

# Wirtschaftsrechtliche Rechtsanwender in der Schweiz

Peter V. Kunz\*

ZVgIRWiss 112 (2013) 191–207

Das Wirtschaftsrecht stellt ein eigenständiges Rechtsgebiet dar, das auf dem Privatrecht sowie auf dem öffentlichen Recht inklusive dem Strafrecht basiert. Nicht allein die wirtschaftsrechtliche Rechtssetzung, sondern auch die wirtschaftsrechtliche Rechtsanwendung fällt durch zahlreiche Besonderheiten auf (beispielsweise bei der Methodik). Der vorliegende Beitrag fokussiert sich auf die Rechtsanwendung und spezifisch auf die Rechtsanwender des schweizerischen Wirtschaftsrechts; insbesondere für ausländische Leser soll ein Überblick zu einigen ausgewählten Behörden (z.B. Handelsregisterämter/HR, Revisionsaufsichtsbehörde/RAB, Finanzmarktaufsichtsbehörde/FIN-MA, Übernahmekommission/UEK, Schweizerische Nationalbank/SNB, Wettbewerbskommission/WEKO) und Gerichten (Handelsgerichte, Arbeitsgerichte, Bundespatentgericht etc.) in der Schweiz gegeben werden.

## I. Vorbemerkungen

### 1. Einleitung

Die Schweiz und deren Rechtsordnung werden seit Jahrzehnten stark durch *ausländisches Recht* beeinflusst,<sup>1</sup> wobei dies regelmässig mehr die Rechtssetzung als die Rechtsanwendung betrifft – eine bemerkenswerte Ausnahme stellt immerhin die „europarechtskonforme Auslegung“ dar.<sup>2</sup> Die gewichtigsten Einflüsse finden sich im Bereich des *schweizerischen Wirtschaftsrechts*, das internationalisiert und sogar globalisiert wird.<sup>3</sup>

Der vorliegende Beitrag fokussiert sich auf die Rechtsanwendung und dabei in erster Linie auf die *Rechtsanwender des Wirtschaftsrechts* in der Schweiz. Ähnlich wie im Ausland sind dabei Behörden<sup>4</sup> auf der einen Seite sowie Ge-

\* Prof. Dr. iur., LL.M. (Georgetown), Ordinarius für Wirtschaftsrecht und Rechtsvergleichung, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Universität Bern (www.iwr.uni-be.ch); Mitherausgeber der ZVgIRWiss. Der vorliegende Beitrag wurde Ende 2012 abgeschlossen.

1 Detailliert *Peter V. Kunz*, Instrumente der Rechtsvergleichung in der Schweiz bei der Rechtssetzung und bei der Rechtsanwendung, ZVgIRWiss 108 (2009), 31 ff.

2 Unter bestimmten Voraussetzungen wird schweizerisches Recht „europarechtskonform“ interpretiert, obwohl die Schweiz kein Mitgliedstaat der Europäischen Union (EU) ist; Hinweise: *Kunz* (Fn. 1), ZVgIRWiss 108 (2009), 31, 72 ff.

3 Jüngst *Peter V. Kunz*, Amerikanisierung, Europäisierung sowie Internationalisierung im schweizerischen (Wirtschafts-)Recht, recht 30 (2012), 37 ff.

4 Vgl. dazu unten II.

richte<sup>5</sup> (teils wirtschaftsrechtliche Fach- bzw. Sondergerichte)<sup>6</sup> auf der anderen Seite zu berücksichtigen.

Die *Rechtsanwendung* ist mit der Rechtssetzung, also mit dem Erlassen von generell-abstrakten Normen, verwandt und wird durch sie determiniert.<sup>7</sup> Die Rechtsanwendung stellt, etwas trivialisiert, im Ergebnis vollzogene Rechtssetzung dar und „führt die Gesetzgebung im Einzelfall zu Ende“.<sup>8</sup> Es geht somit um individuell-konkrete Umsetzungen durch Behörden sowie durch Gerichte, und zwar in erste Linie durch Norminterpretation.<sup>9</sup>

## 2. Wirtschaftsrecht

Ob eine Norm zum Privatrecht oder zum öffentlichen Recht gehört, kann jeweils umstritten sein. Es gibt verschiedene Abgrenzungstheorien (z. B. Interessentheorie, Subjektstheorie, Subordinationstheorie oder Funktionstheorie).<sup>10</sup> Ein Konsens geht dahin, dass diese Trennung überwunden ist – oder sein sollte. Am prägnantesten ersichtlich wird dies beim Wirtschaftsrecht, das sozusagen den „juristischen Schmelztiegel“ darstellt.

Das eigenständige Rechtsgebiet des Wirtschaftsrechts befindet sich zwischen Stuhl und Bank, d. h. „quer zu den anderen Rechtsdisziplinen; integriert diese teilweise, statt diese zu substituieren“.<sup>11</sup> Wirtschaftsrecht ist eine Kombination von Privatrecht und von öffentlichem Recht (inklusive Strafrecht). Es handelt sich deshalb m. E. beim Wirtschaftsrecht gleichzeitig um die „Krone“ sowie um die „Klammer“ der anderen Rechtsgebiete.<sup>12</sup>

Im 19. Jahrhundert stellte das Wirtschafts- bzw. Handelsrecht einen zentralen Teil des Privatrechts dar.<sup>13</sup> Das öffentliche Recht beeinflusste spätestens ab der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts immer mehr das Wirtschaftsrecht. Eine entsprechende Tendenz muss künftig für das 21. Jahrhundert vermutet werden (Stichwort: Regulierung).

5 Vgl. dazu unten III.

6 Vgl. dazu unten III. 3.

7 Sogar künftige Rechtssetzung kann aktuelle Rechtsanwendung beeinflussen: BGE 137 III 361 Erw. 4. 6.

8 *Thomas Cottier/Daniel Dzamko/Erik Evtimov*, Die europakompatible Auslegung des schweizerischen Rechts, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2003, 2004, 363.

9 Vgl. dazu unten I. 3.

10 Hinweise *Walter R. Schluep*, Einladung zur Rechtstheorie, 2006, N. 440 ff. sowie N. 448 ff.

11 *Andreas Kellerhals*, Wirtschaftsrecht als Recht der Wirtschaft, in: Aktuelle Fragen zum Wirtschaftsrecht, 1995, S. 9.

12 Bereits in den 1930er Jahren hielt *Walther Hug*, Die Problematik des Wirtschaftsrechts, in: Veröffentlichungen der Handels-Hochschule St. Gallen Heft 15, 1939, S. 19 zum Wirtschaftsrecht fest: „Wer diese Arbeit zu leisten übernimmt, muss sowohl das Privatrecht wie das öffentliche Recht beherrschen“.

13 Statt aller *Kellerhals* (Fn. 11), S. 6.

Das Wirtschaftsrecht besteht aus einigen Teilrechtsgebieten,<sup>14</sup> die sich aus verschiedenen Unterteilrechtsgebieten<sup>15</sup> zusammensetzen. Regelmässig beruhen diese Einteilungen auf gesetzlichen Grundlagen, d.h. sie sind durch Rechtssetzung „vorgegeben“. Diese Kategorienbildungen basieren aber ausserdem auf didaktischen Überlegungen und werden nicht zuletzt in der akademischen *Forschung* sowie in der universitären Lehre übernommen.

