

Peter V. Kunz

Wirtschaftsrecht – das unbekannte Rechtsgebiet

Das Wirtschaftsrecht stellt ein autonomes Rechtsgebiet dar, notabene als Querschnittsmaterie aus Privatrecht, öffentlichem Recht sowie Strafrecht. Insofern müssen Wirtschaftsrechtler «juristische Mehrkämpfer» sein. Das Wirtschaftsrecht – Gesellschafts-, Finanzmarkt-, Immaterialgüterrecht etc. – zeichnet sich durch den Fokus auf die Wirtschaft und auf das Wirtschaften aus. Bei wirtschaftsrechtlichen Veröffentlichungen dominieren «Praktikerpublikationen», was zu einem «Systemic Bias» führen kann. Ein zentraler Unterschied zu den übrigen Rechtsgebieten sind die umfassenden internationalen Bezüge: Wirtschaftsrecht ist internationales Recht.

Beitragsart: Beiträge

Rechtsgebiete: Wirtschafts- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, Handelsrecht

Zitiervorschlag: Peter V. Kunz, Wirtschaftsrecht – das unbekannte Rechtsgebiet, in: Jusletter 19. Dezember 2022

Inhaltsübersicht

1. Vorbemerkungen
 - 1.1. Ausgangslage
 - 1.1.1. Medien
 - 1.1.2. Akademische Entwicklungen
 - 1.1.2.1. Lehre
 - 1.1.2.2. Forschung
 - 1.2. Ziel und Übersicht
2. Ausgewählte Themen
 - 2.1. Grundverständnis
 - 2.1.1. Abgrenzungen
 - 2.1.2. Was ist Wirtschaftsrecht?
 - 2.1.3. Wissenschaftlichkeit
 - 2.2. Vier Rechtsgebiete
 - 2.2.1. Rechtsnatur
 - 2.2.2. Eigenständiges Rechtsgebiet
 - 2.3. Rechtssetzung
 - 2.3.1. Zuständigkeiten
 - 2.3.1.1. Normen
 - 2.3.1.2. Bund und Kantone
 - 2.3.2. Methodik
 - 2.3.3. Rechtssetzende Subjektivität
 - 2.3.3.1. (Rechts-)Politik
 - 2.3.3.2. Überprüfbarkeit?
 - 2.3.4. Weitere Einzelfragen
 - 2.3.4.1. Formalien
 - 2.3.4.2. Internationalisierung(en)
 - 2.3.4.3. Einbezug von Privaten
 - 2.4. Rechtsanwendung
 - 2.4.1. Zuständigkeiten
 - 2.4.1.1. Entscheide
 - 2.4.1.2. Behörden und Gerichte
 - 2.4.2. Methodik
 - 2.4.2.1. Basis
 - 2.4.2.2. Sondermethodik?
 - 2.4.3. Rechtsanwendende Subjektivität
 - 2.4.4. Einzelfragen
 - 2.4.4.1. Prinzip der richterlichen Beschränkung
 - 2.4.4.2. Internationalisierung(en)
3. Schlussbemerkungen

1. Vorbemerkungen

1.1. Ausgangslage

1.1.1. Medien

[1] In den letzten 20 Jahren veränderte sich die mediale Berichterstattung in der Schweiz ganz erheblich. Im Allgemeinen hat das *Medieninteresse zugenommen* in Bezug auf die Wirtschaft und auf gewisse mehr oder weniger «spektakuläre» Wirtschaftssachverhalte. Im Vordergrund stehen, etwas trivialisiert, meist Skandale sowie einige Persönlichkeiten der Wirtschaft, was selbst in der

seriösen Wirtschaftsberichterstattung¹ zunehmend zu einer «Skandalitis», zu einer «Personalisierung» und zu einer «Boulevardisierung» geführt hat.²

[2] Dieser heute weiterhin zunehmende Wirtschaftsfokus setzt *Grundkenntnisse* des Wirtschaftsrechts voraus, und zwar sowohl bei den Medienvertretern als auch beim Publikum. Dieser Umstand hat Rückwirkungen auf das Themengebiet: «Das Wirtschaftsrecht ist heutzutage zwar (noch) nicht *«hip»*, zumindest jedoch allgegenwärtig».³ M.E. erscheint vor diesem Hintergrund naheliegend, dass die *unabhängigen Experten* zum Wirtschaftsrecht entsprechende «Aufklärungsarbeit» leisten, sozusagen als «professoraler Service Public», doch geschieht dies aktuell in der Wirtschaftsrealität noch relativ selten.⁴

1.1.2. Akademische Entwicklungen

1.1.2.1. Lehre

[3] Die Bedeutung des Wirtschaftsrechts hat in der Schweiz im Lehrbetrieb der *Universitäten* in jüngerer Vergangenheit erheblich zugenommen. Wirtschaftsrechtliche Vorlesungen sowie Seminare werden auf allen Bildungsstufen im Studium der Rechtswissenschaft angeboten: im Bachelorstudium, im Masterstudium sowie bei der Weiterbildung. Dabei wurden zusätzlich z.B. der Stundenumfang erhöht⁵ und das Fächerangebot ausgebaut,⁶ notabene unter den Aspekten der Aktualität sowie der Erfordernisse für die Praxis.

[4] An einigen *Fachhochschulen* finden sich ebenfalls Vorlesungen zum «Wirtschaftsrecht». Dies wird von Seiten der Universitäten teils grundsätzlich zur Diskussion gestellt: «M.E. machen Fachhochschulen im Bereich der Rechtswissenschaft schlicht keinen Sinn, u.a. weil die universitäre Wirtschaftsrechtswissenschaft bewusst «realitätsnah» ist».⁷ Doch diese Kritik bleibt, wenig überraschend, nicht ohne Widerspruch.⁸ Damit steht zumindest fest: Wirtschaftsrecht wird auch von den Fachhochschulen als bedeutsam betrachtet.

¹ Vgl. PETER V. KUNZ, *Wirtschaftsrecht – Grundlagen und Beobachtungen* (Bern 2019), § 13 N 95 ff.

² Die mediale «Skandalitis» zeitigt *rechtspolitische* Folgen: Vgl. dazu hinten 2.3.3.1.

³ KUNZ (Fn. 1), § 1 N 4 a.E.

⁴ Ähnlich MONIKA ROTH, *Luzerner Zeitung Online* vom 23. November 2021 («Interessenkonflikte beschränken Unabhängigkeit und Freiheit»), die auf mögliche Druckversuche der Wirtschaft auf die jeweiligen Hochschulen hinweist; m.E. sollten *Professoren als Experten* einige Grundsätze (Fachkompetenz, Unabhängigkeit, Zugänglichkeit, Transparenz etc.) beachten: PETER V. KUNZ, *Die sieben Prinzipien akademischer Medienauftritte*, UniPress 153/2012, 22 ff.

⁵ An der Universität Bern wurde vor wenigen Jahren auf Bachelorstufe die *Vorlesung «Wirtschaftsrecht I»* stundenmässig verdoppelt, so dass u.a. neue Themen aufgenommen werden konnten, etwa wirtschaftsrechtliche Methodik, kollektive Kapitalanlagen sowie Immaterialgüterrecht.

⁶ Das IWR bietet z.B. seit einigen Jahren die *Vorlesung «Legal Compliance»* auf Masterstufe an.

⁷ PETER V. KUNZ, *Schweizer Wirtschaftsrecht im 21. Jahrhundert: Ausblick(e) zwischen Hoffen und Bangen*, AJP 24 (2015) 416; zudem: DERS. (Fn. 1), § 13 N 82.

⁸ Vgl. PETER MÜNCH/PASCAL VON AH/BEAT SCHÜPBACH, *Wirtschaftsrecht in der Schweizer Hochschullandschaft des 21. Jahrhunderts – eine Entgegnung*, AJP 24 (2015), 1081 ff.; die durch diese drei Autoren der ZHAW kritisierten Ausführungen von KUNZ umfassten *weniger als sechs Zeilen* in einem Aufsatz von 15 Seiten, wurden aber als «Frontalangriff» gegen Fachhochschulen empfunden, und deren Verfasser wurde als Exponent einer «alten Juristenwelt» disqualifiziert: a.a.O. 1081 und 1083.

1.1.2.2. Forschung

[5] Bereits auf den ersten Blick fällt die *Vielzahl* der wirtschaftsrechtlichen Publikationen und Publikationsorgane (meist fachspezifische juristische Zeitschriften) auf. Zur «wissenschaftlichen» Flutwelle tragen ausserdem zahlreiche Gesetzeskommentare bei, die allerdings häufig relativ schnell durch Neuauflagen obsolet werden. Die Quantität der Veröffentlichungen allein sagt selbstverständlich noch nichts aus über deren Qualität, und tatsächlich finden sich *unterschiedlichste Niveaus* von Publikationen zum Wirtschaftsrecht.

