *Vorwirkung von Gesetzen im Tätigkeitsbereich der Verwaltung* (Diss. Tübingen 1995/1996) 162 ff.; zudem allg.: MICHAEL KLOEPFER, *Vorwirkung von Gesetzen* (Habil. München 1973) 161 ff.

<sup>81</sup> Art. 30 Abs. 3 E-BankG: «Werden Vertragsverhältnisse oder das Vermögen der Bank oder Teile davon übertragen, so tritt der Übernehmer mit Genehmigung des Sanierungsplans an die Stelle der Bank. Das Fusionsgesetz vom 3. Oktober 2003 ist nicht anwendbar»; hierzu BBI 2011 4766: «In diesem Absatz [wird künftig] ein zweiter Satz eingefügt, der die Anwendung des [FusG] *neu ausdrücklich ausschliesst*» (Hervorhebung hinzugefügt), d.h. der Ausschluss gilt schon *de lege lata*, aber eben (noch) nicht explizit – solche Äusserungen zum *künftigen* Recht sind für Interpretationen des *geltenden* Rechts heranzuziehen.

<sup>82</sup> Vgl. dazu vorne II. B. a.

<sup>83</sup> Vgl. dazu vorne II. B. b.

<sup>84</sup> Vgl. dazu vorne II. B. c.

<sup>85</sup> Vgl. dazu vorne II. B. e.

<sup>86</sup> Vgl. dazu vorne II. B. d.

<sup>87</sup> POSNER (FN 41) 205; Hervorhebungen hinzugefügt.