### 3. Methodik

Rechtsanwendung beruht auf einer Methodik der Norminterpretation, die sich weltweit ähnlich entwickelt hat. Das Bundesgericht wendet als Grundprinzip einen „pragmatischen Methodenpluralismus“ an, dessen Grundlagen sich ins 19. Jahrhundert zurückführen lassen.<sup>16</sup> Es gelangen verschiedene Auslegungselemente<sup>17</sup> zur Anwendung, nämlich das historische, das grammatikalische, das systematische sowie das teleologische Element, wobei keine definitive Rangordnung besteht<sup>18</sup> – insofern herrscht Pragmatismus vor.

Gerade im Hinblick auf das Wirtschaftsrecht kommt den internationalen Einflüssen bei der Rechtsanwendung wachsende Bedeutung zu. Dies wird beispielsweise ersichtlich bei allfälligen Lückenfüllungen oder bei seltenen Verweisungen in schweizerischen Normen auf „internationale Standards“ oder bei „europarechtskonformen Interpretationen“.<sup>19</sup>

M.E. muss jedoch ein generelles „rechtsvergleichendes Auslegungselement“ abgelehnt werden.<sup>20</sup> Der traditionelle Interpretationskanon (sc. grammatikalische, historische, systematische sowie teleologische Auslegungselemente) hat sich in Theorie und Praxis bewährt. Eine methodische „Ergänzung“ erweist sich als überflüssig. Ausländisches Recht kann nur, aber immerhin zur Interpretation des inländischen Rechts herangezogen werden, wenn sich in der Rechtssetzung ein qualifiziertes „Einfallstor“ finden lässt.<sup>21</sup>

14 Beispiele: Gesellschaftsrecht, Finanzmarktrecht sowie Immaterialgüterrecht.

15 Beispiele: Aktienrecht, Genossenschaftsrecht, Börsenrecht, Bankenrecht, Recht der kollektiven Kapitalanlagen, Patentrecht, Markenrecht, Steuerrecht.

16 *Hans Peter Walter*, *Der Methodenpluralismus des Bundesgerichts bei der Gesetzesauslegung*, recht 17 (1999), 161.

17 Statt aller *Ernst A. Kramer*, *Sentenzen zu Gesetz, Richter und Methode*, in: FS für H. P. Walter, 2005, S. 87 ff.; *Ernst Höhn*, *Praktische Methodik der Gesetzesauslegung*, 1993, S. 180 ff.

18 Etwa BGE 137 V 437 Erw. 3.2; BGE 137 V 371 Erw. 4. 4. 3. 2 oder BGE 134 III 16 Erw. 3; kritisch *Ernst A. Kramer*, *Juristische Methodenlehre*, 3. Aufl. 2010, S. 170 ff.

19 Vgl. dazu oben I. 1.

20 Bereits: *Kunz* (Fn. 1), ZVglRWiss 108 (2009), 31, 66; wohl im Ergebnis gleicher Meinung *Schluep* (Fn. 10), Rdnrn. 1650 f.; unklar das Bundesgericht: BGE 127 III 323 Erw. 2. b. a. E.; ebenso BGE 124 III 266 Erw. 4.

21 *Kunz* (Fn. 1), ZVglRWiss 108 (2009), 31, 40: „Ohne rechtssetzendes Einfallstor keine rechtsvergleichende Rechtsanwendung“; solche Einfallstore sind z. B. echte Gesetzeslücken, die eine rechtsvergleichende Lückenfüllung verlangen, Interpretationsverweisungen auf ausländisches Recht (d.h. legislative Referenz auf „interna-

Es fällt auf, dass seit einigen Jahren in der Praxis bei der wirtschaftsrechtlichen Rechtsanwendung in der Schweiz einige Zusatzkriterien der Interpretation in Erscheinung treten, die methodisch noch (zu) wenig erforscht sind und teils kaum zu überzeugen vermögen. In diesem Zusammenhang zu erwähnen sind – als Auswahl<sup>22</sup> – die „Praktikabilität“, die „wirtschaftliche Betrachtungsweise“ sowie die „harmonische Auslegung“.

Prinzipiell haben Gerichte sowie Behörden dieselben methodischen Prinzipien zu beachten. Die wissenschaftlichen Beobachtungen sind allerdings meist auf die Gerichtspraxis konzentriert, d. h. eine „behördliche Methodenlehre“ scheint mindestens in der Schweiz etwas vernachlässigt und sollte in Zukunft durch die Forschung vertieft werden.

## II. Behörden

### 1. Grundlagen

Eine Vielzahl von Behörden – insbesondere auf *Bundesebene*, seltener auf *kantonomer Ebene*<sup>23</sup> – beantworten wirtschaftsrechtliche Fragen, und zwar meist mittels rechtsverbindlicher Verfügung(en). Die Behörden sind dabei potentielle Vorinstanzen zu Gerichtsverfahren. Im Folgenden werden Kurzübersichten zu den Behörden gegeben,<sup>24</sup> die für die schweizerische Wirtschaftsrechtspraxis herausragend erscheinen.

Die meisten Behörden unterstehen einer politischen Oberaufsicht durch das Parlament oder durch parlamentarische Kommissionen. Diese „Aufsicht“ folgt eher politischen als rechtlichen Überlegungen und wird in dieser Darstellung nicht vertieft.

Die Behörden geraten immer wieder unter verschiedenen Aspekten – z. B. angebliche Ineffizienz, behauptete Inkompetenz oder vermutete mangelnde Unabhängigkeit – ins Kreuzfeuer der (medialen etc.) Kritik.<sup>25</sup> Dabei wird nicht selten übersehen, dass für zahlreiche behördliche Probleme *strukturelle* Ursachen vorliegen, die von der Politik zu verantworten sind. M. E. sind die Behörden in der Schweiz weit besser, als ihr Ruf erahnen lässt.

---

tionale Standards“) oder „autonomer Nachvollzug von EU-Recht“, der zur europarechtskonformen Auslegung führt.

22 Übersicht zur Thematik *Peter V. Kunz*, Methodische Besonderheiten bei Rechtsanwendungen im Wirtschaftsrecht (...), Richterzeitung vom 30. 5. 2012, *passim*.

23 Die zentralen Behörden zum Wirtschaftsrecht auf Kantonsebene sind die kantonalen Handelsregisterämter (vgl. dazu II. 2. a.) sowie die kantonalen Steuerbehörden.

24 Vgl. dazu II. 2.

25 Nicht behandelt werden die Strafverfolgungsbehörden im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts.

## 2. Ausgewählte Teilrechtsgebiete

### a) Gesellschaftsrecht: HR und RAB

Im Bereich des Gesellschaftsrechts besteht keine generelle Aufsicht über Unternehmen.<sup>26</sup> Immerhin gibt es für die Gesellschaften eine Eingangskontrolle (z. B. Gründung),<sup>27</sup> eine Bestandeskontrolle (etwa: Organbestand) sowie eine Ausgangskontrolle (vor allem Liquidation) durch 28 kantonale Handelsregisterämter (HR) und durch das Eidgenössische Handelsregisteramt (EHRA).<sup>28</sup> Während die Grundlagen durch Bundesrecht<sup>29</sup> vorgegeben werden, kann das kantonale Recht verschiedene Details betreffend HR regeln.<sup>30</sup>

Vor einigen Jahren wurde unter ausländischem Druck eine Aufsicht zum Revisionswesen eingeführt. Diese Aufsicht wird wahrgenommen von der Eidgenössischen Revisionsaufsichtsbehörde (RAB),<sup>31</sup> die auf der Basis des Revisionsaufsichtsgesetzes (RAG)<sup>32</sup> unter anderem Kompetenzen hat betreffend Zulassung<sup>33</sup> sowie Sanktionierung von Revisionsstellen. Die RAB stellt eine Verwaltungseinheit der dezentralen Bundesverwaltung und in diesem Zusammenhang einen „Teil“ des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (EJPD) dar.