[6] Es gibt bekanntlich nur wenige universitäre Lehrstühle für Wirtschaftsrecht, so dass «*professorale*» Publikationen a priori stark limitiert sind, anders als beispielsweise in Deutschland. Dies führt fast zwangsläufig dazu, dass die Mehrzahl der wirtschaftsrechtlichen Veröffentlichungen von Praktikern z.B. aus grösseren Wirtschaftskanzleien in Zürich, in Genf oder in Basel stammen.⁹ M.E. sind bei entsprechenden «*Praktikerpublikationen*», die nicht selten durch fleissige Junganwältinnen und Junganwälte verfasst werden,¹⁰ leider zwei «Hauptmängel» feststellbar: eine unbefriedigende wissenschaftliche Vertiefung auf der einen Seite¹¹ sowie eine fehlende Unabhängigkeit auf der anderen Seite.¹²

[7] Die *nicht offengelegten Interessenkonflikte* der Autorenschaft führen zu einem (meist unbemerkten) wissenschaftlichen Niveauverlust. Solche wirtschaftsrechtlichen Veröffentlichungen können sich nichtsdestotrotz durchaus meinungsbildend auf die Doktrin auswirken, indem ein «*Systemic Bias*» entsteht. Ersichtlich war dies beispielsweise bei finanzmarktrechtlichen Publikationen, die von branchennahen Rechtsanwälten stammen und sich auffällig zugunsten bankenfreundlicher Positionen aussprechen;¹³ weitere Beispiele eines «Systemic Bias» finden sich im Rechnungslegungsrecht und im Revisionsrecht.¹⁴

1.2. Ziel und Übersicht

[8] Im Folgenden soll nicht das Wirtschaftsrecht als solches zu thematisieren versucht werden. Vielmehr geht es um *ausgewählte Themen*, wobei die Auswahl zwangsläufig subjektiv erfolgte. Aufgrund des Beitrags wird ersichtlich, dass das Wirtschaftsrecht mit den übrigen drei Rechtsgebieten grossmehrheitlich übereinstimmt. Doch es bestehen durchaus *wirtschaftsrechtliche Besonderheiten* – eine *Sensibilisierung* ist das Ziel.

[9] Im wissenschaftlichen Alltag fällt auf, dass in erster Linie der Themenbereich des Wirtschaftsrechts kritisch beobachtet und teilweise sogar *etwas «belächelt»* wird, nicht zuletzt aus Gründen

⁹ Dieser Umstand spricht nicht zwangsläufig gegen die juristische Qualität der Veröffentlichungen, finden sich in der Wirtschaftsadvokatur doch regelmässig die «Besten der Besten» aus dem Studium.

¹⁰ Für externe Beobachter der Szene entsteht der Eindruck, dass einige Anwaltskanzleien ihre jungen Angestellten jeweils zu Publikationen «ermuntern», wenn es in den Büros etwas an «billable work» fehlt.

¹¹ Die Beiträge aus Anwaltskreisen beinhalten in aller Regel primär juristische *Ratschläge für Praktiker*, notabene mit Antworten auf die Frage: «How to do it?»; besonders bedauert werden muss es, wenn schliesslich sogar *Dissertationen* von Universitäten akzeptiert werden, die im Wesentlichen kaum mehr sind als eigentliche «Handbücher» für aktuelle oder für künftige Arbeitgeber der Dissertanten.

¹² Immer wieder werden *interne Memoranden für Klienten* in juristische Publikationen «umgearbeitet».

¹³ Zu beobachten war dies – als Beispiele – bei den Retrozessionen, bei der bestrittenen Haftung von Depotbanken sowie bei der Ablehnung von Banken als faktische Organe; vgl. PETER V. KUNZ, Kreuzfahrt durch's schweizerische Finanzmarktrecht (Bern 2014), 194.

¹⁴ Hinweise: KUNZ (Fn. 1), § 13 N 87 ff.

der glückselig machenden Ignoranz. Mit dem vorliegenden kleinen Beitrag soll ein wenig Gegensteuer zu entsprechenden Vorurteilen gemacht werden.

[10] Einleitend wird aufgezeigt, was unter dem Begriff «Wirtschaftsrecht» eigentlich verstanden wird (oder verstanden werden sollte).¹⁵ Anschliessend wird der Fokus auf einige Besonderheiten im Zusammenhang mit dem Wirtschaftsrecht gelegt, nämlich bei der Rechtssetzung einerseits¹⁶ sowie bei der Rechtsanwendung andererseits.¹⁷ Thematisch wird auf das *internationale Wirtschaftsrecht* aus Platzgründen bloss am Rand eingegangen.

2. Ausgewählte Themen

2.1. Grundverständnis

2.1.1. Abgrenzungen

[11] In der Doktrin wird gern (und viel) über das *Wirtschaftsrecht* als etwas juristisch «Besonderes» geschrieben,¹⁸ was m.E. nicht unberechtigt, zumindest aber erklärungsbedürftig erscheint. Für den Begriff «Wirtschaftsrecht» existiert keine Legaldefinition. Verwandte Themenbereiche des Wirtschaftsrechts finden sich im Handelsrecht auf der einen Seite¹⁹ sowie im Unternehmensrecht auf der anderen Seite, die indessen keine Synonyme sind:

[12] Das *Handelsrecht*, dessen Grundverständnis sich mit der Zeit verändert hat,²⁰ stellt im Privatrecht den Komplementärbereich zum Zivilrecht dar,²¹ wobei der Begriff «handelsrechtlich» o.Ä. in mehreren Erlassen explizit verwendet wird (z.B. im Hinblick auf die Handelsgerichte).²² Das *Unternehmensrecht* («Unternehmerrecht»)²³ erweist sich gegenüber dem Handelsrecht als inhaltlich fokussierter und hat einen direkten Bezug zum Gesellschaftsrecht. Beide Begriffe wurden in den letzten Jahrzehnten «abgelöst» durch den Begriff «Wirtschaftsrecht», ohne dass sich in der Substanz wirklich etwas änderte.²⁴

¹⁵ Vgl. dazu hinten 2.1/2.2.

¹⁶ Vgl. dazu hinten 2.3.

¹⁷ Vgl. dazu hinten 2.4.

¹⁸ Auswahl: MARC AMSTUTZ, *Evolutorisches Wirtschaftsrecht* (...) (Baden-Baden 2001) *passim*; JEAN NICOLAS DRUEY, *Wirtschaftsrecht – leben und lehren*, ZSR 120 I (2001), 1 ff.; PETER FORSTMOSER, *Wirtschaftsrecht im Wandel* (...), SJZ 104 (2008), 133 ff.; WALTHER HUG, *Die Problematik des Wirtschaftsrechts* (St. Gallen 1939) *passim*; ANDREAS KELLERHALS, *Wirtschaftsrecht als Recht der Wirtschaft*, in: FG für W. Schlupe (Zürich 1995), 5 ff.; HEINRICH KOLLER, *Globalisierung und Internationalisierung des Wirtschaftsrechts* (...), ZSR 119 II (2000), 313 ff.; CHRISTIAN J. MEIER, *Über Entwicklung, Begriff und Aufgaben des Wirtschaftsrechts* (...), ZSR 101 I (1982), 267 ff.; PETER NOBEL, *Wirtschaftsrecht?*, in: FS für R. von Büren (Basel 2009), 971 ff.; WALTER R. SCHLUEP, *Was ist Wirtschaftsrecht?*, in: FS für W. Hug (Bern 1968), 25 ff.

¹⁹ Allg.: PETER JUNG, *Gibt es in der Schweiz ein Handelsrecht?*, recht 27 (2009), 43 ff.; ALEXANDER BRUNNER, *Was ist Handelsrecht?*, AJP 19 (2010), 1529 ff.; KUNZ (Fn. 1), § 8 N 27 ff.

²⁰ Vgl. PIO CARONI, *Privatrecht im 19. Jahrhundert* (...), SPR I/1 (Basel 2015), 110 ff.

²¹ EUGEN BUCHER, *Der Gegensatz von Zivilrecht und Handelsrecht* (...), in: FS für A. Meier-Hayoz (Zürich 1972), 1 ff.; KARL OFTINGER, *Handelsrecht und Zivilrecht*, in: *Gesammelte Schriften* (Zürich 1978), 101 ff.

²² Vgl. dazu hinten 2.4.1.2; hierzu z.B. Art. 6 ZPO.

²³ Statt aller: JUNG (Fn. 19), 51 ff.; KUNZ (Fn. 1), § 8 N 32 ff. m.w.H.

²⁴ An der Universität Bern wurde im Jahr 1992 das frühere *Handelsrechtliche Seminar* zum heutigen *Institut für Wirtschaftsrecht* «umbenannt», ohne weitere Änderungen.

[13] M.E. sind die entsprechenden Abgrenzungsdebatten der Doktrin im Grossen und Ganzen überflüssig, und *Wirtschaftsrecht als Oberbegriff* scheint heutzutage ohnehin «angemessener»²⁵, notabene auch alle übrigen Rechtsgebiete thematisierend.²⁶ Bereits im Jahr 1938 wurde festgestellt, dass insbesondere durch die «Einbeziehung der (...) öffentlich-rechtlichen Normen (...) das Handelsrecht zum Wirtschaftsrecht» wird.²⁷

2.1.2. Was ist Wirtschaftsrecht?

[14] Das *Wirtschaftsrecht* wird etwa umschrieben als «Recht mit Bezug zur Wirtschaft»²⁸ oder als «Regelwerk der staatlichen Einflussnahme und Ordnung des wirtschaftlichen Tuns».²⁹ Es gehe um die Gesamtheit der «Normen, die der wirtschaftlichen Koordination dienen».³⁰ Das Wirtschaftsrecht diene zudem als «rechtsinterne Antwort auf gesamtgesellschaftliche Veränderungen, gewachsen im Schlepptau für eine funktionstaugliche Wettbewerbsordnung offenkundig unerlässlicher staatlicher Ordnungs- und Steuerungseingriffe».³¹

[15] In der Schweiz dauert die *wissenschaftliche Debatte* darüber, was das Wirtschaftsrecht ist (und will), seit Jahrzehnten an. Die Debatte wird indes auf einer teilweise zu *hohen Abstraktionsebene* geführt.³² Eine dogmatische Theorie des Wirtschaftsrechts, die sich deutlich von den pragmatischen «Praktikerpublikationen»³³ unterscheidet, befindet sich im Fluss.³⁴

[16] Eine wirklich befriedigende Antwort auf die Frage «Was ist Wirtschaftsrecht?» wird es wohl kaum geben (können).³⁵ M.E. handelt es sich beim *Wirtschaftsrecht* um ein autonomes Rechtsgebiet,³⁶ das – teils als Organisationsrecht, teils als Branchenrecht – einen *singulären Fokus* legt auf die Wirtschaft³⁷ und auf das Wirtschaften³⁸ (sowie auf das Umfeld davon), das – aufbauend auf den übrigen Rechtsgebieten – eine *Querschnittsmaterie* darstellt,³⁹ und das *Besonderheiten* bei der Rechtssetzung⁴⁰ sowie bei der Rechtsanwendung⁴¹ aufweist.