Die *organisatorischen* Regelungen zur RAB, die durch US-amerikanische Entwicklungen (Sarbanes Oxley Act) inspiriert waren, finden sich vor allem in Art. 28 ff. RAG.<sup>34</sup> M. E. hätten diese Aufsichtsaufgaben über Revisoren ohne weiteres der FINMA<sup>35</sup> übertragen werden können (und sollen) statt einer neuen Behörde.

26 Das Gesellschaftsrecht wird mehrheitlich im schweizerischen Obligationenrecht (OR) geregelt: SR 220.

27 Diese Kontrolle wird einerseits bei der Eintragung im HR vorgenommen, andererseits aber bereits früher bei der (freiwilligen) Vorprüfung beim HR.

28 Das EHRA ist Oberaufsichtsbehörde der kantonalen HR.

29 Handelsregisterverordnung vom 17. 10. 2007 (HRegV): SR 221.411.

30 Im Vordergrund steht die Organisationsautonomie der HR als kantonale Ämter.

31 Hierzu *Böckli*, Revisionsstelle und Abschlussprüfung nach neuem Recht, 2007, N. 57 ff.

32 Auf dem RAG vom 16. 12. 2005 (SR 221.302) beruhen drei detaillierte Verordnungen, nämlich die RAV (SR 221.302.3), die DV-RAB (SR 221.302.32) sowie die ASV-RAB (SR 221.302.33).

33 Insbesondere zu Beginn wurde die RAB heftig kritisiert, weil sie zahlreichen Revisoren die notwendigen Bewilligungen für ihre Tätigkeiten verweigerte.

34 Die RAB ist eine öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit (Art. 28 Abs. 2 Satz 1 RAG) mit Sitz in Bern – die Aufsicht wird unabhängig ausgeübt (Art. 28 Abs. 2 Satz 2 RAG); das Personal der RAB ist privatrechtlich angestellt (Art. 33 Abs. 1 RAG).

35 Vgl. dazu II. 2. b.

## b) Finanzmarktrecht: FINMA, SNB und UEK

Seit dem Jahr 2009 ist die Eidgenössische Finanzmarktaufsichtsbehörde (FINMA)<sup>36</sup> operativ tätig.<sup>37</sup> Einerseits hat sie originäre Kompetenzen zur Aufsicht unter anderem von Banken, von Versicherungen, von Börsen sowie von kollektiven Kapitalanlagen, andererseits dient sie sozusagen als „Berufungsinstanz“ bei übernahmerechtlichen Themen. Die FINMA ist als öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit organisiert.<sup>38</sup>

Die Kompetenzen der FINMA sind seit jeher rechtspolitisch umstritten (z.B. betreffend Börsendelikte). Generell sollte die Intensität der Aufsicht im Bereich des Finanzmarktrechts nicht überschätzt werden; die FINMA hat beispielsweise keine Zuständigkeiten zu Revisionsstellen,<sup>39</sup> zu Pensionskassen oder zu Rating-Agenturen.

Nicht selten wird in der Schweiz das FINMA-Personal kritisiert (Sachkompetenz etc.), etwa von Beaufsichtigten, von Politikern oder von Wirtschaftsjournalisten. Diese Kritik dürfte oftmals überzogen und tendenziell unberechtigt sein. M. E. bestehen strukturelle Personalprobleme (Stichworte: Ausstattung oder Zukunftsperspektive), die zu berechtigter Kritik veranlassen können, aber von der Bundespolitik zu verantworten sind.

Als zweite Zentralbehörde agiert die Schweizerische Nationalbank (SNB),<sup>40</sup> die als spezialgesetzliche AG<sup>41</sup> organisiert ist und einen Doppelsitz<sup>42</sup> in Bern und in Zürich hat. Finanzmarktrechtlich irrelevant ist die Geldpolitik. Darüber hinaus ist die SNB mit der Finanzmarktstabilität befasst.<sup>43</sup> Die heutige Kooperation<sup>44</sup> zwischen FINMA als (juristischer) Behörde zur „Mikro-Ebene“ sowie SNB als (ökonomischer) Behörde zur „Makro-Ebene“ sollte für die Zukunft weiter ausgebaut werden.

36 Basis ist das Finanzmarktaufsichtsgesetz vom 22. 6. 2007 (FINMAG): SR 956. 1.

37 Mächler, FINMA kurz nach dem Start, SJZ 105 (2009), 181 ff.; Sabine Kilgus, FINMAG und FINMA – Behörden(re)organisation oder regulatorische Innovation?, in: FS für R. von Büren, 2009, S. 817 ff.; Peter Nobel, FINMAG – Ende der Magie?, SJZ 105 (2009), 253 ff.

38 Art. 4 Abs. 1 FINMAG – ihr Sitz ist Bern; bei allfälligen Rechtssetzungen hat die FINMA gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. d FINMAG die „internationalen Mindeststandards“ zu berücksichtigen.

39 In diesem Bereich ist die RAB zuständig; Vgl. dazu II. 2. a.

40 Basis ist das Nationalbankgesetz vom 3. 10. 2003 (NBG): SR 951.11; generell Christine Kaufmann, SNB und FINMA in neuen Rollen?, SZW 81 (2009), 422 ff.

41 Art. 1 Abs. 1 NBG; das Aktienrecht ist nur, aber immerhin subsidiär anwendbar: Art. 2 NBG.

42 Art. 3 Abs. 1 NBG; bei „normalen“ AG ist in der Schweiz hingegen ein Doppelsitz unzulässig.

43 Die SNB „trägt zur Stabilität des Finanzsystems bei“: Art. 5 Abs. 2 lit. e NBG.

44 Hinweise bei Peter V. Kunz, TBTF – Überlegungen zur „Too big to Fail“-Problematik, Jusletter vom 17. 5. 2010, Rdnrn. 30 ff.; Kaufmann (Fn. 40), SZW 81 (2009), 422, 423 f.

Zu erwähnen bei den finanzmarktrechtlichen Behörden ist schliesslich die Übernahmekommission (UEK)<sup>45</sup> gemäss Art. 23 BEHG, die einen engen Zuständigkeitsbereich hat. Die UEK kommt als (erstinstanzliche) Aufsichtskommission zum Einsatz bei öffentlichen Übernahmen von Publikumsgesellschaften im Rahmen von Art. 22 ff. BEHG. Die organisatorischen Regelungen befinden sich insbesondere im Reglement der UEK (R-UEK).<sup>46</sup>

### c) Wettbewerbsrecht: WEKO und PÜ

Im Bereich des Kartellrechts (vor allem des KG)<sup>47</sup> ist im Rahmen von Art. 18 ff. KG die Wettbewerbskommission (WEKO) zuständige Bundesbehörde. Die WEKO, die von anderen Verwaltungsbehörden unabhängig zu sein hat, basiert bis anhin auf dem Milizgedanken und wird heute als zweistufige Behörde mit Sekretariat und eigentlicher Kommission organisiert.<sup>48</sup> Die Mehrheit der Mitglieder der WEKO müssen „unabhängige Sachverständige“ sein.<sup>49</sup> Die WEKO nimmt die kartellrechtliche Aufsicht in der Schweiz wahr.

Seit Jahren ist die strukturell-personelle Zusammensetzung der WEKO umstritten, d. h. in erster Linie der Einbezug von Verbandsvertretern (Stichwort: Unabhängigkeit). Heutzutage ist die WEKO gleichzeitig Untersuchungsbehörde und Entscheidbehörde („Europäisches Modell“);<sup>50</sup> dieses Konzept wird hinterfragt, indem ein Bundeswettbewerbsgericht („Amerikanisches Modell“)<sup>51</sup> auf die rechtspolitische Agenda gesetzt wurde.<sup>52</sup>

Der sog. Preisüberwacher gemäss PüG<sup>53</sup>, der jeweils vom Bundesrat gewählt wird,<sup>54</sup> „ergänzt“ die WEKO<sup>55</sup> im Bereich des Wettbewerbsrechts. Art. 3 Abs. 1 PüG umschreibt den Preisüberwacher – notabene eine natürliche Person und nicht als eigentliche Behörde ausgestaltet – als „Beauftragten für die Überwachung der Preise“. Die Legaldefinition verspricht mehr, als gehalten werden kann, und die beschränkten Kompetenzen des Preisüberwachers stellen seit Jahren einen rechtspolitischen Streitpunkt dar.

45 Basis ist das Börsengesetz vom 24. 3. 1995 (BEHG): SR 954. 1.

46 Die UEK hat heute ihren Sitz in Zürich (Art. 15 R-UEK).

47 Basis ist das Kartellgesetz vom 6. 10. 1995 (KG): SR 251.

48 Art. 23 f. KG; allgemein *Carl Baudenbacher*, Kritische Bemerkungen zum geplanten Bundeswettbewerbsgericht, Jusletter vom 11. 7. 2011, Rdnr. 4.

49 Art. 18 Abs. 2 KG.

50 *Salim Rivzi/Fabio Babey*, Braucht die Schweiz ein Bundeswettbewerbsgericht?, AJP 19 (2010), 1585.

51 *Baudenbacher* (Fn. 48), Rdnr. 1/Rdnr. 3.

52 Vgl. dazu unten III. 4. b.

53 Basis ist das Preisüberwachungsgesetz vom 20. 12. 1985 (PüG): SR 942.20.

54 Art. 3 Abs. 1 PüG; der Preisüberwacher ist dem Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement nicht nur administrativ „zugeordnet“ (wie die WEKO), sondern „unterstellt“: Art. 3 Abs. 2 KG.

55 Es erfolgt eine formelle Kooperation, und der Preisüberwacher nimmt sogar an den Sitzungen der WEKO teil – zwar ohne Stimmrecht, aber „mit beratender Stimme“: Art. 5 Abs. 2 PüG; zudem: Art. 16 PüG.

#### d) Immaterialgüterrecht: IGE

Das Institut für Geistiges Eigentum (IGE) ist keine eigentliche Aufsichtsbehörde, weil es in diesem Bereich keine unternehmerischen Verhaltensweisen zu überwachen gibt. Das IGE nimmt aber hoheitliche Funktionen wahr, indem es als einzige Behörde im Teilrechtsgebiet des Immaterialgüterrechts unter anderem den *formellen Schutz* von Immaterialgüterrechten durch Registereintragungen gewährleistet (z. B. Patentierung von Erfindungen).

Das IGE mit Sitz in Bern gehört zur dezentralen Bundesverwaltung und stellt in diesem Zusammenhang einen „Teil“ des EJPD dar. Es soll als Kompetenzzentrum des Bundes für Immaterialgüterrechtsthemen (Fachbehörde) dienen. Ein spezifisches Gesetz<sup>56</sup> befasst sich mit dem IGE und sieht insbesondere dessen Rechtsform als öffentlich-rechtliche Anstalt des Bundes mit eigener Rechtspersönlichkeit vor.<sup>57</sup> Das IGE soll künftig insbesondere die administrativen Belastungen für Unternehmen reduzieren.

### III. Gerichte

#### 1. Grundlagen

Die Gerichte in der Schweiz nehmen (nebst zahlreichen Behörden)<sup>58</sup> die hoheitliche Funktion der Rechtsanwendung wahr – nicht nur, aber auch im Wirtschaftsrecht. Die Richter als Rechtsanwender können unterschiedlich „angefordert“ werden: Einerseits dienen Gerichte – als erster Schritt der Rechtsanwendung – den Rechtssuchenden, um behauptete Rechte in originärer Weise durchzusetzen; andererseits nehmen Gerichte – sozusagen als zweiter Schritt der Rechtsanwendung – gerichtliche Kontrollen gegenüber Behörden wahr.

Im Folgenden werden Kurzübersichten gegeben zu ordentlichen Gerichten<sup>59</sup> sowie zu Fach- bzw. Sondergerichten<sup>60</sup> (z. B. Handelsgerichte sowie Bundespatentgericht), die für die schweizerische Wirtschaftsrechtspraxis herausragend sind. Diese Sondergerichte stellen keine Ausnahmegerichte dar<sup>61</sup> und liegen „im Trend“; beispielsweise wurde vor kurzem ein Gericht auf Bun-

56 Bundesgesetz vom 24. 3. 1995 über Statut und Aufgaben des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum (IGEG): SR 172.010.31.

57 Art. 1 Abs. 1 IGEG; das Personal ist öffentlichrechtlich angestellt: Art. 8 Abs. 1 IGEG.

58 Vgl. dazu II.

59 Vgl. dazu III. 2.

60 Vgl. dazu III. 3.

61 Art. 30 Abs. 1 Satz 2 BV (Bundesverfassung; SR 101): „Ausnahmegerichte sind untersagt“.



desebene für „Aktionärsstreitigkeiten mit Kleinanlegern“ vorgeschlagen,<sup>62</sup> das ähnlich wie ein Mietgericht oder wie ein Arbeitsgericht funktionieren soll.

## 2. Ordentliche Gerichte

Die „klassische“ Dreiteilung der Rechtsgebiete (Privatrecht, öffentliches Recht sowie Strafrecht) hat Organisationsfolgen bei der Gerichtsbarkeit. Es wird bei den ordentlichen Gerichten entsprechend unterschieden zwischen Zivilgerichten, Verwaltungsgerichten und Strafgerichten – eigentliche „Wirtschafts(rechts)gerichte“ sind heute hingegen als ordentliche Gerichte unbekannt. Wirtschaftsrechtliche Streitigkeiten werden somit regelmässig vor einer der drei erwähnten Gerichtskategorien ausgetragen.

Nebst den ordentlichen kantonalen Gerichten<sup>63</sup> kommt besondere Bedeutung dem seit dem Jahr 2007 bestehenden Bundesverwaltungsgericht zu;<sup>64</sup> dies ergibt sich aus seiner breiten Zuständigkeit<sup>65</sup> für Beschwerden gegen Verfügungen aufgrund von Bundesrecht.<sup>66</sup> Ebenfalls zentral ist das Bundesgericht als letzte Instanz beispielsweise für Beschwerden in Zivilsachen sowie für Beschwerden in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten.<sup>67</sup>

Ordentliche Gerichte sind oftmals überlastet und fachlich nicht spezialisiert in den Materien ihrer rechtlichen Zuständigkeiten. Gerade im Wirtschaftsrecht, das sich regelmässig als juristisch äusserst komplex erweist und auf zügige Verfahrenserledigung angewiesen ist, erscheint dies besonders heikel. Die Rechtssetzer auf Bundesebene und auf kantonaler Ebene haben deshalb verschiedene (wirtschaftsrechtliche) Sondergerichte eingeführt,<sup>68</sup> die entweder ausschliesslich oder wahlweise zum Einsatz gelangen.