²⁵ KUNZ (Fn. 1), § 8 N 29 a.E.

²⁶ Vgl. dazu hinten 2.2.1.

²⁷ HUG (Fn. 18), 21.

²⁸ DRUEY (Fn. 18), 3.

²⁹ KELLERHALS (Fn. 18), 6.

³⁰ DANIEL GIRSBERGER et al., *Wirtschaftsrecht* (3. A. Zürich 2011) VII.

³¹ MEIER (Fn. 18), 283 (Hervorhebung des Originals weggelassen).

³² In diesem Sinn: KUNZ (Fn. 1), § 8 N 37 a.E.; dies hat zur Folge, «dass der Erkenntnisgewinn hinsichtlich einer pragmatischen Realitätsbeobachtung untergewichtet erscheint»: a.a.O.

³³ Vgl. dazu vorne 1.1.2.2.

³⁴ DRUEY (Fn. 18), 1 ff.; KUNZ (Fn. 1), § 8 N 37.

³⁵ JUNG (Fn. 19), 45 betrachtet «Wirtschaftsrecht» als einen «letztlich inhaltsleeren Begriff».

³⁶ Vgl. dazu hinten 2.2.2.

³⁷ Beispielsweise ergeben sich die Organisationsformen der Wirtschaft (AG, GmbH etc.) aus dem wirtschaftsrechtlichen Teilrechtsgebiet *Gesellschaftsrecht*.

³⁸ Das *Wettbewerbsrecht* – als Beispiel – gibt einen Rahmen für wirtschaftliche Tätigkeiten vor.

³⁹ Vgl. dazu hinten 2.2.1.

⁴⁰ Vgl. dazu hinten 2.3.

⁴¹ Vgl. dazu hinten 2.4.

2.1.3. Wissenschaftlichkeit

[17] Lange Zeit fiel es der *Rechtswissenschaft* schwer, überhaupt als *Wissenschaft* betrachtet und akzeptiert zu werden. Sogar noch Mitte des 19. Jahrhunderts publizierte ein preussischer Staatsanwalt eine Schrift mit dem Titel: «Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft». ⁴² In den USA wurden die Juristen denn auch ehemals nicht an Universitäten, sondern in Praktika bzw. in eigentlichen «Berufslehren» ausgebildet. ⁴³

[18] Heutzutage hat sich dies grundlegend verändert, spätestens seit Juristinnen sowie Juristen an Universitäten ausgebildet und weitergebildet werden: *Jurisprudenz ist Wissenschaft*. Vor diesem Hintergrund und einem «Verdacht der Unwissenschaftlichkeit» erklären sich wohl auch gewisse universitäre Vorbehalte gegenüber Fachhochschulen; ⁴⁴ einige Fachhochschulen möchten, ähnlich wie in den USA, blosse «Law Schools» sein, doch die *Universitäten* streben, sozusagen als «*Law Schools*⁺», mehr und etwas Anderes an. ⁴⁵

[19] Interessanterweise scheint unter den *juristischen Fachrichtungen* gerade der Bereich «Wirtschaftsrecht» («Handelsrecht» o.Ä.) immer wieder kritisch beobachtet zu werden. Anscheinend besteht z.T. ein «Verdacht der Unwissenschaftlichkeit» gegenüber den Wirtschaftsrechtlern, was zu einer *internen «Reserviertheit»* gewisser Privatrechtler, Öffentlichrechtler und Strafrechtler führen kann. ⁴⁶ M.E. lässt sich dies rational nicht rechtfertigen. ⁴⁷

2.2. Vier Rechtsgebiete

2.2.1. Rechtsnatur

[20] Traditionellerweise wird das Recht in zwei Rechtsgebiete eingeteilt: Privatrecht sowie öffentliches Recht. Während das *Privatrecht* die Beziehungen zwischen gleichgeordneten Rechtsunterworfenen («Koordination») regelt, ⁴⁸ geht es beim *öffentlichen Recht* primär um die Verhältnisse von Privaten zum Staat («Subordination») ⁴⁹ und vice versa. ⁵⁰ Substantziell stellt das *Strafrecht* einen Teil des öffentlichen Rechts dar, doch hat es sich in der Wissenschaft und an den Universitäten zu einem dritten Rechtsgebiet verselbständigt.

⁴² Hinweise: BERNHARD SCHNYDER, *Recht und Rechtswissenschaft: Tautologie oder Antinomie?*, in: *Die Zukunft der Geisteswissenschaften* (Balsthal 1987), 16 f.

⁴³ HARALD BÄRTSCHI, *Bevor die Juristen Akademiker wurden*, NZZ Nr. 167 (2008), 9.

⁴⁴ Vgl. dazu vorne 1.1.2.1; ergänzend muss erwähnt werden, dass in der Schweiz m.W. die meisten juristischen Fakultäten *keinen automatischen «Übertritt»* für Studierende von einer Fachhochschule an eine Universität zulassen, denn gerade die Ausbildung im Wirtschaftsrecht erweist sich schlicht als *nicht gleichwertig*; ausserdem sind Fachhochschulen in der wirtschaftsrechtlichen Forschung im Allgemeinen (zu) wenig präsent, was bedauert werden muss: «Deshalb werden die Kollegen der Fachhochschule aufgefordert, sich vermehrt um wissenschaftliche Publikationen zu bemühen» (KUNZ [Fn. 1], § 13 N 82 a.E.).

⁴⁵ M.E. wäre es *zumindest heute* widersinnig, Fachhochschulen das *Promotionsrecht* zu gewähren.

⁴⁶ PETER V. KUNZ, *Vertragsfreiheit sowie Unternehmensübernahmen*, in: FS für T. Koller (Bern 2018), 471 («Reserviertheit»).

⁴⁷ Immerhin ist eine solche wissenschaftliche «Reserviertheit» insbesondere unter dem Aspekt der «Praktikerpublikationen» zumindest nachvollziehbar: Vgl. dazu vorne 1.1.2.2.

⁴⁸ Das Privatrecht ist meist *dispositiv* ausgestaltet, um Raum für die Privatautonomie zu gewähren.

⁴⁹ Da der Staat m.a.W. das «Sagen» hat, gibt es typischerweise nichts zu verhandeln, so dass das öffentliche Recht im Regelfall als *zwingend* qualifiziert werden muss.

⁵⁰ Diese Zweiteilung ergab sich aus dem römischen Recht nach dem Motto: «Publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem».

[21] Eine entsprechende Kategorienzuteilung erscheint unmöglich zum *Wirtschaftsrecht*, das eher einen juristischen Schmelztiegel darstellt⁵¹. Es steht «quer zu den anderen Rechtsdisziplinen; integriert diese teilweise, statt diese zu substituieren».⁵² Was die *Rechtsnatur* des Wirtschaftsrechts betrifft, kann m.E. sozusagen – etwas trivialisiert – von einem «rechtlichen Amalgam» oder von einer *juristischen Querschnittsmaterie* gesprochen werden.⁵³ Wirtschaftsrecht kombiniert also Privatrecht und öffentliches Recht sowie Strafrecht.

2.2.2. Eigenständiges Rechtsgebiet

[22] Die traditionelle Zweiteilung in Privatrecht sowie in öffentliches Recht (inklusive Strafrecht) scheint *dogmatisch etwas überholt*. In der Wirtschaftsrechtswissenschaft wird denn auch betont, dass dem Wirtschaftsrecht «als Integrationsdisziplin (...) die Aufgabe [obliegt], in übergreifender Gesamtschau die *hergebrachte Dichotomie zu überwinden*».⁵⁴ Das Wirtschaftsrecht «ergänzt mithin das Instrumentarium des Privatrechts und des öffentlichen Rechts durch den Gedanken der *gesamtwirtschaftlichen Richtigkeit*».⁵⁵

[23] Das Wirtschaftsrecht und die Wirtschaftsrechtswissenschaft haben in der Juristprudenz lange um ihre Anerkennung kämpfen müssen,⁵⁶ doch seit spätestens dem Zweiten Weltkrieg mit nachfolgenden rechtlichen Wirtschaftsinterventionen kann deren Bedeutung kaum mehr bezweifelt werden: «M.E. handelt es sich beim Wirtschaftsrecht um ein *eigenständiges Rechtsgebiet*, das insofern «gleichberechtigt» ist».⁵⁷ Es zeichnet sich u.a. durch verschiedene Besonderheiten in der Rechtssetzung⁵⁸ und in der Rechtsanwendung⁵⁹ aus.

2.3. Rechtssetzung

2.3.1. Zuständigkeiten

2.3.1.1. Normen

[24] Die *Rechtssetzung* führt zu *Normen* und damit zu Erlassen⁶⁰. Bei der Rechtssetzung («Regulierung») geht es um eine «vorwegnehmend-distanzierte, generalisierende Regelung oder Programmierung einer Vielzahl gleich gelagerter Fälle, als Schaffung von Ordnungsmustern für

⁵¹ In diesem Sinn: KUNZ (Fn. 1), § 8 N 19.

⁵² KELLERHALS (Fn. 18), 9.

⁵³ KUNZ (Fn. 7), 412; DERS. (Fn. 1), § 8 N 21; m.E. werden damit die *Anforderungen* für wirtschaftsrechtliche Tätigkeiten *erhöht*: Vgl. 3.

⁵⁴ MEIER (Fn. 18), 304 f. (Hervorhebung hinzugefügt).

⁵⁵ FRITZ RITTNER, Konzeption und Strukturen des Wirtschaftsrechts, in: FS für P. Ulmer (Berlin 2003), 978 (Hervorhebung im Original).

⁵⁶ Hinweise: CARL BAUDENBACHER, Swiss Economic Law Facing the Challenges of International and European Law, ZSR 131 II (2012), 427 ff.

⁵⁷ KUNZ (Fn. 1), § 8 N 24.

⁵⁸ Vgl. dazu hinten 2.3.

⁵⁹ Vgl. dazu hinten 2.4.

⁶⁰ Die Rechtssetzung stellt einen hoheitlichen Akt dar.

wiederholbares künftiges Geschehen oder von Modellen für zwischenmenschliches Verhalten».⁶¹ Es handelt sich m.a.W. um *generell-abstrakte* Ordnungen.⁶²

[25] Wirtschaftsrechtliche Bestimmungen finden sich auf *sämtlichen Normstufen*. Auf Bundesebene⁶³ heisst dies also v.a. in der Bundesverfassung, in Bundesgesetzen sowie in Bundesverordnungen, d.h. *zahlreiche Rechtssetzer* sind tätig.⁶⁴ Nicht übersehen werden darf, dass das Wirtschaftsrecht – wie die anderen Rechtsgebiete – eine bundesverfassungsrechtliche Basis hat, nicht allein im Zuständigkeitsbereich,⁶⁵ nämlich die *Grundrechte*: u.a. Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) sowie Wirtschaftsfreiheit (Art. 26 BV).

[26] Das Wirtschaftsrecht führt, etwas trivialisiert, zu *Einschränkungen ökonomischer Grundrechte* in verschiedenen Bereichen, beispielsweise durch Verbote oder durch Aufsichten⁶⁶. Insofern müssen im Prinzip die wirtschaftsrechtlichen Rechtssetzer die bundesverfassungsrechtlichen Voraussetzungen gemäss Art. 36 BV beachten.⁶⁷

2.3.1.2. Bund und Kantone

[27] Im Prinzip dürften alle drei Staatsebenen der Schweiz «ihr» Recht setzen, wobei es sich in aller Regel um separierte Zuständigkeitsbereiche handelt⁶⁸. Das *Wirtschaftsrecht* – beispielsweise das Gesellschaftsrecht sowie das Immaterialgüterrecht – erweist sich allerdings in erster Linie als *Bundesrecht*. Immerhin sind zwei Ausnahmen zu beachten⁶⁹, nämlich das kantonale Steuerrecht⁷⁰ sowie das kantonale Kantonalbankenrecht.

[28] Die Aussage: «Wirtschaftsrecht ist internationales Recht»⁷¹ stellt eine Binsenwahrheit dar, primär für die Rechtssetzung, doch teils ebenso für die Rechtsanwendung. Ausgeprägt gilt dies im Finanzmarktrecht, im Immaterialgüterrecht oder im Wettbewerbsrecht. Diese *Internationalisierungen*, insbesondere mittels Rechtsvergleichung,⁷² scheinen im Wirtschaftsrecht wesentlich akzentuierter zu sein als in den übrigen Rechtsgebieten.

⁶¹ GEORG MÜLLER, Funktionen der Rechtssetzung im modernen Staat, ZBl 97 (1996), 100.

⁶² Vgl. BGE 135 II 45 Erw. 4.3.; zudem: Art. 22 Abs. 4 ParlG; «generell» bedeutet: im Prinzip jedermann betreffend; und «abstrakt» meint: losgelöst von einem konkreten Einzelfall.

⁶³ Vgl. dazu hinten 2.3.1.2.

⁶⁴ Volk und Stände (Art. 140 Abs. 1 lit. a BV), Bundesparlament, Bundesrat, diverse Bundesbehörden.

⁶⁵ Vgl. dazu hinten 2.3.1.2.

⁶⁶ Im Bereich des *Finanzmarktrechts* – als Beispiel – existieren nebst *Laissez faire* insbesondere Verbote sowie eine prudentielle Aufsicht: KUNZ (Fn. 1), § 3 N 32 sowie N 166 ff.

⁶⁷ Vgl. dazu hinten 2.3.3.2.

⁶⁸ Zuständigkeit des *Bundes*: «Die Kantone sind souverän, soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist; sie üben alle Rechte aus, die nicht dem Bund übertragen sind» (Art. 3 BV).

⁶⁹ Vgl. KUNZ (Fn. 1), § 9 N 12; für beide «Ausnahmen» sind bundesrechtliche Vorgaben zu beachten.

⁷⁰ In der Schweiz ist umstritten, ob das *Steuerrecht* wirklich zum Wirtschaftsrecht gehört (wie an der Universität Bern), in aller Regel wird es eher dem öffentlichen-Recht «zugeteilt».

⁷¹ KUNZ (Fn. 1), § 11 N 1 a.A. (Hervorhebungen des Originals weggelassen); dies ändert nichts daran, dass es sich beim Wirtschaftsrecht im Regelfall um Bundesrecht (z.B. inklusive Staatsverträge) handelt.

⁷² Vgl. dazu hinten 2.3.4.2.

2.3.2. Methodik

[29] Eine *Rechtssetzungsmethodik* im eigentlichen Sinn fehlt in der Schweiz bis anhin, und der Austausch zwischen Doktrin sowie Praxis erfolgt mehr schlecht als recht;⁷³ im Vordergrund des Interesses der Rechtswissenschaft steht ohne Zweifel die Rechtsanwendung,⁷⁴ die eng begleitet wird durch Urteilsrezensionen o.Ä. der Lehre. Das «letzte Wort» im Rahmen der Rechtssetzung steht ohnehin immer der Politik und den *Politikern* zu.⁷⁵

[30] M.E. sollten unbesehen dessen die Rechtssetzer im Hinblick auf eine «gute» Regulierung, im Wirtschaftsrecht ebenso wie in den übrigen Rechtsgebieten, *drei legislative Fundamentalfragen* beantworten:⁷⁶ Erstens, wie steht es um ein staatliches Interventionsbedürfnis?⁷⁷ Zweitens, wenn diese Frage bejaht wurde, auf welcher Regelungsebene soll «Recht» gesetzt werden?⁷⁸ Drittens, wie soll die Regulierung konkret ausgestaltet werden, bei den Grundsätzen (Verbot, Aufsicht etc.) und ebenfalls bei den Details?

2.3.3. Rechtssetzende Subjektivität

2.3.3.1. (Rechts-)Politik

[31] Keine Besonderheit des Wirtschaftsrechts stellt die Tatsache dar, dass jede Rechtssetzung *subjektiv geprägt* wird durch die jeweiligen Rechtssetzer. Hinzu kommt, dass für die Rechtssetzung – konzeptionell anders als für die Rechtsanwendung – der *Grundsatz der Ungebundenheit* zum Tragen kommt.⁷⁹ D.h. die Rechtssetzer bzw. die Politiker haben, mindestens im Grossen und Ganzen, eine inhaltlich weitgehende Gestaltungsfreiheit.⁸⁰

[32] Bei wirtschaftsrechtlichen Rechtssetzungen kommt z.T. der *Beizug von privaten Dritten* vor,⁸¹ der sich für den Fall fehlender Transparenz als nicht unproblematisch erweist. Einfluss auf die Rechtssetzung nehmen ausserdem *Interessenvertreter* («Lobbies»), was nicht a priori abgelehnt werden muss, sofern ausreichende Transparenz sichergestellt wird.

[33] M.E. wird im Allgemeinen die *Qualität der Rechtssetzung* in der jüngeren Vergangenheit zunehmend in Frage gestellt⁸², und zwar durch weitere (mediale) Phänomene, die gerade die *Rechts-*

⁷³ ERNST HÖHN, Wie grau ist die Theorie? Gedanken zum Verhältnis von Doktrin und Praxis in der Jurisprudenz, AJP 3 (1994), 414 f.

⁷⁴ Vgl. dazu hinten 2.4.

⁷⁵ Vgl. dazu hinten 2.3.3.1.

⁷⁶ Im Detail: KUNZ (Fn. 1), § 9 N 28 ff.; zwangsläufig können diese Antworten niemals interessenunabhängig und «objektiv» sein, sondern erweisen sich immer als *politisch* und «*subjektiv*».

⁷⁷ Es geht darum, ob der Staat überhaupt Recht setzen soll oder nicht, d.h. es braucht für die Rechtssetzung in jedem Fall ein *hoheitliches Interesse* (z.B. der Schutz von Privaten durch Finanzmarktrecht).

⁷⁸ Typischerweise im Wirtschaftsrecht – weniger hingegen in den drei anderen Rechtsgebieten – werden Dritte beizogen für *unechte Selbstregulierungen* statt Regulierungen: Vgl. dazu hinten 2.3.4.3.

⁷⁹ Insofern kann bzw. sollte dem Rechtssetzer niemals «vertraut» werden, denn mit Rechtsänderungen müssen «die Rechtsunterworfenen jederzeit rechnen, ähnlich wie mit gutem oder schlechtem Wetter»: FELIX UHLMANN/JASNA STOJANOVIC, Vertrauen im Finanzmarktrecht (...), SZW 89 (2017), 739.

⁸⁰ Hinweise: KUNZ (Fn. 1), § 9 N 22 ff.

⁸¹ Vgl. dazu hinten 2.3.4.3.

⁸² Generell: MICHAEL LEUPOLD/SUSANNE KUSTER, Verantwortungsvolle Rechtssetzung, Anwaltsrevue 8/2011, 306 ff. m.w.H.

politik zum Wirtschaftsrecht beeinflussen:⁸³ «Skandalitis», «Boulevardisierung» und «Personalisierung»; besonders beliebt sind z.B. die Stichworte «Abzocker» oder «Off-shore». Damit sind immer wieder legislative Zufälligkeiten verbunden.