62 In eine ähnliche Richtung weisend *Hans Caspar von der Crone*, Ein Aktienrecht für das 21. Jahrhundert, SZW 70 (1998), 169 („Bundesaktiengericht“ betreffend Publikumsgesellschaften).

63 Streitigkeiten etwa aus dem Teilrechtsgebiet des Gesellschaftsrechts (z. B. Anfechtungsklagen, Verantwortlichkeitsklagen oder Sonderprüfungsverfahren) beginnen in aller Regel vor ordentlichen Gerichten auf Kantonsebene, die allenfalls vor Bundesgericht zum Abschluss kommen.

64 Die Sitzverlegung von Bern nach St. Gallen erfolgte Mitte 2012; allgemein *Christoph Bandli*, Das Bundesverwaltungsgericht als Eckpfeiler der Justizreform (...), ZBJV 148 (2012), 101 ff.

65 Art. 31 VGG (Verwaltungsgerichtsgesetz: SR 173.32).

66 Art. 5 VwVG (Verwaltungsverfahrensgesetz: SR 172.021); in Frage kommen – als Beispiele – Verfügungen der FINMA, der UEK, der WEKO oder des IGE.

67 Art. 72 ff. sowie Art. 82 ff. BGG (Bundesgerichtsgesetz: SR 173.110).

68 Zur Abgrenzung von ordentlichen Gerichten einerseits und von Sondergerichten andererseits *Christoph Leuenberger/Beatrice Uffer-Tobler*, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2010, S. 22.

### 3. Sondergerichte

#### a) Handelsgerichte

In der Schweiz<sup>69</sup> bestehen Handelsgerichte in vier Kantonen,<sup>70</sup> nämlich in Bern, in Zürich, im Aargau und in St. Gallen. Es handelt sich um kantonale Sondergerichte,<sup>71</sup> deren Urteile in zweiter und letzter Instanz an das Bundesgericht weitergezogen werden können.<sup>72</sup> Die Etablierung solcher Handelsgerichte für „handelsrechtliche“ Streitigkeiten ist freiwillig. Der Vorzug liegt vor allem im „Zusammenwirken von höheren Berufsrichtern und sachkundigen Handelsrichtern (Expertenrichtern) aus den verschiedenen Wirtschafts-Branchen“.<sup>73</sup>

Das System solcher „gemischten Handelsgerichte“ (also: Kombination juristischer Berufsrichter mit technischen Fachrichtern)<sup>74</sup> wurde ursprünglich aus Deutschland rezipiert und in den Kantonen eingeführt. Das Zürcher Handelsgericht – als Beispiel – besteht seit dem Jahr 1867<sup>75</sup> und ist dem kantonalen Obergericht zugeordnet.

Nicht immer ist ein Handelsgericht zwingend zuständig. Teilweise besteht für die Parteien eine Option, aufgrund einer gesetzlichen Wahlmöglichkeit freiwillig ein Handelsgericht anzurufen. Eine solche Wahl bedeutet indes keine „Unterwerfung“ und vor allem keinen Verzicht darauf, die Verfassungswidrigkeit des konkreten Handelsgerichts geltend zu machen: „Auch ein gewähltes bzw. prorogiertes Gericht muss die verfassungsrechtlichen Anforderungen an ein unabhängiges und unparteiisches Gericht erfüllen“.<sup>76</sup>

Eine die kantonalen Ordnungen teils ersetzende Bundesminimalregelung bringt neu Art. 6 ZPO<sup>77</sup> mit sich. Ein Handelsgericht ist gemäss Art. 6 Abs. 2 ZPO obligatorisch zuständig, wenn *beide* Parteien im Handelsregister eingetragen sind (und die „geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen ist“: lit. a); im Rahmen von Art. 6 Abs. 3 ZPO kann sich hingegen nur, aber immerhin der Kläger einseitig für die Zuständigkeit des Handelsgerichts ent-

69 Handelsgerichte sind in einer Vielzahl von Staaten bekannt: *Alexander Brunner*, Europäische Handelsgerichte im Rechtsvergleich, in: *Handelsgerichte im Rechtsvergleich*, 2012, S. 23 ff.

70 Im Kanton Genf wurde das Handelsgericht gegen Ende des 19. Jahrhunderts abgeschafft.

71 Art. 6 Abs. 1 ZPO spricht von „Fachgericht“; generell *Alexander Brunner*, Was ist Handelsrecht?, AJP 19 (2010), 1529 ff.; *Isaak Meier/Michael Rüegg*, Handelsgerichtsbarkeit in der Schweiz, in: *Europäische Handelsgerichtsbarkeit*, 2009, S. 33 ff.

72 *Meier/Rüegg* (Fn. 71), S. 70.

73 *Brunner* (Fn. 71), AJP 19 (2010), 1529, 1529.

74 Detailliert *Toylan Senel*, Das handelsgerichtliche Verfahren nach der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Basel 2010, N. 67 ff. sowie N. 72 ff.

75 Zur Entstehung: *Senel* (Fn. 74), N. 19 ff.

76 BGE 136 I 212 Erw. 3. 4.

77 Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. 12. 2008 (Zivilprozessordnung, ZPO): SR 272.

scheiden, wenn nämlich ausschliesslich die *beklagte* Partei über eine Eintragung im Handelsregister verfügt, d. h. allein die nicht im HR eingetragene klägerische Partei ein Wahlrecht hat.<sup>78</sup>

Handelsgerichte als einzige kantonale Instanzen sind rechtspolitisch nicht unumstritten. Das Bundesgericht machte im Jahr 2012 entsprechende „Hinweise an den Gesetzgeber“, die eine Revision der ZPO auslösen könnten: „Es wird angeregt, die gesetzlichen Grundlagen zu schaffen bzw. anzupassen, damit Entscheide und Verfügungen der Handelsgerichte innerkantonal mit Berufung bzw. Beschwerde (Art. 308 und 319 ZPO) anfechtbar sind (...)“.<sup>79</sup> Die Befürworter des heutigen Systems befürchten jedoch, dass mit einem kantonalen Instanzenzug die Handelsgerichtsbarkeit generell in Frage gestellt werden könnte.