[34] Vor diesem Hintergrund entsteht im Wirtschaftsrecht oftmals ein *rechtspolitischer* «Ad hoc-ismus», der in der Folge zu «Nacht und Nebel»-Aktionen⁸⁴ sowie zu legislativen Schnellschüssen⁸⁵ führt. Dass dadurch die Rechtssicherheit im Rahmen der darauf basierenden Rechtsanwendung untergraben werden kann, versteht sich ohne weiteres. Daran ändert wenig, dass solche Rechtssetzungen *nur selten nachhaltig* erscheinen: «[D]ie Politikerkarawane zieht bald weiter zum nächsten Wasserloch oder zur nächsten Fata Morgana».⁸⁶

2.3.3.2. Überprüfbarkeit?

[35] Rechtspolitische Entscheidungen, beispielsweise im Rahmen von Rechtssetzungen, sind *politisch überprüfbar*, nämlich bei den nächsten Wahlen. Doch unbesehen dessen muss es in einem Rechtsstaat grundsätzlich möglich sein, Rechtssetzungen zusätzlich *rechtlich zu überprüfen*. Der höchste Massstab für eine juristische Kontrolle von Erlassen, nicht zuletzt von wirtschaftsrechtlichen Rechtssetzungen, sind die *Grundrechte*.⁸⁷

[36] Das Wirtschaftsrecht stellt betreffend wirtschaftliche Tätigkeiten eine *Einschränkung* der ökonomischen Grundrechte dar. Insofern ist der Rechtssetzer – zumindest konzeptionell – *nicht völlig frei*:

1. «Einschränkungen von Grundrechten bedürfen einer gesetzlichen Grundlage. Schwerwiegende Einschränkungen müssen im Gesetz selbst vorgesehen sein. Ausgenommen sind Fälle ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr.
2. Einschränkungen von Grundrechten müssen durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein.
3. Einschränkungen von Grundrechten müssen verhältnismässig sein.
4. Der Kerngehalt der Grundrechte ist unantastbar» (Art. 36 BV).

[37] Es gibt jedoch nur, aber immerhin, eine *eingeschränkte Bundesverfassungsgerichtsbarkeit* in der Schweiz⁸⁸, was insofern insbesondere eine richterliche Überprüfung der Grundrechtskonformität des Wirtschaftsrechts, notabene als Bundesrecht,⁸⁹ a priori verunmöglicht. M.E. erscheint dies rechtspolitisch durchaus sinnvoll, ansonsten mit einer «unabsehbaren *wirtschaftsrechtlichen*

⁸³ PETER FORSTMOSE, Von der Schildkröte zum Hasen – Beschleunigung im schweizerischen Gesetzgebungsverfahren, in: FS für W. Ott (Zürich/St. Gallen 2008), 171; CHRISTOPH B. BÜHLER, Regulierung im Bereich der Corporate Governance (Habil. Zürich 2009), N 46; KUNZ (Fn. 1), § 9 N 18 ff.

⁸⁴ Als Negativbeispiel im Wirtschaftsrecht kann ein «Huckepackverfahren» im Bereich des Gesellschaftsrechts erwähnt werden: PETER FORSTMOSE, Im Huckepack und auf der Überholspur – Zwei fragwürdige «Novitäten» schweizerischer Gesetzgebung, NZZ Nr. 44 (2007), 27; DERS. (Fn. 83), 172 f.

⁸⁵ Übersicht: PETER FORSTMOSE, Hektik statt Bedächtigkeit: Entwicklungen in der Schweizer Gesetzgebung, in: Vom Wert einer guten Gesetzgebung (Bern 2014), 9 ff.

⁸⁶ KUNZ (Fn. 1), § 9 N 19 a.E. (Hervorhebung des Originals weggelassen); ähnlich kritisch: CLAUDIA SCHOCH, Für jedes Problem ein neues Gesetz, NZZ Nr. 262 (2011), 13.

⁸⁷ Vgl. dazu vorne 2.3.1.1.

⁸⁸ Statt aller: KUNZ (Fn. 1), § 10 N 185 ff. m.w.H.; Art. 190 BV hält fest: «Bundesgesetze und Völkerrecht sind für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend».

⁸⁹ Vgl. dazu vorne 2.3.1.2.

Prozessflut (...)» gerechnet werden müsste⁹⁰, wodurch die Rechtssicherheit in erheblichem Mass gefährdet würde.

2.3.4. Weitere Einzelfragen

2.3.4.1. Formalien

[38] Zum Wirtschaftsrecht als solchem existiert *kein* «Grundgesetz», wie etwa das Zivilgesetzbuch (ZGB) für das Privatrecht oder das Strafgesetzbuch (StGB) für das Strafrecht. Vielmehr bildet eine *Vielzahl von Spezialerlassen* das Wirtschaftsrecht.⁹¹ Im Zusammenhang mit diesen wirtschaftsrechtlichen Erlassen fallen verschiedene *legislative Besonderheiten* auf, die in anderen Rechtsgebieten nicht oder nicht in gleichem Ausmass vorkommen.⁹²

[39] Aus dem römischrechtlichen Pandekten-System stammt das Konzept «Allgemeiner Teil» (AT) von Rechtssetzungen. In der Schweiz liegen zwar mehrfach *formelle AT* vor, entweder als Teil eines Gesetzes⁹³ oder als sogar selbständiges Gesetz,⁹⁴ jedoch gerade nicht im Wirtschaftsrecht, was in der Lehre mindestens vereinzelt bedauert wird.⁹⁵ Immerhin können bei einigen wirtschaftsrechtlichen Teilrechtsgebieten *materielle AT* identifiziert werden, beispielsweise im Finanzmarktrecht⁹⁶ sowie im Immaterialgüterrecht.⁹⁷

[40] Das Gesellschaftsrecht basiert(e), als Ausnahme im Wirtschaftsrecht, auf einem «Grundgesetz», nämlich auf dem Obligationenrecht (OR). In den letzten Jahren kam es allerdings zu einer eigentlichen *Dekodifikation* in diesem zentralen wirtschaftsrechtlichen Teilrechtsgebiet,⁹⁸ und zwar mit zahlreichen Spezialerlassen.⁹⁹ FusG, KAG, RAG, FinfraG etc.¹⁰⁰

[41] Als letztes Beispiel einer legislativen Besonderheit können die *Rahmengesetze* erwähnt werden,¹⁰¹ die nirgendwo verbreiteter sind als im Wirtschaftsrecht.¹⁰² In solchen Erlassen werden nur, aber immerhin, die Grundsätze geregelt und damit der «Rahmen» vorgegeben, der durch Verordnungen «ausgefüllt» wird, und zwar im Rahmen entsprechender Delegationsnormen. Dies schafft einerseits erhöhte Flexibilität für Bundesrat und Behörden als Rechtssetzer, kurzfristig

⁹⁰ KUNZ (Fn. 1), § 10 N 189 a.E. (Hervorhebung im Original).

⁹¹ Eine wichtige Ausnahme stellt das *Konzernrecht* dar, das in keiner zusammenhängenden Ordnung («Konzernrechtskodifikation» o.Ä.) zum Ausdruck gelangt.

⁹² Detailliert: KUNZ (Fn. 1), § 9 N 152 ff.

⁹³ Beispiele im *Privatrecht* und im *Strafrecht*: Art. 1 ZGB – Art. 10 ZGB, Art. 52 ZGB – Art. 59 ZGB, Art. 1 OR – Art. 183 OR sowie Art. 1 StGB – Art. 110 StGB.

⁹⁴ Beispiel im *öffentlichen Recht*: Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) in SR 830.1.

⁹⁵ PETER V. KUNZ, Zehn bemerkenswerte Auffälligkeiten (...), SJZ 104 (2008), 561 Fn. 64 schlägt beispielsweise einen formellen AT zum *Gesellschaftsrecht* vor.

⁹⁶ Das Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 22. Juni 2007 (FINMAG, SR 956.1) die, etwas trivialisiert, als «Dachgesetz» für das gesamte Finanzmarktrecht und damit sozusagen als dessen materieller AT.

⁹⁷ In diesem Sinn: PETER V. KUNZ, Grundsätze zum Immaterialgüterrecht (...), recht 20 (2002), 94 ff.

⁹⁸ Allg.: SUSANNE GENNER, Dekodifikation (Diss. Bern 2006), *passim*.

⁹⁹ Hinweise: KUNZ (Fn. 1), § 9 N 157 ff.

¹⁰⁰ Ein rechtspolitischer Vorschlag für ein *schweizerisches Aktiengesetz* («CH AktG») – vgl. PETER V. KUNZ, Aktienrechtsrevision 20XX, in: Jusletter 2. Februar 2009, N 122 ff. – wurde gänzlich ignoriert.

¹⁰¹ Vgl. ALBRECHT LANGHART, Rahmengesetz und Selbstregulierung (...) (Diss. Zürich 1993), *passim*.

¹⁰² Dies trifft v.a. auf das *Finanzmarktrecht* zu: KUNZ (Fn. 1), § 3 N 107 ff. sowie § 9 N 160 ff.

Recht zu setzen, erscheint indessen andererseits unter rechtsstaatlichen Aspekten (Stichwort: demokratische Absicherung) immer wieder umstritten.¹⁰³

2.3.4.2. Internationalisierung(en)

[42] Ausländisches Recht *beeinflusst* in weiten Teilen das schweizerische Recht, in erster Linie das Wirtschaftsrecht, das vor diesem Hintergrund eine Vielzahl von direkten oder indirekten *Internationalisierungen* aufweist.¹⁰⁴ Die *Rechtsvergleichung*, als eine methodische Wissenschaftsdisziplin,¹⁰⁵ vergleicht das Recht der Schweiz mit Rechtsordnungen im Ausland, und zwar im Hinblick auf Erkenntnisgewinne, die in der Folge in der *Rechtssetzung* und teilweise ebenfalls in der Rechtsanwendung zum Einsatz gelangen (können).