## b) Arbeitsgerichte

Das Arbeitsrecht ist Teil des Wirtschaftsrechts. Da das Arbeitsrecht zum „sozialen Privatrecht“ gehört, stellt vor allem der Kostenaspekt einen wesentlichen Faktor bei dessen richterlicher Anwendung dar. Der „schwache“ Arbeitnehmer soll nämlich dem „starken“ Arbeitgeber nicht ausgeliefert sein. Spezifische Arbeitsgerichte befassen sich in den meisten Kantonen mit diesem Teilrechtsgebiet – ohne Kostenfolge(n) für die betroffenen Parteien. Die neue ZPO enthält verschiedene arbeitsrechtliche Sonderregelungen.<sup>80</sup>

Details zu den Arbeitsgerichten finden sich teils im Bundesrecht,<sup>81</sup> teils im kantonalen Recht,<sup>82</sup> und zwar vor allem in Gerichtsorganisationserlassen. Regelmässig besteht eine sachliche Zuständigkeit für Streitigkeiten<sup>83</sup> zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Arbeitsgerichte zeichnen sich meist durch

78 Umstritten ist insbesondere, ob sich einzig „Unternehmer“ oder prinzipiell jedermann (nicht zuletzt Konsumenten oder Arbeitnehmer) auf dieses Wahlrecht berufen können – das Bundesgericht bejahte mit Urteil vom 29. 10. 2012 das Wahlrecht der Arbeitnehmer: BGE 4A\_210/2012; allgemein *Alexander Brunner*, Das Doppelinstanzprinzip und seine scheinbar unbegrenzten Umgehungsmöglichkeiten nach Art. 6 Abs. 3 ZPO, SJZ 108 (2012), 25 ff.; *Dominik Gasser/Rabel Müller/Tamara Pietsch-Kojan*, Ein Jahr Schweizerische ZPO – ein Erfahrungsbericht, Anwaltsrevue SAV 1/2012, 12 f.

79 Bundesgericht Geschäftsbericht 2011, S. 19 (Hervorhebung des Originals weglassen).

80 Beispiele: Art. 34 ZPO (örtliche Zuständigkeit), Art. 68 Abs. 2 lit. d ZPO (berufsmässige Vertretung) sowie Art. 348 lit. d ZPO (Unvollstreckbarkeit öffentlicher Urkunden).

81 Beispiele: Art. 27 f. BV sowie Art. 110 BV; *privates* Arbeitsrecht: Art. 319 ff. OR (die ZPO hat Art. 343 aOR ersatzlos aufgehoben); *öffentlichrechtliches* Arbeitsschutzrecht: SR 822.

82 Arbeitsgerichte sind – je nach konkretem Streitwert – entweder als Kollegialgerichte oder als Einzelrichter ausgestaltet; oftmals wird ein Schlichtungsverfahren vorgeschrieben.

83 *Brunner* (Fn. 71), AJP 19 (2010), 1529, 1534.

eine paritätische Zusammensetzung des konkreten Spruchkörpers aus, d.h. das Kollegialgericht wird nebst dem „neutralen“ Vorsitzenden von je einem „parteiischen“ Vertreter der Arbeitgeberseite bzw. der Arbeitnehmerseite gebildet. Beispiel Kanton Bern: Art. 9 Abs. 1 EG ZSJ (Einführungsgesetz zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung vom 11. 6. 2009, BSG 271.1).

### c) Bundespatentgericht

Während das materielle Patentrecht seit dem 19. Jahrhundert auf Bundesebene vereinheitlicht ist, dauerte die Vereinheitlichung des formellen Patentrechts bis in das 21. Jahrhundert.<sup>84</sup> Seit dem Jahr 2012 ist das Bundespatentgericht, das einen „fundamental shift in procedure“ mit sich bringt,<sup>85</sup> operativ tätig.<sup>86</sup> Die Notwendigkeit eines patentrechtlichen Sondergerichts ergab sich insbesondere daraus, dass die kantonalen Gerichte überfordert waren<sup>87</sup> und eine Verfahrensbeschleunigung als unerlässlich betrachtet wurde.<sup>88</sup>

Das Bundespatentgericht als erstinstanzliches Patentgericht, das auf dem PatGG<sup>89</sup> sowie auf der Patentrichterverordnung<sup>90</sup> beruht, hat seinen Sitz beim Bundesverwaltungsgericht.<sup>91</sup> Im Rahmen von Art. 3 PatGG üben das Bundesgericht die administrative Aufsicht sowie die Bundesversammlung die Oberaufsicht aus. Spezifisch geregelt ist mit Art. 8 PatGG die Zusammensetzung des Gerichts, d.h. es sind Richter teils mit juristischer Ausbildung und teils mit technischer Ausbildung notwendig.<sup>92</sup>

Mit diesem Sondergericht werden zum Patentrecht zwei Ziele verfolgt: Verfahrensverkürzung und Konzentration der Fachkompetenz. Für das übrige

84 Erste Bemühungen wurden zu Beginn des 20. Jahrhunderts und vor allem in den 1950er Jahren unternommen: *Alexandra Gick-Komondy*, Schweizerische Patentgerichtsbarkeit im Vergleich mit der europäischen Entwicklung, Diss. Bern 2009, S. 190 m. w. N. in Fn. 484.

85 *Rigamonti*, The New Swiss Patent Litigation System, JIPITEC 2 (2011), 3 (para. 1 N. 2); von einem eigentlichen „Quantensprung“ spricht *Werner Stieger*, Bundespatentgericht ante portas!, in: FS für A. Bühler, 2008, S. 185.

86 Allgemein *Rigamonti* (Fn. 85), JIPITEC 2 (2011), 3 *passim*; *Gick-Komondy* (Fn. 84), S. 189 ff., vor allem S. 192 ff.; *Senel* (Fn. 74), N. 296 ff.

87 Die 26 kantonalen Gerichte „simply did not have a sufficient caseload to develop any patent expertise“: *Rigamonti* (Fn. 85), JIPITEC 2 (2011), 3 N. 2; mit dem Bundespatentgericht soll unter anderem eine qualitative Wettbewerbsverbesserung gegenüber dem Ausland angestrebt werden.

88 *Senel* (Fn. 74), N. 364.

89 Patentgerichtsgesetz vom 20. 3. 2009 (PatGG): SR 173.41.

90 Es handelt sich um eine (seltene) Verordnung der Bundesversammlung: SR 173.411.

91 Art. 6 PatGG, d.h. heute nunmehr in St. Gallen; ehemals sollte der Sitz in Bern sein.

92 Beim Bundespatentgericht müssen sämtliche Richter „über ausgewiesene Kenntnisse auf dem Gebiet des Patentrechts verfügen“: Art. 8 Abs. 1 PatGG; hierzu: *Rigamonti* (Fn. 85), JIPITEC 2 (2011), 3 N. 12 ff.

Immaterialgüterrecht (Markenrecht etc.) wurde hingegen kein „Immaterialgüterrechtsgericht“ eingeführt. Art. 5 ZPO zielt indes in eine vergleichbare Richtung,<sup>93</sup> indem die Kantone für immaterialgüterrechtliche Streitigkeiten nur eine kantonale Instanz vorsehen dürfen.

Die Patentgerichtsbarkeit erweist sich heute in der Schweiz als (noch) weiter entwickelt als in Europa bzw. in der Europäischen Union,<sup>94</sup> wodurch eine Stärkung der Attraktivität des „Prozessstandorts Schweiz“ erfolgen sollte. M. E. bildet das Bundespatentgericht einen nicht zu unterschätzenden positiven Standortfaktor für die Schweiz. Im Jahr 2010 hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) die Errichtung eines EU-Patentgerichts vorerst verhindert – in der Zwischenzeit wurde allerdings ein Kurswechsel eingeleitet.<sup>95</sup>

#### d) Schiedsgerichte

Keine staatlichen Gerichte sind die Schiedsgerichte, deren Zuständigkeit auf Privatautonomie basiert,<sup>96</sup> d. h. es braucht eine Schiedsvereinbarung zwischen den Streitparteien:

„Das Schiedsverfahren ist ein *vertraglich vereinbartes* Konfliktbewältigungsverfahren, in welchem eine von den Parteien bezeichnete, aber vom Staat für das Schiedsverfahren mit *Hoheitsgewalt* ausgestattete, unabhängige Drittperson eine Streitigkeit anstelle der staatlichen Gerichte für die Parteien *verbindlich und vollstreckbar* entscheidet“.<sup>97</sup>

Schiedsrecht stellt (als Prozessrecht) *formelles* Recht dar, sagt aber inhaltlich nichts über strittige Rechtsfragen aus, die sich aus dem zugrunde liegenden *materiellen* Recht ergeben.<sup>98</sup> Diese beiden Ebenen können sich im Einzelfall kreuzen oder gar „behindern“; als Beispiel kann das Aktienrecht erwähnt werden, für das umstritten ist, ob bei Aktionärsstreitigkeiten statutarische Schiedsklauseln überhaupt zulässig sind.

Gemäss Art. 61 ZPO werden für Schiedsgerichte in der Schweiz unter anderem eine „schiedsfähige Streitsache“ sowie eine „Schiedsvereinbarung“ vorausgesetzt.<sup>99</sup> Die Details zur Schiedsgerichtsbarkeit (z. B. Sitz des Schiedsge-

93 Die Botschaft ZPO erwähnte bereits das (geplante) patentrechtliche „Spezialgericht“: BBl. 2006 7260.

94 Zu den Harmonisierungen auf internationaler Ebene: *Gick-Komondy* (Fn. 84), S. 10 ff. sowie vor allem S. 171 ff.

95 Die Rechtsgrundlagen für das EU Patentgericht sollen am 1. 1. 2014 in Kraft treten.

96 Statt aller *Bernhard Berger/Franz Kellerhals*, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, 2006, § 1 N. 11 f.

97 *Jürg Gian Schütz*, Mediation und Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Bern 2009, N. 124 (Hervorhebungen hinzugefügt).

98 Das anzuwendende materielle Recht kann zwar, muss aber nicht notwendigerweise Wirtschaftsrecht sein; nicht selten geht es um Vertragsstreitigkeiten mit mehr oder weniger wirtschaftsrechtlichem Bezug; sogar bei der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit erfolgt gemäss Art. 177 IPRG keine Beschränkung auf eine eigentliche „Handelsschiedsgerichtsbarkeit“: *Berger/Kellerhals* (Fn. 96), § 1 N. 37.

99 Ausserdem Art. 354 ZPO sowie Art. 357 ff. ZPO.

richts, Form der Schiedsvereinbarung, Bestellung des Schiedsgerichts, Ablehnung eines Schiedsrichters, Ablauf des Schiedsverfahrens oder Schiedsspruch) finden sich in Art. 353ff. ZPO geregelt.<sup>100</sup> Diese Regularien werden meist durch private Schiedsordnungen ergänzt.<sup>101</sup>

Im nationalen Finanzbereich bestehen teils institutionelle Schiedsgerichte auf Basis von Selbstregulierungen zu „regulatorischen“ Themen sowie zu „Sanktionierungen“, die in der Praxis allerdings selten angerufen werden. Zu erwähnen sind insbesondere das Schiedsgericht SIX einerseits<sup>102</sup> sowie das Schiedsgericht VSB andererseits.<sup>103</sup>

Die Regelungen in der ZPO<sup>104</sup> betreffen ausschliesslich die Binnenschiedsgerichtsbarkeit, also Streitigkeiten innerhalb der Schweiz (ohne internationalen Bezug); beachtlich ist ausserdem die „Schweizerische Schiedsordnung“ von sieben Handelskammern.<sup>105</sup>

Bedeutsamer für die Schweiz ist die internationale Schiedsgerichtsbarkeit, die auf anderen Schiedsordnungen basiert, nämlich in erster Linie auf Art. 176ff. IPRG<sup>106</sup> oder auf privaten Ordnungen (beispielsweise ICC,<sup>107</sup> LCIA,<sup>108</sup> UNCITRAL oder WIPO).

#### 4. Zukunftsperspektiven

##### a) Bundesfinanzmarktgericht?

Seit einigen Jahren wird immer wieder die Schaffung eines Bundesfinanzmarktgerichts in der Schweiz vorgeschlagen<sup>109</sup> – meines Wissens sind bis anhin

100 M. E. bringt Art. 381 Abs. 1 lit. b ZPO eine bemerkenswerte Annäherung zum Common Law, indem das Schiedsgericht zu einem Billigkeitsentscheid ermächtigt werden kann.

101 Beispiele: *Berger/Kellerbals* (Fn. 96), § 1 N. 13 ff.

102 Strittige Fragen können etwa kotierungsrechtliche Entscheidungen, die Zulassung als anerkannter Emittentenvertreter oder Sanktionen sein; im Jahr 2010 wurde entschieden, dass das Schiedsgericht SIX nur bei Vorliegen einer privaten Schiedsabrede zuständig sei: BGE 137 III 42 Erw. 2. 2. 2.

103 Details *Andrea Marco Steingruber*, Schiedsgerichtsbarkeit im innerstaatlichen Finanzbereich, Jusletter vom 10. 1. 2011, Rdnrn. 64 ff. m. w. N.

104 Art. 1 lit. d ZPO, Art. 61 ZPO, vor allem Art. 353ff. ZPO sowie Art. 407 ZPO (Übergangsbestimmung).

105 Im Jahr 2012 trat eine neue Ordnung in Kraft: *Philipp Habegger/Anna Masser*, Die revidierte Schweizerische Schiedsordnung (Swiss Rules), *Anwaltsrevue* 4/2012, 175 ff.

106 Bundesgesetz vom 18. 12. 1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG): SR 291.

107 Die International Chamber of Commerce (ICC) mit Sitz in Paris stellt einen International Court of Arbitration zur Verfügung.

108 Der London Court of International Arbitration (LCIA) sieht LCIA Arbitration Rules vor.

109 Hierzu *Rolf H. Weber/Jean-Marc Schaller*, Auf dem Weg zu einem kohärenten Finanzmarktrecht in der Schweiz?, *SZW* 75 (2003), 189 („Bundeskapitalmarktgericht“); *Sabine Kilgus*, Effektivität von Regulierung im Finanzmarktrecht, *Habil.*

keine rechtspolitischen Bemühungen in diese Richtung unternommen worden. Nebst den üblichen Argumenten für Sondergerichte (z.B. Verfahrensbeschleunigung und Konzentration der Fachkompetenz) wird eine erhöhte Marktakzeptanz geltend gemacht<sup>110</sup>.

Als Modelle für ein solches Sondergericht könnten Handelsgerichte<sup>111</sup> sowie das Bundespatentgericht<sup>112</sup> dienen.<sup>113</sup> In der Schweiz dürfte ein erhöhtes finanzmarktrechtliches Fachwissen für die Rechtsanwendung beispielsweise als Folge institutioneller Schiedsgerichte<sup>114</sup> vorhanden sein, doch nicht notwendigerweise bei den ordentlichen Gerichten.

M. E. verdient die Einführung eines solchen Sondergerichts *de lege ferenda* Unterstützung. Die ordentlichen Gerichte,<sup>115</sup> die sich mit finanzmarktrechtlichen Themen zu beschäftigen haben, sind oftmals zeitlich sowie fachlich überfordert. Es gilt ausserdem, das heutige faktische Machtungleichgewicht zwischen Behörden und Gerichten einerseits sowie der Finanzbranche (und vor allem ihren Rechtsanwältinnen) andererseits auszugleichen.