[43] Verschiedene *legislative Einfallstore* – mit unterschiedlichen Folgen bei der Rechtsanwendung – werden in der Rechtssetzung implementiert:¹⁰⁶ Pressionen aus dem Ausland, eklektische Anregungen («Inspirationen»), legislative Referenzen auf ausländische Ordnungen,¹⁰⁷ autonomer Nachvollzug von EU-Recht,¹⁰⁸ Staatsverträge etc.

[44] Diese sowie weitere rechtsvergleichende Einfallstore in der schweizerischen Rechtssetzung führen zur Feststellung: Wirtschaftsrecht ist internationales Recht. Es fällt auf, dass solche Internationalisierungen zunehmen,¹⁰⁹ jüngst etwa bei der «grossen» Aktienrechtsrevision, die u.a. im Jahr 2023 in Kraft tritt. M.E. führt die *Souveränität der Schweiz* allerdings zwangsläufig dazu, dass es sich – trotz ausländischen Einflusses – um schweizerisches Recht handelt, was die Rechtsanwender zu berücksichtigen haben.¹¹⁰

2.3.4.3. Einbezug von Privaten

[45] Im Bereich des Wirtschaftsrechts erscheint es im Hinblick auf Rechtssetzungen nicht unüblich, teils ebenfalls *private Dritte einzubeziehen*, und zwar auch ausserhalb von Vernehmlassun-

¹⁰³ Es droht das Risiko, dass durch das Bundesparlament, sozusagen mittels «carte blanche», *regulatorische Inhaltsverantwortung verschoben* wird auf eine tiefere Hierarchiestufe, was in erster Linie die rechtsstaatlich erforderlichen Kontrollmöglichkeiten (z.B. mittels Referendum) relativiert; im Vordergrund der Kritik der Doktrin steht die *Finanzmarktregulierung*: DIETER GERICKE, Funktioniert der Rechtsstaat im Kapitalmarkt?, in: FS für D. Zobl (Zürich 2004), 363; PETER V. KUNZ, Rechtsstaatlichkeit, FINMA-Regulierung(en): Macht des Faktischen versus Rechtsstaatlichkeit, in: Jusletter 7. Mai 2018, N 9 und N 37 ff.

¹⁰⁴ Es kommt zu vielen *grenzüberschreitenden Rechtsangleichungen*; die internationalen Einflüsse wirken sich m.E. im Wirtschaftsrecht stärker aus als im Privatrecht, im öffentlichen Recht oder im Strafrecht.

¹⁰⁵ Statt vieler: ARNOLD F. RUSCH, Methoden und Ziele der Rechtsvergleichung, in: Jusletter 13. Februar 2006, *passim*; CHRISTOPH A. KERN, In der Zange der Zahlen: Rechtsvergleichung und wissenschaftlicher Zeitgeist, ZVglRWiss 116 (2013), 419 ff.

¹⁰⁶ Übersicht: PETER V. KUNZ, Instrumente der Rechtsvergleichung in der Schweiz bei der Rechtssetzung und bei der Rechtsanwendung, ZVglRWiss 108 (2009), 31 ff.; DERS. (Fn. 1), § 9 N 63 ff.; zudem: PIERRE WIDMER, Rechtsvergleichung und Gesetzgebung, LeGes 3/2003, 9 ff.

¹⁰⁷ Es wird – als erstes Beispiel – im *Finanzmarktrecht* auf «internationale Mindeststandards» verwiesen: Art. 7 Abs. 2 lit. d FINMAG; ausserdem findet sich – als zweites Beispiel – im Aktienrecht bzw. im *Rechnungslegungsrecht* die legislative Referenz auf «Leitsätze der OECD»: Art. 964j Abs. 4 OR (ebenso: Art. 964k Abs. 4 OR sowie Art. 964b Abs. 3 OR).

¹⁰⁸ Im Detail: KUNZ (Fn. 1), § 9 N 108 ff. m.w.H.

¹⁰⁹ PETER V. KUNZ, Globalisierung des Schweizer Rechts, FuW Nr. 66 (2022), 3.

¹¹⁰ Vgl. dazu hinten 2.4.4.2.

gen,¹¹¹ also fast schon in «offiziöser» Funktion. Heutzutage (noch) selten kommen *private Gesetzesentwürfe* vor, die meist Wirtschaftsverbände im Hinblick auf debattierte Rechtssetzungen vorlegen,¹¹² was m.E. nicht a priori kritisiert werden sollte.¹¹³

[46] Der intensivste Einbezug von Privaten durch den Staat erfolgt im Rahmen der *unechten Selbstregulierung*, bei der zentrale Wirtschaftsverbände sozusagen «im staatlichen Auftrag» als private Selbstregulatoren tätig werden und «Recht» setzen.¹¹⁴ Entsprechende Selbstregulierungen kommen beispielsweise im Rechnungslegungsrecht und im Finanzmarktrecht¹¹⁵ (Beispiel: das börsenrechtliche Kotierungsrecht)¹¹⁶ vor, wobei ihre Bedeutung abzunehmen scheint.¹¹⁷ Der Staat kann solche *Selbstregulierungen* «ausdehnen» auf Nicht-Verbandsmitglieder, was im Bereich der Finanzwirtschaft der Fall ist.¹¹⁸

2.4. Rechtsanwendung

2.4.1. Zuständigkeiten

2.4.1.1. Entscheide

[47] Konzeptionell determiniert die Rechtssetzung¹¹⁹ die *Rechtsanwendung*, die sich in erster Linie auf die Auslegung der anwendbaren Normen im konkreten Einzelfall fokussiert. Diese hoheitliche Tätigkeit erfolgt nicht einfach nach «Gutdünken» der jeweiligen Rechtsanwender,¹²⁰ sondern es wird eine *Methodik* beachtet («Auslegungskanon»)¹²¹ Insofern kommt der Rechtssetzung durchaus Vorrang gegenüber der Rechtsanwendung zu.¹²²

¹¹¹ Generell: ARNOLD MARTI, Aufgabenteilung zwischen Staat und Privaten auf dem Gebiet der Rechtsetzung (...), AJP 11 (2002), 1154 ff.; URSULA BRUNNER, Rechtsetzung durch Private (Diss. Zürich 1982), *passim*.

¹¹² Beispielsweise basiert das finanzmarktrechtliche *Bucheffektengesetz* vom 3. Oktober 2008 (BEG, SR 957.1) auf einem privaten Entwurf («Wertpapierverwahrungsgesetz»), den die Schweizerische Bankiervereinigung in Auftrag gab und anschliessend dem Eidgenössischen Finanzdepartement übermittelte, notabene «zur weiteren Bearbeitung» (Botschaft zum BEG vom 15. November 2006: BBl 2006 9337); allg.: HANS CASPAR VON DER CRONE et al., Der Entwurf zu einem schweizerischen Wertpapierverwahrungsgesetz (WVG), in: Aktuelle Probleme des Finanz- bzw. Börsenplatzes Schweiz, Bd. 11 2002/2003 (Bern 2004), 135 ff.

¹¹³ Hinweise: KUNZ (Fn. 1), § 9 N 181 ff.

¹¹⁴ Bei der *echten Selbstregulierung* «erlassen» private Verbände private Regeln ohne «staatlichen Auftrag»; Beispiel: der «Swiss Code of Best Practice» von Economiesuisse.

¹¹⁵ Statt aller: PASCAL ZYSSET, Selbstregulierung im Finanzmarktrecht (...) (Diss. Bern 2017), *passim*; URS ZULAUF, Koregulierung statt Selbstregulierung, in: Jusletter 4. November 2013, *passim*; vgl. zudem: Selbstregulierung im Schweizer Finanzsektor («EBK-Bericht Selbstregulierung») vom Juli 2007.

¹¹⁶ Börsen beruhen gemäss Art. 27 FinfraG auf dem *selbstregulierten Kotierungsrecht*: PETER JUNG/PETER V. KUNZ/HARALD BÄRTSCHI, Gesellschaftsrecht (3. A. Zürich 2021), § 14 N 13 f. sowie N 31 f.

¹¹⁷ Vgl. PETER V. KUNZ, Corporate Governance – Tendenz von der Selbstregulierung zur Regulierung, in: FS für P. Böckli (Zürich 2006), 471 ff.

¹¹⁸ Hierzu: THOMAS JUTZI, Anerkannte Mindeststandards (...) der Finanzmarkt(selbst)regulierung, in: Berner Gedanken zum Recht, FG zum Schweizerischen Juristentag 2014 (Bern 2014), 197 ff.

¹¹⁹ Vgl. dazu vorne 2.3.

¹²⁰ Unbesehen dessen kann eine gewisse *Subjektivität* nicht bestritten werden: Vgl. dazu hinten 2.4.3.

¹²¹ Vgl. dazu hinten 2.4.2.1; bei der Anwendung von Wirtschaftsrecht sind diverse Besonderheiten zu beobachten: Vgl. dazu hinten 2.4.2.2.

¹²² Dass die Rechtsanwender also *nicht Recht «setzen»*, sondern *Recht «anwenden»* (immerhin mit der bekannten Ausnahme von Art. 1 Abs. 2 ZGB: «Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde»), ergibt sich m.E. unmittelbar aus dem bundesverfassungsrechtlichen Rechtsstaatsprinzip der *Gewaltenteilung*.

[48] Die Rechtsanwendung, die in erster Linie – und etwas trivialisiert – eine «vollzogene Rechtssetzung» darstellt, führt zu *Entscheiden* und damit zu *individuell-konkreten* Umsetzungen der Normen durch die konkreten Rechtsanwender. Das Recht sieht im Wesentlichen zwei Kategorien von Rechtsanwendern vor, nämlich die Behörden sowie die Gerichte, deren Tätigkeiten in *Verfügungen* und in *Urteilen* resultieren.

2.4.1.2. Behörden und Gerichte

[49] Das Wirtschaftsrecht sieht für sämtliche Teilrechtsgebiete verschiedene *Behörden* vor,¹²³ meist Bundesbehörden, vereinzelt kantonale Behörden.¹²⁴ Diese Behörden sind primär als Rechtsanwender tätig, teils jedoch ebenfalls als Rechtssetzer («Verordnungsgeber»), notabene aufgrund von Delegationsnormen. Zu den bekanntesten *wirtschaftsrechtlichen Bundesbehörden* gehören beispielsweise die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA), die Wettbewerbskommission (WEKO) sowie die Eidgenössische Steuerverwaltung (ESTV).

[50] Bei wirtschaftsrechtlichen Streitigkeiten erweisen sich regelmässig die *ordentlichen Gerichte* – z.B. die Amtsgerichte, die Bezirksgerichte, die Kantonsgerichte, die Obergerichte sowie das Bundesgericht – als zuständig.¹²⁵ Im Zusammenhang mit einigen Sonderthemen existieren zudem *wirtschaftsrechtliche Spezialgerichte*, bei denen es sich nicht um «Ausnahmegerichte» (Art. 30 Abs. 1 Satz 2 BV) handelt.¹²⁶ Dazu gehören die kantonalen Arbeitsgerichte, die Handelsgerichte in vier Kantonen¹²⁷ sowie das Bundespatentgericht.¹²⁸

2.4.2. Methodik

2.4.2.1. Basis

[51] Seit fast 30 Jahren wendet das Bundesgericht im Rahmen der Rechtsanwendung den «*pragmatischen Methodenpluralismus*» zur Normeninterpretation an.¹²⁹ Dabei gelangen vier Auslegungselemente zum Einsatz, bei denen keine Rangordnung besteht:¹³⁰ das grammatikalische,

¹²³ Übersicht statt vieler: PETER V. KUNZ, Wirtschaftsrechtliche Rechtsanwender in der Schweiz, ZVglRWiss 112 (2013), 191 ff. und v.a. 194 ff.

¹²⁴ Die wichtigsten wirtschaftsrechtlichen Behörden auf kantonaler Ebene sind die *kantonalen Handelsregisterämter* sowie die *kantonalen Steuerverwaltungen*.

¹²⁵ Streitigkeiten zu Wirtschaftssachverhalten werden in der Praxis aufgrund von Schiedsklauseln oder von Schiedsvereinbarungen regelmässig durch *Schiedsgerichte* entschieden.

¹²⁶ Einige Spezialgerichte zum Wirtschaftsrecht wurden im Lauf der Jahre vorgeschlagen, scheiterten jedoch in der Folge (Beispiel): ein «*Bundesaktiengericht*» (z.B. HANS CASPAR VON DER CRONE, Ein Aktienrecht für das 21. Jahrhundert, SZW 90 [1998], 169), ein «*Bundeswettbewerbsgericht*» (vgl. Vorentwurf des Bundesrats im Jahr 2010 zu einer Kartellgesetzrevision [sc. Art. 25a ff. VE-KG], die im Jahr 2014 abgebrochen wurde) oder ein «*Bundesfinanzmarktgericht*» (statt aller: JEAN-MARC SCHALLER, Establishing a Federal Capital Market Court of First Instance – Why not?, in: Jusletter 19. April 2010, *passim*).

¹²⁷ Konkret sehen die Kantone Bern, Zürich, Aargau und St. Gallen jeweils ein Handelsgericht vor; diese Gerichte spielen in der Praxis eine herausragende Rolle; statt aller: KUNZ (Fn. 1), § 10 N 157 ff.

¹²⁸ Vgl. Bundesgesetz über das Bundespatentgericht vom 20. März 2009 (PatGG, SR 173.41); SR 173.41; allg.: CYRILL P. RIGAMONTI, Ein Jahr schweizerisches Bundespatentgericht, ZVglRWiss 112 (2013), 292 ff.; DERS., The New Swiss Patent Litigation System, in: JIPITEC 2 (2011), 3 para 1.

¹²⁹ Statt aller: HANS PETER WALTER, Der Methodenpluralismus des Bundesgerichts bei der Gesetzesauslegung, recht 17 (1999) 157 ff.; ERNST A. KRAMER, Sentenzen zu Gesetz, Richter und Methode, in: FS für H. P. Walter (Bern 2005), 87 ff.

¹³⁰ Beispiel: BGE 143 IV 54 E. 1.4.1.

das historische, das systematische sowie das teleologische Element.¹³¹ Die gebräuchlichste bundesgerichtliche Umschreibung der Methodik lautet wie folgt:

[52] «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. (...).¹³²

[53] Dieser methodische Ansatz der Gerichte (und an sich ebenso der Behörden) hat sich m.E. im Grossen und Ganzen in der *Rechtsprechung bewährt*, obwohl verständliche Kritik in der Lehre vorgebracht wird.¹³³ Umstritten erscheint beispielsweise eine gelegentliche bundesgerichtliche «Formel», die ein *rechtsvergleichendes* Element ergänzt.¹³⁴

2.4.2.2. Sondermethodik?

[54] Die Rechtsanwender haben den «pragmatischen Methodenpluralismus»¹³⁵ nicht allein beim Privatrecht, beim öffentlichen Recht sowie beim Strafrecht, sondern ebenfalls bei der *Interpretation wirtschaftsrechtlicher* Normen zur Anwendung zu bringen. Ein Teil der Lehre weist allerdings – sozusagen methodisch ergänzend – darauf hin, dass bei der Auslegung von Wirtschaftsrechtsnormen einige *Besonderheiten* berücksichtigt werden (könnten).

[55] In der Doktrin werden – als Beispiele – die folgenden *Themen* als Ergänzung der Methodik diskutiert:¹³⁶ die Rechtsvergleichung, die Praktikabilität, die wirtschaftliche Betrachtungsweise, die funktionale Auslegung sowie die harmonische Interpretation. Es erweisen sich indessen nicht alle «Besonderheiten» als methodisch relevant, so dass m.E. *keine Sondermethodik* im Bereich des Wirtschaftsrechts vorliegt.¹³⁷

2.4.3. Rechtsanwendende Subjektivität

[56] Mit der Methodik der Norminterpretation¹³⁸ soll sichergestellt werden, dass *nicht (zu) viel Subjektivität* der Rechtsanwender in ihre Tätigkeit einfliesst. Doch bekanntlich sind Beamte sowie Richter auch «nur» Menschen, und m.E. «*menschelt*» es daher zwangsläufig bei jeder Rechtsan-

¹³¹ Übersicht: KUNZ (Fn. 1), § 10 N 13 ff. m.w.H.

¹³² BGE 142 V 460 E. 3.1. (Hervorhebungen hinzugefügt).

¹³³ Generell: PASCAL PICHONNAZ/STEFAN VOGENAUER, Le «pluralisme pragmatique» du Tribunal fédéral: une méthode sans méthode?, AJP 8 (1999), 417 ff.; PETER V. KUNZ, Sondermethodik zur wirtschaftsrechtlichen Rechtsanwendung?, recht 35 (2017), 145 f. m.w.H.

¹³⁴ Vgl. dazu hinten 2.4.4.2.

¹³⁵ Vgl. dazu vorne 2.4.2.1.

¹³⁶ Hinweise: PETER V. KUNZ, Methodische Besonderheiten bei Rechtsanwendungen im Wirtschaftsrecht – Überblick sowie Kritik, in: «Justice - Justiz - Giustizia» 2012/2, *passim*; DERS. (Fn. 133), 146 ff.; DERS. (Fn. 1), § 10 N 19 ff. m.w.H.

¹³⁷ In diesem Sinn: KUNZ (Fn. 133), 156; immerhin können gewisse wirtschaftsrechtliche Besonderheiten kaum in Frage gestellt werden: a.a.O.

¹³⁸ Vgl. dazu vorne 2.4.2.1.

wendung¹³⁹. Eine absolute «Objektivität» wäre eine Illusion, und jedermann sollte «sich bewusst sein, dass die Rechtsprechung keine exakte Materie ist, wo es nur richtig oder falsch, gut oder böse gibt. Vieles ist Interpretation oder Ansichtssache».¹⁴⁰

[57] Die Rechtsanwendungen im Wirtschaftsrecht, im Privatrecht, im öffentlichen Recht und im Strafrecht unterscheiden sich unter diesem Aspekt in keiner Weise. Ohne Zweifel existiert – nicht allein in der Schweiz¹⁴¹ – eine *erhebliche Subjektivität* der Rechtsanwendung:

[58] Die Diskussionen dürfen «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».¹⁴²

2.4.4. Einzelfragen

2.4.4.1. Prinzip der richterlichen Beschränkung

[59] Im Verwaltungsrecht, einem Teil des öffentlichen Rechts, stellt das Prinzip der richterlichen Beschränkung einen «Klassiker» dar (Stichwort: Verwaltungsermessen). Im Gesellschaftsrecht kommt eine ähnliche *richterliche Selbstbeschränkung* als «Judicial Restraint» vor, wobei die Gerichte nicht öffentliche Verwaltungen «privilegieren». Vielmehr erfolgt, der «*Business Judgment Rule*» (BJR) folgend,¹⁴³ eine Zurückhaltung der Gerichte bei eigentlichen Geschäftsentscheiden durch den Verwaltungsrat von Unternehmen.¹⁴⁴

[60] Diese Selbstbeschränkung ist das Resultat der Rechtsanwendung selber und nicht legislativ vorgegeben. Es kann sogar vorkommen, dass die Rechtssetzung versucht, der Rechtsanwendung mehr Möglichkeiten und damit mehr «Macht» zu geben:

[61] Das Prinzip der richterlichen Beschränkung wird z.B. bewusst *relativiert im Aktienrecht*. Die Rechtssetzung räumt nämlich den Gerichten im Rahmen von Art. 736 Ziff. 4 OR (Auflösungsklage)¹⁴⁵ sowie von Art. 731b OR (Organisationsmängelklage)¹⁴⁶ ein *erweitertes Rechtsfolgermes-*

¹³⁹ KUNZ (Fn. 1), § 10 N 323 (Titel: «Es «menschelt» überall»).