#### b) Bundeswettbewerbsgericht?

Im Jahr 2009 schlug eine Expertenkommission mögliche Verbesserungen bei der kartellrechtlichen Aufsicht vor. Im institutionellen Bereich stand bzw. steht die WEKO im Vordergrund.<sup>116</sup> Ein Bundeswettbewerbsgericht, das ursprünglich als wirtschaftsrechtliches Sondergericht vorgeschlagen wurde, würde – sofern verwirklicht – einen „vollkommenen Systemwechsel“ gegenüber dem Status quo darstellen.<sup>117</sup> Entschieden ist (noch) nichts: Ein Vorentwurf des Bundesrats aus dem Jahr 2010 enthielt gemäss Art. 25a ff. VE-KG eine detaillierte Ordnung für ein solches Sondergericht, auf das die Regelungen zum Bundespatentgericht<sup>118</sup> „sinngemäss anwendbar“ gewesen wären. Trotz kritischer Vernehmlassung wurde zwar an einem solchen Gericht festgehalten, allerdings nicht (mehr) als Sondergericht, sondern als Teil eines ordentlichen Gerichts: „Das Bundesverwaltungsgericht wirkt als Wettbewerbsgericht des Bundes“ (Art. 24a Abs. 3 E-KG).

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. 4. 2010, *passim*.

110 *Schaller* (Fn. 109), Rdnr. 4: „This imbalance of knowledge and experience may jeopardize unbiased legal findings and, as a consequence, their acceptance among market participants“.

111 Vgl. dazu III. 3. a.

112 Vgl. dazu III. 3. c.

113 Detaillierte Vorschläge: *Schaller* (Fn. 109), Jusletter vom 19. 4. 2010 Rdnrn. 5 ff. und Rdnr. 11; *Kilgus* (Fn. 109), N. 988 ff.

114 Vgl. dazu III. 3. d.

115 Vgl. dazu III. 2.

116 Vgl. dazu II. 2. c.

117 *Baudenbacher* (Fn. 48), Jusletter vom 11. 7. 2011, Rdnr. 1.

118 Vgl. dazu III. 3. c.

Das Bundeswettbewerbsgericht bzw. das Bundesverwaltungsgericht soll erstinstanzliches Gericht und Vorinstanz des Bundesgerichts sein.<sup>119</sup> Einvernehmliche Regelungen sollen der richterlichen Zustimmung bedürfen.<sup>120</sup> Bei der Zusammensetzung des Gerichts muss die Bundesversammlung als Wahlbehörde<sup>121</sup> auf die fachlichen Qualitäten der Richter einerseits<sup>122</sup> sowie auf deren Unabhängigkeit andererseits<sup>123</sup> achten.

Ein Ende des bisherigen „Europäischen Modells“ der WEKO<sup>124</sup> mit Kombination von Untersuchung und Entscheidung würde eine „Amerikanisierung“ darstellen.<sup>125</sup> Ob in Zukunft ein Bundeswettbewerbsgericht (sei es als Sondergericht, sei es als Teil des Bundesverwaltungsgerichts) das bewährte WEKO-Modell ablösen wird, scheint indes offen. M. E. sollte ein wettbewerbsrechtliches Sondergericht aus Gründen der Fachkompetenz, der Unabhängigkeit und der Rechtsstaatlichkeit *de lege ferenda* begrüsst werden.<sup>126</sup>

#### IV. Schlussbemerkungen

Rechtssetzung determiniert Rechtsanwendung, und zwar als Folge des Gewaltenteilungsprinzips. Diese legislative Grundregel schränkt die Einflussmöglichkeiten ausländischen Rechts bei Rechtsanwendungen ein, d. h. ohne qualifizierte legislative Einfallstore im schweizerischen Recht können Rechtsanwender das „Ausland“ nicht berücksichtigen.<sup>127</sup> Ein generelles rechtsvergleichendes Auslegungselement ist abzulehnen.

Bis anhin kaum erforscht ist, ob bei wirtschaftsrechtlichen Rechtsanwendungen sämtliche Rechtsanwender methodisch identisch vorzugehen haben, oder ob zwischen richterlicher Methodik („pragmatischer Methodenpluralismus“)<sup>128</sup> und behördlicher Methodik unterschieden werden muss – auf eine methodische Differenzierung sollte wohl verzichtet werden.

119 Art. 25a Abs. 1/Abs. 3 VE-KG; Art. 24a Abs. 3 Satz 2 E-KG.

120 Art. 29 Abs. 2 E-KG.

121 Art. 25d Abs. 1 VE-KG.

122 Die Richter müssen entweder eine juristische Ausbildung oder unternehmerische Erfahrungen bzw. volkswirtschaftliche Kenntnisse haben; sämtliche Richter müssen zusätzlich „über Kenntnisse auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts verfügen“: Art. 25c Abs. 1 Satz 2 VE-KG.

123 Beispielsweise wären die in der WEKO traditionellen Verbandsvertreter generell als Richter und praktizierende Rechtsanwälte als hauptamtliche Richter ausgeschlossen: Art. 25e Abs. 1 lit. d/lit. e VE-KG.

124 Vgl. dazu II. 2. c.

125 *Baudenbacher* (Fn. 48), Jusletter vom 11. 7. 2011, Rdnr. 1 m. w. N.

126 Gleicher Meinung *Reto Jacobs*, Entwicklungen im Wettbewerbs- und Kartellrecht, SJZ 107 (2011), 211; a. M. *Baudenbacher* (Fn. 48), Jusletter vom 11. 7. 2011, Rdnrn. 24 ff.; *Rivzi/Babey* (Fn. 50), AJP 19 (2010), 1585, 1591.

127 Vgl. dazu I. 3.

128 Vgl. dazu I. 3.



Wirtschaftsrecht erweist sich als komplex. Es wird schwergewichtig von Bundesbehörden als erst(en) Instanz(en) angewandt, die entsprechend „spezialisiert“ sind (oder sein müssen); insofern sollte – mindestens in der Theorie – das wirtschaftsrechtliche Fachwissen unbestritten sein bei behördlichen Wirtschaftsrechtsanwendungen in der Schweiz.

Anders verhält es sich bei Gerichten, die sich selten mit wirtschaftsrechtlichen Streitigkeiten befassen. Eine fachliche „Überforderung“ ist teils zu beobachten bei zahlreichen ordentlichen Gerichten. Um Fachkompetenzen zu konzentrieren oder um Verfahren zu beschleunigen, wurden in der Schweiz – teils auf kantonaler Stufe<sup>129</sup> und teils auf Bundesebene<sup>130</sup> – zahlreiche Sondergerichte eingeführt. M. E. erscheint sinnvoll, indes unwahrscheinlich, die wirtschaftsrechtliche Sondergerichtsbarkeit in der Zukunft auszubauen.<sup>131</sup>

---

129 Beispiel sind die vier kantonalen Handelsgerichte: Vgl. dazu III. 3. a.

130 Beispiel ist das neue Bundespatentgericht: Vgl. dazu III. 3. c.

131 Die Schaffung eines Bundesfinanzmarktgerichts sowie einen Bundeswettbewerbsgerichts wäre insofern konsequent: vgl. dazu III. 4.