¹⁴⁰ KATHARINA FONTANA, Der Richter und sein Lenker, NZZ vom 15. Juni 2017, 10; ähnlich: FELIX SCHÖBL, Dissenting Opinion (...), in: «Justice - Justiz - Giustizia» 2018/4, N 18.

¹⁴¹ Zum als «politisches Gericht» kritisierten *US Federal Supreme Court* hält DAVID A. KAPLAN, *The Most Dangerous Branch* (...) (New York 2018) 14 fest: «Justices, like most of us, tend to find what they're looking for (...). That's not because justices are political sycophants – they're only human. (...) No method of interpretation miraculously removes human judgment from the equation».

¹⁴² KUNZ (Fn. 133), 156 (Hervorhebungen im Original).

¹⁴³ ALEX CHRISTEN, «Quo vadis, BJR?» (...), AJP 24 (2015), 123 ff.; PETER V. KUNZ, *Business Judgment Rule (BJR) – Fluch oder Segen?*, SZW 86 (2014), 274 ff.; DERS. (Fn. 1), § 10 N 191 ff.

¹⁴⁴ Ein Teil der Lehre fordert eine solche richterliche Zurückhaltung nicht allein gegenüber dem *Verwaltungsrat*, sondern ebenso gegenüber der *Revisionsstelle* («Audit Judgment Rule»); Hinweise: HANS CASPAR VON DER CRONE, Haftung und Haftungsbeschränkung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, SZW 78 (2006), 11 ff.; OLIVER HABLÜTZEL, Solidarität in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit (Diss. St. Gallen 2009), 173 ff.; KUNZ (Fn. 143), 280 f. m.w.H.

¹⁴⁵ Statt einer Gesellschaftsauflösung kommt alternativ «eine andere sachgemässe und den Beteiligten zumutbare Lösung» in Frage: Art. 736 Abs. 2 OR.

¹⁴⁶ Das Gericht kann schlicht sämtliche «erforderlichen Massnahmen» anordnen: Art. 731b Abs. 1 OR.

sen ein.¹⁴⁷ M.E. handelt es sich dabei um einen Ansatz aus dem angelsächsischen «Common law» gemäss dem Motto: «as the court may deem fit»;¹⁴⁸ die entsprechenden Möglichkeiten werden bis anhin in der Schweiz jedoch (noch) wenig genutzt.

2.4.4.2. Internationalisierung(en)

[62] Ob bzw. inwieweit ein *Rechtsanwender rechtsvergleichend* tätig sein darf (oder muss), etwa bei der Interpretation von wirtschaftsrechtlichen Normen, wird in der Doktrin in der Schweiz und ebenfalls im Ausland¹⁴⁹ seit langem intensiv debattiert.¹⁵⁰ Als umstritten erweist sich insbesondere die Grundsatzfrage, ob generell ein *rechtsvergleichendes Auslegungselement* die Methodik der Norminterpretation¹⁵¹ ergänzen soll;¹⁵² das Bundesgericht deutete dies zwar mit einer entsprechenden «Formel» an,¹⁵³ doch ohne Konstanz.

[63] Die h.M. lehnt ein rechtsvergleichendes Element für die Norminterpretation ab,¹⁵⁴ und zwar mit gutem Grund. Ein Einfluss als solcher von ausländischem Rechts auf die schweizerische Rechtssetzung (z.B. *Pressionen* oder «*Inspirationen*»)¹⁵⁵ reicht aus Gründen der Gewaltenteilung nicht aus. Vielmehr braucht es m.E. ein *qualifiziertes Einfallstor*, wie beispielsweise einen autonomen Nachvollzug von EU-Recht.¹⁵⁶ Sollte Recht der EU in der Schweiz autonom nachvollzogen worden sein («*Leges Europaea*»), müssen die entsprechenden *schweizerischen* Normen *europarechtskonform ausgelegt* werden.¹⁵⁷

3. Schlussbemerkungen

[64] Das Wirtschaftsrecht stellt ein *eigenständiges Rechtsgebiet* dar,¹⁵⁸ wie das Privatrecht und das öffentliche Recht sowie das Strafrecht. Es ist von seinen «*Verwandten*», dem *Handelsrecht* und dem *Unternehmensrecht* abzugrenzen.¹⁵⁹ Das Wirtschaftsrecht zeichnet sich durch seine spezifi-

¹⁴⁷ Vgl. PETER V. KUNZ, *Amerikanisierungen bei Rechtsfolgeermessen aktienrechtlicher Klagen* (...), in: FS für J. Kren Kostkiewicz (Bern 2018), 799 ff.

¹⁴⁸ Die aktienrechtliche Rechtssetzung sieht insofern zwei «*Amerikanisierungen*» vor.

¹⁴⁹ Beispielsweise wird in *Liechtenstein* die Rechtsvergleichung als eigentliches *fünftes Auslegungselement* für die Rechtsanwendung betrachtet.

¹⁵⁰ Auswahl: PATRIK R. PEYER, *Zur zunehmenden Bedeutung der Rechtsvergleichung als Hilfsmittel der Rechtsfindung*, recht 22 (2004), 104 ff.; LUKAS HECKENDORN URSCHELER, *Gedanken zur Methode der richterlichen Rechtsvergleichung* (...), in: *Die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung* (Zürich 2014), 89 ff.; THOMAS KADNER GRAZIANO, *Rechtsvergleichung vor Gericht*, RIW 60 (2014), 473 ff.

¹⁵¹ Vgl. dazu vorne 2.4.2.1.

¹⁵² Statt aller: HANS PETER WALTER, *Das rechtsvergleichende Element – Zur Auslegung vereinheitlichten, harmonisierten und rezipierten Rechts*, ZSR 126 I (2007), 259 ff.; schon früh: KONRAD ZWEIGERT, *Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode*, *RabelsZ* 15 (1949/50), 5 ff.

¹⁵³ Beispiele: BGE 127 III 323 E. 2. b. a.E.; BGE 138 III 503 E. 3.4.

¹⁵⁴ Detailliert: KUNZ (Fn. 1), § 10 N 101 ff. und v.a. N 115 f.

¹⁵⁵ Vgl. dazu vorne 2.3.4.2.

¹⁵⁶ Statt aller: BAUDENBACHER (Fn. 56), 611 ff.; KUNZ (Fn. 1), § 9 N 108 ff.

¹⁵⁷ BGE 144 III 291 E. 2.2.3.; BGE 137 II 209 E. 4.3.1. a.E.; BGE 129 III 350 E. 6.; die europarechtskonforme Auslegung stellt die *obligatorische* Folge für die *Rechtsanwendung* aufgrund eines autonomen Nachvollzugs in der Rechtssetzung dar; Hinweise: KUNZ (Fn. 1), § 10 N 77 ff.

¹⁵⁸ Vgl. dazu vorne 2.2.2.

¹⁵⁹ Vgl. dazu vorne 2.1.1.

sche Rechtsnatur aus, indem es nämlich eine *Kombination* aus Privatrecht, aus öffentlichem Recht sowie aus Strafrecht ist («rechtliches Amalgam»¹⁶⁰).

[65] Die Beschäftigung mit Wirtschaftsrecht führt zu *erhöhten Anforderungen*, weil es sich um eine Querschnittsmaterie mit Besonderheiten handelt: «Ein Wirtschaftsrechtler ist (...) sowohl als Privatrechtler, als Öffentlichrechtler sowie als Strafrechtler tätig, was eine Vielzahl an fachlichen Herausforderungen mit sich bringt. Wer sich mit dem Wirtschaftsrecht beschäftigt, muss (...) ein *juristischer «Mehrkämpfer»* sein».¹⁶¹

[66] Es dürfte kaum zu bestreiten sein, dass das Rechtsgebiet des Wirtschaftsrechts «immer schon ein wenig anders» war.¹⁶² Die *Verortung* des Wirtschaftsrechts¹⁶³, das im Wesentlichen aus dem Gesellschaftsrecht, aus dem Finanzmarktrecht, aus dem Immaterialgüterrecht, aus dem Wettbewerbsrecht und aus dem Steuerrecht besteht, lässt daher m.E. ohne weiteres eine Qualifikation als «*Krone*» oder als «*Klammer*» der Rechtsordnung zu.¹⁶⁴

Prof. Dr. iur. PETER V. KUNZ, Rechtsanwalt, LL.M., ordentlicher Professor für Wirtschaftsrecht und für Rechtsvergleichung an der Universität Bern, Geschäftsführender Direktor des Instituts für Wirtschaftsrecht (IWR); ich bedanke mich bei MLaw Miro Witzig, wissenschaftlicher Assistent an meinem Lehrstuhl, für dessen Unterstützung bei diesem Beitrag, der Mitte September 2022 abgeschlossen wurde.

¹⁶⁰ Vgl. dazu vorne 2.2.1.

¹⁶¹ KUNZ (Fn. 1), § 8 N 51 (Hervorhebung im Original).

¹⁶² KUNZ (Fn. 95), 562; zudem: PETER NOBEL, Wirtschaftsrecht und wirtschaftliche Betrachtungsweise, in: FS für A. K. Schnyder (Zürich 2018), 1218.

¹⁶³ Vgl. die Skizze zum «*Wirtschaftsrechtstempel*»: KUNZ (Fn. 7), 412.

¹⁶⁴ In diesem Sinn: KUNZ (Fn. 1), § 8 N 20.